



FACULTAD DE DERECHO

**LA INEFICACIA DEL SISTEMA PENAL PERUANO EN LOS
DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO DE INGRESO Y POSESIÓN
DE CELULARES EN LOS ESTABLECIMIENTOS
PENITENCIARIOS**

**PRESENTADA POR
NATALY JIMENA BREÑA ESTRELLA**

**ASESOR:
FERNANDO VICENTE NUÑEZ PEREZ**

**TESIS
PARA OPTAR EL TITULO PROFESIONAL DE ABOGADA**

LIMA – PERÚ

2019



**Reconocimiento - No comercial - Sin obra derivada
CC BY-NC-ND**

La autora permite que se pueda descargar esta obra y compartirla con otras personas, siempre que se reconozca su autoría, pero no se puede cambiar de ninguna manera ni se puede utilizar comercialmente.

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>



USMP
UNIVERSIDAD DE
SAN MARTÍN DE PORRES

FACULTAD DE DERECHO

LA INEFICACIA DEL SISTEMA PENAL PERUANO EN LOS DELITOS DE
PELIGRO ABSTRACTO DE INGRESO Y POSESIÓN DE CELULARES EN LOS
ESTABLECIMIENTOS PENITENCIARIOS

TESIS
PARA OPTAR
EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADA

PRESENTADO POR:
NATALY JIMENA BREÑA ESTRELLA

ASESOR:
MAGISTER FERNANDO VICENTE NUÑEZ PEREZ

LIMA, PERU

2019

DEDICATORIA

La presente tesis está dedicada a mis padres, por haberme brindado su apoyo incondicional e inmenso amor, por sus consejos que han hecho de mí una mejor persona y por haberme motivado constantemente para alcanzar mis anhelos.

Gracias Ernesto y Olinda, esto es para ustedes.

*“Las leyes inútiles debilitan
a las necesarias”*

*(Charles Louis de Secondat,
señor de la Brède y barón de
Montesquieu)*

INDICE DE CONTENIDO

RESUMEN	IX
ABSTRACT	XI
INTRODUCCIÓN	1
CAPITULO I: MARCO TEORICO.....	9
1.1. Antecedentes de la Investigación	9
1.1.1. Nacionales.....	9
1.1.2. Internacionales	12
1.2. Bases Teóricas	13
1.2.1. El sistema penal.....	17
1.2.2. Funciones del derecho penal.....	19
1.2.3. La decadencia del Derecho Penal.....	21

1.2.4. El derecho penal simbólico y aumento del punitivismo	29
1.2.5. El derecho penal del enemigo	31
1.2.6. La administrativización del derecho penal	33
1.2.7. Delitos de Peligro Abstracto	35
1.2.8. Delitos de desobediencia y resistencia a la autoridad (art. 368).....	49
1.2.9. El derecho administrativo Sancionador vs Derecho Penal	54
1.3. Términos Básicos.....	60
CAPITULO II: HIPÓTESIS	62
2.1. Hipótesis.....	62
2.1.1. Hipótesis principal	62
2.1.2. Hipótesis específicas.....	62
CAPITULO III: METODOLOGIA DE LA INVESTIGACIÓN	63
3.1. Diseño Metodológico.....	63
3.2. Diseño Muestral	64
3.2.1. Técnicas de Recolección de Datos	64
3.3. Aspectos éticos.....	65
CAPITULO IV: LA PROBLEMÁTICA DE LA CRIMINALIZACIÓN DE LOS DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO 368 A Y D (CASO DE LA PROCURADURÍA DEL INPE 2015-2016).....	66

4.1. La crítica del sistema penal como el medio más idóneo para prevenir, controlar y reducir la criminalidad.	66
4.2. La crítica a los delitos de peligro abstracto	70
4.3. Ley N° 29867 que crea los delitos contra la seguridad pública en los centros de reclusión o detención (Art. 368-A y 368-D).	71
4.4. Ingreso indebido de equipos o sistema de comunicación, fotografía y/o filmación en centros de detención o reclusión (Art. 368-A).	80
4.4.1. Tipicidad Objetiva	81
4.4.3. Bien jurídico protegido	82
4.4.4. Objeto material	82
4.4.5. Conductas Típicas	83
4.4.6. Tipicidad Subjetiva	87
4.4.7. Grados de desarrollo del delito	88
4.4.8. Circunstancias agravantes y Penalidad	89
4.5. El delito de posesión indebida de teléfonos celulares o, armas, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos en establecimientos penitenciarios (Art. 368-D).	90
4.5.1. Tipicidad Objetiva	91
4.5.2. Bien jurídico protegido	92
4.5.3. Objeto Material del delito	92
4.5.4. Conductas Típicas:	93
4.5.5. Tipicidad Subjetiva	100

4.5.6. Grados de desarrollo del delito.....	102
4.5.7. Circunstancias agravantes y Penalidad.....	105
4.6.Reparación Civil en los delitos 368-A y 368-D.....	106
4.6.1. El agraviado por el delito	107
4.6.2. Actor civil.....	107
4.6.3. El Ministerio Público	108
4.6.4. Los Procuradores Públicos.....	109
4.7.La Problemática de la inadecuada regulación de los delitos 368 A y D del código penal peruano.....	110
4.7.1. Según a su estructura y su tipología	110
4.7.2. Según a la reparación del daño.....	113
4.8.Procedimientos y sanciones administrativas en los delitos 368 A y D del código penal.....	117
4.8.1. Resolución Presidencial del Instituto Nacional Penitenciario N°275-2016-INPE/P.....	117
4.8.1. Resolución Presidencial del Instituto Nacional Penitenciario N°132-2013-INPE/P.....	135
4.8.Hacia una mínima intervención del derecho penal ¿Por qué encontrar la solución en ella a conductas manejables administrativamente?	142
CAPITULO V: CONCLUSIONES	146
CAPITULO VI: RECOMENDACIONES.....	149

FUENTES DE INFORMACIÓN 152

RESUMEN

La ineficacia del sistema penal en los delitos de peligro abstracto, comprende un problema que en la actualidad aún no ha sido resuelto, en el presente trabajo de investigación se hace un análisis sobre conceptos jurídicos y normativos de los delitos de ingreso y posesión teléfonos celulares o cualquier medio de comunicación dentro de los establecimientos penitenciarios (artículos 368-A y 368-D del Código Penal), criterios que se toman como base para establecer que el legislador, decidió regular como conductas delictivas ciertos actos preparatorios que deberían tener un carácter impune, toda vez que existe una inadecuada regulación para imputar eficazmente los mismos, pues no hay precisión normativa en la redacción a causa de la técnica legislativa empleada al criminalizarlas como delitos de peligro abstracto, así mismo se hace una crítica severa a la sanción de dichas conductas que ni siquiera llegan a lesionar concretamente el bien jurídico protegido, ya que solo basta que se ponga en peligro o exista la posibilidad de lesionarlo, lo que trajo consigo el adelantamiento de

la barrera de punibilidad y la presencia del derecho penal de riesgo, por lo que se necesita utilizar únicamente la sanción administrativa ya existente para estos delitos de bagatela, máxime si estamos hablando de personas que se encuentran recluidas en un establecimiento penitenciario, y la necesidad de instaurar soluciones político criminológicas, pues el derecho penal no resocializa, no reinserta ni rehabilita.

ABSTRACT

The ineffectiveness of the penal system in crimes of abstract danger involves a problem that has not yet been solved. In the present research work an analysis is been made on legal and normative concepts of the crimes of entry and possession of cell phones or any means of communication within penitentiary establishments (articles 368-A and 368-D of the Criminal Code), criteria that are taken as a basis to establish that the legislator, decided to regulate as criminal acts certain preparatory acts that should be left unpunished, since there is inadequate regulation to effectively impute them, because there is no normative precision in the drafting since the legislative technique used to criminalize them as abstract danger felonies. Likewise, a severe criticism of the sanction of such behaviors is made that do not even injure the protected legal right concretely, it is only enough that it is put in danger or there is the possibility

of injuring it, which has brought with it the advancement of the punish barrier and the presence of criminal law of risk. Therefore, it is only necessary to use the existing administrative sanction for these trifle crimes, especially if we are talking about people who are confined in a penitentiary and the need to establish criminological political solutions, since the criminal law does not resocialize, Reinsert or rehabilitate.

INTRODUCCIÓN

Las controversias que se gestaron a lo largo de las últimas décadas en torno a la ineficacia del sistema penal, trata de un conflicto real que aún no ha sido resuelto, ya que está orientado hacia la facultad que ejerce el Estado a través del ius puniendi para elevar las penas o crear nuevos delitos como los de peligro abstracto, entre ellos el de ingreso y posesión teléfonos celulares o cualquier otro medio de comunicación dentro de los establecimientos penitenciarios (artículos 368°A y D del Código Penal) creados con la finalidad de evitar que se realicen comunicaciones desde el interior de los penales con el exterior y así poder prevenir la realización de posibles delitos como el de extorsión, crimen organizado, encargos de homicidios, entre otros. No obstante, cuando observamos que estas conductas que ni siquiera son consumadas o lesionan el bien jurídico protegido, sino son meros actos preparatorios que deberían tener un carácter impune en base a la observancia de los principios de lesividad, subsidiariedad y mínima intervención, han sido elevadas a categoría de delitos, cabe preguntarnos como problema principal ¿Por qué es ineficaz el sistema penal peruano en los delitos

de peligro abstracto de ingreso y posesión de celulares en los establecimientos penitenciarios?.

En el mismo sentido, encontramos el primer problema secundario, la inadecuada regulación penal para imputar eficazmente los delitos de ingreso y posesión de celulares en los establecimientos penitenciarios, debido a que existe una falta de precisión normativa en la redacción a causa de la técnica legislativa empleada al criminalizarlas como delitos de peligro abstracto, pues se sancionan conductas que ni siquiera llegan a lesionar concretamente el bien jurídico protegido, sino solo basta que se ponga en peligro o exista la posibilidad de lesionar dicho bien jurídico, lo que trajo consigo la presencia de un derecho penal del riesgo haciéndose destacar la existencia de la máxima intervención o expansión del derecho penal.

Y por otro lado, la utilización errónea de la técnica legislativa, pues tipifica dichas conductas dentro de los delitos contra la administración pública cuando debería enmarcarse dentro de los delitos contra la seguridad, ya que según la razón de la creación de esos nuevos delitos el bien jurídico a proteger no era la correcta administración pública específicamente administración penitenciaria como lo es hoy en día, sino proteger a la sociedad donde el agraviado no debería ser el INPE, sino el Ministerio del Interior, siguiendo esta línea, el INPE debería ser el tercero civilmente responsable, el interno el sujeto activo y el agraviado la procuraduría del Ministerio del Interior.

Así mismo, respecto a la reparación civil y al titular de la persecución de la misma (Procuraduría del INPE) existe un grave problema de incumplimiento del pago por parte de los sentenciados, ya que la mayoría son personas reclusas dentro de los

establecimientos penitenciarios o los familiares de éstos no cuentan con las condiciones económicas necesarias para pagar la reparación civil.

En los artículos 368-A y 368-D, a parte de la sanción penal a imponerse, se ha establecido procedimientos y sanciones administrativas, así pues para los delitos de ingreso indebido de teléfonos celulares o cualquier otro medio de comunicación, la sanción es la prohibición de ingresar a cualquier establecimiento penitenciario por un periodo entre 6 hasta 12 meses y para los delitos de posesión indebida, entendida como una falta grave, se sanciona con el aislamiento del interno hasta por treinta días. Pese a ello el legislador, influenciado por la política y por los medios de comunicación buscaron en el derecho penal la solución, elevándolos a categoría de delitos; máxime si estamos hablando de personas que se encuentran reclusas en los establecimientos penitenciarios; lo que lleva a preguntarnos y establecer el segundo problema secundario ¿Es posible utilizar únicamente la sanción administrativa ya existente para los delitos de ingreso y posesión de celulares en los establecimientos penitenciarios en el ordenamiento jurídico penal peruano?

En consecuencia, este trabajo apunta como objetivo principal el determinar la ineficacia del sistema penal peruano en los delitos de peligro abstracto de ingreso y posesión de celulares en los establecimientos penitenciarios. Como objetivos secundarios el determinar si es adecuada la regulación penal para poder imputar eficazmente los delitos de ingreso y posesión de celulares en los establecimientos penitenciarios; así como el determinar la posibilidad de utilizar únicamente la sanción administrativa ya existente para los delitos de ingreso y posesión de celulares en los establecimientos penitenciarios en el ordenamiento jurídico penal peruano.

Teniendo como hipótesis principal que el sistema penal es ineficaz en los delitos de peligro abstracto de ingreso y posesión de celulares en los establecimientos penitenciarios; en la misma línea se ha establecido como primera hipótesis derivada que es inadecuada la regulación penal para poder imputar eficazmente los delitos de ingreso y posesión de celulares en los establecimientos penitenciarios y como segunda hipótesis derivada que es posible utilizar únicamente la sanción administrativa ya existente para los delitos de ingreso y posesión de celulares en los establecimientos penitenciarios en el ordenamiento jurídico penal peruano.

Por lo cual, la importancia radica en establecer que la ineficacia del sistema penal en los delitos de peligro abstracto de ingreso y posesión de celulares en los establecimientos penitenciarios, se debe a que dichos artículos no regulan conductas consumadas o que lesionen el bien jurídico protegido, sino actos preparatorios que no deberían estar tipificados como delitos, mediante el cual se le atribuiría carácter de impune, pues el Estado aplicando el *ius puniendi* adelanta la barrera de punibilidad y eleva a categoría de delitos ciertas conductas, asumiendo que de este modo se va lograr reducir y controlar la criminalidad, pese a que las mismas ya se sancionan administrativamente como los delitos materia de investigación, además tiene transcendencia jurídica, puesto que se está aportando un nuevo conocimiento de la realidad sobre la ineficacia del sistema penal en esta clase de delitos de poca monta. Desde un aspecto social, implica un cambio racional en la mentalidad tanto de los actores del sistema de justicia, fiscales, agentes de seguridad penitenciaria, abogados, estudiantes y público en general, siendo posible proponer reformas político criminológicas que solucionen este problema.

Así mismo, la limitación natural que se ha afrontado en la presente investigación, es la bibliográfica, puesto que al ser un tema poco tratado desde su aplicación en la legislación nacional, no existen fuentes primarias que tratan el problema en concreto, existiendo mayor referencia extranjera, la misma que está más enfocada a delimitar el marco en el que giran el sistema penal, su ineficacia o decadencia y los delitos de peligro abstracto, no existiendo un análisis más profundo en cuanto a la pertinencia o no de aplicar como medio eficaz el sistema penal en los delitos de peligro abstracto específicamente el de ingreso y posesión de teléfonos celulares o cualquier medio de comunicación, ni existiendo un estudio sobre el grado de éxito o no que haya tenido el punibilizar dichos delitos o el analizar si solo bastaba con aplicar una sanción administrativa para estos delitos menores.

El diseño metodológico usado en cuanto tipo de investigación según el objeto de estudio es el básico y con enfoque cualitativo porque busca ampliar y profundizar el caudal de conocimientos científicos existentes acerca de la realidad analizando las razones de teorías científicas planteadas. Así mismo, por su ubicación es transversal porque ha tomado datos que ha recogido en un lapso específico de tiempo; pero, además, el nivel de investigación según el alcance del objetivo es de naturaleza descriptiva y explicativa, puesto que se observa el problema en la realidad y se busca las causas para corregir la situación a través de medidas distintas a las ya existentes. En cuanto al método de investigación es lógico inductivo porque parte del análisis de casos concretos para pretender una salida general, recurre a los métodos de la ciencia jurídica, como el sistémico al relacionar diversas normas y dogmático al recurrir al desarrollo realizado por los juristas. En relación al diseño metodológico utilizado en la presente investigación es de tipo no experimental, puesto que plantea soluciones que

no han sido puestas a prueba; pero, además, es una investigación empírica, porque observa el problema de la ineficacia del sistema penal para prevenir, controlar y reducir el índice de criminalidad en delitos de peligro abstracto en un ámbito específico que es la Procuraduría del Instituto Nacional Penitenciario sobre delitos que conoce como son los artículos 368 A y 368 D del Código Penal.

De igual modo, la presente investigación se ha sostenido en los principios dictados por la ética, respetándose la propiedad intelectual, tomándose en cuenta todos los aspectos establecidos y regulados en el Decreto Legislativo N°823 (Ley de Propiedad Intelectual), Decreto Legislativo N° 822 (Ley Sobre Derechos de Autor) así como otras normas de similar índole de nuestra legislación.

Es por ello en el primer capítulo denominado marco teórico trata la parte teórica, se ha hecho un análisis histórico respecto de las perspectivas del sistema penal, su ineficacia o su decadencia de manera general, revisando los criterios, teorías y controversias planteadas por juristas de notable trascendencia en el universo del derecho penal, pasando por Marqués de Beccaria, Von Liszt, Ferrajoli, Pastor, Silva Sánchez, Zaffaroni, Shünemann, Binder, hasta las discusiones más recientes como Madrigal, Villamor, Espinoza, entre otros. Después se explican los delitos de peligro abstracto que atañen a la investigación teniendo como referencias las teorías planteadas por Roxín, Villavicencio, Peña Cabrera, Urquizo Olaechea, Mir Puig, García Cavero, Núñez Pérez, entre otros.

De la misma forma se ha hecho un análisis profundo de los delitos de violencia y resistencia a la autoridad dentro de ello se abordó los delitos de ingreso y posesión indebida de teléfonos celulares o cualquier medio de comunicación dentro de los establecimientos penitenciarios (Art. 368 "A" y "D") del código penal vigente; se

investigó los proyectos de ley y el Decreto Legislativo N°29867 que dió origen a estos delitos conforme lo explica Salinas Siccha, James Reátegui, Fidel Rojas y Alvites.

Después se realizó un análisis de las diversas teorías, puntos de vista de la reparación civil en los delitos de peligro abstracto planteadas por juristas de notable trascendencia como Tomás Gálvez, Trazegnies, De Cupis, Espinoza, Torres Vásquez, entre otros; también se explicó el rol de los sujetos intervinientes durante el proceso penal que implique responsabilidad civil. Luego se analizó el Acuerdo Plenario N°6-2006/CJ-116, poniendo en evidencia que se puede solicitar reparación civil en este tipo de delitos, pese a que se caracterizan por no llegar a lesionar ni poner en peligro el bien jurídico protegido.

Posteriormente en el segundo capítulo se ha expuesto la hipótesis general y las específicas que han dado lugar al presente trabajo. En el tercer capítulo se estableció la metodología usada para el análisis del tema en cuestión.

En el cuarto capítulo se ha aplicado los conocimientos estudiados anteriormente de cara a la realidad peruana, donde se analizó y sustentó desde un punto de vista crítico la ineficacia del sistema penal en los delitos de peligro abstracto 368 “A” y 368 “D” del código penal referidos al ingreso y posesión indebida de teléfonos celulares en los establecimientos penitenciarios dentro de la Procuraduría del INPE 2015-2016, desde las primeras nociones que se tuvo sobre la misma (antes de la entrada en vigencia de la Ley N°29867 que dió origen a estos delitos) hasta el tratamiento que se le da en el código penal vigente.

Así mismo se analizaron los problemas de tipificación en estos delitos de peligro abstracto por la inexactitud de la técnica legislativa usada y las razones del porqué el legislador ha elevado a categoría de delitos dichas conductas, lo que trajo como

consecuencia el adelantamiento de la barrea punitiva y la creación de nuevos tipos penales, haciendo una crítica férrea a las teorías del derecho penal del enemigo, la administrativización del derecho penal y el populismo punitivo vigentes en nuestro sistema penal. De igual forma se enfocó la problemática desde las deficiencias pragmáticas según su estructura y tipología, así como las dificultades encontradas en la reparación civil para esta clase de delitos.

Sumado a ello se examinó la posibilidad de poder utilizar de manera eficaz solo la sanción administrativa existente en esta clase de delitos para establecer un límite al derecho penal a través de unas propuestas político criminológicas preventivas y cautelares, en estricto respeto a las teorías del derecho penal de mínima intervención, de lesividad y de subsidiaridad, ya establecidas en la jurisprudencia.

En el capítulo quinto se estableció las conclusiones finales a las que me permitió llegar el presente trabajo de investigación para finalmente haber establecido las recomendaciones pertinentes proponiendo políticas criminológicas y soluciones alternativas al derecho penal más óptimas y eficaces para solucionar la problemática observada en el presente trabajo de investigación.

CAPITULO I: MARCO TEORICO

1.1. Antecedentes de la Investigación

No existe en el Perú una investigación sobre el tema planteado específicamente, sin embargo, se ha desarrollado el tema en general en diversas obras, como las que mencionamos a continuación:

1.1.1. Nacionales

Negrete (2001), en su tesis para optar el grado de Socióloga denominado la deshumanización en el derecho penal, refiere que:

El contexto de violencia que experimento el Perú en las últimas décadas, generó la creación de la deshumanización del derecho penal, que propugnó el desenfreno represivo de la aplicación de las penas privativas de la libertad, lo cual se manifiesta en los Establecimiento Penitenciarios, generando superpoblación y hacinamiento carcelario, que a todas luces reducen toda posibilidad de resocialización e incrementan el daño en los internos. (p. 182)

Salazar (2014), en su tesis para optar el grado de Magister referidos a los fundamentos políticos – criminales de la seguridad ciudadana en los lineamientos del estado peruano, explica que:

La sobrepoblación y hacinamiento de los establecimientos penitenciarios constituye uno de los principales problemas que debe afrontar el sistema penitenciario nacional. La actual política de penalizar nuevas figuras penales, endurecer las penas y restringir y/o eliminar los beneficios penitenciarios de semi - libertad y liberación condicional, no viene disminuyendo el hacinamiento de los establecimientos penitenciarios. (p. 266)

Villaroel (2017), en su tesis para optar el grado de Magister, manifiesta que:

El principio de lesividad, de ofensividad o de exclusiva protección de bienes jurídicos forma parte del denominado “Programa Penal de la Constitución”. Reconocido en el artículo IV del Título Preliminar del Código Penal de 1991, exige que un tipo penal no solo esté previsto formalmente en una ley, sino que también ponga en peligro o lesione un bien jurídico determinado. A nivel constitucional, este principio ha sido reconocido como parte del principio de proporcionalidad, toda vez que cualquier norma penal que restrinja el derecho fundamental a la libertad personal, debe justificarse únicamente en la protección de un interés de igual relevancia y valía como es el bien jurídico. (p. 236)

Por otro lado, existen otras investigaciones referidas al derecho administrativo sancionador como una medida alternativa al derecho penal, que tiene como finalidad

la prevención y la protección de bienes jurídicos, es así que según Alburqueque & Cabeza (2017), en su Tesis para optar el título de abogado, explica la:

Diferencia entre las sanciones impuestas por el derecho administrativo sancionador y el derecho penal es una diferencia de intensidad en su aplicación, y lo que diferencia a las infracciones administrativas de los delitos es la mayor o menor comisión u omisión de un hecho punible, quedando claro que el derecho penal, deberá velar por mayores afectaciones de bienes jurídicos, entendidos estos como intereses sociales vitales, y el derecho administrativo una menor afectación de bienes jurídicos. (p. 43)

Rojas (2014), en su tesis para optar el grado de Magister denominado: Los principios constitucionales limitadores del *Ius Puniendi* ¿Qué límites rigen en el derecho administrativo sancionador en el Perú?, señala que:

No se puede aplicar los límites constitucionales del *Ius Puniendi* desarrollados en el Derecho Penal, al Derecho Administrativo Sancionador en bloque, sino que deben ser objeto de matices. Pero más allá de declaraciones retóricas o la repetición de enunciados importados de la jurisprudencia extranjera, lo que realmente interesa, es proyectar real y efectivamente las garantías constitucionales del *Ius Puniendi* al Derecho Administrativo Sancionador. (p. 138)

1.1.2. Internacionales

Cita (2010), en su tesis para optar el grado de Magister, respecto a los delitos de peligro abstracto en el derecho penal Colombiano y la crítica a la construcción dogmática y a la aplicación práctica, explica que:

No cualquier forma de criminalización, expresada en las técnicas de tipificación hechas por el legislador, resulta aceptable. En el campo del ejercicio de ius puniendi por parte del estado es necesario tener en cuenta una serie de límites y exigencias para que éste resulte ajustado al modelo de estado social de derecho y a un tipo de política criminal democrática. (p. 90)

Guevara, J. & Paredes, L. (2007), en su tesis para optar el grado de Doctor respecto al abolicionismo y justificación del derecho penal, explica que:

Sólo un sistema penal que fuera capaz de satisfacer ambas exigencias, podría ser considerado legítimo desde el punto de vista garantista. Es decir, un sistema que propugne la máxima reducción posible de la violencia en la sociedad: tanto la proveniente de los individuos que no acepten acatar las normas mínimas de convivencia, como la que deriva del accionar estatal y que se traduce en la imposición de penas —que no son otra cosa que dolor y violencia sistémica organizada, en contra de los trasgresores, pero que no afectan exclusivamente a estos—. (pp. 378-379)

Sólo en la medida de que el sistema penal sea capaz de disminuir la dañosidad social producida por el delito, sin a su vez aumentar

innecesariamente los males que pudieran derivar del control de éste puede ser, en nuestra opinión, considerado un sistema penal legítimo, por cuanto, por mucho que se valore, seguridad, si los mecanismos necesarios para llevarlo a cabo resultan poco idóneos, y a la larga provocan más daño que el que evitan —o pretenden evitar—, o si por el contrario existen otros medios más económicos en términos de daño social que la respuesta punitiva, entonces esta última carece de legitimidad y se debe evitar su uso. (pp. 378-379)

1.2. Bases Teóricas

El maestro Von (1995), fue uno de los primeros en brindar información y afirma que:

Donde llueven leyes penales continuamente, donde entre el público a la menor ocasión se eleva un clamor general de que las cosas se remedien con nuevas leyes penales o agravando las existentes, ahí no se viven los mejores tiempos para la libertad —pues toda ley penal es una sensible intromisión en la libertad, cuyas consecuencias serán perceptibles también para los que la han exigido de modo más ruidoso—, allí puede pensarse en la frase de Tácito: *Pessima respublica, plurimae leges*. (p. 334)

El profesor Ferrajoli (1995), poco después refiere que el Derecho penal trata: “De un modelo límite, sólo tendencial y nunca perfectamente satisfacible” (p.93). Puesto que hoy en día se sigue la tendencia mayoritaria de crear nuevos delitos y agravar las penas, llegando a elevar muchas veces estas conductas a grado de delitos. Lo cual

trae consigo el adelantamiento de la barrera punitiva, la creación de nuevos bienes jurídicos como los delitos de peligro abstracto y la decadencia del sistema penal.

Sumado a ello, cuando se hace mención a los delitos de peligro abstracto simultáneamente se traen a colación la expansión del derecho penal. De ahí que el autor Silva (2001), en este mismo sentido refiere que: “La expansión del derecho penal, no es sólo cuestión de legisladores superficiales y frívolos, sino que empieza a tener una cobertura ideológica de la que hasta hace poco carecía” (p. 20). En efecto, se pretende hacer creer a la población que la mejor solución para reducir el alto índice de criminalidad que se acrecienta día a día, es el tipificar nuevas conductas que muchas veces ni siquiera lesionan un bien jurídico, si no que basta con la sola puesta en peligro para que el derecho penal intervenga, lo cual solo genera ineficacia en el sistema penal.

Madrigal (2005), años más tarde respecto de los delitos de peligro abstracto refiere que: “El uso indiscriminado de estos, efectivamente puede llegar a conformar tipos penales que afecten las garantías y derechos fundamentales apuntados, de todo lo cual debe el juzgador estar informado” (p. 187).

Pastor (2005), en esta misma línea refiere que:

Desde el derecho penal no se puede hacer casi nada para evitar la guerra, los atentados suicidas, las masacres o las violaciones masivas de los derechos humanos. Solo podemos afirmar que una vez producido un delito, exclusivamente podemos aplicar un derecho penal liberal, el único posible, a todo sospechoso y a todo autor que, aunque pueda resultar una ficción jurídica más (como la dignidad humana, la

libertad y la igualdad), deberá ser tratado como imputado y como condenado, y no como amigo ni como enemigo, con independencia de que respecto de él se puedan alcanzar o no expresamente las funciones de la pena: se le debe tratar como ciudadano aunque de hecho tal vez no lo sea. (pp. 792-793)

Marqués de Beccaria (2013), unos años después en su tratado de los delitos y las penas, señala que: “El fin de las penas no es atormentar y afligir a un ente sensible, ni deshacer un delito ya cometido. El fin es impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadanos y retraer a los demás de la comisión de otros iguales” (p. 33). Por consiguiente, conforme refiere el autor las penas no están hechas para infligir dolor y castigo sino para prevenir, proteger y resocializar.

El jurista Zaffaroni (2013), poco después habla de la gran influencia de los medios de comunicación en la cuestión criminal, señalando:

“Las personas que todos los días caminan por las calles y toman el ómnibus y el subte junto a nosotros, tienen la visión de la cuestión criminal que construyen los medios de comunicación, o sea, que se nutren -o padecen- una criminología mediática y que siempre ha existido la criminología mediática y siempre apela a una creación de la realidad a través de información, subinformación y desinformación en convergencia con prejuicios y creencias, basada en una etiología criminal simplista asentada en causalidad mágica”. (p. 216)

Asimismo, Zaffaroni (2013) manifiesta: “El discurso de la criminología mediática actual no es otro que el llamado neopunitivismo de Estados Unidos, que se expande por el mundo globalizado” (p. 217).

Villamor (2015), en esta misma línea de argumentación afirma que:

El Derecho penal tiene que ser la última ratio y en la creación o modificación de figuras penales se debe buscar una proporcionalidad en la fijación de la pena de tal manera de que tenga el efecto de prevención general positiva. Las garantías constitucionales tendrán vigencia, cuando el proceso penal se adecúe a éstas. Si se formula una política criminal eficaz para la prevención de estos tipos penales que engrosan el denominado derecho penal del enemigo, probablemente se podrá reducir esta criminalidad. (p. 20)

Finalmente, el profesor Espinoza (2017), en su trabajo de investigación, respecto a la decadencia del sistema penal refiere que:

Los límites del poder punitivo del estado se han debilitado, quedando olvidada, en consecuencia, la concepción de un derecho penal mínimo hace más de dos siglos. Los encargados de establecer las políticas de control social formal se han inclinado por engrosar el Código Penal, creando nuevos delitos y agravando cada vez más sus penas, lo cual ha tenido un doble efecto, de un lado, se ha expandido el poder punitivo estatal; y de otro lado se ha elevado la criminalidad porque las penas agravadas introducidas carecen de racionalidad y sentido. (p. 5)

1.2.1. El sistema penal

El sistema penal es el control social punitivo institucionalizado o formalizado (Zaffaroni, 1984, p. 391).

Es importante aclarar lo que se debe entender cuando hablamos del sistema penal y la diferencia entre el derecho penal, ley penal y poder punitivo, en tal sentido, el profesor Zaffaroni (2004) manifiesta, que cuando nos referimos que el derecho penal no prohíbe algo, nos referimos a la *ley penal*, cuando se dice, el derecho penal no puede resolver algún problema (ejemplo: la tóxica dependencia), nos referimos al *poder punitivo*, y cuando se dice, el derecho penal no se ocupa de estudiar tal cosa, se refiere a la *doctrina penal o teoría del derecho penal*.

Entendiendo ello podemos afirmar que la ley penal la hace el legislador, el poder punitivo se practica a través de las agencias ejecutivas del estado y la doctrina penal la hacen los profesores de derecho penal.

Dicho esto, el sistema penal tal y como refiere el profesor Espinoza (2017) es el: “Conjunto de agencias que operan la criminalización primaria, secundaria y terciaria” (p. 6).

De la misma manera el maestro Zaffaroni (2000), explica que:

En el análisis de todo sistema penal deben tomarse en cuenta: (a) las políticas (parlamentos, legislaturas, ministerios, poderes ejecutivos, partidos políticos); (b) las judiciales (incluyendo a los jueces, ministerio público, auxiliares, abogados, organizaciones profesionales); (c) las policiales (abarcando la policía de seguridad, judicial o de investigación, aduanera, fiscal, de investigación privada, de informes privados, de inteligencia de estado y, en general, toda agencia pública o privada que

cumpla funciones de vigilancia); (d) las penitenciarías (personal de prisiones y de ejecución o vigilancia punitiva en libertad); (e) las de comunicación social (radiotelefonía, televisión, prensa); (f) las de reproducción ideológica (universidades, academias, institutos de investigación jurídica y criminológica); (g) las internacionales (organismos especializados de la ONU, la OEA, entre otros.); (h) las transnacionales (cooperaciones de países centrales, fundaciones, entes para becas y subsidios) (p. 19).

Sin embargo, actualmente estas agencias buscan dirigir al sistema penal a través de los poderes que muestran; generando que nuestro sistema difiera mucho de ser un guardián y protector de las libertades humanas, en búsqueda de prevenir, proteger y resocializar a través de una comprensión multidisciplinaria del crimen y de la problemática del castigo como único medio para llegar a reducir los índices ligeramente elevados en esta parte del continente.

En este sentido cabe preguntarse, ¿en qué momento de la historia se manifestó el poder punitivo?. Lo cierto es que no se puede precisar desde cuándo, pero si encontramos una de sus expresiones en las sociedades como Roma cuando verticalizo su estructura de gobierno y como consecuencia empezó a expandirse por toda Europa. Una de sus características principales fue la confiscación de la víctima y el fortalecimiento del ejército, con fines colonialistas, en palabras del maestro Zaffaroni (2013) afirma: “El poder punitivo fue el instrumento de verticalización social que permitió Europa colonizarnos” (p. 26).

Ciertamente el poder punitivo se valió de la ley penal para legitimar sus atrocidades, siendo esencial para mantener regímenes en todo el planeta hasta nuestros días, necesitando de enemigos o construyéndolo, a través de discursos de emergencias y utilizando este mismo para eliminar obstáculos al poder, por ello, aquel ciudadano que pregunte el por qué o no esté de acuerdo con dicho método es considerado como enemigo (Zaffaroni, 2013).

Dicho de otro modo, la batalla en el Perú la está ganando el discurso “populista y simplista el cual apela a la represión para resolver los problemas sociales, generando un espacio irreflexivo en donde se logra una falsa imagen del sistema penal como el único instrumento capaz de solucionar los conflictos sociales” (Espinoza, 2017, p. 6).

1.2.2. Funciones del derecho penal

La función del derecho penal según el profesor Hurtado (1987) refiere que el poder de coerción del estado legitimado a través de la ley penal, tiene la finalidad de conservar las condiciones necesarias para el buen y correcto funcionamiento de la vida cotidiana, no busca reparar, ni impedir una lesión en curso que son características propias del derecho civil y administrativo.

“El ejercicio de la actividad punitiva por parte del Estado, comporta una grave afectación de derechos fundamentales de la persona”, en consecuencia, existe una preocupación por comprender cuales son los límites a este poder estatal, esta compleja situación ha tratado de ser resuelta con la justificación de la teoría de las penas, fundando así, los principios que regulan el sistema penal actual, que vienen hacer en buena cuenta la contención al poder punitivo (Hurtado, 1987).

Ahora bien, tradicionalmente las funciones del Derecho Penal han sido relacionadas con las funciones o teorías de la pena. Así, cualquier rol

que se señale para la pena también lo es para el Derecho Penal. Así tenemos, las teorías absolutas de la pena (retribucionistas), las teorías de prevención general negativa (disuasivas) y positivas (reforzadoras), y las teorías de prevención especial negativa (neutralizadoras) y positivas (resocializadoras). Se debe agregar que esta justificación recae en la pregunta ¿Qué acciones deben ser reprimidas penalmente?, por lo que la doctrina ha desarrollado la teoría de la protección de bienes jurídicos como conquista del derecho penal liberal, es decir, solo las conductas que lesionen o ponen en peligro un bien jurídico fundamental para el desarrollo de la persona, podrán ser reprimidos penalmente (Espinoza, 2017, p. 8).

Por otro lado, podemos afirmar que no solo se debe limitar el poder punitivo a través del catálogo de derechos fundamentales reconocido en el artículo 2 de la constitución política del estado de (1993), sino a través de una interpretación de lo dispuesto por la cuarta disposición final y transitoria que establece: “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú” (Constitución Política del Perú, 1993, p. 71).

En consecuencia, se debe considerar que el derecho penal tiene un carácter fragmentario, es decir, no tiende a proteger todos los bienes jurídicos o lesiones, sino las que atentan a los bienes jurídicos reconocidos constitucionalmente, después de otros controles sociales como el civil o administrativos cuando no sean suficientes, de ahí viene esa característica de ultima ratio.

1.2.3. La decadencia del Derecho Penal

Según el diccionario de la Real Academia Española decadencia: “Es la acción y efecto de decaer, es decir, ir a menos, perder alguna parte de las condiciones o propiedades que constituían su fuerza, bondad, importancia o valor de algo”.

Es así que cuando se habla de decadencia del derecho penal nos referimos a la pérdida del valor de los principios limitadores del poder punitivo como son el de ultima ratio, mínima intervención, legalidad, exclusiva protección de bienes jurídicos, racionalidad, culpabilidad, humanidad de las penas, proporcionalidad, debido proceso, y derecho de defensa, entre otros (Espinoza B. R., La Defensa Judicial de los Intereses del Estado. Situación actual y propuesta de reforma constitucional, 2017).

En esta misma línea de argumentación, el Profesor Espinoza (2017) refiere: “El sistema penal no debe servir para legitimar el poder punitivo sino para contenerlo. Si para algo sirve, es para hacer un programa de contención y reducción del poder punitivo, para evitar que se ejerza sin límites, sino no sirve para nada” (p. 6).

En la actualidad también se habla de la crisis del derecho penal en su conjunto. Como señala Silva (1992):

“Es cierto que el derecho penal, entendido como potestad punitiva del Estado (derecho penal en sentido subjetivo, “ius puniendi”), fundamentada y limitada por la existencia de un conjunto de normas primarias y secundarias (derecho penal en sentido objetivo), se halla en crisis. Es ésta fundamentalmente una crisis de legitimación: se cuestiona la justificación del recurso por parte del Estado a la maquinaria penal, su instrumento más poderoso. Sin embargo, asimismo se halla en crisis la llamada “ciencia del derecho penal”: es

ésta una crisis de identidad, en la que lo cuestionado es el propio modelo a adoptar y su auténtica utilidad social, y también una crisis de “legitimidad epistemológica”, de validez científica (p. 14).

Existen algunos grupos que aseveran la deslegitimación absoluta de toda respuesta penal, esta postura radical está representada por los autores abolicionistas, quienes, concluyen que el:

Derecho penal tal y como lo conocemos debe ser suprimido y reemplazado por métodos no punitivos de solución de conflictos, que respondan a las necesidades individuales de los involucrados y no al macro nivel estatal. Los principales representantes de esta corriente son los juristas escandinavos Louk Hulsman, Thomas Mathiesen y Nils Christie (Guevara & Paredes, 2007, p. 33).

Por otro lado, existen otras corrientes también críticas del derecho penal, de carácter más bien reformistas, y no tan radicales en sus propuestas como el abolicionismo, que se encuentran simbolizadas por la criminología crítica, el realismo marginal, planteadas por el maestro Zaffaroni y el minimalismo o garantismo, esbozados por los exponentes Baratta y Ferrajoli.

Todas estas diversas posturas, aun cuando no concuerdan entre sí respecto a los niveles y esencia de la crítica, comparten cuestionamientos a la concepción actual del derecho penal, sin negar su total utilidad, sino más bien respaldan un derecho penal distinto y reformado.

Son posturas reformistas, que, sin valorar negativamente la evolución habida en el derecho penal moderno, sí han adoptado o adoptan una postura crítica frente a la realidad del sistema penal, pretendiendo

introducir elementos de progreso, en uno u otro sentido, que, no obstante, se mantengan en el seno del propio sistema. (S. J., 1992, p. 17)

Otro aspecto de la decadencia, es la llamada *crisis de expansión del Derecho penal*.

En este caso, partiendo de una concepción minimalista y garantista del derecho penal, se mira con preocupación el moderno fenómeno inflacionario del orden punitivo, el cual progresivamente pierde su carácter de *última ratio*, para transformarse en una herramienta de acción política, marcada por el simbolismo, la retórica y el aumento del punitivismo. (Guevara & Paredes, 2007, pp. 35-36)

1.2.3.1. El fracaso de la pena tradicional

Las corrientes críticas del derecho penal y la criminología han reclamado también un mayor interés hacia el victimario, pero ya no solo cuando es condenado, sino cuando es procesado momento en que supuestamente debería gozar del protagonismo del proceso. En este contexto, otra de las grandes razones apuntadas a la hora de hablar de la crisis del sistema penal, es el fracaso universal de su castigo clásico, la pena de prisión (Cruz, 2013).

La pena de prisión está siendo objeto de un tratamiento legislativo que en términos psiquiátricos cabría calificar de bipolar: se intenta que el que no ha entrado no entre; a fin de no perderlo para la vida en sociedad y el que ha entrado no salga; porque se deduce que ya está perdido para la vida en sociedad. (Cruz, 2013, p. 70)

1.2.3.2. La prisión como elemento resocializador

Muñoz (1979) define a la resocialización como:

Un proceso de interacción y comunicación entre el individuo y la sociedad que no puede ser determinado unilateralmente, ni por el individuo ni por la sociedad. Es s por ello que resocializar al delincuente sin cuestionar al mismo tiempo el conjunto social normativo al que se pretende incorporarlo, significa pura y simplemente aceptar como perfecto el orden social vigente sin cuestionar ninguna de sus estructuras, ni siquiera aquellas más directamente relacionadas con el delito cometido. (p. 94)

Ferri (1907) señala que:

Actualmente el individuo justificable no es más que un maniquí viviente, sobre el cual el juez pega el número de un artículo del código penal (...) Durante la ejecución de su pena llega a ser otro autómatas numerado, presentando así el contraste absurdo y desmoralizador de una persona que vive, respira y siente perdida, perdida y sumergida en la masa anónima de una penitenciaría cualquiera (...) Y ¿qué ocurre al día siguiente de expirar la pena?, ¿quién, pues, entre los ejecutores de la condena se ocupa, y si quisiese se podría ocuparse, de saber cuáles son los efectos producidos por la pena en la persona del condenado, qué actitudes le ha dado, o quitado para readaptarse la vida social? (pp. 208-212).

Por eso dice Ferrajoli (1995):

Un sistema político que se creó moderno ha de ser capaz de tolerar la desviación como reflejo “*de tensiones y disfunciones sociales no resueltas*” así, como de prevenirla sin medios represivos, debiendo

orientar sus quehaceres hacia la desaparición de las causas materiales de esta desviación. Desde este punto de vista, razona el autor, la reclusión carcelaria es “*inútilmente aflictiva incluso criminógena*”, y lo deseable sería la instauración de garantías jurídicas-sociales aptas para eliminar los fenómenos de disgregación y de marginación de los que se nutren las subculturas criminales. (p. 343)

Urge la necesidad, como señala Melossi (1995) de: “Aparejar condiciones de vida contrarias al surgimiento de comportamientos indeseados, así como de instaurar un control social más activo y menos reactivo” (p. 63).

“La pobreza y la marginación, se han de combatir construyendo escuelas, no prisiones” (Christie, 1984, p. 123).

No en vano Marx & Engels (1971) ya habían afirmado mucho tiempo atrás, que: “Si el hombre es formado por las circunstancias se deben formar humanamente estas circunstancias” (p. 153).

1.2.3.3. La prisionización reproductora

En los países ricos las cárceles tienden a convertirse en instituciones de tortura blanda (sin predominio de violencia física) y en los pobres en campos de concentración con muertes frecuentes (masacre por goteo) y brotes de muertes masivas (motines) (Zaffaroni, 2013, p. 304).

La prisionización innecesaria fabrica delincuentes, al igual que la estigmatización de las minorías es una clara profecía autorrealizada (jóvenes con dificultades de identidad asumen roles desviados imputados mediáticamente, reafirmando los prejuicios propios del estereotipo). El mayor uso de la prisión no tiene efecto preventivo y

cabe sospechar que tiene un efecto contrario. (Zaffaroni, 2013, pp. 304-305)

Cada país tiene el número de presos que políticamente deciden tener, las condiciones no solo aumentan el efecto reproductor del crimen de la prisión, si no que las frecuentes masacres por goteo hacen que la pena de prisión se convierta en una pena de muerte aleatoria, por cualquier delito e incluso por ninguno. El riesgo de victimización homicida suele superar veinte veces el de la vida libre, pues existe una pena de muerte aleatoria también por ningún delito, ya que la mayoría de los presos no están condenados, sino sometidos a medidas cautelares; de los cuales en su gran mayoría serán absueltos o sobreseídos, o sea, que se halla en prisión por nada y para nada. (Zaffaroni, 2013, pp. 306-307)

Las tasas de prisionización latinoamericanas no varían por las penas previstas en los códigos penales sino por las disposiciones procesales, nosotros escondemos la pena sin condena como medida cautelar. (Zaffaroni, 2013, pp. 307)

Estas prisionizaciones inútiles no son errores judiciales si no prácticas corrientes. Los errores judiciales son a veces dramáticos (sobre todo cuando ya se ejecutó la pena de muerte, como ocurre en Estados Unidos), pero la prisionización sin causa en forma de prisión preventiva no es ninguna excepción, sino una práctica corriente, con la que los jueces se protegen de la criminología mediática, de los políticos y de sus propias cúpulas, pues se decide conforme el grado de peligrosidad

política que experimenta el juez, o sea, de peligrosidad judicial, entendida como el grado de peligro de una liberación, absolución o excarcelación puede depararle el juez. (Zaffaroni, 2013, p. 307)

No podemos olvidar que la peligrosidad es un elemento de todo discurso genocida: en base a los delitos que algunos cometen - o que se le imputan - se considera que todos los integrantes del grupo son peligrosos y conforme a eso se construyen en ellos. Se trata de extorsionar al preso para que negocie con el fiscal y acepté una pena, con forma de condenar a todos sin juicio. En síntesis, nos proponen cambiar presos sin condena por condenados sin juicio, para que la subcategoría de presos por nada pase a ser la de condenados por nada. (Zaffaroni, 2013, p. 308)

En efecto; el preso sufre un proceso de regresión a una etapa superada de la vida, lo que hace que la prisión parezca una escuela de niños bastante complicada; es decir que se produce una regresión a la vida infantil sometida. Las limitaciones que le imponía su grupo de crianza o la escuela. (Zaffaroni, 2013, p. 310)

Goffman refiere que: “El espacio se contamina, la privacidad desaparece, lo que se lleva a cabo en privado se vuelve público (aunque en alguna medida eso también está sucediendo en la sociedad-extramuros). (Zaffaroni, 2013, p. 310)

El preso no puede disponer de un espacio propio, todo es invertido a veces brutalmente por las requisas que, en busca de armas o tóxicos, arrojan todas sus pertenencias al piso y obligan a conductas degradantes cómo mostrar el ano. La intervención de seguridad

trasciende las visitas, que son sometidas a revisiones que llegan algunos casos a tactos vaginales o rectales (Zaffaroni, 2013, p. 311).

Una administración carcelaria corrupta hace del preso un pequeño negocio mediante el tráfico de elementos prohibidos, en particular tóxicos, práctica que se conoce desde el siglo XIX. Esta es la pequeña Industria del preso porque la gran industria está representada por los fabricantes de prisiones y dispositivos de seguridad. (Zaffaroni, 2013, p. 311)

La sociedad carcelaria- como llama Elías Neuman- tiene su propia jerarquía interna y los presos asocian al recién llegado a un estereotipo conforme al delito cometido (estafador, choro, violeta, estafeta, entre otros) y en razón de éste y de características personales se lo vincula a un elemento de esta jerarquía. (Zaffaroni, 2013, p. 311)

La reincidencia no es ninguna prueba de inclinación al delito, sino de una personalidad lábil que responde positivamente al condicionamiento reproductor del propio sistema. No es de extrañar que las ideologías hayan fracasado, lo que fue aprovechado en Estados Unidos para reemplazar la cárcel de tratamiento por la de seguridad. A esto se le suma que el personal penitenciario queda anómico, pues se le instruye conforme a un discurso de que en la práctica es una misión imposible, sin contar con que las cárceles deterioradas lo someten a constantes riesgos y condiciones de trabajo muy negativas y estresantes, lo que las lleva a extremar la seguridad como máximo y a veces único valor, no entendida en el sentido de seguridad para la vida de los presos y del

personal, sino como seguridad de que no habrá motines ni fugas; pero todo esto depende del grado del deterioro del sistema prisional: los hay menos afectados por el inexorable curso hacia el campo de concentración, determinado por la superpoblación y la carencia de recursos. (Zaffaroni, 2013, p. 314)

Esto no cambia con las novedosas leyes que inventan los políticos impulsados por la criminología mediática. Unos años más de prisión a quién cometió asesinatos puede afectar el principio de proporcionalidad y producir un deterioro irreversible en la persona, pero en absoluto impide que otro haga lo mismo. Los criminales violentos no son el problema que afrontan estas leyes y tampoco el que crean las mayores penas, sino que llenan las cárceles con los que no han cometido ningún asesinato incluso con los que no han hecho nada, con una altísima probabilidad de convertirlos en criminales violentos por efectos reproductor. (Zaffaroni, 2013, pp. 314-3015)

La maraña legislativa creada por las constantes reformas penales lesiona la seguridad de todos, pues la ley pierde certeza, nadie sabe lo que está prohibido penalmente, toda licitud tiene a volverse ilicitud penal, la vieja aspiración a las leyes claras queda olvidada. El permanente recurso a la criminalización la bandaliza en lugar de jerarquizarla. (Zaffaroni, 2013, p. 315)

1.2.4. El derecho penal simbólico y aumento del punitivismo

Existe un acuerdo global respecto de la dirección en la cual se busca el fenómeno de derecho simbólico: se trata de una oposición entre realidad

y apariencia, entre manifiesto y latente, entre lo verdaderamente querido y lo otramente aplicado; y se trata siempre de los efectos reales de las leyes penales. Simbólico se asocia con engaño, tanto en sentido transitivo como reflexivo. (Hassemer, 1995, p. 22)

El derecho penal simbólico no aligera este proceso, sino que lo fortalece. La ganancia preventiva que lleva consigo no se produce respecto de la protección de bienes jurídicos sino respecto de la imagen del legislador o del empresario moral. Lo que se consigue cuando el derecho penal simbólico efectúa este engaño entre funciones latentes y manifiestas es que la pregunta crítica sobre la capacidad real del derecho penal para proteger bienes jurídicos ni siquiera se plantee. (Hassemer, 1995, p. 30)

La legislación penal y la ejecución penal como pura fanfarronada: no hace falta fundamentar extensamente por qué esta salida al dilema de la prevención es una vía equivocada. Un derecho penal simbólico que ceda sus funciones manifiestas en favor de las latentes traiciona los principios de un Derecho penal liberal, especialmente el principio de protección de bienes jurídicos y mina la confianza de la población en la Administración de Justicia. (Hassemer, 1995, p. 30)

Queda por ver, en tanto el carácter de apariencia acompañe al derecho penal y a la política criminal, cómo éste puede cumplir las supuestas funciones preventivas en vez de cederlas. Precisamente es un período en el cual predominan las tendencias preventivas y las necesidades sociales globales, el derecho penal podría tener la misión de reanimar la

tradición de orientarse hacia las acciones concretas de lesión a un bien jurídico. (Hassemer, 1995, p. 30)

El derecho penal simbólico se da bajo formas muy diversas: Derecho penal que está menos orientado a la protección del bien jurídico que a efectos políticos más amplios como la satisfacción de una necesidad de acción. Es un fenómeno de la crisis de la política criminal actual orientada a las consecuencias. Ello convierte gradualmente al derecho penal en un instrumento político flanqueador de bienes jurídicos universales y delitos de peligro abstracto. Este derecho penal se aviene a las imágenes de una inseguridad global y de una sociedad de riesgo. Un derecho penal simbólico con una función de engaño no cumple la tarea de una política criminal y mina la confianza de la población en la administración de justicia. (Hassemer, 1995, p. 30)

1.2.5. El derecho penal del enemigo

En la doctrina Internacional es conocida la teoría del profesor alemán Günther Jakobs quien introduce el concepto de Derecho penal del enemigo en la moderna dogmática penal, como concepto doctrinal y político-criminal, a través de su ponencia presentada en Frankfurt en 1985, quien pretendió identificar dos polos o tendencias en el derecho penal; por un lado al hacer referencia al *derecho penal del ciudadano* (donde la fundamentación de la pena es la defraudación de las expectativas normativas y su vigencia), por el otro al *derecho penal del enemigo*, donde la finalidad es eliminar a los peligrosos, sin embargo, entiende Jakobs, que estas posturas no pueden ser opuestas sino que estas se superponen al diferenciar entre ciudadanos normales y aquellos peligrosos, por ello el derecho penal del enemigo tiene tres

características importantes: en primer lugar, el adelantamiento de la barrera punitiva, la criminalización de actos preparatorios que por regla general son impunes, ya que en el derecho penal contemporáneo se encontrarían dentro de las conductas socialmente permitidas. En segundo lugar, la imposición de las penas es desproporcionalmente alta; por último, determinadas garantías procesales son relativizadas o incluso suprimidas (Jackobs & Cancio Meliá, 2003).

Según Jakobs & Cancio Meliá, (2003) en referencia a Silva Sánchez, señalan: ha incorporado a su discurso político criminal, diferenciando el derecho penal en velocidades, la primera sería aquella donde la pena principal es la privativa de libertad, respetando las reglas clásicas del derecho penal liberal, como principios político criminales, reglas de imputación y principios procesales clásicos; la segunda velocidad tiene como principal sanción las infracciones pecuniarias o limitativas de derecho, donde por sus características se *“flexibilizan”* de manera proporcional aquellas reglas del derecho penal clásico; el derecho penal del enemigo sería *“la tercera velocidad”*, donde coexisten la imposición de la pena privativa de libertad y la flexibilización de los principios políticos criminales y las reglas de imputación. (pp. 82-83)

La diferencia que existe entre el derecho penal del ciudadano y el derecho penal del enemigo, es pues, que mientras al ciudadano se le sigue considerando como persona, a quien le asiste derechos y deberes, al segundo, se le aplica un derecho en otro sentido, excluyéndolos de estas prerrogativas que tendría un ciudadano común y corriente, porque el estado está en toda la facultad de preocuparse por la seguridad de los considerados *“normales”* frente aquellos ciudadanos *“peligrosos”*, es así que, el

derecho penal del ciudadano es para todos, mientras que el derecho penal del enemigo es para los “*otros*” los “*enemigos*”, y es que solo a través de la coacción física, incluso hasta llegar a la guerra, ya que estos no prestan ninguna seguridad por lo que el estado debe tratarlo como *no persona*, de no ser así, se vulneraría el derecho a la seguridad de los demás individuos. (Villavicencio T. F., 2006)

En consecuencia, el derecho penal del enemigo constituye una reacción de combate del ordenamiento jurídico frente a individuos especialmente peligrosos, por lo que el estado ya no habla con los infractores de la ley penal, si no amenaza a sus enemigos, en tal sentido, no es un derecho penal de hecho, sino de autor.

1.2.6. La administrativización del derecho penal

Claramente este título le pertenece al profesor español Silva Sánchez, quien entiende que la primera manifestación de la expansión del derecho penal, es la modificación de la estructura de los tipos penales, pasando del clásico entendimiento de protección de la norma penal, a nuevos objetos de protección, es decir existe una transición entre los delitos de lesión de bienes individuales a modelos de delitos presuntos para bienes supraindividuales. (Silva S. J., 2001)

El ejemplo principal son los delitos contra el medio ambiente, ya que los seres humanos necesitan vivir libres de toda contaminación como principio organizativo de nuestra época contemporánea, por lo que es un reto del derecho penal garantizar el desarrollo sostenible, previamente claro está que haya superado el estándar administrativo para considerarlos dentro de la esfera de protección penal. Por lo que el derecho contemporáneo se va preocupando más por las grandes cifras que por la lesión del comportamiento individual. (Silva S. J., 2001)

El derecho penal clásico, reaccionaba ante la lesión a un bien jurídico protegido, es decir *a posteriori* de su afectación, por lo que la moderna dogmática penal, requiere que el derecho penal se convierta en una especie de gestión punitiva de riesgos generales, por lo que en esta medida se habla de la administrativización del derecho penal. (Silva S. J., 2001, p. 123)

La problemática actual según Silva Sánchez, se puede resumir en determinar el grado de intervención penal en conductas que no lesionan o ponen en peligro los bienes jurídicos determinados por el derecho penal, por lo que se recurre a la teoría de la acumulación es así que:

La medida en que la acumulación de tales actos concretos sí tiene capacidad de producir consecuencias lesivas, entiende que debe sostenerse no sólo su tipicidad formal, sino la propia tipicidad material. En cualquier caso, es importante, para la exacta comprensión de su punto de vista, poner de relieve que, en la concepción de KUHLEN — tal como manifiesta en su réplica a las críticas dirigidas a su opinión— la acumulación no aparece como un elemento hipotético de los «Kumulationsdelikte», sino que es un elemento real (esto es, se cuenta de antemano con la realización actual o inminente de hechos similares por una múltiple pluralidad de sujetos). (Silva S. J., 2001, p. 132)

A pesar de lo descrito, las críticas respecto a la calificación de la culpabilidad y de la proporcionalidad respecto a las sanciones y la no existencia de una puesta en peligro de un bien jurídico determinable a un individuo siguen en vigor. Sin embargo, los códigos penales a nivel mundial están plagados por delitos regidos por esta teoría.

En ese sentido lo que estamos viviendo hoy es la expansión de una política de prevención policial, “La «sociedad del riesgo» o «de la inseguridad» conduce, pues, inexorablemente al «Estado vigilante» o «Estado de la prevención». Y los procesos de privatización y de liberalización de la economía, en los que nos hallamos inmersos, acentúan esta tendencia” (Silva S. J., 2001, p. 138). Por lo que, la intervención del Estado se adelanta progresivamente, estableciendo cuatro etapas con la finalidad de salvaguardar los objetos de protección.

La primera, es la descripción de conductas concretas y abstractamente peligrosas; segundo, simplemente lo que se trata de proteger son bienes colectivos, por lo que muchas veces tiene protección administrativa y penal; tercero, la utilización de indicios para iniciar previamente un procedimiento sancionador; la cuarta y última, es una consecuencia de la anterior, puesto que a pesar que no existe sospecha suficiente, se inicia el procedimiento sancionador que muchas veces tiene como consecuencia la privación de la libertad. (Silva S. J., 2001)

1.2.7. Delitos de Peligro Abstracto

El delito de peligro abstracto (peligro presunto) solo se requiere la comprobación de la conducta prohibida, y por ello no se diferencian de los delitos de pura actividad, son pues delitos de desobediencia (Villavicencio T. F., 2006).

Históricamente “Una de las grandes conquistas del derecho penal liberal fue la consagración del principio *nullum crimen sine lege praevia*, es decir, el principio de legalidad como fundamento político criminal dirigido a la tutela de la libertad individual frente a la pretensión punitiva del estado” (Peña, 2013, p. 363)

En tal sentido, la atribución de responsabilidad jurídica penal a cualquier ciudadano por parte de quien detenta el poder punitivo, es decir el estado solo puede enmarcarse

en el ámbito legalmente descrito textualmente por una norma jurídica que exprese su defraudación con anterioridad a su positivización de la conducta ejecutada. Por ello, la descripción de la conducta tiene que ser concisa.

Para Peña (2013) refiere: “Estas conductas descritas en los tipos legales tiene una correlación estricta con el ámbito de protección, no es que el legislador tipifique cualquier clase de comportamiento humano, si no tiene que significar un estado de lesión o de peligro al bien jurídico” (p. 364).

Además, “La teoría del tipo penal es un instrumento conceptual que ayuda a identificar el comportamiento prohibido, en tanto es un conjunto de elementos que caracterizan un comportamiento contrario a la norma” (Peña, 2013, p. 364).

Peña, (2013) afirma:

“El tipo penal consiste en la descripción legal de los factores de la situación de hecho que interesa para el Derecho Penal. El tipo adecua, subordina y encuadra objetivamente la acción desarrollada por el ser humano a una descripción del delito contenido en un ordenamiento jurídico”. (p. 364)

Asimismo, Muñoz & García (2010), afirman: “La tipicidad es la adecuación de un hecho cometido a la descripción de una norma penal, por imperativo del principio de legalidad, en su vertiente del nullum crimen sine lege, donde solos los hechos tipificados en la ley penal como delitos puede ser considerado como tal” (p. 204).

Debe indicar, que los elementos que se hallan de manera permanente en la composición de todos los tipos son: el sujeto activo, la conducta y el bien jurídico, estos tienen un enorme significado para entender la clasificación de los tipos penales sea

por su estructura, o por el menoscabo del objeto de la acción, en la cual se encuentran los delitos de materia de investigación.

De manera que, el tipo penal de peligro tiene una característica principal, que es el adelantamiento de la punibilidad “delitos de consumación anticipada”, los han denominado, es decir, ex ante existe una valoración de la conducta que determina si estaba en posibilidad de lesionar un bien jurídico (Peña, 2016).

Entonces, son los legisladores quienes han optado por el derecho penal preventivo, marcando una política – criminal de no esperar que resulten menoscabados los bienes jurídicos, si no responder con un anticipo de las barreras de punición ya que actualmente se vive en una sociedad de riesgo, por ello, el derecho penal es hijo de su tiempo (Peña, 2016).

Al respecto, Mir (2008), diferencia: “En términos sencillos si el tipo penal requiere la lesión del bien jurídico protegido, dará lugar a un delito de lesión, mientras que, si se contenta con su puesta en peligro, constituirá un delito de peligro” (p. 229).

1.2.7.1. Concepto y Naturaleza

Según el profesor Villavicencio (2006) refiere: “solo requiere la comprobación de la conducta prohibida y por ello no se diferencian de los delitos de mera actividad, son pues delitos de desobediencia” (p. 312).

Hurtado (como se citó en Spereak, 2016) piensa que los delitos de peligro abstracto se caracterizan porque no suponen una alteración en el mundo exterior, por lo que solo importa la realización de un hecho considerado peligroso, por lo que no es indispensable verificar que el peligro se ha dado en la realidad, puesto que su finalidad es que no se origine el peligro, es un peligro difuso o general.

No solo es una amenaza a la posible peligrosidad del daño del bien jurídico protegido, sino se necesita de una acción que objetivamente este impregnada de una puesta en el peligro de carácter inminente, de ser contrario a ello, se estaria vulnerando el principio de lesividad (Seperak, 2016).

Cuesta (como se citó en Peña, 2004) piensa que es una definición normativa de determinados comportamientos socialmente peligrosos, cuya realización requieren de la verificación de un determinado estado en si riesgoso para la integridad de un bien jurídico ... ()...La cualidad de la acción solo basta un peligro potencia, no efectivo.

Por lo tanto, no basta la generación de la conducta prevista en el tipo penal, si no se debe verificar ex ante que el peligro producido era apto para crear un verdadero foco de peligro, este peligro no solo debe ser potencial, sino además con idoneidad y/o aptitud suficiente para poder colocar en un real estado de riesgo a los bienes jurídicos sin necesidad de advertirse un peligro concreto a la vida y salud de las personas (Seperak, 2016, p. 17).

Según, Seperak (2016) “La actividad probatoria no supone una disminución en comparación a los delitos de peligro concreto, sino que la misma se dirige acreditar hechos distintos, por lo que se busca acreditar la idoneidad de la conducta para producir un resultado” (p. 17).

Para Peña (2004):

Este tipo de delitos no requiere de una efectiva lesión o una real puesta en peligro para poder afirmar su existencia. Ejemplo el art. 274 (conducción de vehículo motorizado bajo la influencia de alcohol o de sustancias psicotropias), también el art. 279 (tenencia ilegal de armas) (P. 387).

Respecto a la naturaleza de este tipo de delitos Baigún (como se citó en Seperak, 2016) observa que: “La tipificación del peligro en materia penal tiene características singulares. De una parte, la existencia del peligro como “cosa en sí”, es condición indispensable para la configuración del delito; por otra parte, el peligro aparece vinculado al daño o lesión del bien, es decir, “como para algo” la presencia de los dos aspectos en forma coincidente señala, precisamente, la especificidad del concepto”

1.2.7.2. “Cosa en sí”

Al momento de plasmar la realidad y reflejar la voluntad de las personas intervinientes, tiene la objetividad congénita a todo lo sucedido, sin embargo, la norma se considera vulnerada cuando se desenvuelve en el ámbito externo de una conducta que perturba la situación del medio social y, que por sí misma, es apta para causar una consecuencia en el contorno social (Seperak, 2016).

1.2.7.3. “Cosa para algo”

Para algunos autores es considerado como dual, porque se halla conectado con otro objeto; es decir la lesión o el daño. El peligro, es señalado como apto para provocar un daño, capacidad que tiene de amenazar con la formulación de un riesgo que es investigada a través de la descripción de la ley o posibilidad que la totalidad de los autores han rescatado como modelo para definir lo importante que es el nexo en este tipo de delitos (Seperak, 2016).

1.2.7.4. Bien Jurídico Protegido

Diversos autores en el devenir de los años han tratado de conceptualizar el bien jurídico, generando una imprecisión al momento de fijar en primer lugar su función, si por un lado tiene que proteger bienes previamente dados, como la vida, la integridad

corporal, el honor, la administración de justicia o la lesión de un deber, o realmente tiene que reestablecer la norma jurídica de una defraudación normativa.

La doctrina penal, afirma que el término “bien jurídico” fue utilizado por primera vez por Birnbaum (2010) cuando señala: “Perdamos algo o se nos priva de una cosa que es el objeto de nuestro derecho, que se nos sustraiga o merme un bien que nos compete jurídicamente, eso, sin duda, no disminuye ni suprime nuestro derecho” (p. 81).

Es desde ese momento que la noción de bien jurídico fue utilizado como fundamento de una intervención penal, por lo que sin la protección de un bien jurídico, no habrá manera de justificar la imposición de una sanción penal. Birnbaum (como se citó en García, 2012, p.120).

De igual manera Hurtado (2005) señala: “Tanto Maurach y Bauman, son quienes consideraron que los bienes jurídicos son los “intereses jurídicamente protegidos”, en tanto, el alemán Roxin manifestó que se refiere a “condiciones valiosas” en las que concretizan los presupuestos necesarios para la existencia en común (p. 11).

Para Binding desde un punto de vista positivista el bien jurídico es un valor que el mismo legislador lo constituye como una condición necesaria para la convivencia normal, “cuyo objetivo no es la defensa de los intereses individuales sino el sostenimiento de las situaciones complicadas para al ejercer sus derechos de libertad la paz no les sea perjudicada” Hurtado (como se citó en Seperak, 2016, p.32).

A pesar de los esfuerzos por ciertos sectores de la doctrina no hubo consenso, lo que obligo a recurrir al marco constitucional, así como a las normas internacionales protectora de Derechos Humanos con la finalidad de limitar el poder que giraba en el

legislador al momento de proponer normas penales por el riesgo que genera la protección de bienes jurídicos ya que, este presupone un juicio de valor por parte de quien ostenta el poder, al cual le resulta difícil despojarse de los prejuicios políticos, culturales y religiosos, por ello los juristas recurren en la actualidad a un catálogo de valores reconocidos por las constituciones (Hurtado, 2005).

En tanto, se considera que constituye bienes jurídicos individuales y colectivos aquellos reconocidos expresa o tácitamente en la norma constitucional, en tanto su protección mediante leyes penales debe respetar los principios y tratados internacionales. “El derecho penal en un estado social y democrático de derecho no puede castigar cualquier conducta activa u omisiva, sino solo aquella, socialmente nociva, que lesione o ponga en peligro las condiciones elementales de la vida en común de los ciudadanos” (García P. d., 2000, p. 365).

Con razón, Peña (2016) señala: “El bien jurídico protegido “adquiere legitimidad cuando materialmente se identifica el bien objeto de protección, esto a partir de una necesidad social, pues la construcción teórica se sostiene de conformidad con el modelo de estado que plasma la constitución política” (p. 319).

Sin embargo, el máximo intérprete de la constitución cuestionó en la sentencia recaída en el Exp. N° 00012-2006-AI/TC, diversos artículos del Decreto Legislativo N° 961, del Código de Justicia Militar Policial, la misma que señaló:

Como lo ha sostenido este Colegiado en anterior oportunidad, desde una perspectiva constitucional, el establecimiento de una conducta como ilícita, es decir, aquella cuya comisión pueda dar lugar a una privación o restricción de la libertad personal, sólo será constitucionalmente válida si tiene como propósito la protección de

bienes jurídicos de relevancia constitucional. Como resulta evidente, sólo la defensa de un valor o un interés constitucionalmente relevante podría justificar la restricción en el ejercicio de un derecho fundamental. (Sentencia del Tribunal Constitucional, 2006, fundamento 27)

En tal sentido, el tribunal constitucional a partir de este pronunciamiento opta por una tesis ecléctica de la teoría constitucional del bien jurídico, “Toda vez que los bienes no se constituyen de lo señalado expresamente en la constitución, aunque finalmente siempre tienen que referirse a un principio, ya que no se podría aceptar bienes jurídicos que contravengan a la carta magna” (Villaroel, 2017, p. 54).

Por lo tanto, es el legislador a quien se le otorga la posibilidad de diseñar la política criminal de un estado de derecho evaluando el menoscabo que producen las conductas que ponen en peligro o simplemente afectan a los bienes jurídicos de relevancia constitucional, como señaló el Tribunal Constitucional citando a profesor Luzón (1996) señala que “Los bienes jurídicos son condiciones necesarias para el desarrollo de la vida del individuo y de la sociedad. Tales condiciones pueden consistir en relaciones, intereses, objetos, materiales o inmateriales o derechos, que en cualquier caso han de ser socialmente valiosos y por ello dignos de protección jurídica”. (Villaroel, 2017, p. 55).¹

¹ También es cierto que el mismo Tribunal Constitucional en el Exp. N° 0017-2011- PI/TC, se ha pronunciado respecto al grado de discrecionalidad por parte de los legisladores al momento de recurrir a la sanción penal en aras de proteger el bien jurídico, el fundamento 10 explica “Ello, no solo porque la sanción penal es la última ratio, lo que tiene como correlato constitucional el determinar que solo es posible recurrir a la restricción de derechos (libertad personal) cuando no sea posible lograr los mismos fines a través de medidas menos restrictivas, sino también porque el legislador goza de un razonable margen de discrecionalidad dentro de lo constitucionalmente posible (...), lo contrario, es decir, que la propia justicia constitucional termine decidiendo en todos los casos si se debe o no penalizar, resultaría atentatorio del principio democrático, por desconocer el margen de discrecionalidad del que goza el legislador”. En consecuencia, el fundamento 13 señala “si bien el legislador goza de discrecionalidad el mismo está vinculado a los principios y valores constitucionales, lo que permite un control constitucional”.

Las Salas Penales de la Corte Suprema también se han pronunciado al respecto asumiendo la postura constitucional. Respecto a la reconducción del delito de abuso sexual no consentido por adolescentes mayores de 14 y menores de 18 años; el (Codigo Penal Peruano, 1991, art. 170) señala:

El bien jurídico queda establecido dentro de la norma jurídica, de manera que a cada norma le corresponde un bien jurídico. Este es creado por el derecho que elige los objetos que en opinión del legislador merecen protección; así, bien jurídico será todo lo que, aun no constituyendo derecho, es valorado por el legislador como condición para que la vida comunitaria se desarrolle normalmente. Por lo que, es interés de la comunidad conservarlo íntegro protegiéndolo mediante normas jurídicas (Acuerdo Plenario 01-2012/CJ-116, 2012).²

“Por esta razón, las normas constitucionales y tratados de Derechos Humanos establecen criterios para instaurar que bienes jurídicos merecen protección penal” (Seperak, 2016, p. 39).

A pesar de los avances en materia penal, el concepto de bien jurídico hasta el día de hoy es un tema aun no superado, no obstante, es el factor principal que limita el accionar del poder punitivo, de igual modo el profesor Hurtado (1987) refiere respecto a la problemática del bien jurídico:

La determinación de los bienes que deben ser protegidos penalmente, presupone un juicio de valor de parte de quien detenta el poder, y en que éste no puede hacerlo

² El objetivo del legislador no es la defensa de intereses jurídicos individuales sino el mantenimiento de las condiciones complejas para que la paz social no sea perturbada y los individuos puedan desarrollarse normalmente y ejercer sus derechos en libertad. Todo bien jurídico debe partir de los principios fundamentales basados en la Constitución a través de los cuales se les marcan sus límites de potestad punitiva al Estado, calificando a los bienes jurídicos como aquellas circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema.

sin despojarse de sus ideas, anhelos y prejuicios políticos, religiosos, culturales. Ante la cuasi imposibilidad de determinar los criterios objetivos útiles para la formación de este juicio valorativo, los juristas recurren actualmente, al catálogo de valores reconocidos en las constituciones (p. 15).

1.2.7.4.1. Bien jurídico frente a la lesión del deber

El entendimiento de la lesión al bien jurídico como la lesión al deber ha tenido un desarrollo adverso, enmarcándose como conceptos del injusto penal, ello no ha cambiado en la actualidad ya que es utilizado como definición complementaria del delito. Hegel es quien entiende al delito como un mecanismo de debilitar la validez del derecho, la misma que genera un perjuicio a determinados bienes jurídicos (Villavicencio T. F., 2006).

A pesar de lo descrito Alcacer (como se citó en Seperak, 2016) refiere:

Los bienes jurídicos son condiciones que participan en un estado social y democrático de base liberal, comprendidas por esferas personales e impersonales de libertad ... ()... por ello, que al lado de los bienes jurídicos, supone la preexistencia de expectativas de seguridad en estos intereses, en el sentido que no serán lesionados por terceros, forma un grado de confianza que la norma serán respetadas por todos... ()... Entre ambos aspectos bien jurídico y respeto a la norma, deberá existir una relación de reciprocidad funcional, que, sin embargo, supone que el fin preventivo primordial del derecho penal que es la protección de los bienes jurídicos quedando subordinado a aquel la protección de la vigencia del ordenamiento (p. 41).

Por ejemplo, se perfeccionará el delito de peculado previsto en el artículo 387° del Código Penal, cuando el sujeto público infringiendo o incumpliendo su deber funcional de administrador decide y se dispone apropiarse de los bienes públicos sobre los cuales tiene una relación fundacional. Para efecto de consumación o de sanción penal, es irrelevante si el sujeto llega realmente a apropiarse del bien público. Situación que en nuestra patria no es recibido, que la formula legislativa, exige que cuanto menos de inicio a los actos de apropiación y luego, se exige que la concurrencia de otros elementos objetivos y subjetivo... () ...La sola infracción del deber no es suficiente para sancionarlo ni siquiera en grado de tentativa... () ...Según las fórmulas legislativas de los delitos contra la administración pública. Por ejemplo, aparte de le infracción del deber se exige que el sujeto público realice otra acción u omisión de peligro o lesión a un bien jurídico determinado para completar el injusto penal (Salinas, 2016, p. 25).

1.2.7.4.2. Funciones del bien jurídico

Se puede aseverar que el bien jurídico protegido cumple con tres funciones concretas:

- a. Función sistemática: Es aquella “que clasifica las diversas infracciones establecidas en el Código Penal, iniciando este catálogo con los delitos contra el cuerpo la vida y la salud, el honor, la familia, la libertad, el patrimonio”. (Urquiza Olaechea, 1998, p.2). Este sistematiza, conforme con la constitución política del estado, el respeto del ser humano como fin supremo.
- b. Función de interpretación: Se da “Debido a que descubre el ámbito de protección o el fundamento del injusto” (Mir, 2008, p. 136).

Así por ejemplo, el sujeto amante del arte que ante el peligro de incendio del local donde se exhibe la obra, toma el valioso cuadro para salvarlo y huye del local. La reflexión penal en sede de bien jurídico asumirá que lo relevante para la determinación de la lesión del patrimonio, no será la sustracción como tal, sino, establecer si el patrimonio fue sustraído con fines de lucro o protección. En éste último caso no hay lesión alguna, por el contrario un beneficio al patrimonio. (Queralt, 1996, p. 321)

- c. Función de criterio de medición de la pena: Esto se entiende que, a mayor gravedad de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, existirá posibilidades de considerar la determinación judicial de la pena más alta (Seperak, 2016).

1.2.7.4.3. Presupuestos para la protección penal de los bienes jurídicos colectivos.

- a) Merecimiento de pena

Villegas (como se citó en Seperak, 2016) piensa que “Para establecer cuándo una lesión o puesta en peligro del bien jurídico deba ser protegido penalmente, existen criterios como el perjuicio social, puesto que, según las características del derecho penal, solo sancionará las conductas más lesivas que impiden el desarrollo de una sociedad”

“Es así que, si una determinada conducta es socialmente perjudicial, pero que no afecta directamente al individuo en sus posibilidades de participación y desarrollo, no correspondería la intervención social, pero si se justificaría la intervención del ordenamiento civil o administrativo” (Seperak, 2016, pág. 47).

b) Necesidad de pena

“Presupone el merecimiento de pena porque las otras áreas del derecho fracasaron su intento en regular una conducta por sus características menos aflictivas, a pesar que estos medios podrían asegurar consecuencias iguales o con mejores resultados, pero que es necesario la intervención penal para mantener el *statu quo*” Villegas (como se citó en Seperak, 2016, p. 48).

1.2.7.5. El dolo en los delitos de peligro abstracto

La doctrina es unánime en determinar que el dolo en los delitos de lesión implica necesariamente poner el peligro el bien jurídico protegido lo que configura el conocimiento y voluntad de lesionar, mientras que en el dolo de peligro necesariamente habrá un dolo y no un dolo eventual de lesionar el bien.

Esto se explica, ya que el legislador en su afán de proteger en estados previos específicamente en este tipo de delitos se contenta con “tomarse en serio o conformarse”, estableciendo como gran diferencia el elemento volitivo (Aguilar, 2016). Por ello, diversas teorías actualmente renuncian al elemento subjetivo volitivo como elemento indispensable del dolo.

La técnica sugiere que el autor sea consciente de que su acción que pone en concreto peligro un bien jurídico, dejando de lado la posible evitación del mismo, pero que confié en poder controlar la situación que se presente, es casi la misma, lógica que se sigue para diferenciar el dolo eventual y la culpa consiente, para Aguilar (2016) señala: “Si el autor tiene el conocimiento “válido para él” de que el resultado puede producirse, desde ese momento puede actuar inmediatamente el motivo de evitación y, por tanto, actúa dolosamente” (p. 20).

1.2.7.6. Necesidad de probar el dolo

Es necesario para la demostración del dolo, la comparación de los delitos de lesión y delitos de peligro, conforme lo establece las reglas de la culpabilidad, puesto que el mismo título preliminar del Código Penal en el artículo VII, refiere el principio de responsabilidad penal, ya que la pena requiere la responsabilidad penal de autor, quedando proscrita toda forma objetiva de responsabilidad.

“Para el Derecho Penal, es relevante que se califique la conducta como dolosa o culposa, solo si se da alguno de estos elementos subjetivos se podrá calificar como típica” (Feijóo, 2002, pp. 13-14).

1.2.7.7. Principio de lesividad vs. Delitos de peligro abstracto

Los delitos de peligro abstracto, tiene una característica principal, que es la sanción de comportamientos que demandan peligrosidad, a pesar de no haber puesto en peligro o lesionado el bien jurídico protegido.

La crítica ha sido constante a la utilización de este tipo de delitos por parte de los legisladores, ya que deviene en una afectación y abandono a la protección de bienes jurídicos, en consecuencia, solo sanciona delitos que la sociedad lo considera negativos (Seperak, 2016).

En estos últimos años, la legislación peruana ha preferido incrementar el universo de tipos penales de peligro abstracto, con la finalidad de prevenir, por ello el legislador adelanta la barrera punitiva, con el fin de prevenir el posible ilícito penal, sin embargo, la experiencia, demuestra que es ineficiente la utilización de estos tipos penales ya que el índice del injusto penal, se ha incrementado, claro ejemplo el delito de peligro

común, donde el legislador ha tenido que optar por una figura de alternativa como es el principio de oportunidad para solucionar su alta incidencia.

Para Seperak (2016), la técnica legislativa consiste en i) que la conducta sea descrita de manera específica, para no contravenir el principio de legalidad, ii) se tiene que identificar el bien jurídico que se pretende proteger y iii) no se quebrante el principio de culpabilidad, esto con la finalidad de no contravenir las garantías previstas en la constitución y en los ordenamientos jurídicos.

Esta técnica sigue de cierta manera la noción que la finalidad del derecho penal no es solo la protección de bienes jurídicos, si no también, la defraudación de las expectativas normativas, en el ejemplo utilizado líneas arriba, respecto a delito de conducción en estado de ebriedad, para Seperak (2016): “El estado asume la administración de los riegos y precisa cuando alguien está infringiendo expectativas sociales, aunque individualmente el sujeto no lo crea así” (p. 16). , para el caso en concreto existe un rol del ciudadano, la cual determina la sola infracción al ponerse al volante en estado de ebriedad, lo que genera una protección a la seguridad pública a pesar que muchos lo consideran no reprochable.

1.2.8. Delitos de desobediencia y resistencia a la autoridad (art. 368)

“El delito de desobediencia y resistencia a la autoridad es una figura penal autónoma caracterizada por la ausencia de medios comisivos coactivos relevantes, Como la violencia o amenaza en la conducta del agente” (Salinas, 2016, p. 139).

1.2.8.1. Tipo penal:

“El que desobedece o resiste la orden impartida por un funcionario público en el ejercicio de sus atribuciones, salvo que se trate de la propia detención, será reprimido

con pena privativa de libertad no mayor de dos años” (Codigo Penal Peruano, 1991, art. 368).

1.2.8.2. Tipicidad objetiva:

Salinas (2016) afirma: “La conducta del agente se identifica por dos verbos rectores, el desobedecer y resistir el cumplimiento de una orden impartida por funcionario competente en el ejercicio de sus funciones” (p. 139).

Previo a estas dos modalidades tenemos que tener en cuenta, la orden impartida, esto es, aquella conducta que sin ella no se podría tipificar el delito en mención; pues se requiera que exista si o si una orden.

La orden impartida debe ser legal, es decir impartida por un funcionario público en el ejercicio normal de sus funciones, además de ello es necesario que la orden sea expresa, ya sea verbal o escrita sin ambigüedades, debe estar dirigida y puesta en conocimiento de un destinatario debidamente individualizado al que se le conmina a hacer o dejar de hacer algo; finalmente la orden debe poseer un contenido posible de realización en el marco de las relaciones jurídicas (Salinas, 2016, p. 140).

En relación con los verbos rectores mencionados anteriormente, tenemos a la primera modalidad del delito que es la conducta de desobedecer. “Se configura cuando el agente dolosamente se revela, insubordina o desobedece la orden impartida por funcionario público en el ejercicio normal de sus funciones por el cual se dispone que realice una conducta o deje de hacer una determinada conducta” (Salinas, 2016, p. 141).

La segunda modalidad es la de resistir

“El sujeto activo se resiste o se opone al cumplimiento de la orden impartida por un funcionario público en el ejercicio de sus atribuciones, el agente no sólo se limita a no cumplir la orden, si no que se resiste; es decir trata de impedir el cumplimiento de la orden, se opone a ella a través de actos de resistencia o fuerza que no deben de llegar a la violencia o a la intimidación” (Salinas, 2016, p. 142).

Al mismo tiempo el tipo penal contiene una excusa absolutoria referida a la resistencia o desobediencia a la propia detención.

Salinas (2016) con toda razón afirma:

Si se resiste o se desobedece la orden destinada a su propia detención no será objeto de sanción penal, así la orden de detención del sujeto activo sea impartida por un funcionario competente su resistencia al cumplimiento está exenta de pena. Aquí no hay causa de atipicidad, sino una exoneración de pena por excusa absolutoria, ya que la ejecutoria suprema del 7 de noviembre del 2003, argumenta que la sustracción a la acción de la justicia de cualquier inculpado representa un derecho natural a conservar su propia libertad que tiene sustento legal. Es por ello que la conducta es típica antijurídica y culpable pero no punible (pp. 144-145).

1.2.8.2.1. Sujeto activo:

El profesor Abanto (como se citó en Salinas, 2016) refiere:

Se trata de un delito común, por lo que, el sujeto activo o autor puede ser cualquier persona, lo único que se exige es que, aquella persona sea destinataria de la orden emitida por el funcionario público; sin embargo, la naturaleza de la desobediencia no puede ser la misma que cuando el desobediente es un particular, pues cuando se trata de un funcionario o servidor público desobediente, se atenta contra una relación especial de subordinación a diferencia de los particulares donde la subordinación es de carácter general; es por ello, que el juez determinará la circunstancia que el agente sea funcionario o servidor público para imponer un mayor injusto penal. (p. 146)

1.2.8.2.2. Sujeto pasivo:

Siempre es el Estado.

1.2.8.2.3. Bien jurídico protegido:

Salinas (2016) refiere: “Es la correcta y normal administración pública, de igual modo que el objeto específico de protección penal, es la efectividad de las actividades funcionales; es decir, el cumplimiento de las órdenes impartidas por un funcionario público en el pleno ejercicio de sus funciones normales (p. 145).

1.2.8.3. Tipicidad subjetiva:

“Se trata de un delito netamente doloso, no cabe la comisión por culpa ya que exige un dolo directo” (Rojas V. F., 2002, p. 747).

El maestro Salinas (2016), añade que:

El conocimiento cierto de la orden dirigida a su persona es fundamental, si en un hecho concreto se llega a determinar que el agente no conoció o no pudo conocer la orden impartida, el delito no aparece. En tal

sentido, no son válidas las notificaciones fictas o la presunción de tener al sujeto por notificado sin que se demuestre que éstas han tomado conocimiento de la orden. (p. 174)

Abanto (2014) afirma: “Por lo tanto, el dolo siempre es directo, pues exige una voluntad dirigida al cumplimiento de la orden, siendo posible la concurrencia de un error de tipo” (p. 747).

1.2.8.4. Antijuricidad:

“Es posible que concurra una causa de justificación, cómo es la legítima defensa o el estado de necesidad justificante; si se comprobara una de estas dos situaciones, podrá ser típica pero no antijurídica” (Salinas, 2016, p. 148).

1.2.8.5. Culpabilidad:

Se tendrá que verificar si al momento de actuar el agente era imputable y no sufría alguna anomalía psíquica que le haga inimputable, se verificará si la gente sabía o conocía que su conducta estaba prohibida por ser contraria derecho, aquí es posible que se presente un típico caso de error de prohibición. Luego se determinará, si el agente pudo actuar o determinarse de manera diferente a la de realizar el hecho punible de atentar contra una orden emitida por funcionario público el ejercicio de sus funciones. (Salinas, 2016, pp. 148-149)

1.2.8.6. Consumación y tentativa:

Rojas & Abanto (2014) (cómo se citó en Salinas, 2016) sostienen:

“Se consuma en el momento de vencerse el plazo para cumplirse la orden, así se pronuncia la Ejecutoria Suprema del 6 de agosto de 1999, ya que refiere que basta el incumplimiento de la orden u omitir su

relación, siempre y cuando esta se encuentre dentro del marco de la ley”. (pág. 149)

Es decir, basta que se verifique o constate que el obligado no cumple con la orden que dispone, realice o deje de hacer determinado acto, para estar ante el delito consumado. Si la orden no fue de conocimiento del destinatario, el hecho punible no aparece. Cuestión diferente es el requerimiento que debe hacerse al obligado con la finalidad de que cumpla con lo ordenado por el funcionario público. Ello simplemente es una formalidad que se exige y debe cumplirse para hacer viable la acción penal. En consecuencia, si no aparece tal requerimiento es imposible formalizar positivamente la acción penal pese a que el hecho punible aparece debidamente consumado (Salinas, 2016, p. 151).

En cuanto a la tentativa Salinas (2016) afirma que: “Hay unanimidad en la doctrina en considerar que es imposible su verificación, toda vez que se trata de un delito de mera actividad cometido por omisión en la modalidad de desobediencia y por acción en la modalidad de resistencia” (p. 151).

1.2.8.7. Penalidad:

“El agente, luego de ser encontrado responsable del delito de resistencia o desobediencia a la autoridad, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de dos días ni mayor de dos años” (Salinas, 2016, p. 151).

1.2.9. El derecho administrativo Sancionador vs Derecho Penal

El Derecho Administrativo Sancionador está presente en la interrelación cotidiana del Estado con sus administrados, es decir, aparece en cada sector de la vida diaria en que el Estado tiene presencia o interviene para regular dicha actividad. Así, si una empresa

de telecomunicaciones infringe la normatividad del sector, puede ser pasible de una sanción si incurre en alguno de los supuestos calificados previamente como infracción. Igual sucede con el conductor de un vehículo: cuando infringe la normatividad del sector (el código de tránsito), se le impone una multa administrativa. Esta misma lógica puede apreciarse en el ámbito del transporte (aéreo, marítimo, fluvial), la libre competencia, la pesquería, el medio ambiente, la contratación pública, el ámbito tributario, etc. (Rojas R. H., 2014, p. 41)

En el Perú, el Derecho Administrativo Sancionador puede describirse en función de las siguientes particularidades:

La sanción es aplicada por una dependencia de la administración pública, ya sea de carácter nacional o local (Ministerios, organismos públicos, gobiernos regionales o locales). Es aplicada por la propia entidad encargada de regular el ámbito específico que se transgrede. Decir esto no es poco. Ya sea que se entienda que las sanciones administrativas comparten la misma naturaleza que las sanciones penales (con diferencias de grado), o que las sanciones penales y administrativas son estructuralmente distintas (diferencia cualitativa), no está en duda su naturaleza represiva y limitadora de derechos (además, fundamentales). El procedimiento para aplicar la sanción es sumario y para la imposición de una sanción existe una norma que otorga competencia a la entidad para aplicar sanciones, aunado a ello para la imposición de una sanción existe una norma que prevé la

conducta como infracción sancionable a una persona natural o jurídica.

(Rojas R. H., 2014, pp. 51-52)

Las diferencias entre el Derecho Penal y Derecho Administrativo Sancionador, refiere Rojas (2014) que:

Para un sector de la doctrina, se resumen en aspectos puramente cuantitativos, es decir, que no existe, para esta corriente de opinión, una separación sustancial o de materia entre el Derecho Penal y el Administrativo Sancionador. Otra corriente doctrinal, en cambio, considera que la diferencia es más bien cualitativa, es decir que se trata de órdenes jurídicos diferentes. A la primera de dichas tendencias se la conoce genéricamente como tesis unitaria, mientras que, a la segunda, como tesis diferenciadora. Cabe indicar que existen posiciones intermedias que consideran que la diferencia es cuantitativa, pero que trae consigo una diferencia cualitativa, a esta posición se la denomina postura ecléctica. (p. 75)

Así pues, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha señalado en la (Sentencia del Tribunal Constitucional, 2005), en el Exp. N° 3459-2004-AA/TC LIMA, asunto Ángeles Otárola:

“4. De otro lado y conforme a lo precisado por este Tribunal en la STC N° 0094-2003-AA/TC (Caso Víctor Hugo Pacha Mamani), “[...] debe tenerse en cuenta que lo que se resuelve en el ámbito administrativo disciplinario es independiente del resultado del proceso penal [...]”, ello, debido a que se trata de dos procesos distintos por naturaleza y origen.

Si lo resuelto en un proceso penal favorece a una persona sometida, a su vez, a un proceso administrativo disciplinario, el resultado de éste no se encuentra necesariamente vinculado al primero, ya que el proceso administrativo tiene por objeto investigar y, de ser el caso, sancionar una conducta funcional, tipificada como falta de carácter administrativo, mientras que el proceso jurisdiccional se instaura ante la tipificación de un delito que conlleva una sanción punitiva que puede, incluso, derivar en la privación de la libertad, siempre que se determine la responsabilidad penal". (p. 5)

Habiendo explicado la diferencia que existe entre el derecho administrativo sancionador y el derecho penal, lo cabe preguntarnos conforme refiere Rojas (2014) es:

¿Qué aspectos del bien jurídico son mejor tutelados por el Derecho Penal y qué otros aspectos debieran dejarse en manos de otros sectores del ordenamiento sancionador?. En este esquema, incluso, se puede echar mano de mecanismos extra-sancionadores para hacer frente a la protección o promoción del bien jurídico, como el derecho civil, el administrativo u otros (p. 110).

Así pues, Lampe (como se citó en Abanto, 2006) enfatiza que:

Para responder a la pregunta de cuándo y en qué medida se debe castigar, no debe recurrirse a la definición del bien jurídico-penal, que es un problema distinto, sino que debe partirse de la idea, admitida por la doctrina mayoritaria, de que no todos los aspectos de un bien jurídico

ameritan protección por el Derecho Penal, lo cual tiene como corolario que solo algunos aspectos de un bien jurídico pueden ameritar tutela por el Derecho Penal (es el caso de los bienes jurídico-penales) y otros no³. (p. 5)

Entonces la respuesta a la interrogante arriba planteada, es que la intervención penal, administrativa sancionadora u otra, se rige por criterios de eficiencia en la protección del concreto aspecto del bien jurídico que se pretende tutelar, lo que hace necesario que el legislador plantee tal defensa del bien jurídico, a través de una estrategia coherente e integral. En este contexto, el principio de Ultima Ratio pasa a ser un principio de complementación, más que de subsidiaridad y, por tanto, permite que el legislador diseñe su estrategia preventiva de la lesión al bien jurídico, echando mano de todos los medios sancionadores que tiene a su disposición, teniendo en cuenta, su utilidad y eficacia, así como los fines de la pena, la gravedad del ataque, la intensidad de afectación al bien jurídico, así como la necesidad de su protección. (Schünemann, 2012, p. 63)

El profesor Gómez (2003) en alusión al Derecho Administrativo Sancionador peruano, afirma que: “El Derecho Penal protege bienes jurídicos centrales, y el Derecho Administrativo Sancionador bienes jurídicos periféricos” (p. 31).

³ Tampoco es necesario que el concepto de bien jurídico delimite exhaustivamente los contornos del objeto de protección, pues el concepto de “bien jurídico” solamente proporciona los requisitos generales necesarios de todo delito; la mayor precisión de los bienes jurídicos y su relación sistemática entre ellos se consigue recién en la parte especial.

Con ello, el precitado autor expresa su adhesión a las tesis de identidad sustancial entre el ilícito penal y el administrativo sancionador, no obstante, busca establecer un criterio de preferencia del Derecho Penal sobre el administrativo, vinculado a la gravedad o a la importancia del bien jurídico. Pero, como se ha explicado, el ilícito penal y el ilícito administrativo sancionador -ambos- protegen bienes jurídicos. Además, protegen los mismos bienes jurídicos. Por citar un ejemplo, el bien jurídico “administración pública” que se protege con el Derecho Penal, es el mismo que protege el Derecho Administrativo Sancionador. Otra cosa es identificar si en un caso concreto, una norma del Derecho Administrativo Sancionador y una Penal, protegen “lo mismo” en relación con un bien jurídico determinado. La diferencia, entonces, como se ha dicho, radica en el ámbito concreto del bien jurídico que es protegido por cada clase de infracción (penal, administrativa sancionadora u otra) (Rojas R. H., 2014, p. 111).

Por otro parte, una de las diferencias entre el Derecho Penal y el Administrativo Sancionador, es que aquél protege la lesión efectiva a un bien jurídico, mientras que el último resguarda solo riesgos, desobediencias o infracciones.

El profesor Nieto (2012) afirma que:

“El rasgo distintivo del Derecho Administrativo Sancionador, es que no se orienta a evitar directamente el resultado lesivo concreto para el bien jurídico protegido, sino la utilización de medios idóneos para producirlo, no se trata –dice- de castigar la lesión, sino más bien prevenir la posibilidad de que se produzca” (pp. 147-151).

Por otro lado, respecto a los tipos de delitos de peligro abstracto y su relación con el derecho administrativo sancionador, Huergo (2007) admite que:

“Con mucha frecuencia las infracciones administrativas son tipos de peligro abstracto, porque para su comisión no es necesario en modo alguno que se haya producido una situación de riesgo concreto y menos aún de lesión para el bien jurídico protegido; en este sentido, asiente, las sanciones administrativas “escoltan” al Derecho Penal, pues con ellas el Estado “adelanta la defensa” estableciendo una primera valla preventiva ante posibles daños, que de producirse, deberán ser sancionados penalmente. En el Derecho Penal, en cambio, los tipos de peligro abstracto serían, a su juicio, excepcionales. Pese a ello, puntualiza con agudeza este autor, hay que advertir que tanto en el Derecho Penal se sancionan infracciones de peligro abstracto, como en el Derecho Administrativo Sancionador se prevén tipos de peligro concreto (pp. 153-155).

1.3. Términos Básicos.

Ineficacia: Incapacidad para producir el efecto deseado o para ir bien para determinada cosa (Diccionario RAE).

Sistema Penal: Es el conjunto de agencias y sus actividades - tanto internas como externas – que intervienen en la creación (criminalización primaria) y aplicación (criminalización secundaria) de norma penales, concebidas éstas en su sentido más extenso dentro de la criminalización (Pérez, 1991, p. 226).

Delitos de Peligro Abstracto: Son aquellos delitos donde no se requiere que la acción cause un peligro real al bien jurídico protegido, pues solo se requiere que se ponga en peligro o exista la posibilidad de lesionar un bien jurídico protegido (Villavicencio T. F., 2006).

Política criminológica: Es una manifestación de la política estatal que designa al planteamiento ideológico y argumentativo que desde el ámbito público se establece para tratar y hacer frente al fenómeno criminal, a través de un conjunto de medidas y criterios interdisciplinarios, de carácter jurídico, social, educativo, médico, psicológico, económico y de índole similar, que busca prevenir y reaccionar frente al fenómeno criminal, con el propósito de mantener bajo límites tolerables los índices de criminalidad en la sociedad (Borja, 2003).

Criminología: Es el estudio del origen y desarrollo de la criminalidad y la criminalización, con fines de política criminal (Pérez, 1991, p. 1).

CAPITULO II: HIPÓTESIS

2.1. Hipótesis

2.1.1. Hipótesis principal

- El sistema penal es ineficaz para prevenir, controlar y reducir el índice de criminalidad en los delitos de peligro abstracto 368 A y D del código penal.

2.1.2. Hipótesis específicas

- Es inadecuada la regulación penal para poder imputar eficazmente los delitos de peligro abstracto 368 A y D del código penal.
- Es posible utilizar únicamente la sanción administrativa ya existente para los delitos de peligro abstracto 368 A y D en el ordenamiento jurídico penal peruano.

CAPITULO III: METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

3.1. Diseño Metodológico

El **tipo** de investigación realizada en el presente trabajo de investigación según el objeto de estudio ha sido **básico y con enfoque cualitativo** porque busca ampliar y profundizar el caudal de conocimientos científicos existentes acerca de la realidad analizando las razones de teorías científicas planteadas. Así mismo por su ubicación ha sido **transversal** porque la toma de datos se ha recogido en un lapso específico de tiempo.

El **nivel** de investigación según el alcance del objetivo en la presente investigación ha sido de **naturaleza descriptiva y explicativa**, puesto que se observó el problema en la realidad y se buscó las causas para corregir la situación a través de medidas distintas a las ya existentes.

En cuanto al **método** de investigación utilizado es el **lógico inductivo** por haber partido del análisis de casos concretos para pretender una salida general, recurriendo

a los métodos de la ciencia jurídica, como son el sistémico al relacionar diversas normas y dogmático porque se acudió al desarrollo realizado por los juristas.

En relación al **diseño** metodológico la presente investigación ha sido de tipo **no experimental**, puesto que plantea soluciones que no han sido puestas a prueba; pero, además, es una investigación empírica, porque se ha observado el problema de la de la ineficacia del sistema penal para prevenir, controlar y reducir el índice de criminalidad en delitos de peligro abstracto en un ámbito específico que es la Procuraduría del Instituto Nacional Penitenciario sobre delitos que conoce como son los artículos 368 A y 368 D del Código Penal.

3.2. Diseño Muestral

3.2.1. Técnicas de Recolección de Datos

La información y datos para la presente investigación han sido obtenidos a través de las siguientes herramientas de investigación. Se ha utilizado la **técnica del análisis de contenido**, ya que la información y datos usados en la presente investigación han sido obtenidos del análisis de textos, se han recolectado información de libros, ensayos, artículos de revistas especializadas tanto virtuales como en físico y normatividad nacional y extranjera, utilizando para tal fin como técnica de acopio y sistematización de información el fichaje. Así también se ha utilizado la **técnica de la observación y del análisis de registros estadísticos**, toda vez que de la observación y estudio de casos se elaboró un cuadro estadístico de recojo de información de 452 legajos sobre los delitos previstos en los artículos 368 A y 368 D del Código Penal llevados en la Procuraduría del INPE en los años 2015-2016 que se encuentran en ejecución tanto del código de procedimientos penales y del nuevo

código procesal penal donde se corroboró la ineficacia del sistema penal para prevenir, controlar y reducir el índice de criminalidad en estos delitos a través del diagrama de barras para las cantidades de casos y torta gráfica para porcentajes.

3.3. Aspectos éticos

La información obtenida en la presente investigación proviene de textos que se ha realizado respetando las reglas de derecho de autor, identificando debidamente al mismo y su obra; pero además en cuanto a los datos consignados para el trabajo de campo se logró establecer su carácter fidedigno al recoger las fuentes de información conforme el Decreto Legislativo N° 823 (Ley de Propiedad Intelectual), Decreto Legislativo N° 822 (Ley Sobre Derechos de Autor) y otras similares.

CAPITULO IV: LA PROBLEMÁTICA DE LA CRIMINALIZACIÓN DE LOS DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO 368 A Y D (CASO DE LA PROCURADURÍA DEL INPE 2015-2016)

4.1. La crítica del sistema penal como el medio más idóneo para prevenir, controlar y reducir la criminalidad.

A lo largo de la historia el sistema penal se ha valido de la ley penal para legitimar sus atrocidades, siendo una preocupación esencial en la presente investigación como los regímenes políticos van creando nuevos delitos sin ningún sustento científico, teórico y práctico, y estos solo lo fundamentan a través de discursos de emergencia apoyados por los medios de comunicación que generan una zozobra en la ciudadanía haciéndonos creer que vivimos en una sociedad de riesgos y que una política de mano dura, de tolerancia cero, de ley y orden es la única solución para poder resolver estos problemas que en su mayoría devienen de una mala distribución de la riqueza, toda vez que los grandes actores políticos solo se mueven a intereses particulares, es más podríamos afirmar que hoy en día el estado peruano obedece a intereses de las grandes transnacionales.

El estado peruano en estos últimos años está adoptando criminales políticas y no políticas criminológicas, las mismas que no responden a un estudio detallado,

metodológico y científico de las causas que dan origen a la desviación de la conducta del individuo dentro de una sociedad, por lo que, debemos entender que el crimen es una alerta que da aviso a las autoridades que algo no está funcionando bien y que existen brechas estructurales, económicas, sociales y educativas, que en un estado social y democrático de derecho no se le puede atribuir la gran responsabilidad de solucionar éstos problemas sociales al sistema penal.

Hemos pasado de tener leyes administrativas y civiles que por su naturaleza tratan de resolver y reparar el daño causado, a un excesivo abuso de las normas penales, que por sus características son las más lesivas a los derechos fundamentales y solo deberían operar cuando existe una lesión concreta a un bien jurídico elevado a la categoría de necesaria protección del derecho penal, establecida constitucionalmente en los artículos 2 y 3 de la Carta Magna.

No obstante, actualmente ya no se habla de un catálogo limitado de la legislación sino gracias a la interpretación de la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución Política del Perú que establece que la interpretación de los derechos fundamentales se realice de acuerdo a ésta y a los tratados internacionales suscritos por el Perú que forman el bloque de constitucionalidad como límites al poner punitivo.

En nuestra legislación nacional no es raro enterarse de las constantes modificaciones⁴ de nuestro ya manoseado código penal, pues no es raro visualizar que las mismas solo giran en torno a elevar las sanciones penales, reducir los beneficios penitenciarios y crear nuevos tipos penales enfatizando los delitos contra el patrimonio, la indemnidad sexual y la seguridad pública, existiendo un giro punitivo y

⁴ Información obtenida de: http://www.derecho.usmp.edu.pe/instituto/articulos_2017/decadencia.pdf

governándonos a través del delito, no obstante, a pesar de este endurecimiento punitivo, el sistema penal peruano ha fracasado en el objetivo de prevenir, reducir y controlar la criminalidad representada en la inseguridad ciudadana.

En el Perú tenemos un mal entendimiento respecto a la inseguridad ciudadana, ya que este concepto debe ser interpretado de manera integral, es decir, no solo es tener a policías en las calles, sino también, se debe entender como la capacidad que tiene el Estado para resolver los problemas que aquejan a la sociedad, como implementar hospitales con los instrumentos necesarios para tratar múltiples enfermedades, ya que no es posible, en pleno siglo XXI el Perú tenga índices elevados de mortandad por casos simples como la fiebre⁵, y otros problemas que aquejan a la sociedad como la educación y la pobreza⁶.

De igual modo, sostengo que seguridad ciudadana debe ser interpretado, cuando el Estado dote de manera integral a la autoridad competente de todo el aparato logístico, humano y de tratamiento, para que todas las personas privadas de su libertad se puedan reeducar, rehabilitar y reincorporar a la sociedad, como fin último del régimen penitenciario reconocido constitucionalmente. Es así, que el Estado debe garantizar que las personas sentenciadas o privadas de su libertad por una medida de coerción personal - prisión preventiva, deban gozar del respeto a su dignidad como fin supremo del estado y de la sociedad, en estricta protección de sus derechos fundamentales. Actualmente los establecimientos penitenciarios presentan problemas de hacinamiento y exceso de carcelería, lo que trae como consecuencia enfermedades crónicas como el TBC, SIDA, entre otros. En resumen, el Estado debe asegurar que

⁵ Obtenida de: <http://www.minsa.gob.pe/estadisticas/estadisticas/mortalidad/macros.asp?00>

⁶ La tasa de pobreza pasó de 20,7% en el 2016 a 21,7% de la población en el 2017. Información obtenida de: <https://elcomercio.pe/politica/aumento-pobreza-peru-posiciones-politicos-frases-noticia-514777>

un sentenciado una vez cumplida su condena, y al haber seguido el tratamiento para ser reeducado y rehabilitado, posteriormente pueda reincorporarse a la sociedad con la garantía que éste no vuelva a reincidir. Esto es lo que también se debe entender por seguridad ciudadana.

A lo largo de la investigación se ha llegado a determinar que la práctica legislativa de incrementar penas, crear nuevos tipos penales por parte de la autoridades, con la idea incorrecta de prevenir, controlar y reducir los índices de criminalidad y olas delictivas han fracasado; puesto que está demostrado que cuando se incrementan las penas o crean nuevos tipos penales la criminalidad también muta, buscando nuevas alternativas para la realización del mismo fin que es delinquir, lo que ha dado pie a la decadencia del derecho penal; puesto que llega tarde cuando ya se ha cometido el delito y no para prevenir estas conductas.

El sistema punitivo produce más problemas de cuantos pretende resolver. En lugar de componer conflictos, los reprime y, a menudo, éstos mismos adquieren un carácter más grave en su propio contexto originario; o también por efecto de la intervención penal, pueden surgir conflictos nuevos en el mismo o en otros contextos. El sistema punitivo, por su estructura organizativa y por el modo en que funciona, es absolutamente inadecuado para desenvolver las funciones socialmente útiles declaradas en su discurso oficial, funciones que son centrales a la ideología de la defensa social y a las teorías utilitarias de la pena (Baratta, 2004, p. 302).

4.2. La crítica a los delitos de peligro abstracto

La tendencia actual por parte de nuestras autoridades encargadas de instaurar la política criminal, es una dirigida al uso y abuso de los delitos de peligro abstracto, donde se sancionan conductas que ni siquiera llegan a lesionar el bien jurídico protegido, sino que solo basta la posibilidad remota de poner en peligro el mismo para sancionar dichas conductas abandonando así principios e instituciones de un buen derecho penal clásico, revestido de garantías. Cabe resaltar que no nos encontramos frente a delitos que desestabilizan el statu quo del Estado, como por ejemplo los delitos de crimen organizado, lavado de activos, tráfico ilícito de drogas, entre otros, que por su naturaleza requieren otro tipo de tratamiento.

Ferrajoli (1995) refiere que: Hemos asistido a una creciente anticipación de la tutela, mediante la configuración de delitos de peligro abstracto o presunto, definidos por el carácter altamente hipotético y hasta improbable del resultado lesivo y por la descripción abierta y no taxativa de la acción, expresada con fórmulas como «actos preparatorios», «dirigidos a», o «idóneos para poner en peligro», o similares. Eso sin contar con la persistencia de residuos pre modernos, como la penalización de acciones contra uno mismo (p. 475).

No cabe duda que la introducción de estas nuevas tipologías penales implica elevar a la categoría de delitos consumados actos preparatorios, transgrediendo así los principios de lesividad tanto es su versión subsidiaria y fragmentaria donde el derecho penal debe sancionar las conductas más lesivas al bien jurídico protegido. También al crearse dichos tipos penales se trastoca el principio de subsidiariedad entendido en el

extremo que solo el derecho penal se va aplicar cuando otras ramas del derecho no puedan solucionar estos problemas, pero no solo se requiere probar la idoneidad sino demostrar que al ser aplicado no es sustituible por otras ramas. En esta misma línea, el principio de mínima intervención va orientado hacia las ideas de justicia e igualdad, impone considerar la diferente amplitud del espacio de alternativas comportamentales a disposición de los individuos en situaciones problemáticas, también en relación a sus distintos *status* sociales (Baratta, 2004, p. 323).

4.3. Ley N° 29867 que crea los delitos contra la seguridad pública en los centros de reclusión o detención (Art. 368-A y 368-D).

Previamente, antes de examinar la (Ley 29867, 2012), explicaremos los dos proyectos que tuvieron como base dicha ley, en primer lugar, abordaremos (Proyecto de Ley N°289-2011-CR, 2011), que tipifica el delito de posesión de armas de fuego, municiones, artefacto explosivo y teléfono celular o fijo en los establecimientos penitenciarios, el cual manifiesta en su exposición de motivos que:

El diario el comercio en su edición del 18 de julio del 2011 publicó los resultados de una encuesta que encargó IPSOS apoyo revelando que el 50% de quienes fueron entrevistados, estimaban que la delincuencia y la falta de seguridad, constituían los problemas que con mayor urgencia debía de afrontar el nuevo gobierno, con el proyecto de ley se pretendió responder al clamor ciudadano y brindar a las autoridades una herramienta más para el combate eficiente contra la criminalidad llenando un vacío normativo; pues como consecuencia de la evolución de la actividad delictiva es incontestable que en la actualidad, desde las prisiones se planifiquen dirijan y ejecuten delitos, utilizando para ello

armas, municiones, explosivos, la comunicación telefónica celular y fija que no están suficientemente tipificados con la autonomía que requiere el código penal (Proyecto de Ley N°289-2011-CR, 2011, p. 3)

Asimismo, el proyecto de ley señala diferencias entre el artículo 279 del Código Penal referente a la fabricación, suministro o tenencia de materiales peligrosos y residuos peligrosos con el artículo 368-D respecto de la posesión indebida de teléfonos celulares, armas, municiones, materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos en establecimientos penitenciarios.

Así pues (Proyecto de Ley N°289-2011-CR, 2011) señala que la diferencia radica:

Por el lugar donde se encuentran los autores o sujetos activos de las conductas prohibidas que realizan su comportamiento. En el caso del primer artículo puede ocurrir en cualquier ámbito de la comunidad, en el supuesto del segundo artículo referente del proyecto, la conducta prohibida sólo alcanza de manera especial única y exclusivamente en el interior de un establecimiento penitenciario. (p. 4)

Hay que mencionar, además, que respecto al segundo párrafo del artículo 368-D, acerca de los casos de posesión o tenencia de un teléfono celular fijo o sus accesorios, el proyecto afirma que:

Por accesorio se entiende a los chips, baterías, cargadores, memorias externas, antenas entre otros objetos y que la tipificación de tales comportamientos como delito, se justifica por cuanto en reiteradas ocasiones se ha denunciado que desde las cárceles planifican, dirigen y ejecutan diversos delitos específicamente los de extorsión y secuestro; utilizando para ello la comunicación telefónica, para

contactar y amenazar a las víctimas. Así para fines de la criminalidad, los sistemas de comunicación telefónica no constituyen simples y necesarios medios de contacto con sus familias o sus abogados defensores, sino medios idóneos para la comisión de delitos, en tal situación, resulta razonable afirmar que un teléfono celular o fijo constituye un objeto análogo como un arma, munición o artefacto explosivo, pues en términos reales resultan idóneos para la comisión de delitos. (Proyecto de Ley N°289-2011-CR, 2011, p. 6)

En segundo lugar, otro de los proyectos de ley que conformaron la ley N°29867, es el Proyecto de ley N°553-2011-CR, la misma que incorpora los artículos respecto del ingreso indebido de equipos o sistemas de comunicación al interior de centros de detención o reclusión, además de ello, incorpora el ingreso de elaboración de equipos al interior de los penales y finalmente el sabotaje de equipos de seguridad en los establecimientos penitenciarios; los cuales encuentran fundamento en:

El informe estadístico que maneja el Registro Nacional de detenidos y sentenciados a pena privativa de libertad efectiva RENADESPPLE, en el primer semestre del año 2011 en nuestro país los delitos más perpetrados son contra el patrimonio encontrándose en su mayoría los delitos de robo agravado, hurto agravado y el delito contra la libertad personal como el secuestro, extorsión, entre otros; es conocido que la mayoría de estos delitos están dirigidos por peligrosos delincuentes que se encuentran en la condición de detenidos en los establecimientos penitenciarios del país quienes coordinan con sus cómplices que se encuentran en libertad, incluso en el momento mismo del evento

delictivo; es lógico determinar que lo realizan a través de los diversos equipos y sistemas de comunicación que manejan en el interior de los establecimientos penitenciarios; todo esto debido a que son proporcionados por terceros, vale decir familiares amigos, cómplices, entre otros, que se encuentran fuera del penal concentrándose estos actos por la facilidad que tienen para burlar los diversos medios de seguridad con que cuentan los centros penitenciarios, así como el personal asignado a ella, en algunos casos debido a los actos de corrupción de los mismos funcionarios o servidores del centro de reclusión. (Proyecto de Ley N°533-2011-CR, 2011, p. 3)

Cosa parecida sucede también con el ingreso de insumos u objetos a los centros penitenciarios.

Conforme a los tiempos y avances tecnológicos la delincuencia se adecúa a ella y no sólo ingresan a los centros de reclusión y o detenciones celulares, sino que en la actualidad ingresan insumos u objetos que posibilitan gracias al ingenio de los mismos internos construir y elaborar equipos de comunicación dentro del penal para el planeamiento y ejecución de diversos delitos que trae consigo la preocupación de la inseguridad ciudadana. (Proyecto de Ley N°533-2011-CR, 2011, pp. 3-4)

Otro rasgo, no menos importante es que este proyecto de ley, da a conocer la realidad económica de las distintas instituciones estatales de nuestro país, haciéndonos ver que cuentan con presupuestos escasos, donde muchas veces no

cubren ni siquiera con la mínima necesidad para sostenerse, como por ejemplo el Instituto Nacional Penitenciario.

Ente a cargo de los establecimientos penitenciarios en el país, que dentro de sus labores tiene que velar por la seguridad de los internos y para ello con los pocos recursos que cuentan se agenciaron de equipos y medios de seguridad para hacer más viable su función, pero estos medios muchas veces son saboteadas, inhabilitados, deteriorados expresamente por los que ocupan estos centros de reclusión, con la finalidad que no sean vigilados o controlados, perjudicando gravemente la correcta función de los custodios, servidores y funcionarios públicos, así como la propiedad del Estado sin que existiera a esa fecha un instrumento jurídico que lo impida o prevea esta acción; por lo que atendiendo a la necesidad y urgencia se propuso incorporar lo manifestado en el texto penal. (Proyecto de Ley N°533-2011-CR, 2011, p. 4)

Finalmente, la comisión revisora del Congreso, evalúa dichos proyectos y los corrige incorporando en el Código Penal en el artículo 368 respecto de los delitos de desobediencia y resistencia a la autoridad y los artículos 368-A, 368-B, 368-C 368-D de y 368-E referidos a la seguridad en los centros de detención y reclusión, materia de análisis.

Sin embargo, como señala Cancio (2003): “Determinados agentes políticos tan sólo persiguen el objetivo de dar la "impresión tranquilizadora de un legislador atento y decidido”, es decir, que predomina una función latente sobre la manifiesta” (p. 7).

Así pues, surgen diversas leyes como las analizadas durante el desarrollo de la investigación, teniendo como finalidad hacer creer a la ciudadanía que a través de estos delitos se va encontrar la solución o la manera más idónea para reducir el alto índice de criminalidad, haciendo ver que las instituciones funcionan, sin tomar en cuenta el hecho de que algo funcione no necesariamente es señal de que funcione adecuadamente.

En el País vivimos en una sociedad donde los legisladores como los políticos, tienen en mente que lo más significativo es demostrar que se actúa, porque refieren que, si los resultados de dichas medidas no cumplen con sus objetivos, se tendrá que optar por otras, haciéndonos ver que es como un juego de azar; es decir seguir intentando hasta encontrar la más adecuada, logrando así para ellos la solución más rápida.

De ahí que, la presente investigación aborda el artículo 368 - A respecto al ingreso indebido de teléfonos celulares a los establecimientos penitenciarios y el 368 -D en relación a la posesión de teléfonos celulares en los centros de detención o reclusión.

Siendo así, la Ley N°29867 del 22 de Mayo de 2012, estableció según Reátegui (2015):

Diversos artículos del Código Penal Peruano relativos a la seguridad en los centros de detención o reclusión, como una muestra de la política criminal agresiva del Estado de poner coto a la enorme y grave ola de violencia que se ejercía, cuyo objetivo en primer lugar era generar un progresivo pero eficaz control carcelario y en segundo lugar, sancionar aquellas personas que presten su colaboración desde afuera de los centros penitenciarios con los respectivos internos, ya sean detenidos o sentenciados. De ahí que, se atenta directamente con el principio de

autoridad que debe reinar en todo estado constitucional de derecho (p. 209).

Esta ley tiene doble partida por un lado es de corte preventivo porque se adelanta a estadios previos a cualquier afectación concreta y real a los bienes jurídicos personales como la vida, salud, libertad o patrimonio de las personas sin embargo el mensaje también es de corte represivo pues reprime penalmente aquellas conductas que se sumen en los respectivos tipos penales, el objetivo a proteger será la administración pública a través del órgano de control más latente en nuestro país el Instituto Nacional Penitenciario como órgano perteneciente al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. En otras palabras, el legislador entiende que el origen de la criminalidad se sitúa al interior de los centros penitenciarios, afectan la correcta gestión de control de la administración pública; específicamente, en su objetivo de controlar la seguridad de los centros de detención o reclusión ya que se quiere evitar que desde adentro se vuelven verdaderas bandas organizadas de planificación delictiva. (Reátegui, 2015, pp. 210-211)

Por otro lado, Peña (2016) manifiesta:

El Perú, exhibe en la actualidad una alta incidencia de criminalidad, producto de la gran cantidad de hechos punibles que se perpetran día a día, en las urbes y zonas rurales del territorio patrio, qué coloca un estado de pánico y zozobra a todos los peruanos, al percibirse como potenciales sujetos pasivos de estos hechos luctuosos, en el ámbito de sus bienes jurídicos fundamentales. Está incontenible delincuencia

tiene varias aristas a identificar, pues no sólo refleja el proceder ilícito de estos agentes en la esfera de libertad ciudadana, sino que, observamos con estupor, que muchos de los crímenes que se perpetran en nuestras ciudades, son planificados e ideados desde el interior de los establecimientos penitenciarios; pues es de verse que algunos delincuentes prontuarios que purgan carcelería por la comisión de graves delitos, haciendo uso de ciertos mecanismos y/o dispositivos de comunicación social, en pos de organizar y coordinar la realización de ilicitudes penales, en su calidad de integrantes y/o miembros de estas organizaciones delictivas, no dudan en afectar los intereses jurídicos vitales del ser humano (p. 174).

A diferencia de los demás autores antes mencionados, el doctor Peña (2016) toma una posición contraria, pues describe que se desvela un: “Escenario carcelario muy complejo, pues las autoridades penitenciarias no ejercen un verdadero control de la vida en prisión, en la medida que algunos de estos internos, sobre todos los más peligrosos, manejan y dirigen toda una red de actuación criminal” (p. 174).

En efecto, dicha situación no sólo puede ser manifestado por carencias mismas del orden y vigilancia de los penales que realiza la administración, sino también “por la corrupción que cunde en dichas instituciones, lo cual permite que estos avezados delincuentes puedan prevenirse de todo medio de comunicación, para hacer contacto con el exterior y así cometer una serie de delitos” (Peña, 2016, p. 175).

Ante este panorama desolador el legislador hace uso del recurso más fácil la penalización del ingreso de equipos o sistemas de comunicación fotografía y filmación o sus componentes que permiten la comunicación

telefónica radial fija internet y otra análoga del interno, así como el registro de tomas fotográficas o video tal como se desprende de la redacción normativa de los artículos 368-A, 368-B, 368-C, 368-D y 368-E, producto de la dación de la Ley N°29867. Así pues, se avizora una típica manifestación de la administración del derecho penal, al elevarse al rango de hecho punible, meras desobediencias administrativas, que no deberían ser alcanzadas por una pena, al no contar con una con un suficiente contenido material del injusto. Poco importa si éstas sean o no legítimas o, si desplieguen algún rendimiento en la realidad social, lo único relevante es promover un marco de seguridad cognitiva, en cuanto al aplacamiento de una sensación de miedo o de inseguridad, que en realidad será esencialmente subjetiva, pues en los hechos, la situación no se verá conmovida. (Peña, 2016, p. 175)

Este autor también manifiesta, que ya es conocida y usada la técnica legislativa, pues el legislador no respeta el modelo de adecuación del bien jurídico protegido, en el sentido de enmarcar la conducta típica en el interés jurídico que concierne; a tal efecto, “El orden y seguridad que se quiere preservar en los establecimientos penitenciarios, nada tiene que ver con los principios de legalidad y de autoridad que son objetos de tutela punitiva, conforme lo previsto en el artículo 368 del C.P”.

(Peña, 2016, p. 175)

De acuerdo con lo manifestado por el autor líneas arriba, hoy en día, la población frente al alto índice de tasa de la delincuencia, reacciona, con desconfianza y miedo que en muchas de estas situaciones es más grande que la propia delincuencia. En mira de

reducir la criminalidad y obtener la anhelada tranquilidad, la población promueve que se adopten medidas severas, represivas y duras, obviando ellos mismos que se están acortando sus propias libertades y derechos. Como en la presente investigación que pese al haber estado sancionadas dichas conductas administrativamente, buscaron de manera errada la mejor solución, el de elevar las mismas al grado de delitos por el alto incremento de extorciones que provenían desde los establecimientos penitenciarios, aun así, hasta la actualidad dichos delitos por el contrario se incrementan día a día, con lo cual se demuestra que al punibilizar o incrementar penas no se logra la mejor solución.

Por su parte, quienes debieran estar llamados a poner orden y llamar a la cordura—Gobierno, legisladores, organizaciones políticas y otros entes de representación ciudadana—, sea por interés, impotencia o simple ignorancia, en lugar de analizar fríamente las causas del aumento en las tasas de criminalidad, para actuar sobre ellas, optan por responder positivamente a las exigencias del hombre de la calle actuando casi con sus mismos criterios, entonces se adoptan medidas efectistas, que tienen más apariencia de idoneidad que verdadera efectividad (Guevara & Paredes, 2007, p. 190).

4.4. Ingreso indebido de equipos o sistema de comunicación, fotografía y/o filmación en centros de detención o reclusión (Art. 368-A).

El que indebidamente ingresa, intenta ingresar o permite el ingreso a un centro de detención o reclusión, equipos o sistema de comunicación, fotografía y/o filmación o sus componentes que permitan la comunicación telefónica celular o fija, radial, vía internet u otra análoga del interno, así como el registro de tomas fotográficas, de video,

o proporcionen la señal para el acceso a internet desde el exterior del establecimiento penitenciario será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años.

Si el agente se vale de su condición de autoridad, abogado defensor, servidor o funcionario público para cometer o permitir que se cometa el hecho punible descrito, la pena privativa será no menor de seis ni mayor de ocho años e inhabilitación, conforme al artículo 36°, incisos 1 y 2, del presente Código.

4.4.1. Tipicidad Objetiva

4.4.1.1. Sujeto Activo

Puede ser cualquier persona que cometa el delito. En algunas ocasiones, puede ser sujeto activo el interno de un centro penitenciario, puesto que este haya salido del establecimiento penitenciario para una diligencia o por problemas de salud y a su retorno pretenda ingresar un teléfono celular o cualquier componente que facilite su comunicación con el exterior.

La calidad de autor no sólo la tiene la persona que ingresa o intenta ingresar el medio de comunicación, sino que también añade a la persona que lo permite, es decir, al agente penitenciario o efectivo policial, lo cual no debe suponer que se trata de un delito de participación necesaria, en tanto su configuración típica la adquieren de forma autónoma e independiente. Debiéndose destacar que, la condición de servidor o funcionario público, es valorada negativamente por el legislador, para la construcción de la circunstancia agravante, extensible a los abogados particulares, defensores o de oficio, así como los jueces o fiscales (Peña, 2016, p. 176).

4.4.1.2. Sujeto Pasivo

Siempre es el Estado, en este caso el Instituto Nacional Penitenciario en calidad de agraviado, específicamente la Procuraduría del INPE, ya sea como actor civil o parte civil.

4.4.3. Bien jurídico protegido

La norma penal tutela la no afectación al bien jurídico protegido “correcto desarrollo de la Administración Pública”. Pero en específico, se protege la eficacia y el cumplimiento de las normas de seguridad y orden en los centros de detención o reclusión (establecimientos penitenciarios) (Alvites, 2016, pp. 101-102).

La repercusión de la afectación del bien jurídico protegido proveniente del acto ilícito acarrea el perjuicio del presupuesto público que se le asigna al Instituto Nacional Penitenciario, pues se estaría causando un detrimento y menoscabo como sector de la administración competente de la dirección y administración del sistema penitenciario nacional, siendo el responsable de velar por el cumplimiento de las normas de orden público dentro de todo recinto penitenciario, a fin de salvaguardar la seguridad penitenciaria.

4.4.4. Objeto material

El objeto del delito son equipos o sistema de comunicación, fotografía y/o filmación o sus componentes como los celulares, chips, baterías; memorias micro SD, modem o USB que proporcionen internet, entre otros que deben funcionar y estar operativos.

Peña (2016) afirma:

El equipo sistema de comunicación que se ingresa al establecimiento penitenciario, debe ser idóneo y/ o apto para su uso, es decir, para entablar comunicaciones en el interior del presidio; puede ser un chip

otro dispositivo electrónico con eficacia para los fines perseguidos por quien pretende emplearlo. Si dicho dispositivo y/o equipo de comunicación no funciona, sea por fallas en su estructura o por su uso inadecuado, se estará frente a un delito imposible, art.17 del Código Penal, no es punible (p. 176).

En efecto es primordial verificar la idoneidad del objeto ingresado, a efectos de tener cabal conocimiento si dicho dispositivo se encuentra operativo o no, dado que no será suficiente descubrir el objeto indebido y por tanto la acción ilícita (de ingresar o intentar ingresar), sino que la consumación se extenderá a determinar si aquello ingresado tiene idoneidad suficiente para crear un riesgo no permitido para el bien jurídico consistente en la correcta gestión de control de seguridad de los centros de detención o reclusión del INPE. Ésta es indispensable por cuanto en los delitos de peligro abstracto, es necesario que la conducta del agente haya puesto en peligro el bien jurídico tutelado por exigencia del principio de lesividad.

4.4.5. Conductas Típicas

Este tipo de delito admite cuatro tipos de conductas: el que indebidamente ingresa, intenta ingresa, permite el ingreso y el que proporciona la señal para acceso a internet.

Pues Reategui (2015) refiere:

En primer lugar, cuando el sujeto activo ingrese, o trate de ingresar. En este extremo el legislador confundió los distintos niveles de recorrido del iter criminis externo, al equiparar tanto la tentativa como los actos de consumación. Lo más lógico era sólo reprimir la conducta consumativa: ingresar y aquellos actos anteriores al verbo ingresar se sancionarían desde la parte general; es decir en tentativa. En segundo

lugar, cuando se tipifica la conducta de permitir el ingreso, aquí el legislador nacional reprime la conducta del sujeto activo tanto de modo directo, cuando el mismo ingresa al penal, o como de modo indirecto, cuando facilita que otra persona ingresa al penal. La conducta típica de ingresar a un penal puede realizarse por acción; mientras que la conducta de permitir dolosamente que otra persona ingrese a un penal, se podría realizar por omisión impropia, llamada también comisión por omisión, en la medida de que el sujeto activo, tenga la calidad de sujeto garante, es decir, que el sujeto garante tenga y posea la obligación de impedir que personas ingresen de manera indebida portando objetos o instrumentos a un penal. (p. 214)

La última conducta fue incorporada con la finalidad de: “Posibilitar el regular acceso de la Unidad Especializada de la PNP, en casos de flagrancia, a la localización o geolocalización de teléfonos móviles o dispositivos electrónicos de naturaleza similar” (Decreto Legislativo N°1182, 2015).

Así pues, Alvites (2016) con toda razón afirma:

En la cuarta modalidad delictiva, el sujeto activo deberá proporcionar acceso a internet desde el exterior del establecimiento penitenciario; es decir, no solo debe existir el envío de la señal de internet, sino que, además, debe acreditarse su acceso indebido, ya que la simple emisión de la señal de internet no es, ni puede ser, presupuesto legal para sancionar dicha conducta (p. 104).

Asimismo, la norma menciona el término indebidamente, que posee doble sentido.

Reátegui (2015) afirma:

Por un lado, son acciones totalmente lícitas para aún en una sociedad moderna en la cual vivimos; sin embargo, esos mismos objetos o instrumentos resultan ser ilícitos o peligrosos en las manos o en poder de personas que vienen siendo investigadas o ya han sido sancionadas, y más aún que se encuentran internas en un centro penitenciario. Por otro lado, va en el hecho de que es también lícito y normal que personas ingresen todos los días a un penal; sin embargo, lo ilegal va en el sentido que se aprovechen de tal condición y hagan pasar objetos e instrumentos prohibidos. (pp. 214-215)

Es por ello que lo indebido, se debe relacionar a un entendimiento extrapenal que deberá resolver el juez en unión con los elementos subjetivos como es el dolo.

Además, para determinar cuándo una conducta es indebida es necesario que exista una norma institucional que establezca expresamente que determinada conducta es indebida y amerita una sanción. El sustento legal que determina cuándo una conducta es indebida lo encontramos en el “Reglamento General de Seguridad del Instituto Nacional Penitenciario”, aprobado por Resolución Presidencial N°003-2008-INPE/P, de fecha 3 de enero de 2008. Según esta resolución, se establece la obligación del personal penitenciario para revisar los objetos que se intentan ingresar, y así también, se establecen las sanciones para aquellas personas que intenten

indebidamente ingresar objetos prohibidos.⁷ (Alvites, 2016, pp. 101-102)

Cabe resaltar que, la norma también hace referencia a la conducta de ingresar, intentar o permitir el ingreso se configure en un centro de detención o reclusión es por ello que Alvites (2016) refiere:

Si bien el término centro de detención se equipara al término centro de reclusión, en la medida en que ambos se refieren a la instalación donde una persona es restringida de su libertad ambulatoria de forma temporal. La diferencia radica en que el centro de detención es para personas privadas de su libertad por mandato de una orden judicial (por ejemplo, prisión preventiva), mientras que el centro de reclusión es exclusivo para personas condenadas penalmente. Sin embargo, la realidad demuestra que no existen instalaciones para personas detenidas y reclusas, sino que ambos se ubican en el mismo lugar, lo que, para ambos casos, los centros de detención o reclusión referidos en la norma deberá entenderse simplemente como centros penitenciarios. (pp. 104)

En este sentido lo más adecuado hubiera sido que el legislador emplee el término centro penitenciario, pero pese a que el dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, al momento de evaluar los proyectos de ley remitidos por el

7 "Artículo 23.- Revisión al ingreso del establecimiento penitenciario

Toda persona que ingrese a un establecimiento penitenciario incluido servidores del Instituto nacional Penitenciario, serán sometidos a un registro corporal y la revisión de los enseres que porta, estando terminantemente prohibido el ingreso de teléfonos celulares al establecimiento penitenciario (...). "Artículo 113.- Tipos de sanciones

Las sanciones que pueden imponerse son las siguientes:

(...)

b) Por el ingreso de los artículos que se describen a continuación:

- Teléfono móvil (celulares), lectora MP3, cámara filmadora y fotográfica, artículos u objetos pornográficos y armas blancas: prohibición de ingresar a cualquier establecimiento penitenciario por un periodo entre 6 a 12 meses".

Congreso, encontrando algunos vacíos dogmáticos y problemas de técnica legislativa, decidieron unificar todos los proyectos en una sola propuesta, pero no lograron cambiar dicho término; por el contrario consignaron en el proyecto final “centros de reclusión o detención”, sin explicar ni argumentar el porqué de la decisión.

4.4.6. Tipicidad Subjetiva

La conducta necesariamente debe ser alcanzada por el dolo del agente; es decir, mediante el conocimiento y la voluntad.

Puede admitir el dolo directo como el dolo eventual. En primer lugar, tendría que conocer lo *indebido* de ingresar o intentar ingresar o permitir el ingreso; es decir, que equipos o sistemas de comunicación permiten la comunicación telefónica celular, radial, fija, internet u otra análoga y en segundo lugar debería abarcar que precisamente lo indebido de ingresar determinados objetos o registros es para que los internos lleguen a comunicarse telefónicamente. Debe quedar claro que el dolo del sujeto activo termina cuando logra ingresar al penal los objetos o instrumentos que tienen como finalidad específica que sean utilizados por los internos, no abarcando el conocimiento otros hechos que vayan a realizar los internos. (Reátegui, 2015, pp. 215-216)

En contraste con lo anterior, es necesario mencionar que podría darse dependiendo de cada caso en particular, una ausencia de dolo.

Reátegui (2015) refiere: “Se puede presentar un supuesto de error sobre los elementos normativos de la norma, en el sentido que el sujeto activo no sabía exactamente que objetos o instrumentos estaban prohibidos. En todo caso

discutiremos si los elementos normativos tratan de un error de tipo o prohibición” (p. 216).

No obstante, habrá que tenerse en cuenta que en las instalaciones de los diversos establecimientos penitenciarios existen publicidad sobre la prohibición legal de Ingreso de Sistemas de Comunicación, Fotografía y/o Filmación en Centros de Detención y/o Reclusión, más aún si tenemos en cuenta que existe un amplio despliegue a nivel de los medios de comunicación, quienes se han encargado de difundir a la sociedad por medio de diversos casos de personas a quienes se les ha iniciado un proceso judicial por haber ingresado a establecimiento penitenciarios objetos prohibidos. Siendo así ya no estaremos ante un error de tipo o prohibición sino ante un dolo eventual.

4.4.7. Grados de desarrollo del delito

Se trata de un delito de mera actividad en la medida que se consuma en el instante mismo que el sujeto ingresa, o intenta ingresar o permite el ingreso a un centro de detención o reclusión. La consumación refleja sólo un peligro concreto para el bien jurídico “Administración Pública”, y no un resultado lesivo que normalmente estaría relacionada a otros bienes jurídicos de naturaleza personal: como la vida, cuerpo o la salud, qué es lo que precisamente se quiere evitar. (pp. 216-217)

Salinas (2016) enfatiza que: “No se entiende porque se ha equiparado conductas consumadas con conductas tentadas y se ha previsto la misma pena para ambas sin duda es más reprochable la conducta de ingresar que la conducta de intentar ingresar a un centro de detención o reclusión” (p. 156).

4.4.8. Circunstancias agravantes y Penalidad

En el segundo párrafo del artículo 368 - A, se incorpora una circunstancia agravante, cuál es: aquel que se vale de su condición de autoridad, abogado defensor, servidor o funcionario público para cometer o permitir que se cometa el hecho punible descrito. El plus de reproche penal se da por dos motivos: en primer lugar, por la condición de la investidura que representan las personas antes citadas, por tal motivo, se les facilita el ingreso por parte del personal de seguridad de los centros penitenciarios, que normalmente no realiza un examen de riguroso y estricto a las autoridades. Y, en segundo lugar, se espera que dichas autoridades por sus conocimientos de la norma en cuestión, no van a ingresar objetos que vayan a facilitar la comisión de otros delitos que se puede cometer al interior de los centros penales. (Reátegui, 2015, pp. 217-218)

Respecto a este punto Salinas (2016) asevera:

Tan mal construida esta la fórmula legislativa que genera confusión en el aplicador del derecho. En efecto, en el primer párrafo, se sanciona al que permite el ingreso del material prohibido. Esto es, se sanciona la conducta del personal policial o del INPE que en la puerta de los centros de detención o centros de reclusión tiene como función no permitir el ingreso, supuesto sancionado con una pena privativa libertad no menor de 4 ni mayor de 6 años. No obstante, en el segundo párrafo de la fórmula legislativa, arbitrariamente regula como agravante la misma

conducta. Esto es, se prescribe que, si el agente se vale de su condición de autoridad, servidor o funcionario público para permitir que se ingrese a los penales o centros de detención materiales prohibidos, será sancionado con una pena privativa de libertad no mayor de 6 de años ni mayor de 8 años e inhabilitación. En consecuencia, en un caso concreto en cual un efectivo policial o miembro del INPE, haya sido descubierto en un acto de haber permitido el ingreso, en ¿cuál de los dos párrafos del tipo penal se tipificará su conducta? considero que el principio de favorabilidad, su conducta será subsumida en el primer párrafo. (p. 155)

No obstante, de todo lo esbozado en el párrafo anterior, cabe precisar que en la práctica no se maneja dicho criterio; pues la persona que permite el ingreso, no es un sujeto cualquiera, en este caso es un servidor del INPE se encuentra en el ejercicio de sus funciones, quien es el encargo de la revisión tanto corporal como de los bienes de la persona que ingresa a los establecimientos penitenciarios; por lo tanto, si estos sujetos permiten el ingreso existe una infracción del deber que acarrea imponerle la agravante.

4.5. El delito de posesión indebida de teléfonos celulares o, armas, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos en establecimientos penitenciarios (Art. 368-D).

“La persona privada de libertad en un centro de detención o reclusión, que posea o porte un arma de fuego o arma blanca, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos, será reprimida con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años”.

Si el agente posee, porta, usa o trafica con un teléfono celular o fijo o cualquiera de sus accesorios que no esté expresamente autorizado, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de ocho años.

Si se demuestra que del uso de estos aparatos se cometió o intentó cometer un ilícito penal, la pena será no menor de diez ni mayor de quince años.

4.5.1. Tipicidad Objetiva

4.5.1.1. Sujeto Activo

“El artículo 368-D del Código Penal, tipifica un delito de naturaleza especial ya que sólo será sujeto activo aquella: “...persona privada de libertad en un centro de detención o reclusión...” (Reátegui, 2015, p. 226).

Estamos ante un supuesto de sujeto especial impropio por la condición del agente o autor del delito; podrá ser sujeto activo del delito aquella persona que se encuentre privada de su libertad por efecto de una medida de coerción de naturaleza personal (prisión preventiva) o producto de la ejecución de una sentencia que impone una pena de prisión efectiva. (Alvites, 2016, p. 152)

4.5.1.2. Sujeto Pasivo

Es el estado peruano, especialmente el Instituto Nacional Penitenciario, representado por la Procuraduría del INPE, quién es el agraviado en esta clase de delitos, pues se ha vulnerado las normas de seguridad del Establecimiento Penitenciario, como consecuencia fáctica de la acción realizada por el autor, normas que han sido desarrolladas al interior de los Establecimientos Penitenciarios a nivel nacional, ocasionando un daño que perjudica directamente al Instituto Nacional

Penitenciario, menoscabando su presupuesto público asignado para proporcionar y adoptar las debidas medidas de seguridad.

4.5.2. Bien jurídico protegido

Es el mismo que protege el anterior delito; es decir el correcto desarrollo de la Administración Pública, específicamente el correcto funcionamiento de las normas y orden dentro de los Establecimientos Penitenciarios o centros de reclusión.

4.5.3. Objeto Material del delito

Los instrumentos que constituyen el objeto material del delito son aquellos señalados por la norma penal y por extensión, aquellos que estuvieran prohibidos por la institución penitenciaria a través de su reglamento.

Por ello, respetuosos de principio de legalidad, los objetos materiales del delito son los siguientes: arma de fuego; es aquel instrumento que utiliza material explosivo (pólvora) para lanzar proyectiles; por ejemplo, pistola, revólver, escopeta, etc.; arma blanca: es aquel objeto cortopunzante o punzocortante que tiene capacidad para cortar, herir, punzar, y puede producir desangrado en la víctima; municiones: es la carga que se pone en las armas de fuego, también denominada proyectil; material explosivo: sustancia que puede causar liberación de energía en gran intensidad, con desprendimiento de calor, luz, y gases, acompañada de estruendo; material inflamable: sustancia que posee la capacidad de encenderse con facilidad al contacto con el fuego o expuesta a temperaturas excesivas; material asfixiante: sustancia, por lo general gaseosa, que puede generar la intoxicación, asfixia o muerte de la persona con su inhalación; material tóxico: es aquella sustancia

que produce envenenamiento o efectos nocivos para la persona que entra en contacto con ella; teléfono celular: objeto portátil de tamaño pequeño, que permite la comunicación con otras personas sin necesidad de cables o hilos conductores; teléfono fijo: objeto fijo de considerable dimensión que, unido a cables o hilos conductores, permite la comunicación en tiempo real con otras personas; accesorios de teléfono celular o fijo: objetos que forman parte del teléfono celular o teléfono fijo, ubicados en su interior o que acompañan al equipo de forma exterior (v. gr. pantalla de celular, chip, batería, teclado, etc.). (Alvites, 2016, p. 155)

4.5.4. Conductas Típicas:

Este tipo penal posee cuatro verbos rectores que son los siguientes:

El término poseer consiste en el poder de hecho y de derecho sobre el celular, constituido por un elemento intencional o animus (creencia y el propósito de tener el celular como propio o ajeno) y un elemento físico o corpus (la capacidad de tenencia o disposición del celular) que puede ejercerse directamente o indirectamente. De otro lado el término portar consiste en la tenencia efectiva del equipo telefónico sin la interacción telefónica con otra persona; en cambio, el término usar implica el ejercicio del derecho real de posesión, con un propósito específico de interacción telefónica en otra persona. Finalmente, el legislador utiliza el término traficar que acoge diversos supuestos que pueden consistir en poseer el bien dentro del establecimiento penitenciario para actos de comercialización, negociación, comercio (venta, arrendamiento,

etc.), intercambio gratuito oneroso, soborno, préstamo, donación, etc. que, por el único hecho de ser realizado dentro del establecimiento penitenciario, constituye actos prohibidos por ley. (Alvites, El delito de posesión indebida de telefonos celulares o armas de fuego en establecimientos penitenciarios, 2016)

En esta misma línea prevé las siguientes conductas típicas:

4.5.4.1. Conducta típica primer párrafo: posesión o portación de armas de fuego o armas blancas, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos.

Este tipo de conducta según Reategui (2015) menciona que:

Prevé dos verbos rectores: “poseer” o “portar” un arma de fuego o arma blanca municiones materiales explosivos inflamables asfixiantes o tóxicos. La posesión implica actos de dominio absoluto del sujeto activo con respecto determinados objetos que prohíbe la norma, y que está a disposición para hacer ejercicio de ella. La disposición debemos entenderla siempre en términos físicos y materiales (que los tenga siempre consigo, pero también puede ser cercano al interno). Sólo es posible realizarlo por acción, y descartarse la imputación a título de omisión impropia, por un delito de mera actividad. Tampoco interesa quién o quiénes hayan sido las personas que hayan encontrado al interno; podría ser en el marco de un operativo inopinado ordenado por el jefe de seguridad del penal, por el director del penal o por el propio jefe del INPE o del Ministerio de Justicia, e incluso puede ser otro interno. (pp. 226-227)

Por otra parte, existen diferencias del presente artículo (368-D) con el artículo 279 del código penal.

Peña (2016) afirma:

El artículo 279 (in fine), penaliza la fabricación y tenencia ilegal de armas, municiones y explosivos; injusto penal que tutela la “seguridad pública”, mientras que en el tipo penal- in examen- protege la seguridad y orden de los centros de detención o reclusión. En principio, los verbos típicos son casi los mismos: posesión y portar; el objeto material también: armas de fuego, municiones, materiales explosivos, inflamables, asfixiantes y tóxicos; la diferencia ha de identificarse en la particular situación que se encuentra el sujeto activo (privado de su libertad) y, lógicamente en el espacio físico donde debe tomar lugar la conducta (en un establecimiento penitenciario o centro de detención). Por consiguiente, la aplicación del artículo 279 quedaría reservado para las personas que gozan de su libertad ambulatoria y el 368-D, para las personas que sufren una privación de su libertad, por ende, sujeto activo de este delito sólo podrá ser el detenido, penado o recluso. (pp. 178-179)

4.5.4.2. Conducta típica segundo párrafo: posesión, portación, utilización o traficación de teléfono celular o fijo o cualquiera de sus accesorios no expresamente autorizados.

Se castiga la posesión o la portación, agregándose los verbos de “usar” o de “traficar”. Como es sabido, usar implica la utilización de un objeto sin recibir nada a cambio; por el contrario, el término traficar implica una

utilización con un aprovechamiento económico para algunas de las personas, en igual sentido dicho aprovechamiento debe de estar prohibido. No cualquier cosa debe estar prohibido, sino sólo aquellos que la norma considera como tal: así un teléfono celular o fijo o cualquiera de sus accesorios que no esté expresamente autorizado. Por otro lado, los teléfonos que están debidamente autorizados al interior de un penal son de aquellos funcionarios o servidores públicos que trabajan al interior de un penal. (Reátegui, 2015, p. 226)

Para la represión basta simplemente que se porte o se posea tal aparato, es indiferente si el celular se haya verdaderamente utilizado, por las mismas características del delito que es de peligro abstracto, no se requiere la lesión tan solo con la puesta en peligro es suficiente. Por lo que, la finalidad de la norma es según el legislador es prevenir las llamadas desde celulares o teléfonos fijos que hagan los internos desde sus celdas o pabellones hacia otras personas ubicadas en las afueras o en el exterior del centro penitenciario, para coordinar actividades ilícitas, de acuerdo a las denuncias que salen a través de los medios de comunicación.

De igual modo Salinas (2016) afirma:

La tipificación de tales comportamientos como delito se justifica, por cuanto, en reiteradas ocasiones se ha denunciado que desde los centros penitenciarios se planifican, dirigen y ejecutan diversos delitos, especialmente los de extorsión y secuestro, utilizando para ello la comunicación telefónica para contactar y amenazar a las víctimas. No resulta descabellado, sino razonable, afirmar que un teléfono celular o fijo, constituye un objeto análogo a un arma, munición o artefacto

explosivo. En efecto, en términos reales, resultan idóneas para la para la comisión de graves delitos contra el patrimonio. (p. 167)

Cómo puede apreciarse, se requiere que los objetos utilizados para tal comunicación consistan necesariamente en un teléfono celular, teléfono fijo o cualquiera de sus accesorios; siempre que no se encuentren expresamente autorizados.

Si bien para identificar un teléfono celular o fijo no existe mayor problema, pues el legislador utiliza un término genérico que no se limita a una marca, modelo o año de fabricación, pudiendo ser cualquier equipo de telefonía celular o fija ya existente en el mercado de las comunicaciones a la fecha de entrada en vigencia del delito, como a cualquier otro equipo o modelo que se cree con posterioridad.

Los accesorios de estos equipos de telefonía que exige el tipo penal como elemento objetivo, son aquellos componentes interiores o exteriores que resulten indispensables para permitir la comunicación telefónica por medio de teléfonos celulares o fijos, ya sea que se trate de la batería de celular, el cargador de la batería, el chip con el que la empresa prestadora de servicio de telecomunicación celular brinda el servicio limitado o ilimitado de comunicación con la asignación de un número abonado.

De igual forma, analizado cada caso específico, puede ser considerado como accesorio dentro de los alcances que requiere el tipo penal, los audífonos cuando el equipo solo permita la comunicación a través de este accesorio.

Debe precisarse que estos accesorios no necesariamente deben formar parte del equipo original o de fábrica, sino que puede ser: un accesorio que pertenezca a otro equipo o, un accesorio creado con componentes de diversos equipos o accesorios; siempre que permitan la comunicación telefónica, con algún teléfono celular o fijo; pues

finalmente dicha prohibición está contenida en el enunciado normativo que describe el delito.

Sumado a ello Peña (2016) considera:

El segundo párrafo, del tipo penal, recogería una conducta atenuada, puesto que el objeto material del delito no es un arma de fuego o municiones, sino un teléfono celular, develando evidentemente una menor peligrosidad, el ingreso de un equipo de comunicación a un centro de detención, importa a su vez posesión, de manera que se observa una secuencia lógica entre ambas conductas típicas. A nuestra consideración, la penalización sólo es para una de ellas, ha de excluir a la otra, en el sentido de que la ampliación del artículo 368-D, debe adquirir concreción cuando se tenga evidencias que la gente haya ingresado el sistema de comunicación, una postura en contrario, supondría una afectación al principio de proporcionalidad. Empero, no puede descartarse que el agente que ingrese el celular, sea uno distinto al que lo porte en el establecimiento penitenciario. (p. 179)

4.5.4.3. Conducta típica tercer párrafo: Si se demuestra que del uso de estos aparatos se cometió o intentó cometer un ilícito penal.

En cuanto a este párrafo, el legislador ha escrito y justificado el propósito concreto por la cual la norma del artículo 368-D se ha originado; es por ello el mayor castigo en cuanto a la pena.

Según Reategui (2015) añade:

Para la tipificación se tiene que demostrar, al menos judicialmente que del uso de los aparatos se cometió intentó cometer un ilícito penal.

Resulta indiferente si se cometió realmente el ilícito, o simplemente quedó en grado tentativa. Lo relevante de cara a la tipificación es que realmente se llegue a utilizar, bajo cualquier contexto, dichos aparatos y esté enlazado necesariamente a un ilícito penal. Cuando se habla de “ilícito penal”, podría comprender tanto delitos como faltas, no interesa la naturaleza o clase del bien jurídico penal y podría ser un ilícito penal simple como también de criminalidad organizada; en realidad bastaría que esté tipificado en el Código Penal o legislación complementaria. (p. 229)

El profesor Peña (2016) asevera:

Este párrafo tiene una previsión legal extravagante; puesto que, si se demuestra que del uso de estos aparatos se comete o intentó cometer un ilícito penal, la pena sería no menor de diez ni mayor de quince años. ¿Qué quiere decir esto?, que el agente aparte de tener que responder penalmente por el delito de lesiones, homicidio, secuestro, extorsión o robo, debe ser también castigado por haber empleado en su comisión, instrumentos o equipos de comunicación; lo cual es todo un despropósito, en tanto los medios comisivos se encuentran ya contenidos en el desvalor del delito que comete el agente, incidiendo una vulneración al principio ne bis in ídem; es como si el homicida se le castiga por haber matado a su víctima y, a su vez, por haber empleado un arma blanca, para su perpetración; el medio empleado constituye la evidencia que acredita la comisión del delito, un elemento de probanza que no puede ser valorado de forma autonómica para

sustentar la construcción de una variante delictiva. Inclusive por un delito que se intentó cometer, cuando el inicio de los actos ejecutivos, significa una acción susceptible de ser penado, con arreglo al artículo 16 del código penal, es un exceso que riñe con los principios elementales de un derecho penal democrático, siendo el manifiesto de una política criminal trasnochada y carente de toda razonabilidad. (pp. 179-180)

Es evidente que una llamada que provenga desde el penal con fines de chantaje, extorsión o secuestro, crean un estado de pánico para la propia víctima y para la sociedad. El estado de vulnerabilidad y riesgo motiva hacer una norma que busque mayor eficacia y contundencia en su efecto intimidatorio y represivo, lo que ha justificado calificación como delito autónomo y su ingreso al catálogo de leyes penales. (Salinas, 2016)

4.5.5. Tipicidad Subjetiva

“La conducta típica debe ser realizada a título de dolo directo; es decir, el sujeto debe conocer que está en posesión de un arma de fuego o arma blanca, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes, tóxicos o de un medio de comunicación; puede admitirse la posibilidad del dolo eventual” (Reátegui, 2015, p. 229).

En la tenencia de celulares, se aprecia el total control de querer y saber cuál es la conducta típica que se plantean realizar, la cometen independientemente de los resultados esperados, es oportuno señalar las teorías legitimantes conforme lo

establece Pastor (2005) respecto de los delitos de tenencia “comisión por omisión”⁸ y “omisión propia”.

La experiencia demuestra que los poseedores de equipos al advertir operativos o acciones de seguridad e inspección, toman sus previsiones para extraer sus chips o esconder los equipos celulares para no ser encontrados por la autoridad (generalmente lo esconden un lugar que este cercano a ellos para poder usarlo y luego esconderlo o disponer de ello libremente) o arrojarlo en los pasadizos y, en caso de ser encontrados evitar ser detectados los chips o ser encontrados en posesión directa, de lo que se desprende no solo la operatividad de los equipos, sino también ponen de manifiesto la peligrosidad subjetiva del autor, pues además se presume que éste omitió la conducta esperada por su disposición a cometer delitos, ya sea por intención probada (armas o explosivos) o porque se trata de un objeto que cuenta con las características idóneas para la comisión de otros delitos. (teléfonos celulares – llamadas extorsivas).

Por otro lado, es difícil constituir un supuesto de hecho impeditivo invocando el error de tipo a favor del autor del delito, ya que desde que una persona es internada en un centro penitenciario, conoce o se le hacen conocer sus derechos y deberes, así como las conductas que no debe realizar y que, de hacerlo, generan una sanción, no solo administrativa, sino también penal. (Alvites, 2016, p. 156)

⁸ “Poseer implica la omisión de la supresión o finalización de la posesión; se castiga al autor de la posesión porque ha incumplido el deber que deriva de la posición de garante que ocupa, a saber, el deber de poner fin a la posesión de ese objeto, el convertirse en poseedor da lugar al nacimiento de una posición de garante que se cumple cuando se pone fin a la posesión”

4.5.6. Grados de desarrollo del delito

Los grados de desarrollo del delito dependerán de las particularidades de cada párrafo del artículo:

Reategui (2015) afirma:

El primer párrafo trata de un delito de mera o simple actividad, además estamos ante un delito de peligro abstracto, en la medida que el tipo penal se consuma con la simple posesión o portación que realiza el sujeto activo de un arma de fuego arma blanca, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos. En este tipo de delitos es difícil admitir tentativa. El segundo párrafo, se consuma igualmente al poseer, portar, usar o traficar con un teléfono celular o fijo o cualquiera de sus accesorios que no esté expresamente autorizado, ese sentido, estamos igualmente a un delito de mera actividad. (p. 229)

Así también Alvites (2016) refiere:

Tanto en el primer como en el segundo párrafo, se configura como un delito de peligro abstracto, en la medida que no existe una lesión al bien jurídico (afectación material), sino una probabilidad de su afectación si se permite que el interno porte posea un arma de fuego o un celular al interior del centro penitenciario. Del mismo modo, describen conductas de mera actividad, en la medida que la simple posesión o portación de un arma de fuego o arma blanca, o el uso de un teléfono celular o cualquiera de sus accesorios, se consuma el delito según la redacción

del delito. Por tanto, es difícil admitir supuestos de tentativa en los dos primeros párrafos. (p. 157)

En este orden de cosas, los dos primeros párrafos sancionan conductas con la sola puesta en peligro del bien jurídico protegido, es así que muchas veces los internos-posesionarios con el fin de evitar de que sean descubiertos y burlar así las investigaciones y acción de la justicia con total impunidad, extraen los chips, para agenciarse posteriormente de otros equipos para que continúen con su ilícito actuar, los cuales evidencian el uso y posesión para la permanente comunicación prohibida con el exterior, lo que revela no solo la peligrosidad subjetiva del agente, sino además la premeditación y preparación para lograr su cometido, asegurándose la posesión, uso prolongado y continuo del artículo prohibido, además que muchos de estos objetos prohibidos cuentan con las características idóneas para la comisión del ilícito, que tratándose de teléfonos celulares, son factibles para realizar llamadas extorsivas, lo que se contrasta con el sustancial incremento del accionar de la delincuencia que precisamente se dan desde los establecimientos penales.

Con respecto al tercer párrafo, habría que diferenciar dos momentos: en primer lugar “Si se demuestra que del uso de estos aparatos se cometió un ilícito penal...” el delito se consuma, por tratarse de un delito de resultado lesivo, en el momento no del uso de los aparatos antes citados, que servirá para la comisión o intento de comisión de un ilícito penal; con respecto al segundo momento “Si se demuestra que del uso de estos aparatos se intentó cometer un ilícito penal...”, la consumación estará fijada, por tratarse de un delito de peligro concreto. (Reátegui, 2015, p. 230)

A saber, este párrafo requiere de un efecto distinto a la conducta realizada, ya que en el caso que se encuentre en posesión a un interno de un equipo telefónico y se demuestre el uso a través del registro de llamadas telefónicas, mensajes de texto, etc., y se llegara a concluir que realizó llamadas extorsivas, se aplicará este extremo del tipo penal, para ello es necesario verificar el resultado lesivo y que este conteste al comportamiento realizado por el autor.

Es por ello que se debe realizar una investigación prolija y adecuada, con el apoyo no solo de la información de las empresas de telefonía sino también, con el análisis técnico a cargo de la Unidad Especializada de Alta Tecnología, DIVINDAT – PNP y área de análisis digital forense del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses de Lima, la cual cuenta con software y hardware adecuados para tal fin y con el levantamiento del secreto de las comunicaciones de los teléfonos y chips; para que las empresas de telefonía informen sobre los flujos de llamadas, mensajes, titularidad de los números telefónicos que estuvieron siendo usados, para que permitan identificar así a los poseedores, y que estos sean analizados por el órgano policial especializado.

Además de ello, todo equipo celular cuenta con número de IMEI (del inglés International Mobile System Equipment Identity o Sistema Internacional para la Identidad de Equipos Móviles) que consiste en un código pre-grabado en los celulares que admite identificar completamente el equipo a nivel mundial, además, implica que las operadoras o empresas de telefonía móvil no sólo conocen quién y desde dónde se hacen las llamadas, sino también desde qué terminal telefónico se efectuó (las empresas de telefonía móvil pueden

reconocer a través del código IMEI la situación de operatividad de los mismos - Equipment Identity Register), lo cual permitirá identificar al titular del equipo móvil y el registro que tendría dicho equipo en la empresa operadora de telefonía; ya que el número de IMEI, es el número interno único que tiene todo equipo celular, imprescindible para identificar al dueño, posesionario y usuario, a través del registro que tiene en la empresa operadora de telefonía. (Decreto Legislativo N°1182, 2015)

Otro aspecto importante que cabe señalar es que en este tipo de delito de posesión, porte, tráfico o uso de teléfonos celulares dentro de los establecimiento penitenciarios es que, aunque el número de IMEI, esté borrado, erradicado o adulterado, éste número de serie es fácil de verificar y revelar, digitando los números *#06# se puede verificar que aparece el código interno, con lo que se podrá determinar si los artículos prohibidos cuentan o no con las condiciones físicas y técnicas necesarias para su investigación e identificación de los usuarios y poseionarios, además del chip, los equipos telefónicos cuentan con una memoria interna, que almacena el flujo de llamadas, mensajes, agenda telefónica y demás datos que finalmente ayudarán a determinar y corroborar la conducta ilícita realizada por el autor.

4.5.7. Circunstancias agravantes y Penalidad

“Si se demuestra que del uso de estos aparatos se cometió o intentó cometer un ilícito penal, la pena será no menor de diez ni mayor de quince años” (Reátegui, 2015, p. 225).

4.6. Reparación Civil en los delitos 368-A y 368-D

En estos tipos de delitos ni la legislación civil ni la penal, han regulado la reparación civil en los delitos de peligro, los cuales por su propia naturaleza no irrogan una lesión al bien jurídico, por lo que, para algunos doctrinarios no existe un daño concreto, ni correspondería una reparación civil (Peña, 2016).

Para muchos autores como Gálvez (2016), refiere que: “En los delitos de peligro abstracto no pueden aplicarse todos los mencionados elementos, como son “el daño” ni la “relación de causalidad”, toda vez, que estos tipos penales se caracterizan por no llegar a lesionar ni poner en peligro el bien jurídico penalmente” (p. 264).

No obstante, ello, existe jurisprudencia y doctrina, tanto nacional como extranjera, que se han pronunciado sobre la posibilidad de fijar reparación civil en los delitos de peligro abstracto, la cual procederemos analizar y más aún en estos delitos materia de investigación como es el ingreso y posesión indebida de teléfonos celulares u otro medio de comunicación dentro de los establecimientos penitenciarios.

Así pues, en el (Acuerdo plenario Nº 6-2006/CJ-116, 2006, fundamento 10) respecto a la posibilidad de reparación civil en los delitos de peligro estableció como regla vinculante que: “[No] cabe descartar la existencia de la responsabilidad civil en esta clase de delitos y, en tal virtud, corresponderá al órgano jurisdiccional en lo penal determinar su presencia y fijar su cuantía”.

Por ende, para los delitos (368- “A” y “D” del código penal) materia de esta investigación, el daño causado corresponde al daño patrimonial, elemento daño emergente, que está referido a la pérdida patrimonial efectivamente sufrida y considerando que el INPE proyecta y ejecuta presupuesto público para el mantenimiento de la seguridad en los establecimientos penitenciarios, en la

adquisición de equipos electrónicos de seguridad, equipos de rayos X, sistema biométrico, sistema de video vigilancia, asignación e incremento de personal de seguridad y otros, para lograr tales fines, lo que se ve desvalorizado económicamente, ante la vulneración de tales sistemas y mecanismos por parte de quienes poseen celulares, componentes u otros equipos prohibidos.

4.6.1. El agraviado por el delito

Será titular de esta pretensión quien, conforme a la ley civil, esté legitimado para reclamar la reparación, tal como lo establece el artículo 98 del Código Procesal Penal, incluyendo al propio *Estado*, así como a la sociedad en general, cuando esta última sea la titular del bien jurídico afectado (Gálvez, 2016, p. 318). Como en el caso de los delitos de desobediencia y resistencia a la autoridad (ingreso y posesión de teléfonos celulares o cualquier medio de comunicación dentro de los Establecimientos Penitenciarios).

4.6.2. Actor civil

Es el sujeto procesal formalmente constituido en el proceso penal, quien introduce la pretensión reparatoria, y su actuación está orientada a aportar la prueba necesaria para acreditar la entidad y magnitud del daño ocasionado con el delito, a fin de obtener la adecuada reparación civil; pudiendo inclusive impugnar las resoluciones de absolución o sobreseimiento del proceso. Igualmente, puede constituirse como actor civil *el Estado* (ello resulta común) cuando alguno de los bienes de la titularidad de este ha sido afectado por el hecho delictivo; pero en este supuesto el Estado actúa en pie de igualdad con las demás personas

agraviadas, tal como lo establece el artículo 59 del Código Procesal Civil⁹. (Gálvez, 2016, p. 319)

En los delitos materia de investigación como es el de ingreso y posesión de teléfonos celulares al interior de los establecimientos penitenciarios; el agraviado es el Estado específicamente la Procuraduría del INPE, quien se constituye en actor civil de conformidad con lo dispuesto en los artículos 98° y siguientes del Código Procesal Penal cumpliendo con la formalidad contenida en el artículo 100° del antes indicado código por ser el perjudicado, quedando legitimado para reclamar la reparación que se fije al haberse vulnerado normas que protegen el orden público en los establecimientos de reclusión, cuyo titular es el Estado (INPE).

4.6.3. El Ministerio Público

El Ministerio Público legitima un interés público respecto al resarcimiento del daño dentro del proceso penal; en efecto, el artículo 11.1 del Código Procesal Penal establece que: “El ejercicio de la acción civil derivada del hecho punible corresponde al Ministerio Público”, así como en el artículo primero de su Ley Orgánica. Es así que, el ejercicio de la pretensión resarcitoria por parte del fiscal, más que una facultad, es una obligación.

Claro que el Ministerio Público queda legitimado para introducir la pretensión civil dentro del proceso penal, únicamente si no lo ha hecho el agraviado, o este no se ha reservado la vía civil, de lo contrario, el fiscal no resulta facultado para ello, tal como lo señala el artículo 11 y siguientes del Código Procesal Penal; incluso, aun cuando el Ministerio

⁹ Artículo 50 del Código Procesal Civil: “Cuando el Estado y sus dependencias, o las empresas públicas y privadas con participación económica determinante de aquel intervienen en un proceso civil, cualquiera sea la calificación o ubicación procesal que se les asigne, se someterán al Poder Judicial sin más privilegios que los expresamente señalados en este código”

Público ya hubiese iniciado el ejercicio de la pretensión resarcitoria, pierde legitimidad para continuar con dicho ejercicio si el agraviado se presenta y se constituye como actor civil; esto significa que si bien el ministerio público, está obligado a ejercitar la pretensión resarcitoria, solo lo hará subsidiariamente. (Gálvez, 2016, pp. 333-337)

4.6.4. Los Procuradores Públicos

Tal como lo establece el artículo 37 del Reglamento del Decreto Legislativo N°1068 (Ley del Sistema de Defensa Jurídica del Estado, norma modificada por la Segunda Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N°30137, del 27 diciembre del 2013): “Los Procuradores Públicos tienen la atribución de representar al Estado y defender los intereses de la entidad que representa ante los órganos jurisdiccionales y administrativos, así como ante el Ministerio Público, Policía Nacional, Tribunal Arbitral, Centro de Conciliación y otros de similar naturaleza en los que el Estado es parte” (Gálvez,2016: p.336). En consecuencia, tienen el deber de impulsar labores orientadas a la reparación civil y su cumplimiento, por esta razón debe brindar elementos probatorios y pedir a quien corresponda se realice la investigación, sin limitar las funciones que pertenecen al Ministerio Público como titular de la acción penal.

Asimismo, el artículo 38 de la referida norma faculta al procurador para conciliar, transigir o desistirse de las demandas o acciones judiciales cuando se discuta el cumplimiento de una obligación de dar suma de dinero siempre que no exceda de las cinco unidades impositivas tributarias (sin incluir los intereses); y cuando se trate de sumas mayores de este monto pero menores de veinticinco unidades

impositivas tributarias, incluidos los intereses, requieren de resolución autoritativa de la Secretaría General de la entidad o quien haga sus veces. De ser mayor el monto se requerirá autorización del Titular de la entidad. Igualmente, pueden condonar la obligación contenida en la sentencia o también novarla, prorrogarla, cancelarla, etc. y en general, celebrar cualquier acto jurídico destinado a regular o modificar el cumplimiento de la sentencia. Para celebrar este acuerdo exige sin embargo contar previamente con la correspondiente autorización. (Gálvez, 2016, p. 336)

Por consiguiente, los procuradores o sus abogados que se constituyan en actores civiles en los procesos penales pueden efectuar todas estas acciones en relación a la reparación civil señalada en la sentencia, y a su vez tienen la obligación de buscar y hacer cumplir a los sentenciados el pago de la reparación civil para que efectivice el resarcimiento del daño proveniente del delito.

4.7. La Problemática de la inadecuada regulación de los delitos 368 A y D del código penal peruano.

4.7.1. Según a su estructura y su tipología

Los delitos de ingreso y posesión indebida de teléfonos celulares dentro de los establecimientos penitenciarios se crearon en el año 2011 de manera errada, puesto que la técnica legislativa es deficiente al haberlos incorporado dentro de los delitos contra la administración pública en el título de violencia y resistencia a la autoridad, cuando lo correcto hubiera sido tipificarlos como delitos contra la seguridad pública ya que la ratio del Decreto Legislativo N°29867 que los creó fue para evitar que desde el

interior de los establecimientos penales se ordenen cometer diversos delitos como el de extorsión, crimen organizado, homicidios, robos agravados, entre otros, prohibiendo el uso de celulares o cualquier otro medio de comunicación que permita la conexión con el exterior conforme se puede apreciar según la estadística del Observatorio de Criminalidad de Ministerio Público¹⁰. Así pues, el legislador tuvo la errada concepción que al tipificar nuevas conductas en el código penal se brindaría mayor seguridad a la sociedad, entendiendo que dentro de estos penales se encuentran supuestamente los más avezados y peligrosos delincuentes creando así una percepción de mayor riesgo para la sociedad, activándose de inmediato el clamor ciudadano para que se tipifiquen dichas conductas que día a día aparentemente se incrementaban.

Siendo así, el bien jurídico que se pretendía proteger no era la correcta administración pública específicamente administración penitenciaria como lo es hoy en día, sino proteger a la sociedad donde el agraviado no es el INPE, sino el Ministerio del Interior. Por lo que, si tomamos en cuenta este criterio el Instituto Nacional Penitenciario debería ser el tercero civilmente responsable, porque recae una responsabilidad directa de mantener el orden y el buen comportamiento de las personas privadas de su libertad, así el interno sería el imputado y la sociedad el agraviado.

¹⁰ En el periodo enero 2013-abril 2018 el Ministerio Público registro 30336 denuncias por extorsión a nivel nacional. En el 2017 se registraron 5225 denuncias, lo que significa un aproximado de 435 denuncias mensuales y 15 diarias. 6 de 10 víctimas eran hombres y 5 de cada 10 tenían de 35 a 54 años. Respecto al sexo de los (las) imputados (as), 8 de cada 10 eran también hombres y el 58.8% concentró edades entre 18 y 34 años. En 8 de cada 10 casos el imputado era un desconocido para la víctima. Así mismo, extorsión se produjo con más frecuencia cuando la víctima se encontraba en su vivienda (50%), siendo la tarde (40%), del lunes a jueves (75%), las horas y días más frecuentes en los que se recibió alguna comunicación relacionada al delito. En relación al presunto móvil de extorsión, este se habría efectuado para exigir una suma de dinero (95.5%), siendo el medio más utilizado para comunicarse con las víctimas, **la llamada telefónica (54.5%)**

Por otro lado, existe una inexactitud normativa por parte del legislador al tipificar el delito de ingreso de teléfonos celulares o cualquier medio de comunicación a los establecimientos penitenciarios, ya que equipara la tentativa al grado de consumación cuando refiere taxativamente: “El que indebidamente ingresa, intenta ingresar”, equivocadamente se trata de sancionar actos preparatorios que por su naturaleza son impunes; por lo que se evidencia en esta clase de delitos la utilización de la teoría del derecho penal de enemigo al adelantar la barrera punitiva de actos que en la realidad no significa una seria amenaza para el bien jurídico protegido.

Por otro lado, el artículo 368-A del código penal vigente penaliza el ingreso de celulares o sus componentes, entendidos esto como parte de un todo; es decir como parte indispensable de teléfono celular, así por ejemplo tenemos al terminal, chip, tarjeta SIM, batería, cargador, más no hace referencia alguna a sus accesorios, entendidos estos como los hand free, memoria micro SD, USBs, mientras tanto en el delito posesión indebida de teléfonos celulares, si criminaliza el poseer, portar o usar estos accesorios que primigeniamente no están prohibidos ingresar pero si poseer.

Por lo que surge una interrogante ¿Cómo se puede criminalizar una conducta de poseer un accesorio dentro de un establecimiento penitenciario si no está prohibido su ingreso?; es decir, el legislador sanciona conductas que en un primer momento no las prohíbe. En la práctica diaria esto se ve reflejado cuando una visitante por descuido u olvido intenta ingresar un USB o audífono de un teléfono celular, en estos casos el representante del Ministerio Público no inicia investigación, sin embargo todo lo contrario, sucede cuando el interno posee un accesorio ejemplo (hand free), el fiscal ni siquiera abre investigación sino de frente realiza una acusación directa y cuando se

está en casos de flagrancia delictiva incoa al proceso inmediato, llegando a ser totalmente absurdo.

4.7.2. Según a la reparación del daño

Desde el año 2011 hasta la actualidad el ingreso y posesión de celulares a los establecimientos penitenciarios están comprendidos dentro de los delitos contra la administración pública, cuyo agraviado es el estado específicamente la Procuraduría del INPE, siendo su naturaleza típica delitos de peligro abstracto ya que solo basta la puesta en peligro del bien jurídico protegido para que se tipifique como delito y como consecuencia del daño causado se le imponga una reparación civil.

Dicho esto, en la presente investigación, he podido observar 452¹¹ casos en ejecución de sentencia, comprendidos entre los años 2015 y 2016. Respecto al delito de ingreso indebido se analizó que existen un total de 75 legajos y en el delito de posesión un total de 377 casos, de los cuales en el primer delito solo el 39% de los sentenciados han cumplido con cancelar el monto de la reparación civil, mientras que el 61 % ha incumplido, asimismo la situación en el segundo delito no cambia ya que solo el 23 % de los sentenciados han cancelado y el 77% no han efectuado pago alguno de la reparación civil ordenada por el juez.

De esta manera se evidenció que los sujetos activos en su gran mayoría son familiares de los internos o los mismos inculpados que se encuentran cumpliendo su sentencia, los cuales son de un nivel socioeconómico precario tal y como se puede apreciar del Informe Estadístico Penitenciario¹²: El 92 % (que son 78,767 internos) solo

¹¹ Registro Excel de casos en ejecución realizado en la Procuraduría Pública del INPE (2016).

¹² Información obtenida de: <https://www.inpe.gob.pe/revistas/estadistica/2017/diciembre/index.html>

tenían oficio, mientras que el 3 % (2561 internos) son técnicos, a su vez el 2.3% (2004 internos) tiene una profesión universitaria, el 2% (1724 internos) son estudiantes, por último, el 0.7% (565 internos) no trabajaban antes de ingresar a los establecimientos penitenciarios. En síntesis, esto evidencia que los tipos penales respecto a la reparación y aplicados en el caso concreto no son eficaces, pues por un lado no repara al agraviado quién es el afectado por el delito cometido y por otro fomenta más hacinamiento, más gasto para el estado al punibilizar dichas conductas cuando solo debería ser suficiente el procedimiento y sanción administrativa más no la penal, que paradójicamente en la actualidad al interno que incurre en este delito se le aplica una sanción administrativa.

En tal sentido surgen las siguientes interrogantes: ¿Sería racional iniciar un proceso cautelar, para asegurar el pago de la reparación civil en esta clase de delitos?, ¿Se podrían aplicar eficazmente las medidas cautelares existentes para asegurar dicho pago?. En primer lugar, el estado por más agraviado que sea no puede sobreponer su interés particular a un interés general, moviendo a todo el aparato judicial en el devenir del proceso para que al final el sentenciado no pueda cumplir con el pago impuesto, por las características ya explicadas líneas arriba (situación económica paupérrima del sujeto activo); en segundo lugar existe la imposibilidad de aplicar las medidas cautelares (embargo, secuestro y otros) ya que los sujetos activos (internos, familiares o visitas) carecen en su mayoría de bienes muebles e inmuebles, por lo que, al no poder ejecutar los mismos no surten sus efectos para garantizar el pago mediante las medidas cautelares en esta clase de delitos, el cual las convierten en normas que en el caso concreto carecen de objeto; por lo tanto, una vez más se demuestra que la regulación de estos tipos penales es inadecuada.

¿Cómo se va ser agraviado de estos delitos cuando se supone que la seguridad es un deber de esta institución? Sin duda el INPE es el rector del sistema penitenciario nacional encargado de brindar las medidas que garanticen la seguridad integral de las personas, instalaciones y comunicaciones de los establecimientos penitenciarios. (Reglamento Especial de Seguridad Penitenciaria, 2016)

En otro orden de cosas, resulta muy polémico hasta hoy día el establecer si cabe responsabilidad civil en los delitos de peligro abstracto, toda vez como ya se ha explicado por su naturaleza, estos tipos penales no lesionan concretamente un bien jurídico, sino que para su consumación solo basta que se ponga en peligro dicho bien. No obstante, el Acuerdo Plenario N°6-2006/CJ-116, publicado el 29 de diciembre del 2006, estableció:

A partir de lo expuesto, cabe establecer si los delitos de peligro pueden ocasionar daños civiles y, por tanto, si es menester fijar la correspondiente reparación civil, más allá de las especiales dificultades que en estos delitos genera la concreción de la responsabilidad civil. Como se ha dicho, el daño civil lesiona derechos de naturaleza económica y/o derechos o legítimos intereses existenciales, no patrimoniales, de las personas. Por consiguiente, aun cuando es distinto el objeto sobre el recae la lesión en la ofensa penal y en el daño civil, es claro que, pese a que no se haya producido un resultado delictivo concreto, es posible que existan daños civiles que deban ser reparados. En los delitos de peligro, desde luego, no cabe negar a priori la posibilidad de que surja responsabilidad civil, puesto que en ellos - sin perjuicio, según los casos, de efectivos daños generados en

intereses individuales concretos- se produce una alteración del ordenamiento jurídico con entidad suficiente, según los casos, para ocasionar daños civiles, sobre el que obviamente incide el interés tutelado por la norma penal -que, por lo general y que siempre sea así, es de carácter supraindividual-. Esta delictiva alteración o perturbación del ordenamiento jurídico se debe procurar restablecer, así como los efectos que directa o causalmente ha ocasionado su comisión del daño como consecuencia directa y necesaria del hecho delictivo (conforme: ROTG TORRES, MARGARITA: la reparación del daño causado por el delito, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, páginas 124/125). Por consiguiente, no cabe descartar la existencia de responsabilidad civil en esta clase de delitos, y, en tal virtud, corresponderá al órgano jurisdiccional en lo penal determinar su presencia y fijar su cuantía (Acuerdo plenario N° 6-2006/CJ-116, 2006, fundamento 10).

Dicho lo anterior, resulta discutible lo estipulado en el segundo párrafo del fundamento 10, pues de la redacción se puede observar que se ha combinado innecesariamente fundamentos penales y civiles. Pues, por decir cuando relata que: “Esta delictiva alteración o perturbación del ordenamiento jurídico se debe procurar restablecer”, habrá de entenderse que se refirió a la sanción penal, pues a la reparación civil no persigue dicha finalidad si no resarcir el daño ocasionado.

En este sentido dicho argumento no da mayor claridad para el resarcimiento en los delitos de peligro abstracto, por el contrario, crea mayor confusión incluso se podría llegar a interpretar que la Corte Suprema fundamenta su reparación en el hecho que

perturban el ordenamiento jurídico, si este fuera el fundamento no se podría imponer en todos los casos bajo esta razón porque terminaría confundándose pena con reparación civil.

4.8. Procedimientos y sanciones administrativas en los delitos 368 A y D del código penal.

4.8.1. Resolución Presidencial del Instituto Nacional Penitenciario N°275-2016-INPE/P.

El objetivo es normar las actividades y procedimientos que se desarrollan en los establecimientos penitenciarios del Instituto Nacional Penitenciario con la finalidad de garantizar la seguridad dentro de estos a través del Reglamento General de Seguridad del Instituto Nacional Penitenciario. (Reglamento Especial de Seguridad Penitenciaria, 2016).

Por un lado, respecto al delito de Ingreso Indebido a los Establecimientos Penitenciarios (artículo 368-A), se recalca lo siguiente:

4.8.1.2. Revisión de Ingreso y Egreso de los Establecimientos Penitenciarios

Así pues, respecto a la revisión del ingreso refiere el artículo 52° señala que:

Toda persona que ingresa y egresa de un establecimiento penitenciario, incluidos el personal penitenciario de todas las áreas del establecimiento penitenciario, será sujeto de una revisión personal y corporal minuciosa que incluirá, además, la revisión de las pertenencias o bienes que porte consigo, ello con la finalidad de detectar y evitar el ingreso y egreso de bienes ilícitos o prohibidos. Para la revisión personal y corporal se tendrá en consideración las disposiciones

relativas al vestuario autorizado y sobre bienes permitidos, prohibidos o ilícitos. (Reglamento Especial de Seguridad Penitenciaria, 2016, p. 25)

4.8.1.3. Revisión personal y corporal

Por otro lado, respecto a la revisión corporal y de paquetes de las visitas de los internos el artículo 60° refiere:

La revisión personal y corporal comprende la palpación por encima de la ropa del visitante (a excepción de las zonas íntimas), el registro de su vestimenta (a excepción de sus prendas íntimas) e incluso el registro de los bienes que lleva consigo. La revisión personal y corporal se realizará en condiciones de privacidad, seguridad e higiene, respetando la dignidad y el pudor del visitante. Corresponderá realizarlo a personal del mismo sexo que el visitante (Reglamento Especial de Seguridad Penitenciaria, 2016, p. 28)

4.8.1.4. Procedimiento para la revisión revisión personal y corporal

Para la revisión personal y corporal podrá emplearse equipos tecnológicos provistos por la administración penitenciaria, tales como: el arco detector de metales, rayos X, body scanner y otros equipos de detección e inspección, que permitan detectar bienes ilícitos o prohibidos de ingresar al establecimiento penitenciario. El personal de revisión realizará la revisión personal y corporal de la siguiente manera:

- ✓ El visitante pasará por el arco detector de metales (ADM) o el detector manual de metales (DMM).

- ✓ En caso que el establecimiento penitenciario cuente con el equipo de escaneo corporal (BODY SCAN), el visitante será invitado a pasar inspección mediante este equipo.
- ✓ Cuando el establecimiento penitenciario no cuente con el equipo de escaneo personal o el visitante se rehúse a pasar inspección a través de este equipo, será conducido a un ambiente privado (cubículo) para una revisión corporal manual minuciosa. El registro o revisión manual se realizará con la presencia del coordinador de revisión, el (la) supervisor (a) de prevención u otro personal penitenciario de seguridad, quien actuará como testigo.
- ✓ El personal de revisión registrará manualmente al visitante, conforme al siguiente procedimiento:
 - ❖ Examinar la cabeza y el cabello.
 - ❖ Palpar los omóplatos, axilas, ingle, cintura, brazos, piernas y tobillos por fuera y dentro; asimismo, examinar la planta de los pies, con la finalidad de detectar posibles bienes prohibidos que se encuentren adheridos al cuerpo.
 - ❖ Examinar la cavidad bucal y oídos, si el revisador lo considera necesario.
 - ❖ En caso que el visitante se encuentre enyesado, vendado o use alguna férula, prótesis ortopédica, muletas, andador u otro análogo, se deberá verificar que esta no contenga bienes prohibidos o ilícitos en su interior.

- ❖ Cuando se revisen prendas de vestir, se examinará el cuello, solapas, costuras, forros, botones, adornos, pretina, bolsillos, basta, etc.
 - ❖ Cuando se examinen calzados, se revisará el interior, forro, plantilla, suela y taco, a efectos de detectar bienes prohibidos o ilícitos.
 - ❖ En caso de encontrarse bienes ilícitos se paralizará el procedimiento de revisión y se procederá de acuerdo con lo establecido en el artículo 137° del presente Reglamento.
 - ❖ En caso de encontrarse bienes prohibidos que configuren falta administrativa, se procederá conforme a lo establecido en el artículo 133° del presente Reglamento.
 - ❖ En caso de existir indicios razonables que el visitante lleve ocultos artículos prohibidos en las zonas íntimas, se paralizará el procedimiento de revisión y se procederá conforme a lo establecido en el artículo 60° del presente Reglamento.
 - ❖ En caso de no detectarse ningún bien prohibido o ilícito el visitante procederá a recoger sus pertenencias y continuará su ingreso al interior del penal.
- ✓ En los establecimientos penitenciarios que se encuentren adecuadamente implementados y organizados con equipos tecnológicos, la revisión corporal y la revisión de pertenencias personales y bienes que lleven consigo los visitantes se realizarán de manera secuencial a través de los citados equipos.

- ✓ Excepcionalmente, los establecimientos penitenciarios que cuenten con equipos tecnológicos y que, por circunstancias internas o externas, no estuvieran operativos procederán conforme a lo establecido en el numeral 3 y 4 del presente articulado; asimismo, deberá registrar dicha ocurrencia en el parte diario de servicio, bajo responsabilidad. (Reglamento Especial de Seguridad Penitenciaria, 2016, pp. 28-29)

4.8.1.5. Procedimiento para la revisión de pertenencias y bienes

La revisión de pertenencias y bienes que lleve consigo el visitante se efectuará mediante los equipos tecnológicos que permitan detectar bienes prohibidos o ilícitos, el procedimiento de revisión será el siguiente.

- ✓ El visitante depositará sobre la faja transportadora del equipo de rayos x o escáner de inspección las pertenencias y accesorios de uso personal que porte, tales como sacos, zapatillas, correas, alhajas, billetera, monederos, artículos metálicos y no metálicos, conjuntamente con los bienes o paquetes que pretenda ingresar.
- ✓ El operador del equipo de rayos x efectuará una inspección detallada en el monitor, con el fin de detectar la posible existencia de algún artículo o sustancia prohibida. Si es necesario volverá a examinar cambiando de posición y ángulo de la pertenencia. En caso que no se detecte bienes prohibidos o ilícitos, las pertenencias pasarán a la zona de espera para ser recogido por el propietario luego de su revisión corporal.

- ✓ Una vez realizado los pasos antes mencionados y, en caso sea necesario, se procederá a un registro manual del contenido del paquete o bien objeto de revisión.
- ✓ En caso de encontrarse bienes prohibidos o ilícitos delictivos, se realizará los procedimientos establecidos en los artículos 133º y 137º respectivamente.

En los establecimientos penitenciarios que no cuenten con equipos tecnológicos realizarán la revisión de pertenencias y bienes de manera manual utilizando los instrumentos de revisión, proporcionados por la administración penitenciaria. (Reglamento Especial de Seguridad Penitenciaria, 2016, p. 29)

4.8.1.6. Revisión íntima y procedimientos

La revisión íntima se hará únicamente cuando existan indicios razonables de que una persona intente introducir en sus partes íntimas bienes prohibidos o ilícitos al interior de un establecimiento penitenciario; será sometida a una revisión íntima que comprende la exploración de la zona de los senos, anal, los órganos genitales y vaginal; previamente el personal penitenciario de seguridad requerirá a los visitantes que entregue estos bienes voluntariamente. Antes de proceder a la revisión íntima del visitante, informará al Director(a) del establecimiento penitenciario o al que haga sus veces para que dé cuenta al representante del Ministerio Público. La revisión íntima será realizada por personal médico del establecimiento penitenciario, sino lo

hubiera, el personal penitenciario de seguridad encargado de la revisión actuará bajo su responsabilidad.

Esta revisión se hará con presencia del personal penitenciario de seguridad del mismo sexo del visitante, quién elaborará el acta de incautación.

Toda revisión íntima se efectuará en condiciones de privacidad, seguridad, higiene, con el mayor decoro y evitando someter a la persona a tocamientos obscenos o exposiciones humillantes de su cuerpo.

Está prohibido, bajo responsabilidad, filmar o tomar fotografías durante las intervenciones íntimas.

En caso de encontrarse bienes prohibidos o ilícitos se actuará conforme a lo establecido en los artículos 133º y 137º del presente Reglamento. (Reglamento Especial de Seguridad Penitenciaria, 2016, pp. 29-30)

4.8.1.7. Ingreso de celulares

Se autoriza el uso del servicio público móvil, únicamente por necesidad del servicio y sin perjuicio del correspondiente registro, a las siguientes personas:

- ✓ Jueces (as) y Fiscales.
- ✓ Director(a), Subdirector(a), Jefe(a) de seguridad, Alcaldes, jefe(a) del Órgano Técnico de Tratamiento y Jefe(a) de la Unidad de Registro Penitenciario de los establecimientos penitenciarios.

- ✓ Integrantes del Consejo Nacional Penitenciario y otros(as) funcionarios(as) y servidores(as) que ingresan a los establecimientos penitenciarios en cumplimiento de sus funciones, debidamente autorizados por el(la) Director(a). (Reglamento Especial de Seguridad Penitenciaria, 2016, p. 30)

4.8.1.8. Sanciones a visitantes

Los visitantes de los establecimientos penitenciarios por la comisión de faltas se encuentran impedidos de ingresar a cualquier establecimiento penitenciario por el tiempo especificado, según detalle:

- ✓ Hasta doce (12) meses por actos de indisciplina.
- ✓ De más de doce (12) meses hasta dieciocho (18) meses por ingresar o intentar ingresar artículos prohibidos.
- ✓ De más de dieciocho (18) meses hasta veinticuatro (24) meses por ingresar o intentar ingresar artículos ilícitos o la comisión de actos delictivos

En el caso que el(la) visitante reincida en alguna de las conductas afectas a suspensión establecidas en los numerales 1 y 2, se duplicará el término de la sanción impuesta, hasta el máximo de veinticuatro (24) meses. Si el visitante reincide en ingresar artículos ilícitos o la comisión de actos delictivos, será suspendido de manera definitiva de ingresar a cualquier establecimiento penitenciario. (Reglamento Especial de Seguridad Penitenciaria, 2016, p. 55)

Por otro lado, respecto al delito de Posesión Indebida dentro de los Establecimientos Penitenciarios (artículo 368-D), cabe mencionar lo siguiente:

4.8.1.9. Procedimiento de intervención ante la detectación de bienes y objetos ilícitos.

Cuando el personal penitenciario de seguridad que se encuentra de servicio en un establecimiento penitenciario u otra dependencia del INPE interviene a una persona privada de libertad o visitante en posesión de algún bien ilícito, observará el siguiente procedimiento

- ✓ Inmovilizar el bien u objeto ilícito y aislar el lugar de los hechos hasta la llegada de las autoridades, en tanto sea factible y seguro.
- ✓ Identificar al intervenido, tomando las medidas necesarias para que permanezca en el lugar de los hechos, con el fin de individualizar su responsabilidad.
- ✓ Solicitar la presencia del supervisor(a) de área u otro personal penitenciario de seguridad, quien actuará como testigo. Se dejará constancia de ello en el Cuaderno de Relevos y Ocurrencias.
- ✓ El(la) supervisor(a) de área, por el medio más rápido, comunicará el hecho al alcaide, quien, a su vez, comunicará inmediatamente lo sucedido al Director(a) del establecimiento penitenciario, Ministerio Público y Policía Nacional.
- ✓ El(la) Alcaide registrará en el Cuaderno de Relevos y Ocurrencias las coordinaciones realizadas vía telefonía celular o fija con el Ministerio Público.

- ✓ El personal interviniente podrá utilizar equipos cámaras de video y fotografía, proporcionados por la autoridad, con el fin de obtener los medios probatorios, sin invadir la intimidad de la persona.
- ✓ Cuando debido a las circunstancias del caso, no sea posible asegurar o garantizar la seguridad y preservación del bien ilícito en el lugar de los hechos hasta el arribo del Ministerio Público o Policía Nacional, se realizará la debida incautación del bien, formulando la respectiva acta de incautación.
- ✓ El(la) Alcaide conducirá al intervenido a su despacho u otra área que brinde las medidas de seguridad, para las diligencias de su competencia, luego será puesto a disposición del Ministerio Público o Policía Nacional, vía acta de entrega de persona intervenida con los objetos o bienes ilícitos. En caso de tratarse de una persona privada de libertad, se dará cuenta en forma escrita al Ministerio Público, acompañando los objetos incautados.
- ✓ Si el(la) Alcaide, luego de realizadas las diligencias de su competencia, no cuenta con la presencia de las autoridades del Ministerio Público o Policía Nacional (en un plazo razonable), el intervenido será puesto a disposición de la Comisaría de la jurisdicción, conjuntamente con los objetos que constituyen delito, en aplicación a la Ley N°29372 - Ley referido al Arresto Ciudadano, tomando las medidas de seguridad.
- ✓ El(la) Alcaide formulará el informe dirigido al Jefe(a) de Seguridad Penitenciaria, para los fines de su competencia. Asimismo,

comunicará inmediatamente el hecho ocurrido a la central de operaciones penitenciarias de la Subdirección de Seguridad Penitenciaria de su circunscripción territorial, remitiendo además la correspondiente nota informativa.

- ✓ El(la) Director(a) del establecimiento penitenciario o quien haga sus veces, comunicará telefónicamente a la Oficina Regional y a la Dirección de Seguridad Penitenciaria sobre la intervención realizada, remitiendo la nota informativa respectiva, dentro de las 24 horas de ocurrida la intervención. (Reglamento Especial de Seguridad Penitenciaria, 2016, pp. 51-52)

4.8.1.10. Sanciones

Las faltas cometidas por una persona privada de libertad, dependiendo de su gravedad, pueden ser sancionadas con:

- ✓ Amonestación
- ✓ Prohibición de participar en actos recreativos, organizados o supervisados por la administración penitenciaria
- ✓ Limitación de comunicaciones con el exterior
- ✓ Aislamiento
- ✓ Privación de permisos de salida (Reglamento Especial de Seguridad Penitenciaria, 2016, p. 55)

4.8.1.11. Ejecución de la sanción de aislamiento

El personal penitenciario de seguridad tendrá en cuenta las siguientes pautas:

- ✓ Que se haya practicado un reconocimiento médico efectuado por el servicio de salud del establecimiento penitenciario y que producto de este se haya emitido un informe médico.
- ✓ Registrar en el cuaderno de relevo y ocurrencias los datos de la persona privada de libertad, de acuerdo a la orden del Consejo Técnico Penitenciario, número de acta del Consejo Técnico Penitenciario, tipo de falta cometida, número de días de sanción, fecha de ingreso y término de sanción.
- ✓ Verificar el ambiente de la persona privada de libertad y dar cumplimiento al régimen disciplinario.
- ✓ Facilitar el acceso diario al personal de salud del establecimiento penitenciario para la visita médica.
- ✓ Las personas privadas de libertad sancionadas con aislamiento recibirán el mismo alimento y ración que la población general. Las comidas que se sirven proveerán de la cantidad de calorías necesarias establecidas para un ser humano.
- ✓ Verificar la limpieza del ambiente e higiene de la persona privada de libertad.
- ✓ Durante la ejecución de la sanción, la persona privada de libertad solo podrá contar con artículos para su aseo e higiene personal, abrigo y materiales de lectura autorizados.
- ✓ Siempre que se cuente con las medidas de seguridad adecuadas, las personas privadas de libertad podrán realizar las actividades de trabajo.

- ✓ No estarán limitados asistir a sus diligencias judiciales (Reglamento Especial de Seguridad Penitenciaria, 2016)

4.8.1.12. Revisión y Registro de los internos

Su objetivo es contribuir a mantener el principio de autoridad, orden y disciplina en los establecimientos penitenciarios, erradicando los bienes prohibidos o ilícitos de los ambientes y celdas ocupados por las personas privadas de libertad que atenten contra la seguridad penitenciaria y ciudadana. (Reglamento Especial de Seguridad Penitenciaria, 2016, p. 74)

A. Operativos de Rutina u Ordinarios

Cuando el personal penitenciario de seguridad detecte o halle algún bien prohibido, procederá de la siguiente manera:

- ✓ El personal penitenciario de seguridad interventor elaborará el acta de incautación o hallazgo del bien prohibido, según corresponda, y será suscrita por los interventores y, de ser el caso, por la persona privada de libertad en calidad de representante. En caso que alguien se negará a firmar el acta, se dejará constancia de este hecho, detallando la razón.
- ✓ El(la) Alcaide elaborará un informe adjuntando el acta de incautación o hallazgo que será remitido al Jefe(a) de Seguridad Penitenciaria quien iniciará las investigaciones a que diera lugar el hallazgo o incautación del bien prohibido.

- ✓ El(la) Director(a) del establecimiento penitenciario se encargará de informar el hecho a la Dirección Regional, inmediatamente. Los bienes incautados o hallados que tenga relevancia o valor económico deberán remitirse a la Oficina Regional correspondiente, para su posterior remisión a la Dirección de Seguridad Penitenciaria.
- ✓ Aquellos bienes prohibidos que no tienen valor económico (bebidas fermentadas, masa orgánica, bienes eléctricos o electrónicos en desuso, entre otros) serán desechados o destruidos en el mismo establecimiento penitenciario, levantándose el acta correspondiente.
- ✓ Los familiares o un tercero designado por la persona privada de libertad podrán solicitar la devolución del bien incautado en el plazo de treinta días desde su ingreso a la Oficina Regional, debiendo acreditar la propiedad del bien mediante boletas y/o facturas correspondientes.
- ✓ Vencido el plazo, se procederá a la confiscación y posterior destrucción o donación a la beneficencia u otra institución estatal
- ✓ Incautación: Cuando el presunto bien ilícito se encuentre en posesión de la persona privada de libertad o entre sus pertenencias, el personal penitenciario de seguridad interventor procederá de la siguiente manera:
 - ❖ El personal penitenciario de seguridad inmovilizará los bienes ilícitos y a la persona privada de libertad, identificándolo debidamente y tomando las medidas de seguridad apropiadas para que permanezca en el lugar, debiendo

comunicar al alcaide y al director(a) por el medio más rápido, dejando constancia de lo acontecido en el cuaderno de ocurrencias del servicio.

- ❖ En caso que la persona privada de libertad demuestre resistencia o las condiciones de seguridad no sean favorables, el personal penitenciario de seguridad interventor conducirá a la persona privada de libertad intervenida a un lugar seguro y aislado del resto de la población penitenciaria o visitas, donde se levantará el acta correspondiente.
- ❖ El(la) Director(a) del establecimiento penitenciario, o quien haga sus veces, al tomar conocimiento de la intervención, comunicará sobre el hecho al Fiscal de turno por el medio más rápido y solicitará la presencia del Ministerio Público o de la Policía Nacional del Perú, para las acciones legales pertinentes.
- ❖ El personal penitenciario de seguridad interventor aislará y resguardará el lugar donde se produjo la intervención para garantizar la individualización, seguridad y preservación de las pruebas materiales y evidencias recolectadas del hecho, así como garantizar las diligencias necesarias.
- ❖ El personal penitenciario de seguridad interventor elaborará el acta de registro e incautación correspondiente, en coordinación con el Ministerio Público y la Policía Nacional del Perú.

- ❖ El personal penitenciario de seguridad interventor podrá utilizar equipos tecnológicos de video o fotografía que sean proporcionados por la dirección del establecimiento penitenciario para el registro visual del operativo
- ❖ El personal penitenciario de seguridad interventor inmediatamente dará cuenta a su inmediato superior mediante un informe, detallando lo siguiente: i. Fecha, hora y lugar de la intervención, ii. Identificación de la persona privada de libertad intervenida, iii. Forma y circunstancias en que se realizó la intervención, iv. Características del bien ilícito incautado o hallado, v. Adjuntando copia del acta levantada por el Ministerio Público o la Policía Nacional del Perú.
- ❖ El(la) Director(a) del establecimiento penitenciario o quien haga sus veces, comunicará vía telefónica o correo institucional a la Oficina Regional y a la Dirección de Seguridad Penitenciaria sobre el operativo de intervención realizado, remitiendo la nota de información respectiva dentro de las 24 horas de ocurridos los hechos.
- ❖ En caso de no concurrir oportunamente el representante del Ministerio Público o la Policía Nacional del Perú, por razones de caso fortuito o fuerza mayor, los actuados serán remitidos a la autoridad competente, debiendo notificar al intervenido de su actuación. (Reglamento Especial de Seguridad Penitenciaria, 2016, pp. 78-81)

- ✓ Hallazgo: Cuando el presunto bien ilícito se encuentre en áreas comunes o no se pueda determinar fehacientemente la propiedad del bien hallado, el personal penitenciario de seguridad interventor procederá de la siguiente manera:
 - ❖ El personal penitenciario de seguridad interventor comunicará al alcaide, o quien haga sus veces, quien dará cuenta al Director(a) del establecimiento penitenciario para que solicite la presencia del representante del Ministerio Público.
 - ❖ El(la) Jefe(a) de Seguridad penitenciaria comunicará al director(a) del establecimiento penitenciario disponiendo que se restrinja el tránsito en la zona donde se encuentre el presunto bien ilícito; asimismo, dispondrá lo conveniente para evitar que el bien ilícito sea manipulado hasta la llegada del representante del Ministerio Público o la Policía Nacional.
 - ❖ El personal penitenciario de seguridad interventor formulará el informe y el acta de hallazgo, debiendo detallar de manera precisa todas las características del bien ilícito y la circunstancia en la que se produjo el hallazgo, remitiendo todo lo actuado al alcaide de servicio.
 - ❖ El acta de hallazgo, los bienes delictivos y presuntas sustancias ilícitas serán puestos a disposición del Ministerio Público o Policía Nacional.

- ❖ El (la) Alcaide debe elaborar su informe elevando los actuados al Director(a) del establecimiento penitenciario; quien informará a la oficina regional correspondiente sobre los hechos acontecidos.
- ❖ El(la) Director(a) del establecimiento penitenciario derivará toda la información al Jefe(a) de Seguridad Penitenciaria para que efectúe las investigaciones a fin de esclarecer las circunstancias materia de indagación.
- ❖ En los casos en que no se haga presente el representante del Ministerio Público ni de la Policía Nacional del Perú, se procederá a levantar el acta correspondiente con la presencia de testigos, posteriormente, se formulará el informe correspondiente donde se detallará la forma y las circunstancias del hallazgo.
- ❖ En caso que los bienes ilícitos que se encuentren en los ambientes de reclusión, de trabajo o de educación, las personas privadas de libertad que albergan o utilizan dichos ambientes pasan a la condición de presuntos responsables, para tal efecto se realizarán las investigaciones necesarias para individualizar a los responsables

B. Operativos Súbita o Extraordinarios

Se realizará en forma inopinada, parcial o total, cuando la necesidad o circunstancias así lo requieran. Se contará necesariamente con la

participación del Ministerio Público, quien garantizará la actuación eficaz durante el desarrollo del operativo. De ser el caso, participará el personal penitenciario de seguridad integrante del Grupo de Operaciones Especial del INPE (GOES) y Policía Nacional del Perú. (Reglamento Especial de Seguridad Penitenciaria, 2016)

El plan de operaciones deberá considerar el retiro de artefactos eléctricos o de otra naturaleza que no tenga autorización, así como, los bienes prohibidos o ilícitos que puedan ser utilizados para agredir a otra persona, y otros que no tengan autorización de ingreso. (Reglamento Especial de Seguridad Penitenciaria, 2016, p. 81)

Como resultado del operativo se haya realizado hallazgo o incautación de bienes ilícitos, ejecutados ya sea por el personal de la sede central, Oficina Regional o del mismo establecimiento penitenciario, el(la) Director(a) del establecimiento penitenciario o el que haga sus veces deberá realizar todos los procedimientos para que el(la) infractor(a) sea denunciado ante el Ministerio Público. (Reglamento Especial de Seguridad Penitenciaria, 2016, p. 82)

4.8.1. Resolución Presidencial del Instituto Nacional Penitenciario N°132-2013-INPE/P.

Esta Resolución se dió con la finalidad de aprobar la Directiva N°004-2013-INPE-DSP, respecto de la intervención del servidor penitenciario de seguridad en aplicación a la Ley N°29867 en el Instituto Nacional Penitenciario, cuya finalidad es:

Establecer los procedimientos técnicos y operativos de intervención y preservación de evidencias, por el personal penitenciario de seguridad

que prestan servicios en los establecimientos penitenciarios, en aplicación de la Ley N°29867, además de reducir la comisión de actos delictivos contemplados en la Ley N°29867, que incorpora diversos artículos al código penal relativos a la seguridad en los centros de detención o reclusión, que permitan garantizar la seguridad integral en los establecimientos penitenciarios (Directiva N°004-2013-INPE-DSP, 2013, párr. 2-3).

4.2.8.1. Procedimiento de intervención:

El servidor penitenciario que, encontrándose de servicio en cualquier Establecimiento Penitenciario a nivel Nacional y se percate del ingreso o posesión de artículos y/o sustancias prohibidas o componentes establecidas como delito, tendrán en cuenta el siguiente procedimiento:

A. En caso de ingreso indebido (Artículos N°368-A, 368-B y 368-E)

El personal interviniente inmovilizará el objeto y/o artículo ilícito e identificará a la persona que lo portaba, tomando las medidas de seguridad apropiada para que permanezca en el lugar, debiendo comunicar al Alcaide y al director por el medio más rápido, dejando constancia de ello, en el Cuaderno de Ocurrencias del servicio.

El Director del Establecimiento Penitenciario o quien haga sus veces, al tomar conocimiento de la intervención, comunicará el acto al Fiscal de Turno por el medio más rápido y solicitará la presencia del Ministerio Público y/o de la Policía Nacional del Perú, para las acciones legales

pertinentes. Para este efecto, el director deberá tener una nómina actualizada de las Fiscalías Provinciales Penales de Turno.

El personal interviniente resguardará y aislará el lugar donde se produjo la intervención para garantizar la individualización, seguridad y preservación de los elementos materiales y evidencias recolectadas del hecho punible, así como garantizar las diligencias necesarias.

El personal interviniente redactará el Acta de Registro y Decomiso respectivo en coordinación con el Ministerio Público y/o la Policía Nacional del Perú.

Asimismo, se registrará en el Acta de Intervención en aplicación a la Ley N°29867, debiendo consignar, a los funcionarios intervinientes, al intervenido y al testigo o testigos que hayan presenciado la intervención.

El personal interviniente utilizará equipos tecnológicos como video y/o fotografía, que deberán ser proporcionados por el Director del Establecimiento Penitenciario, independientemente del sistema CCTV (circuito cerrado de televisión); para la obtención de los medios probatorios.

El personal interviniente, inmediatamente dará cuenta a sus superiores inmediatos mediante un informe, detallando lo siguiente: forma y circunstancias en que se realizó la intervención, características del objeto o artículo prohibido, identificación de la persona intervenida, consignado sus generales de ley, fecha y hora de la intervención y

deberá adjuntarse copia del Acta levantada por el Ministerio Público o por la Policía Nacional del Perú.

El Director del Establecimiento Penitenciario, o quien haga sus veces, comunicará vía telefónica a la Oficina Regional y a la Dirección de Seguridad Penitenciaria, sobre la intervención realizada, remitiendo la nota de información respectiva dentro de las 24 horas de ocurrida la intervención.

En caso de no concurrir oportunamente, el representante del Ministerio Público ni la Policía Nacional del Perú, ya sea por razones de caso fortuito o fuerza mayor (distancia, condiciones climatológicas adversas, etc.), los actuados serán remitidos a la autoridad competente, debiendo notificar al infractor de su situación. (Directiva N°004-2013-INPE-DSP, 2013 párr.17-25)

B. En caso de posesión indebida - internos (Artículo N°368-D)

En caso de que el personal de seguridad observe que un interno tenga en su poder artículos prohibidos o sus componentes, procederá de la misma manera que en el caso anterior, con el único agregado que en “El caso que los artículos prohibidos según la Ley N°29867, sean encontrados en los dormitorios o ambientes de reclusión, se asume que los internos albergados en dichos ambientes, tienen la condición de presuntos responsables, para tal efecto se realizarán las investigaciones necesarias para determinar al interno(s) responsable”. (Directiva N°004-2013-INPE-DSP, 2013, párr.54)

4.2.8.2. Respecto de los servidores penitenciarios y demás funcionarios públicos.

El personal penitenciario o funcionario público que ingresa a cualquier establecimiento penitenciario será sometido a una revisión conforme al Reglamento y demás normas pertinentes y si se les encuentran ingresando, intentando ingresar o permitiendo el ingreso de artículos, objetos, materiales y/o componentes prohibidos, al interior de un establecimiento penitenciario, se les seguirá el procedimiento descrito anteriormente. (Directiva N°004-2013-INPE-DSP, 2013, párr.79-80)

4.2.8.3. Responsabilidades

A. Director del establecimiento penitenciario

Comunicar el presunto acto delictivo al Fiscal de turno por el medio más rápido y solicitar la presencia del Ministerio Público o de la Policía Nacional del Perú y comunicar a la Oficina Regional y a la Dirección de Seguridad Penitenciaria, sobre la intervención realizada. (Directiva N°004-2013-INPE-DSP, 2013, párr.86-87)

B. Subdirector de Seguridad

“Comunicar al Director del Establecimiento Penitenciario, sobre la intervención realizada por el medio más rápido y disponer las acciones necesarias inmediatas” (Directiva N°004-2013-INPE-DSP, 2013, párr.89-90).

C. Alcaide (Jefe de Grupo)

“Comunicar al Subdirector de Seguridad Penitenciaria, sobre la intervención realizada por el medio más rápido y evaluar las acciones realizadas” (Directiva N°004-2013-INPE-DSP, 2013, párr.92-93).

D. Responsable de Área (interviniente)

“Realizar las acciones establecidas para cada procedimiento según los actos establecidos en las disposiciones específicas”. (Directiva N°004-2013-INPE-DSP, 2013, párr.95)

4.2.8.4. Responsabilidades:

A. Sistemas de comunicación, fotografía y/o filmación

Cámaras de video, grabadoras de cinta, los receptores de T.V. que no hayan sido autorizados por el Consejo Técnico Penitenciario, los aparatos de radio, los casetes, radiocasetes y/o reproductores de compact disc (CD) que incorporen grabadora, los reproductores de compact disc que dispongan de puerto USB, reproductores de MP3, MP4 o cualquier otro aparato análogo que posea características de reproducción de audio y video en formato digital. Considerándose además los aparatos que puedan almacenar y transportar datos, imágenes, vídeos y archivos informáticos, asimismo, deberá considerarse aquellos aparatos que disponen de grabadora de voz, los decodificadores de señal de televisión y todo tipo de cámaras grabadoras de imágenes (ya sea en formato analógico - video - o

formato digital- DVD). (Directiva N°004-2013-INPE-DSP, 2013, párr.116-123).

B. Armas, municiones, explosivos y objetos peligrosos

Las armas de fuego en general, las armas blancas, ya sean reales o de imitación, municiones de todo calibre, explosivos en general (granadas, pólvora, anfo, TNT, fulminantes, mecha lenta y detonadores eléctricos, las barras, las cadenas de hierro o de otro material, las patas de cama, mesas, de sillas, así como otros objetos de este tipo, y piedras que pudiera presumirse que su empleo será como objeto contundente, las cuerdas, cordeles o similares, elásticos o rígidos introducidos en el centro, así como los fabricados con recortes de prendas de ropa u otro tipo de material autorizado, las llaves, llaveros de cualquier tipo, las cerraduras, los candados y los útiles de cerrajería, encendedores metálicos y encendedores de la marca BIC Y CLIPPER o de características similares y gas propano. (Directiva N°004-2013-INPE-DSP, 2013, párr.118-132).

C. Aparatos eléctricos y electrodomésticos.

Las máquinas fotográficas digitales, los teléfonos móviles, los prismáticos y las linternas, los cargadores de pilas, transformadores de corriente o baterías de alimentación, los materiales o componentes que puedan utilizarse en la elaboración de antenas, receptores u otros equipos que posibiliten o faciliten la comunicación telefónica celular o fija, radial, vía internet u otra análoga del interno. (Directiva N°004-2013-INPE-DSP, 2013, párr.134-136).

4.8. Hacia una mínima intervención del derecho penal ¿Por qué encontrar la solución en ella a conductas manejables administrativamente?

Debemos tener en cuenta que la penalización de un hecho debe ser de última ratio, es decir, el último recurso a emplear por no existir otros medios más eficaces.

La utilización de dichos mecanismos sólo ha de ser posible cuando la sociedad no pueda controlar graves conflictos, siendo uno de esos medios la pena. Pero en esta necesidad no basta simplemente que sea autorizada, sino que ésta debe ser proporcional y deberá enmarcarse dentro de una esfera legal garantista.

La función pública que el Estado asume para, en nombre de la sociedad, pueda sancionar no es ilimitado, sino que está restringido por el denominado principio de “mínima intervención”, por eso es necesario que previo a la pena se agote medios desprovistos de sentido penalizantes, tales como; la sanción administrativa, sanciones pecuniarias, reparación de daños y perjuicios, inhabilitaciones de licencias, entre otros.

Así la intervención punitiva ni siquiera debe justificarse social y políticamente, cuando es la sociedad que reclama su intervención ante los ataques más intolerables que puede o no significar una lesividad social intensa. El legislador debe respetar así los límites al momento de formular las leyes penales, el derecho penal aparecerá así, entre los elementos de que dispone el Estado para garantizar la continuidad y desarrollo del sistema social solo cuando sea necesario y grave, como última ratio.

Luigi Ferrajoli fue quién incorporó el principio de estricta legalidad y necesidad mínima de intervención en su teoría del garantismo penal, reduce este principio al aforismo latino “*nulla lex poenalis sine necessitate*” (no hay ley penal sin necesidad) (Ferrajoli, 1998, p.93). Este principio es una exigencia que debe encontrarse vigente

en el sistema penal como un límite al poder punitivo, toda vez que ciertas conductas y consecuente sanciones en las últimas décadas han sido tipificadas de manera irracional por parte de la injerencia del poder legislativo.

Como bien señala Mir (2003):

El principio de legalidad no es solo, entonces, una exigencia de seguridad jurídica, que requiera solo la posibilidad de conocimiento previo de los delitos y las penas, sino además la garantía política de que el ciudadano no podrá verse sometido por parte del Estado ni de los jueces a penas que no admita el pueblo. (pág. 115)

Esta afirmación nos lleva a reflexionar que el poder legislativo debe obedecer estrictamente a las exigencias dadas por esta garantía penal previa al proceso selectivo de criminalización con la finalidad de evitar leyes irracionales, por lo que la vulneración a este principio implicaría un abuso desmedido del ejercicio del poder punitivo dejando de lado a un estado social y democrático de derecho.

Como es de verse, el estado sólo puede emplear la pena privativa de libertad en los casos de ingreso y posesión de celulares dentro de los establecimientos penitenciarios, cuando se justifica la necesidad de mantener la seguridad, el orden democrático y social establecido, puesto que el derecho penal sólo se legitima cuando protege a la sociedad en forma idónea, pero si su intervención resulta inútil entonces perderá justificación.

Al respecto Binder (como se citó en Villavicencio, 2006) refiere que: “Solo la extrema necesidad, podría bajo las circunstancias señaladas, volver legítimo un castigo violento en concreto y nunca el castigo en general. Siempre que podamos, demostrar su necesidad” (p. 92). Si el estado utiliza como principal medio idóneo al derecho penal

para punibilizar dichas conductas, cuando otras medidas de política social pueden proteger igualmente o incluso con más eficacia un determinado bien jurídico como en los delitos 368-A y 368-D materia de la presente investigación, que bien se podría sancionar solo administrativamente.

Por otro lado, uno de los principios que va de la mano con los ya mencionados es el principio subsidiariedad o de ultima ratio, el cual refiere que “sólo se debe recurrir al derecho penal cuando han fallado todos los demás controles sociales el derecho penal, debe ser el último recurso que debe utilizar el estado, debido a la gravedad que revisen sus acciones. Los ataques leves u ofensas menores deben ser atendidas por otras ramas del derecho o por otras formas de control social” (Villavicencio T. F., 2006, pág. 93). En el mismo sentido Roxin (2008) refiere que: “El derecho penal es subsidiario respecto de las demás posibilidades de regulación de los conflictos, es decir, sólo se deben recurrir a él cuando todos los demás instrumentos extrapenales fracasan” (p. 408).

De lo dicho anteriormente podemos colegir que legislador viene utilizando la fuerza penal como prima ratio o única ratio para la solución de los conflictos sociales, situación que se observó cuando se tipificó la conducta antijurídica de ingreso y posesión indebida de teléfonos celulares o cualquier medio de comunicación a los establecimientos penitenciarios, lo cual no encontró y no encuentra ahora justificación alguna para ser tratado dentro del derecho penal. El principio de ultima ratio también es aplicable a las sanciones a imponerse; por lo que se debe preferir, en los casos de la conducta antijurídica (artículos 368-A y 368-D) sanciones administrativas antes que la sanción penal.

En esta misma línea de argumentación, el principio de fragmentariedad juega un papel muy importante para la preservación de un derecho penal mínimo de intervención; ya que es conocido como uno de los principios más importantes en la legislación penal propia de un estado de derecho. No se usa o emplea para prohibir todas las conductas lesivas de bienes jurídicos sino las que revisten mayor gravedad o peligrosidad.

Asimismo, otro principio fundamental, por no decir el más importante, es el principio de lesividad, establecido en el artículo 4 del Título Preliminar del Código Penal, que se enmarca dentro de la función del derecho penal en el sentido de que la pena, necesariamente precisa la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley; es importante porque nos conducirá al análisis del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos; puesto que “el objeto de protección del derecho penal debe ser lesionado puesto en peligro para que, conforme al principio de lesividad, el derecho penal intervenga” (Villa, 1998, p. 104). Pues no hay delito sin afectación de un bien jurídico ajeno (Zaffaroni, 2009, p. 44). Responde también a los intereses o fines del derecho penal que no es más que su legitimación.

CAPITULO V: CONCLUSIONES

1. El sistema penal es ineficaz para prevenir, controlar y reducir el índice de criminalidad en los delitos de peligro abstracto de ingreso y posesión de teléfonos celulares dentro de los establecimientos penitenciarios (368-A y 368-D del código penal vigente), ya que la ratio legis de la creación de estos delitos se dieron por razones políticas, por la influencia de los medios de comunicación y por el clamor de la población que pedía seguridad a consecuencia de la creciente ola de criminalidad; por lo que el legislador no encontró mejor salida que tipificar este tipo de delitos, para dar solución a estos problemas; sin embargo ha quedado demostrado conforme el Sistema de Causas de la Procuraduría del INPE¹³, y del Observatorio de Criminalidad del Ministerio Público¹⁴ que no se han reducido dichos delitos sino por el contrario se han incrementado poniendo en evidencia una vez más que el sistema penal no previene, no controla ni reduce la incidencia de los delitos materia de investigación.
2. Es inadecuada la regulación penal para poder imputar eficazmente estos nuevos tipos penales de peligro abstracto como el ingreso y posesión de teléfonos celulares dentro de los establecimiento penitenciarios, ya que por su naturaleza ni siquiera llegan a lesionar el bien jurídico protegido, sino que solo

¹³ Sistema de Causas del INPE - Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

http://ot.minjus.gob.pe:8080/sisca_web/login.jsp. Casos del 2015-2018 (aumento de mil casos por año).

¹⁴ Infografía N°8. Criminalidad Común, Violencia e Inseguridad Ciudadana: 2013-2018. En el periodo enero 2013- abril 2018 se registraron 30 336 denuncias por extorsión a nivel nacional.

basta la posibilidad remota de poner en peligro el mismo; siendo así existe inexactitud en la técnica legislativa usada presentando deficiencias según su estructura, pues tipifica dichas conductas dentro de los delitos contra la administración pública cuando debería enmarcarse dentro de los delitos contra la seguridad, ya que según la razón de la creación de esos nuevos delitos el bien jurídico a proteger no era la correcta administración pública específicamente administración penitenciaria como lo es hoy en día, sino proteger a la sociedad donde el agraviado no debería ser el INPE, sino el Ministerio del Interior, siguiendo esta línea, el INPE debería ser el tercero civilmente responsable, el interno el sujeto activo y el agraviado la procuraduría del Ministerio del Interior.

Así mismo, respecto a la reparación civil y al titular de la persecución de la misma (Procuraduría del INPE) ha quedado demostrado que existe un incumplimiento del pago por parte de los sentenciados, ya que la mayoría son personas reclusas dentro de los establecimientos penitenciarios o los familiares de éstos no cuentan con las condiciones económicas necesarias para pagar la reparación civil; sin embargo el estado promovido por intereses particulares y económicos mueve todo el aparato judicial en vano para asegurar la misma, lo cual implica reprimir y elevar más las penas, fomentando mayor hacinamiento y más gasto al estado.

3. Es posible utilizar únicamente la sanción administrativa ya existente para los delitos de peligro abstracto 368 A y D en el ordenamiento jurídico penal peruano, así pues, para los delitos de ingreso indebido de teléfonos celulares o cualquier otro medio de comunicación, la sanción es la prohibición de ingresar

a cualquier establecimiento penitenciario por un periodo de 18 a 24 meses y para los delitos de posesión indebida, entendida como una falta grave, se sanciona con el aislamiento del interno hasta por treinta días, ese tipo de sanciones bastaría para esta clase de delitos, toda vez que el derecho penal solo debe activarse ante una situación imprescindible y de necesaria intervención y no para conductas que ya son manejadas administrativamente, más aún si no existe concretamente lesión al bien jurídico protegido como en estos tipos penales.

CAPITULO VI: RECOMENDACIONES

1. El legislador no debe utilizar al sistema penal como medio más idóneo para prevenir, reducir y controlar la criminalidad en un estado democrático y de derecho, por el contrario, debe plantear una política criminológica integral, pues es el mejor recurso para lograr dichos fines. Para ello se debe fomentar la criminología crítica pues desmitifica la comprensión de las causas criminológicas del delito y del funcionamiento de sistema penal.

Esta política criminológica integral debe partir de las Juntas Vecinales de Seguridad Ciudadana de la Provincia de Lima, luego de una reunión de retroalimentación al Plan Nacional de Seguridad Ciudadana 2013-2018¹⁵ para:

- ✓ Crear un programa integrado de recuperación de menores y adolescentes en riesgo.
- ✓ Debe difundirse por radio y televisión spots publicitarios de las juntas vecinales y su trabajo en la comunidad, con la finalidad de sensibilizar a los vecinos para que se adhieran a la labor en bien de la comunidad.
- ✓ Oferta de espacios públicos seguros y espacios recreacionales, que aún se muestra muy deficitaria, en especial en distritos de Lima Norte, Este y Sur.
- ✓ Participación efectiva de otras entidades públicas

¹⁵ [https://www.fiscalia.gob.pe/Docs/observatorio/files/ejes_\(1\)_rev.pdf](https://www.fiscalia.gob.pe/Docs/observatorio/files/ejes_(1)_rev.pdf)

- ✓ Coordinación entre los operadores del sistema de justicia penal, como la Policía Nacional del Perú y el Ministerio Público.
 - ✓ Garantizar la seguridad de las prisiones, los servicios de alimentación y salud, así como los de asistencia social, legal y religiosa a los internos, sino también las condiciones mínimas para su estudio y trabajo, componentes importantes del tratamiento.
 - ✓ Establecer políticas de reinserción post penitenciaria que tiene por objeto ayudar al infractor que ha cumplido su pena a reubicarse laboral, familiar y socialmente.
 - ✓ Los medios de comunicación deben difundir las buenas prácticas de gestión comunitaria en seguridad ciudadana; práctica saludable que debe ser liderada desde el CONASEC (Consejo Nacional de Seguridad).
2. Se debe evitar el uso y abuso de la creación de nuevos delitos de peligro abstracto; por tanto, el legislador y la población debe entender que el crimen es el reflejo de las estructuras sociales y solo mejorando éstas, se contendrá a la criminalidad y no cuando por razones políticas o precepciones de inseguridad se criminalicen actos preparatorios sin el respeto de los principios de ultima ratio, mínima intervención, lesividad y fragmentariedad del derecho penal.
3. Se deben despenalizar los delitos de peligro abstracto 368-A y 368-D del código penal (ingreso y posesión indebida de teléfonos dentro de los establecimientos penitenciarios) para utilizar solo la sanción administrativa; puesto que ha quedado demostrado en la investigación que la regulación administrativa e implementación de nuevas tecnologías es suficiente para reducir, controlar y

prevenir el índice de criminalidad en estos delitos. Siendo así se debe implementar mayores recursos científicos y tecnológicos para mejorar la seguridad, supervisión y control dentro de los establecimientos penitenciarios como, por ejemplo: los bloqueadores de celulares, las cámaras de video vigilancias, la compra de nuevos equipos de garretes electrónicos; así también se debe fomentar mayor capacitación a los agentes de seguridad penitenciaria, entre otros.

FUENTES DE INFORMACIÓN

Bibliográficas:

- Abanto, V. M. (2013). *Los Delitos contra la administración pública en el Código Penal Peruano* (Segunda ed.). Lima: Palestra.
- Abanto, V. M. (2014). *Dogmática penal, Delitos económicos y delitos contra la administración pública*. Lima: Grijley.
- Baratta, A. (2004). *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal. Introducción a la sociología jurídico-penal* (Primera ed.). Argentina: Società Editrice Il.
- Beccaria, C. (2013). *De los Delitos y las Penas* (Cuarta ed.). Lima: Temis S.A.
- Bernal, P. C. (2013). *La filosofía de la responsabilidad civil*. Bogotá: Universidad del Externado.
- Birnbaum, F. J. (2010). *Sobre la Necesidad de un lesión de derechos para el concepto de delito*. Chile: Juristas Perennes.
- Bustamante, A. J. (1997). *El perfil de la responsabilidad civil al finalizar el siglo XX, en responsabilidad por daños en el tercer milenio*. Buenos Aires.
- Castillo, A. J. (2001). *Las consecuencias jurídicos - económicas del delito*. Lima: IDEMSA.
- Christie, N. (1984). *Los Limites del Dolor*. México.
- Díez, R. J. (2002). El Derecho Penal Simbolico y los efectos de la pena. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 409-437.

- Espinoza, B. R. (2017). *La Defensa Judicial de los Intereses del Estado. Situación actual y propuesta de reforma constitucional*. Lima: Ideas Soluciones Editorial S.A.C.
- Espinoza, E. J. (2013). *Responsabilidad Civil*. Lima: Rodhas .
- Feijóo, S. B. (2002). *El dolo eventual*. Colombia.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. Madrid, España : Trotta.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derrecho y Razón*. Madrid: Trotta.
- Ferri, E. (1907). *Sociología Criminal*. Madrid.
- Gálvez, V. T. (2016). *La reparación civil en el proceso penal*. Lima: IDEMSA.
- García, P. D. (2000). *Derecho Penal - Parte General*. Lima: Juristas Editores.
- Guillermo, B. L. (2013). *La reparación civil en el proceso penal, aspectos sustantivos y procesales (en el nuevo código procesal penal)*. Lima: Pacifico.
- Hassemer, W. (1995). *Derecho Penal Simbólico y protección de bienes jurídicos* . Chile .
- Hassemer, W. (2003). *Crítica al derecho Penal de Hoy* (Segunda ed.). Buenos Aires.
- Hassemer, W., & Muñoz, Conde, F. (1989). *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*. Valencia: Tirand lo Blach.
- Huergo, L. A. (2007). *Las sanciones administrativas*. Madrid: Iustel.
- Hurtado, P. J. (1987). *Manual de Derecho Penal* (Segunda ed.). Lima: EDDILI.
- Hurtado, P. J. (2005). *Manual de Derecho Penal - Parte General* (Tercera ed.). Lima: Grijley.

- Jackobs, G., & Cancio Meliá, M. (2003). *Derecho Penal del Enemigo*. Madrid,, España: Civitas.
- Marqués de Beccaria, C. B. (2013). *De los Delitos y las Penas* (Cuarta ed.). Italia: Editorial Temis S.A.
- Marx, K. H., & Engels, F. (1971). *La Sagrada Familia o Crítica de la Crítica contra Bruno Bauer y consortes*. Buenos Aires .
- Mellosi, D. (1995). *Ideología y Derecho Penal ¿el garantismo y la criminología crítica como nuevas ideologías subalternas?* . Chile.
- Mir, P. S. (2003). *Introducción a las bases del derecho penal* (Segunda ed.). Buenos Aires: IBdef.
- Mir, P. S. (2008). *Teoría General del Delito* . Bogota: Temis S.A.
- Muñoz, C. F. (1979). *La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito*. Buenos Aires .
- Muñoz, C. F. (2010). *Teoría general del Delito*. Bogota: Temis S.A.
- Muñoz, C. F., & García, A. M. (2010). *Derecho Penal Parte General* (8a ed.). Valencia: TIRANT LO BLANCH.
- Nieto, A. (2012). *Derecho Administrativo Sancionador* (Quinta ed.). Madrid: Tecnos.
- Pastor, M. N. (2005). *Los delitos de posesión y los delitos de estatus: una aproximación político - criminal y dogmática*. Buenos Aires: Atelier.
- Peña, C. F. (2004). *Derecho Penal - Parte General* . Lima: IDEMSA.
- Peña, C. F. (2013). *Derecho Penal Parte General* (Cuarta ed., Vol. I). Lima: IDEMSA.
- Peña, C. F. (2016). *Derecho Penal Parte Especial* (Tercera ed., Vol. V). Lima: IDEMSA.
- Pérez, P. A. (1991). *Curso de Criminología* (Tercera ed.). Bogotá: Temis.

- Queralt, J. J. (1996). *Derecho Penal Español Parte Especial*. Tirant Lo Blanch.
- Reátegui, S. J. (2015). *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal*.
Lima: Jurista Editores E.I.R.L.
- Rojas, V. F. (2002). *Delitos contra la administración Pública* (Tercera ed.). Lima:
Grijley.
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal Parte General, Fundamentos de la Teoría del Delito*
(Segunda ed.). Madrid: Civitas.
- Roxin, C. (2008). *Fundamentos político-criminales del Derecho penal*. Buenos Aires:
Hammurabi.
- Salinas, S. R. (2016). *Delitos contra la Administración Pública* (Cuarta ed.). Lima:
IustitiaS.A.C.
- San Martín, C. C. (1999). *Derecho Procesal Penal*. Lima: Grijley.
- San Martín, C. C. (2003). *Derecho Procesal Penal* (Vol. II). Lima: Grijley.
- Schünemann, B. (2012). *Protección de bienes jurídicos, Última Ratio y
victimodogmática. Sobre los límites inviolables del Derecho Penal en un Estado
de Derecho liberal*. Barcelona: Atelier.
- Silva, S. J. (2001). *La expansión del derecho penal. Aspectos de la Política Criminal
en las sociedades postindustriales* (Tercera ed.). España: Euros Editores S.R.L.
- Villa, S. J. (1998). *Derecho Penal Parte General*. Lima: San Marcos.
- Villavicencio, T. F. (2000). *Derecho Penal Parte General* (Primera ed.). Lima: Grijley.
- Villavicencio, T. F. (2006). *Derecho Penal Parte General*. Lima: Grijley.
- Von, L. F. (1995). *La idea del fin en el derecho penal programa de la Universidad de
Marburgo, 1882*. España: Comares.

Zaffaroni, E. R. (1984). *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina: documentos y cuestionarios elaborados para el seminario de San José, Costa Rica, 11 al 15 de julio de 1983. Primer informe*. Texas: Ediciones Depalma.

Zaffaroni, E. R. (2000). *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Ediar.

Zaffaroni, E. R. (2004). *Origen y evolución del discurso crítico en el Derecho penal*. Buenos Aires-Argentina: Ediar Sociedad Anonima Editora.

Zaffaroni, E. R. (2009). *En busca de las penas perdidas*. Buenos Aires: Ediar. Sociedad Anonima Editora.

Zaffaroni, E. R. (2013). *La Cuestión Criminal*. Bogotá: Ibañez Grupo.

Hemerográficas:

Abanto, V. M. (2006). Acerca de la Teoría de los bienes jurídicos. *Revista Penal N°18*.

Alvites, B. E. (Mayo de 2016). El delito de ingreso indebido de equipos o sistemas de comunicación, fotografía o filmación en centros de reclusión. Análisis dogmático y Político - Criminal. *Gaceta Jurídica*(83), 100-112.

Alvites, B. E. (2016). El delito de posesión indebida de telefonos celulares o armas de fuego en establecimientos penitenciarios. *Gaceta Jurídica*(87), 150-159.

Borja, J. E. (2003). Sobre el concepto de política criminal. Una aproximación a su significado desde la obra de Claus Roxin. *Revista ADPCP*, 56.

Espinoza, B. R. (2017). Análisis de la Decadencia del Sistema Penal: Las Modificaciones Penales y el Índice de Criminalidad. *Centro de Estudios de Criminología*, 1-31.

Ferrajoli, L. (2005). Criminología y Globalización. *Revista de Ciencias Penales*, 71-18.

Gómez, T. M. (2003). Derecho Administrativo Sancionador y Derecho Penal. Análisis del derecho positivo peruano. Especial consideración de los principios de legalidad, culpabilidad y oportunidad. *Revista de Derecho de la Universidad de Piura*, IV, 31.

Madrigal, N. J. (2005). Delitos de Peligro Abstracto. Fundamento, Crítica y Configuración Normativa. *Revista Judicial Costa Rica N°115*, 169-187.

Villamor, L. F. (2015). Delitos de Peligro Abstracto. Una aproximación del derecho penal del enemigo. *Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional*, 1-20.

Electrónicas:

Acuerdo Plenario 01-2012/CJ-116. (26 de Marzo de 2012). Lima, Lima, Perú. Obtenido de

http://www.derecho.usmp.edu.pe/cedp/jurisprudencia/Acuerdo%20Plenario%20Extraordinario%20N1_2012.pdf

Acuerdo plenario N° 6-2006/CJ-116. (13 de octubre de 2006). Lima, Lima, Perú.

Obtenido de

http://www.derecho.usmp.edu.pe/cedp/jurisprudencia/Acuerdo%20Plenario%20N6_2006.pdf

Aguilar, L. (2016). *Delitos de peligro e imputación objetiva*. Obtenido de

http://www.cienciaspenales.net/files/2016/11/2_delitos-de-peligro.pdf.

Cancio, M. M. (2003). *Derecho Penal del Enemigo*. Madrid. Obtenido de

https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_26.pdf

Directiva N°004-2013-INPE-DSP. (04 de Marzo de 2013). Resolución Presidencial Instituto Nacional Penitenciario N°132-2013-INPE/P. *Intervención del Servidor Penitenciario de Seguridad en Aplicación de la Ley N°29867 en el INPE*. Lima.

García, C. P. (Julio de 2012). *Derecho Penal Parte General*. Obtenido de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00012-2006-AI.html>

García, P. D. (1997). *La responsabilidad civil derivada del delito y su controvertida naturaleza. Homenaje al profesor Isidoro de Benedetti*. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=588629>

Ley 29867 . (22 de Mayo de 2012). Ley que crea los delitos contra la seguridad pública en los centros de reclusión o detención. *Normas Legales*. Lima. Obtenido de <http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/29867.pdf>

Medina, O. A. (10 de Febrero de 2009). *El artículo 12 inciso 3 del código procesal penal: ¿vamos hacia un derecho penal reparador?* Obtenido de <http://blog.pucp.edu.pe/blog/medinaotazu/2009/02/10/el-articulo-12-inciso-3-del-codigo-procesal-penal-vamos-hacia-un-derecho-penal-reparador/>

Perez, V. V. (2003). *La tendencia expansiva del derecho de daños*. Obtenido de https://works.bepress.com/victor_perez_vargas/11/

Proyecto de Ley N°289-2011-CR. (04 de Octubre de 2011). Propone incorporar diversos artículos de ingreso indebido de equipos o sistemas de comunicación al interior de centros de reclusión. *Comisión de Justicia y Derechos Humanos Periodo Anual 2011-2012*. Lima. Obtenido de <http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/ApoyComisiones/comision2011.nsf/4A886F>

[EDA780BC06052579E9004D10B1/\\$FILE/JUSTICIA.289.553-2011-CR.May.Txt.Sust...pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/ApoyComisiones/comision2011.nsf/4A886FEDA780BC06052579E9004D10B1/$FILE/JUSTICIA.289.553-2011-CR.May.Txt.Sust...pdf)

Proyecto de Ley N°533-2011-CR. (24 de Noviembre de 2011). Propone incorporar diversos artículos de ingreso indebido de equipos o sistemas de comunicación al interior de centros de reclusión. *Comisión de Justicia y Derechos Humanos - Periodo Anual de Sesiones 2011-2012*. Lima. Obtenido de [http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/ApoyComisiones/comision2011.nsf/4A886FEDA780BC06052579E9004D10B1/\\$FILE/JUSTICIA.289.553-2011-CR.May.Txt.Sust...pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/ApoyComisiones/comision2011.nsf/4A886FEDA780BC06052579E9004D10B1/$FILE/JUSTICIA.289.553-2011-CR.May.Txt.Sust...pdf)

Reglamento Especial de Seguridad Penitenciaria. (01 de Agosto de 2016). *Resolución Presidencial Instituto Nacional Penitenciario N° 275-2016-INPE/P*. Lima.

Sentencia 00012-2006-AI/TC. (15 de Diciembre de 2006). Lima, Lima, Perú. Obtenido de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00012-2006-AI.html>

Sentencia del Tribunal Constitucional. (12 de Enero de 2005). Exp. N°3459-AA/TC, asunto Ángeles Otárola. *Tribunal Constitucional*. Lima. Obtenido de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/03459-2004-AA.pdf>

Silva, S. J. (12 de Junio de 1992). *Derecho Penal JCB*. Obtenido de <http://derechopenaljcb.blogspot.com/2012/06/silva-sanchez-la-crisis-como.html>

Urquiza Olaechea, F. (Mayo de 1998). *El Bien Jurídico*. Obtenido de http://sisbib.unmsm.edu.pe/BibVirtual/Publicaciones/Cathedra/1998_n3/El_Bi_Jur.htm

Villegas, P. E. (2009). *Los Bienes Jurídicos Colectivos en el derecho Penal. Consideraciones Sobre el Fundamento y la validez de la protección penal de*

los intereses macrosociales. Obtenido de

https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20091207_03.pdf

Tesis:

Alburquerque, C. L. Cuestionamientos a la no aplicación del ne bis in idem en el delito de conducción en estado de ebriedad, considerado en en el pleno jurisdiccional distrital penal de la Corte Superior de Justicia de Lima del 20 de Diciembre de 2011. (*Tesis de grado*). Universidad Privada San Juan Bautista, Lima.

Cita, T. R. Delitos de peligro abstracto en el derecho penal colombiano: crítica a la construcción dogmática y a la aplicación práctica. (*Tesis de Magister*). Universidad Nacional de Colombia, Bogotá.

Guevara, S. J., & Paredes, C. L. Abolismo y Justificación del Derecho Penal. (*Tesis de grado en Licenciado*). Universidad de Chile, Chile.

Negrete, C. K. La Deshumanización en los procesos penales. (*Tesis en grado de Sociología*). Universidad Mayor de San Marcos, Lima.

Rojas, R. H. Los principios constitucionales limitadores del Ius Puniendi ¿Qué límites rigen el Derecho Administrativo Sancionador en el Perú? (*Tesis de Magister*). Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.

Salazar, L. T. Fundamentos Político - Criminales de la Seguridad Ciudadana en los lineamientos del Estado Peruano. (*Tesis de Doctor en Derecho y Ciencia Política*). Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima.

Seperak, V. E. La reparación civil en los delitos de peligro abstracto. (*Tesis de Magister*). Universidad San Martín de Porres, Lima.

Villaroel, Q. C. El bien jurídico protegido por el delito de trata de personas en el ordenamiento jurídico peruano. (*Tesis de Magister*). Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.

ANEXOS

ANEXO 1

POBLACIÓN PENITENCIARIA A NIVEL NACIONAL EN EL PERÚ

La población del sistema penitenciario nacional está compuesta por las personas procesadas con medidas de detención y personas sentenciadas a pena privativa de libertad que se encuentran en los establecimientos penitenciarios, asimismo, personas liberadas con beneficio penitenciario de semilibertad ó liberación condicional y personas sentenciadas a pena limitativa de derechos, que son atendidas en los establecimientos de medio libre.

El INPE está descentralizado en ocho Oficinas Regionales¹, las que a su vez tienen a su cargo establecimientos penitenciarios para personas privadas de libertad y establecimientos de medio libre para personas liberadas con beneficios penitenciarios y sentenciados a penas limitativas de derechos.

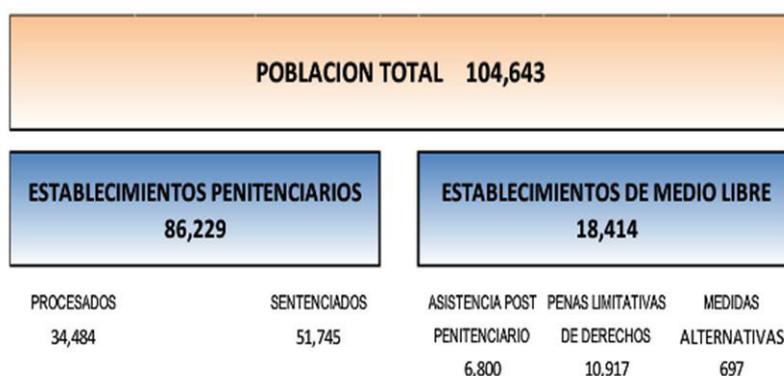
La población del sistema penitenciario al mes de febrero 2018 es de 104,643 personas. De ellos, 86,229² se encuentran en establecimientos penitenciarios al tener mandato de detención judicial o pena privativa de libertad efectiva, mientras que 18,414 personas asisten a establecimientos de medio libre al haber sido sentenciados a penas limitativas de derechos, dictaminado medidas alternativas al internamiento, o liberados con beneficio penitenciario de semilibertad ó liberación condicional.

1.1.- Evolución de la Población Penitenciaria (Febrero 2017 – Febrero 2018)

La población penitenciaria (POPE) del presente informe comprende desde el mes de febrero del 2017 a febrero del 2018. Se observa un incremento de la población del sistema penitenciario en 6%, pasando de 98,982 a 104,643; es decir, se tiene un aumento de 5,661 personas en el término de un año.

En el caso de la población intramuros, el incremento al mes de febrero 2018 ha sido de 5% (3,722 internos). Si dicho crecimiento fuera sostenido, se tendría un grave problema para poder albergarlos, ya que -teóricamente-se debería construir dos establecimientos penitenciarios por año con una capacidad para 3,500 internos, similares al EP Lurigancho.

POBLACIÓN DEL SISTEMA PENITENCIARIO NACIONAL



Fuente: Unidades de Registro Penitenciario
Elaboración: INPE/Unidad de Estadística

ANEXO 2

HACINAMIENTO Y SOBREPoblación PENITENCIARIA

La capacidad de albergue se refiere al aforo máximo que tiene el Sistema Penitenciario para albergar a los internos, se dice que hay sobrepoblación cuando se excede el aforo máximo. Cuando la sobrepoblación es igual o excede al 20% de la capacidad de albergue, se denomina **sobrepoblación crítica**, lo que el Comité Europeo para los Problemas Criminales ha entendido como **hacinamiento**⁴. El mes de febrero, la diferencia entre la capacidad de albergue y la población penal es de 47,071 internos que representa el 120% de la capacidad de albergue, esto quiere decir que esta cantidad de internos no tendría cupo en el sistema penitenciario.

SITUACIÓN ACTUAL DE LA CAPACIDAD DE ALBERGUE, SOBREPoblación Y HACINAMIENTO SEGÚN OFICINA REGIONAL

Nº	Oficinas Regionales	Capacidad de Albergue (C)	Población Penal (P)	% Ocupación	Sobre Población (S=P-C)	% Sobre Población (%S)	Hacinamiento (%S ≥ 20%)
TOTALES		39,158	86,229	220%	47,071	120%	SI
1	NORTE - CHICLAYO	5,962	16,085	270%	10,123	170%	SI
2	LIMA - LIMA	17,149	41,212	240%	24,063	140%	SI
3	SUR - AREQUIPA	1,252	3,875	310%	2,623	210%	SI
4	CENTRO - HUANCAYO	2,099	6,565	313%	4,466	213%	SI
5	ORIENTE - HUANUCO	2,970	6,005	202%	3,035	102%	SI
6	SUR ORIENTE - CUSCO	2,918	5,098	175%	2,180	75%	SI
7	NOR ORIENTE - SAN MARTIN	5,352	5,195	97%	-157	-3%	NO
8	ALTIPLANO - PUNO	1,458	2,194	151%	738	51%	SI

Fuente: Oficina General de Infraestructura

Elaboración: INPE/Unidad de Estadística

⁴ Elías Carranza. "Cárcel y Justicia Penal: El modelo de Derechos y Obligaciones de las Naciones Unidas, y una Política Integral de seguridad de los habitantes frente al delito". Cárcel y Justicia Penal en América Latina y el Caribe: Cómo implementar el modelo de derechos y obligaciones de las Naciones Unidas. Primera Edición. ILANUD. 2009. Pág. 63.

ANEXO 3

NIVEL SOCIOECONOMICO DE LOS INTERNOS DENTRO DE LOS ESTABLECIMIENTOS PENITENCIARIOS

POBLACIÓN PENITENCIARIA SEGÚN OTRAS VARIABLES

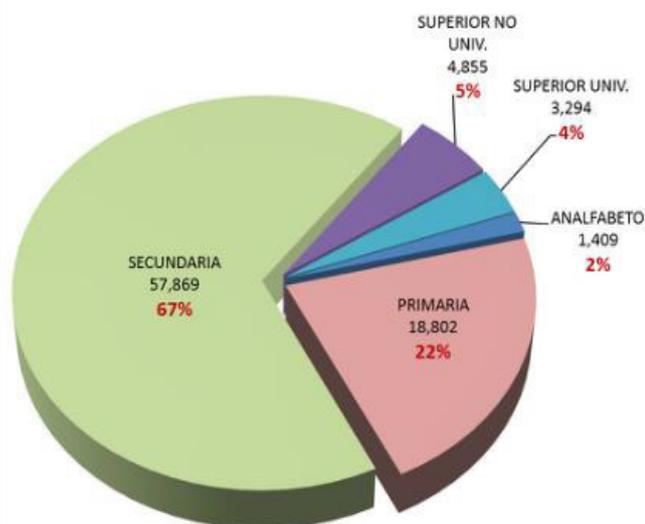
6.1.- Nivel de Instrucción al Ingresar

La criminalidad se caracteriza por la marcada presencia de internos que solo han cursado nivel de primaria o secundaria. De ese universo, el 22% (18,802 internos) ha seguido únicamente el nivel primario, mientras que el 67% (57,869 internos) logró el nivel secundario. El siguiente cuadro muestra incluso que la POPE que estudió el nivel secundario lo realizó de manera incompleta; en esta línea, la Oficina Regional Lima es la que tiene una mayor concentración, con 15,062 internos que representa el 37% de la población regional.

Otra cifra a tener en cuenta, es la POPE analfabeta que alcanza el 2% (1,409 internos). En este caso, la concentración más alta se localiza en la Oficina Regional Nor Oriente San Martín, con el 3.7% de internos analfabetos con respecto a su población regional.

Estos y otros datos deben servir de base para una política penitenciaria de educación en contexto de encierro, donde el ente rector (Ministerio de Educación) tenga entre sus objetivos brindar educación en los penales de acuerdo a sus propias características y asumir que la enseñanza al privado de libertad, significa educar a una persona con mayoría de edad pero con muchas necesidades siendo necesario reeducar sus valores perdidos ante la comisión del delito.

POBLACIÓN PENAL POR NIVEL DE INSTRUCCIÓN
(Distribución porcentual)



Fuente: Unidades de Registro Penitenciario
Elaboración: INPE/Unidad de Estadística

ANEXO 4

NIVEL SOCIOECONOMICO DE LOS INTERNOS ANTES DE INGRESOS A LOS ESTABLECIMIENTOS PENITENCIARIOS

6.3.- Ocupación antes de Ingreso a los Penales

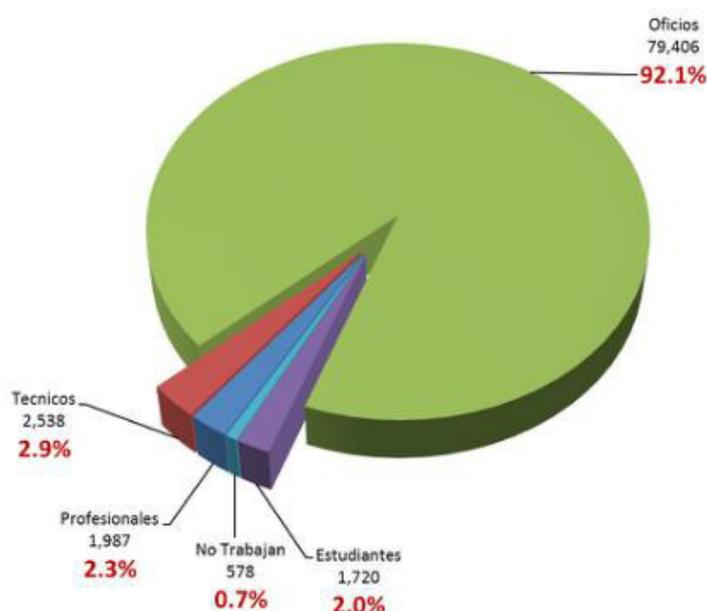
Los internos en condición de profesionales antes de su ingreso al establecimiento penitenciario llegarían a 1,987. Así tenemos que el 36.2% (720 internos) pertenecieron a las fuerzas armadas y policiales; el 29.3% (583 internos) son profesores; y el restante 34.5% (684 internos) se reparte entre otros profesionales (médicos, ingenieros, arquitectos, abogados, economistas y otros).

Asimismo, quienes ejercían carreras técnicas antes de su ingreso al establecimiento son 2,538 privados de libertad: el 29.9% (981 internos) son mecánicos, el 15.4% (524 internos) electricistas.

Los internos que antes de ingreso al sistema penitenciario se desempeñaron en oficios congregan 79,406 personas: el 28.8% (23,342 internos) eran obreros, el 15.6% (12,350 internos) se dedicó a la agricultura, el 16.9% (13,433 internos) se desempeñó como conductor de vehículos y el 10.0% (7,904 internos) laboró como comerciante.

Este indicador brindará datos importantes para proponer políticas de tratamiento en el área de trabajo penitenciario, en especial los programas de capacitación técnico-productiva para los privados de

POBLACIÓN PENAL POR OCUPACIÓN ANTES DE SU INGRESO
(Distribución porcentual)



Fuente: Unidades de Registro Penitenciario
Elaboración: INPE/Unidad de Estadística

ANEXO 5

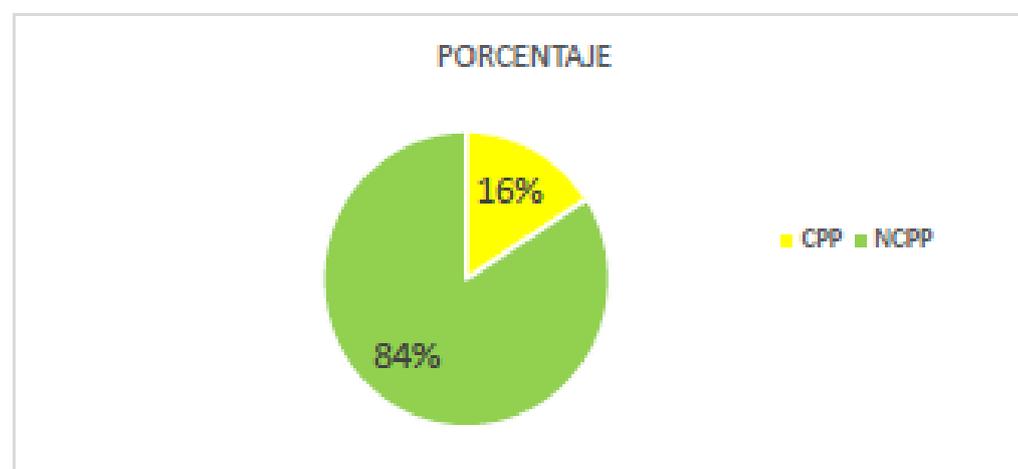
CASOS EN EJECUCIÓN DE LOS ARTICULOS 368 "A-D" EN LA PROCURADURIA DEL INPE CON EL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES Y CON EL NUEVO CODIGO PROCESAL PENAL

En la procuraduría pública del INPE en los años 2015- 2016 se han llevado a cabo un total de 452 legajos en ejecución, los cuales se dividen en 75 casos con el código de procedimientos penales y 380 con el nuevo código procesal penal que son materia de análisis en la presente investigación.



Fuente: Propia
Elaboración: Nataly Jimena Breña Estrella

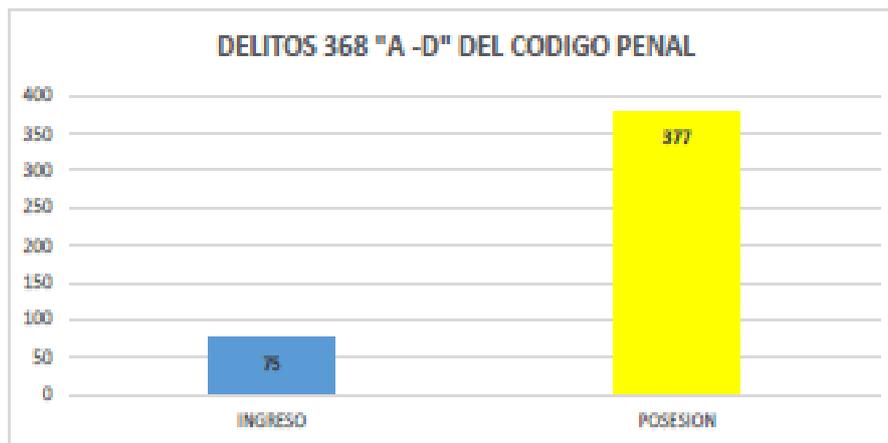
Desde la creación de los tipos penales de ingreso y posesión en el año 2011, la procuraduría pública del INPE ha llevado a cabo diferentes procesos en el marco la vigencia del código de procedimientos penales de 1940 y el nuevo código procesal penal de 2004, en consecuencia, en la actualidad de los delitos objetos de la investigación el 84 % de ellos son sentenciados con el NCPP y el 16 % aún con el CPP.



Fuente: Propia
Elaboración: Nataly Jimena Breña Estrella

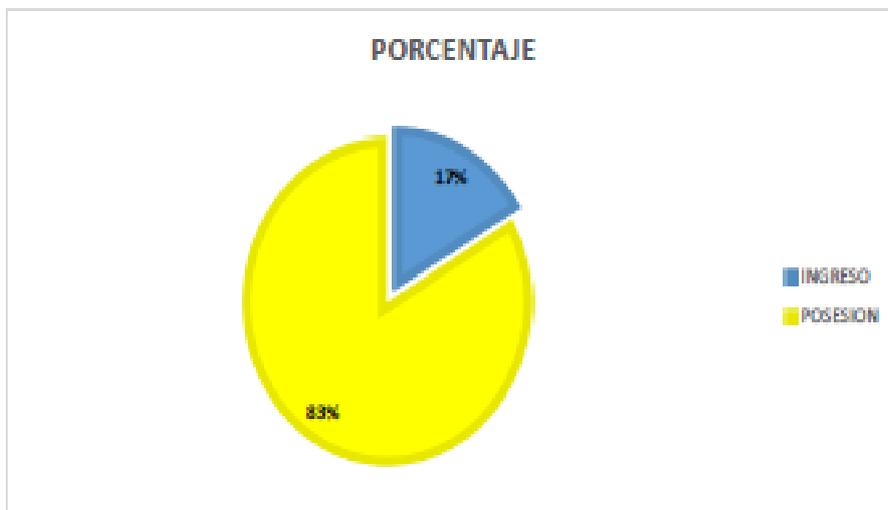
**LEGAJOS DE LOS DELITOS DE 368-"A" INGRESO INDEBIDO Y 368
"D" POSESION INDEBIDA**

Es así que del total de 452 casos dentro de la Procuraduría del INPE, por un lado, existen 75 legajos en el delito de ingreso indebido tanto en el NCPP como en el CPP y por otro lado existen 377 legajos en posesión indebida de ambos códigos.



Fuente: Propia
Elaboración: Nataly Jimena Breña Estrella

En términos porcentuales existe un 17% del delito de ingreso indebido y de posesión un 83% independientemente del tipo de proceso que se ha seguido ya sea con el antiguo o nuevo código procesal penal.

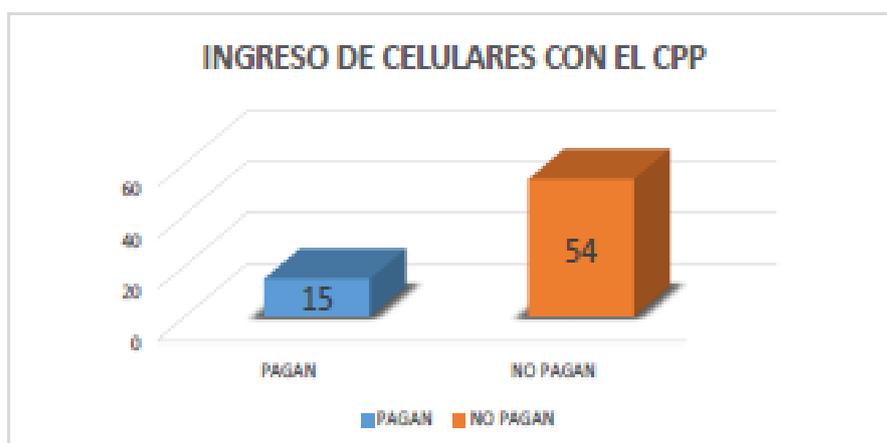


Fuente: Propia
Elaboración: Nataly Jimena Breña Estrella

DATOS CON EL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES

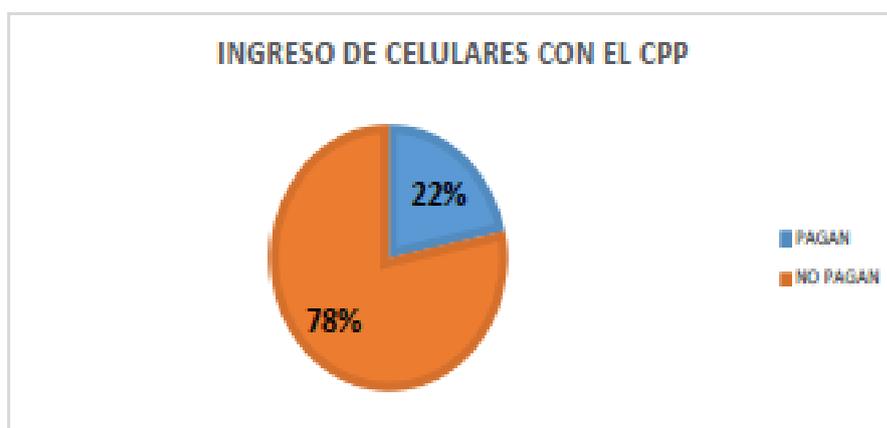
ARTICULO 368 A DEL CODIGO PENAL- INGRESO

En los años 2015- 2016 se ha ejecutado 75 expedientes, de los cuales 69 de estos legajos pertenecen al delito de ingreso de celulares, una vez verificado se ha determinado que 15 sentenciados han pagado el monto total de la reparación civil, mientras que 54 sentenciados, no han efectuado el pago.



Fuente: Propia
Elaboración: Nataly Jimena Breña Estrella

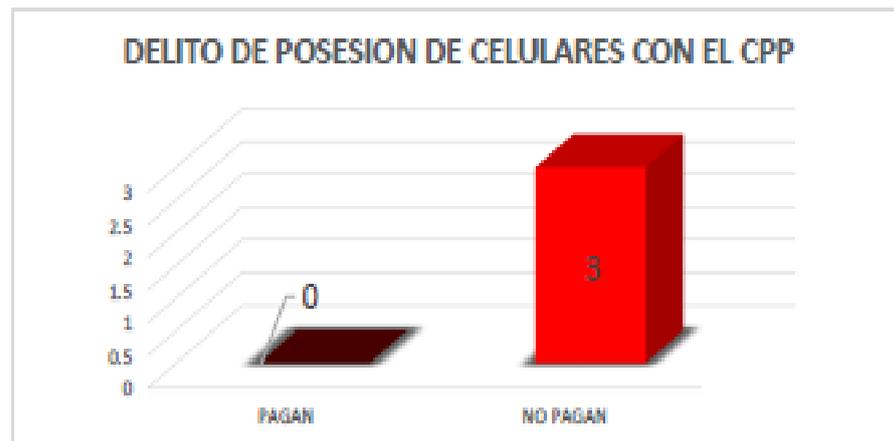
En el siguiente grafico se puede apreciar la incidencia del incumplimiento (no pago) por parte de los sentenciados del delito de ingreso de celular es de 78% frente a un 22% de aquellas personas que realizaron el pago.



Fuente: Propia
Elaboración: Nataly Jimena Breña Estrella

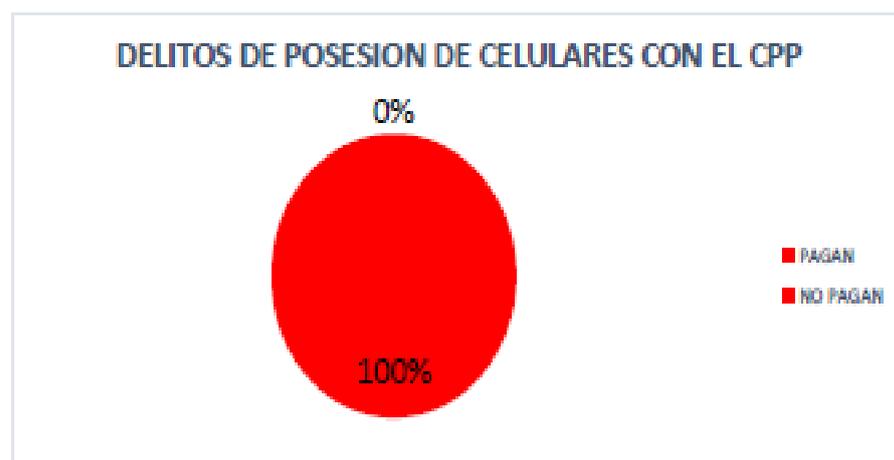
ARTICULO 368 D DEL CODIGO PENAL - POSESIÓN

En el delito de posesión de celulares se aprecia algo singular, puesto que solo se tiene 3 sentenciados en este ilícito y estos mismos a la fecha no han cumplido con pago alguno de la reparación civil.



Fuente: Propia
Elaboración: Nataly Jimena Breña Estrella

Para este delito en términos porcentuales refleja el 100% de incumplimiento del pago de la reparación civil, lo que se contrasta con el objetivo de la presente investigación.



Fuente: Propia
Elaboración: Nataly Jimena Breña Estrella

DATOS CON EL NUEVO CODIGO PROCESAL PENAL

ARTICULO 368 A DEL CODIGO PENAL- INGRESO

La información con el Nuevo Código Procesal Penal asciende a un total de 308 legajos analizados de los cuales 133 personas han cancelado el monto de la Reparación Civil y los otros 175 legajos presentan deuda.



Fuente: Propia
Elaboración: Nataly Jimena Breña Estrella

De la elaboración de datos se puede verificar en términos porcentuales que la incidencia del pago es de un 43% frente a un 57% de deudores, lo que respalda la averiguación del objeto de la presente investigación.



Fuente: Propia
Elaboración: Nataly Jimena Breña Estrella

ARTICULO 368 D DEL CODIGO PENAL- POSESIÓN

De los legajos del delito de posesión con el NCPP, se ha identificado un total de 72 casos, de los cuales 17 de ellos han cumplido con el pago de la reparación civil, mientras que 55 sentenciados hasta la fecha no han incumplido con el pago.



Fuente: Propia
Elaboración: Nataly Jimena Breña Estrella

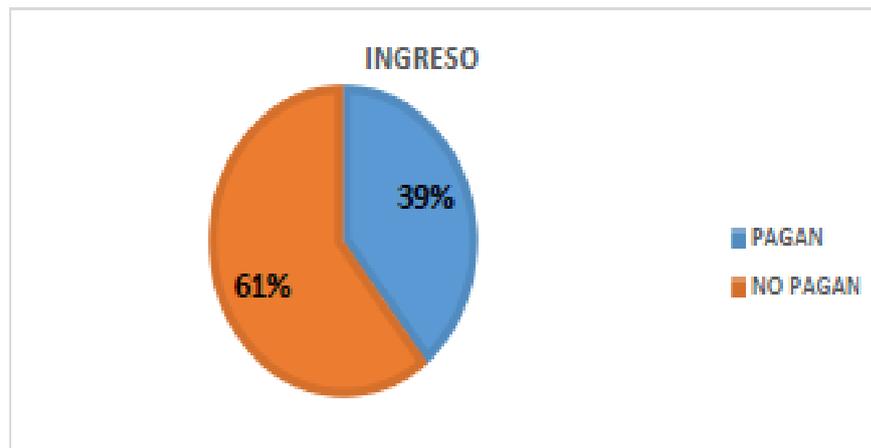
Según la información recopilada en términos porcentuales existe un total del 24% de personas que han cancelado su deuda por haber incurrido en este ilícito penal, mientras que el 76% han incumplido con esta obligación derivada del proceso penal.



Fuente: Propia
Elaboración: Nataly Jimena Breña Estrella

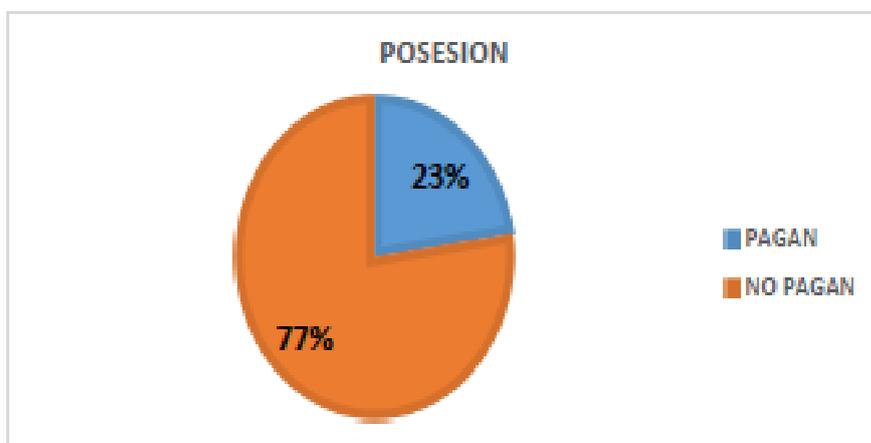
CONCLUSIONES

Una vez establecida la incidencia del pago de la reparación tanto con el CPP y el NCPP, podemos establecer de manera general la incidencia del cumplimiento del pago en el delito de ingreso indebido según el artículo 368 – A, en consecuencia, se verifica que un 39% de casos han cumplido con el pago de la reparación civil mientras que un 61% hasta la actualidad non ha efectuado pago alguno con lo que se respalda el problema de la presente investigación.



Fuente: Propia
Elaboración: Nataly Jimena Breña Estrella

En el delito de posesión de celulares establecido en el artículo N° 368 – D, como se puede verificar la incidencia del pago es menor al delito de ingreso, con un 23%, mientras que el incumplimiento es proporcionalmente mayor con un 77%, problema que se analiza y corrobora en esta investigación.



Fuente: Propia
Elaboración: Nataly Jimena Breña Estrella

ANEXO 6

PLAN NACIONAL DE SEGURIDAD CIUDADANA 2013-2018

Objetivo específico 5

Resocializar y reinsertar a la sociedad a los penados y rehabilitar a los infractores de la ley penal.

Estrategia 5.1.

Este programa beneficia a la población penitenciaria, mejorando el clima de seguridad y, por ende, el resultado de resocialización del interno para su reincorporación a la sociedad, contribuyendo de esta forma a la seguridad ciudadana.

Producto 1: Establecimientos penitenciarios cuentan con una adecuada capacidad de albergue.				
Actividades	Indicador	Meta	Medios de verificación	Responsable
Actividad 1.1. Ampliación de la capacidad de albergue.	Unidad de albergue	4,327	Informes emitidos por la Oficina de Infraestructura INPE.	INPE
Actividad 1.2. Mantenimiento de la infraestructura actual.	Establecimiento	66	Informes emitidos por la Oficina de Infraestructura INPE.	INPE

(*) Programa Presupuestal con Enfoque de Resultados 2013: Seguridad integral de los establecimientos penitenciarios.

Producto 2: Establecimientos penitenciarios cuentan con un adecuado y suficiente equipamiento de seguridad.				
Actividades	Indicador	Meta	Medios de verificación	Responsable
Actividad 1.1. Adquisición de equipos y sistemas de seguridad.	Equipo	858	Reporte de ingreso del equipo adquirido a almacén del INPE.	INPE
Actividad 1.2. Mantenimiento de equipos actuales.	Equipo	390	Reporte de ingreso del equipo adquirido a almacén del INPE.	INPE

(*) Programa Presupuestal con Enfoque de Resultados 2013: Seguridad integral de los establecimientos penitenciarios.

Producto 3: El personal de seguridad que está a cargo de los establecimientos penitenciarios es suficiente y está adecuadamente capacitado y equipado.				
Actividades	Indicador	Meta	Medios de verificación	Responsable
Actividad 1.1. Dotación de nuevos efectivos de seguridad.	Persona	4,555	Reporte de Contrato Administrativo de Servicio emitido por RR.HH.	INPE
Actividad 1.2. Capacitación de efectivos de seguridad.	Persona	3,485	Informe de RR.HH. de personal capacitado durante el año.	INPE
Actividad 1.3. Dotación de personal de seguridad equipado.	Persona	8,040	Informe de la Dirección de Seguridad.	INPE

(*) Programa Presupuestal con Enfoque de Resultados 2013: Seguridad integral de los establecimientos penitenciarios.

Estrategias 5.2

Establecer e implementar políticas institucionales que permitan el adecuado control e intervención del tratamiento penitenciario de la población penal (intramuro y extramuro) y la distribución del potencial humano especializado.

Producto 1: Población penitenciaria que participa de programas de intervención para rehabilitación social y de promoción del empleo en la población penitenciaria (intramuros y extramuros).				
Actividades	Indicador	Meta	Medios de verificación	Responsable
Actividad 1.1. Intervención con población penitenciaria Intramuros por delitos contra el patrimonio.	Población penitenciaria en programa de intervención	5,000 beneficiarios	Registros administrativos	INPE
Actividad 1.2. Intervención con población penitenciaria Intramuros por delitos contra la libertad sexual.	Población penitenciaria en programa de intervención	1,500 intervenciones	Registros administrativos	INPE

Actividad 1.3. Intervención con población penitenciaria Intramuros por delitos contra la vida el cuerpo y la salud.	Población penitenciaria en programa de intervención	1,500 intervenciones	Registros administrativos	INPE
Actividad 1.4. Capacitación técnico productiva de la población penitenciaria Intramuros.	Población penitenciaria	8,000 beneficiarios	Registros administrativos	INPE
Actividad 1.5. Programas de Intervención diferenciada en población penitenciaria extramuros.	Población penitenciaria Extramuros en programa de intervención diferenciada.	2,366 extramuros	Registros administrativos	INPE
Actividad 1.6. Programas de Promoción del empleo en población penitenciaria extramuros.	Población penitenciaria Extramuros en programa de Promoción del Empleo.	2,366 extramuros	Registros administrativos	INPE

Producto 2: Personal de tratamiento y seguridad suficiente y capacitado, para atención de la población penitenciaria (intramuros y extramuros)				
Actividades	Indicador de producción física	Meta física	Medios de verificación	Responsable
Actividad 1.1. Incorporación de personal profesional para intervención.	Persona Incorporada	Intramuros:1,000. Extramuros: 600.	Informe	INPE
Actividad 1.2. Mejora de competencia de personal profesional de Intervención.	Persona Capacitada	Intramuros: 500. Extramuros: 600.	Informe	INPE

Producto 3: Efectivo ordenamiento y control del régimen de vida de la población penitenciaria intramuros.				
Actividades	Indicador de producción física	Meta física	Medios de verificación	Responsable
Actividad 1.1. Diseño e Implementación de regímenes de vida.	Regímenes de vida	3	Regímenes Aprobados	INPE
Actividad 1.2. Capacitación para la aplicación de regímenes de vida.	EEPP con personal capacitados para la aplicación de los R.V.	10%	Informes	INPE

Producto 4: EAPP y EPLD con efectivo control de la ejecución de la pena de la población penitenciaria extramuros.				
Actividades	Indicador de producción física	Meta física	Medios de verificación	Responsable
Actividad 1.1. Supervisión de la ejecución de las Penas limitativas de derechos de la población penitenciaria de sentenciados a limitativas de derechos de la población penitenciaria de sentenciados a PLD en las EE.RR.	Sentenciado	1,500 sentenciados	Informes- Expedientes	INPE
Actividad 1.2. Inspección de las Actividades Laborales, Educativas y casos sociales reportados por la población penitenciaria de liberados.	Sentenciado	1,500 sentenciados	Informes- Expedientes	INPE

Producto 5: Sistematización de los procesos del control y la intervención penitenciaria.				
Actividades	Indicador de producción física	Meta física	Medios de verificación	Responsable
Actividad 1.1. Diseño de programa sistematizado de tratamiento penitenciario.	Programa informático	1 programa diseñado	Informe	INPE
Actividad 1.2. Implementación del sistema de tratamiento penitenciario en las unidades de tratamiento penitenciario a nivel nacional.	Establecimiento penitenciario	30 EEPP interconectados	Informe	INPE

Fortalecer las capacidades sociales y productivas de los grupos en riesgo

Actividades	Indicador	Meta	Responsabilidades
Actividad 1.1. Brindar tutoría y acompañamiento a los adolescentes intervenidos por la Policía.	Beneficiario	Al 2018, se han beneficiado el 75% de jóvenes en riesgo de los cinco departamentos de mayor índice delictual.	MININTER – PNP Asamblea Nacional de Rectores
Actividad 1.2. Brindar tutoría y acompañamiento a los hijos menores de edad de las personas privadas de libertad.	Beneficiario	Al 2016, se ha brindado tutoría al 50% de beneficiarios potenciales.	MININTER – PNP Asamblea Nacional de Rectores GL
Actividad 1.3. Desarrollar y fortalecer capacidades sociales y culturales de grupos en riesgo.	Beneficiario	Al 2018, 80% de beneficiados del total potencial en los cinco departamentos de mayor índice delictual.	MINEDU MIDIS MIMP

Actividad 1.4. Promover programas de emprendimientos de negocios y de talentos de integrantes de pandillas, barras bravas y jóvenes que no estudian ni trabajan.	Programa	Al 2014, se han iniciado programas a nivel provincial y distrital.	MIDIS MINTRA PRODUCE GR, GL
Actividad 1.5. Promover la reinserción educativa de los adolescentes que desertaron.	Beneficiario	Al 2017, se han reinsertado un 70 % de adolescentes en los cinco departamentos de mayor índice delictual.	MINEDU MIDIS
Actividad 1.6. Fortalecer los programas sociales y laborales para que incluyan a jóvenes en riesgo y expuesto a la delincuencia.	Programa	Al 2015, se han fortalecido los programas sociales en los cinco departamentos de mayor índice delictual.	CONASEC MIDIS MIMP MININTER-DGSC MINTRA GR GL
Actividad 1.7. Entregar incentivos monetarios condicionados a hogares usuarios con niños adolescentes y jóvenes entre los 6 y los 19 años que cumplieron con la asistencia a servicios de educación básica regular.	Incremento % respecto del año anterior de hogares usuarios con niños adolescentes y jóvenes entre los 6 y los 19 años que cumplieron con la asistencia a servicios de educación básica regular.	(2013) [2013+13.6% +3.6%+2.5%] (2016)	MIDIS
Actividad 1.8. Verificar el cumplimiento de corresponsabilidades de los hogares en materia de educación básica regular.	Hogares usuarios adscritos que cumple las corresponsabilidades en educación básica regular.	96.5% (2013) 97.1% (2016)	MIDIS
Actividad 1.9. Mejorar la infraestructura de los colegios públicos y promover su uso para práctica deportiva y culturales de los	Infraestructura educativa	Al 2014, familias hacen uso de infraestructuras educativas	MINEDU GR GL
Actividad 1.10. Promover el acceso a los espacios culturales para las familias y jóvenes en riesgo.	Familia		

Anexo 7

INFOGRAFÍA DE EXTORSIÓN 2013-2018 - OBSERVATORIO DE CRIMINALIDAD DEL MINISTERIO PÚBLICO

