



FACULTAD DE DERECHO

**LEGITIMIDAD DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO  
EN EL PERÚ**

**PRESENTADA POR  
NESTOR MC. SUAREZ PEREZ**

**ASESOR  
JUDITH VERÓNICA PINTO ZAVALAGA**

**TESIS  
PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO**

**CHICLAYO – PERÚ**

**2020**



**CC BY-NC-ND**

**Reconocimiento – No comercial – Sin obra derivada**

El autor sólo 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/>

**UNIVERSIDAD DE SAN MARTÍN DE PORRES**

**FACULTAD DE DERECHO**



**“LEGITIMIDAD DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO EN EL  
PERÚ”**

**Tesis para optar por el Título Profesional de Abogado**

**AUTOR**

**NESTOR MC. SUAREZ PEREZ**

**ASESOR**

**JUDITH VERÓNICA PINTO ZAVALAGA**

**CHICLAYO - PERÚ**

**2020**

## ÍNDICE DE CONTENIDO

ÍNDICE DE TABLAS.....	VIII
RESUMEN.....	X
ABSTRACT.....	XI
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	5
1.1. Descripción de la situación problemática.....	5
1.2. Formulación del problema.....	8
1.3. Objetivos.....	8
1.3.1. General.....	8
1.3.2. Específicos.....	8
1.4. Justificación de la investigación.....	9
1.4.1. Importancia de la investigación.....	9
1.4.2. Viabilidad y limitaciones de la investigación.....	10
CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO.....	11
2.1. Antecedentes de la investigación.....	11
2.1.1. A nivel internacional.....	11
2.1.2. A nivel nacional.....	14

2.1.3. A nivel local.....	15
2.2. Bases teóricas.....	17
2.2.1. Exp. N. ° 0003-2005-PI/TC y N. ° 0014-2006-PI/TC.....	17
2.2.2. Dos polos de un solo mundo.....	18
2.2.3. Persona contra enemigo.....	24
2.2.4. “Enemigo” ¿concepto peyorativo?.....	31
2.2.5. El fin de la pena.....	34
2.2.6. Consideraciones ius-filosóficas.....	36
2.2.6.1. Rousseau.....	36
2.2.6.2. Fichte.....	39
2.2.6.3. Hobbes.....	43
2.2.6.4. Kant.....	46
2.2.7. Sociedad del riesgo y seguridad ciudadana.....	48
2.2.8. ¿Fenómenos expansivos?.....	58
2.2.8.1. Derecho Penal simbólico.....	58
2.2.8.2. Punitivismo y adelantamiento de las barreras de punibilidad.....	60
2.2.9. Seguridad cognitiva.....	62

2.2.9.1. Inseguridad jurídica.....	65
2.2.9.2. Regulación histórica.....	66
2.2.10. Derecho Penal de autor y la incompatibilidad	
con el principio del hecho.....	69
2.2.11. Reincidencia y habitualidad.....	75
2.2.11.1. Exp. N. ° 0014-2006-PI/TC.....	75
A. Reincidencia.....	76
B. Habitualidad.....	80
2.2.11.2. Exp. N. ° 0003-2005-PI/TC.....	82
2.2.12. Medidas de seguridad.....	84
2.2.12.1. Proporcionalidad.....	87
2.2.13. El Derecho Penal del enemigo en la legislación peruana.....	88
2.2.13.1. Decreto Legislativo N. ° 1106 (19/04/2012).....	88
2.2.13.2. Ley N. ° 30077 (20/08/2013).....	91
2.2.13.3. Ley N. ° 30262 (06/11/14).....	93
2.2.13.4. Ley N. ° 28704 (05/04/2006).....	94
2.2.13.5. Decreto Legislativo N. ° 1244 (29/10/2016).....	95
2.2.13.6. Ley N. ° 30558(09/04/2017).....	96
2.2.13.7. Ley N. ° 30838 (04/08/2018).....	96
2.2.13.8. Decreto Legislativo N. ° 635 (08/04/1991).....	100

A. Ley N. ° 29988 (18/01/2013).....	101
2.2.13.9. Ley N. ° 29423 (14/10/2009).....	104
2.2.13.10. Ley N. ° 28760 (14/06/2006).....	105
2.2.13.11. Ley N. ° 30364 (23/11/2015).....	105
2.2.13.12. Decreto Ley N. ° 25475 (06/05/1992).....	107
2.2.14. Legitimidad.....	110
2.2.15. Derechos fundamentales.....	112
2.2.15.1. Principio de lesividad.....	118
2.2.15.2. Principio de humanidad.....	119
2.2.15.3. Principio de resocialización.....	121
2.2.15.4. Principio de igualdad.....	123
2.2.16. Aporte.....	128
2.2.16.1. Exposición de motivos de Proyecto de Ley contenido en Anexo N° 01.....	128
A. Naturaleza, objetivo y criterios.....	128
B. Delitos.....	130
C. Relatividad del concepto de enemigo.....	136
D. Criminalización en el estadio previo a la lesión del bien jurídico.....	137
E. Ámbito de aplicación.....	138
F. Núcleo duro de los Derechos Fundamentales.....	139
G. Alto funcionario público.....	144
H. Procesos independientes.....	145

I. Disposición de inicio de Investigación Preparatoria....	145
J. Persona jurídica.....	148
K. Disposiciones complementarias finales.....	150
L. Disposiciones complementarias modificatorias.....	150
M. Disposición complementaria derogatoria.....	167
CAPÍTULO III: HIPÓTESIS Y VARIABLES.....	170
3.1. Formulación de hipótesis.....	170
3.2. Variables y definición operacional.....	170
3.2.1. Variable independiente.....	170
a. Indicadores.....	170
3.2.2. Variable dependiente.....	170
a. Indicadores.....	170
CAPÍTULO IV: MARCO METODOLÓGICO.....	172
4.1. Diseño Metodológico.....	172
4.2. Diseño muestral.....	175
4.3. Técnicas de recolección de datos.....	175
4.3.1. Fichaje.....	175
4.3.2. Encuestas.....	176
4.3.3. Análisis documental.....	176
4.3.4. Análisis de contenido.....	176



4.4. Técnicas estadísticas para el procesamiento de información.....	176
4.5. Aspectos éticos.....	177
CAPÍTULO V: RESULTADOS.....	178
CAPÍTULO VI: DISCUSIÓN.....	199
CONCLUSIONES.....	209
RECOMENDACIONES.....	211
FUENTES DE INFORMACIÓN.....	212
A. Fuentes bibliográficas.....	212
B. Fuentes digitales.....	218
C. Fuentes de trabajos de investigación.....	221
D. Fuentes legislativas y jurisprudenciales.....	223
ANEXO N. ° 01: Proyecto de Ley	
ANEXO N. ° 02: Primera validación de instrumentos de investigación	
ANEXO N. ° 03: Segunda validación de instrumentos de investigación	
ANEXO N. ° 04: Tercera validación de instrumentos de investigación	

## ÍNDICE DE TABLAS

Tabla N. ° 01.....	178
Tabla N. ° 02.....	179
Tabla N. ° 03.....	180
Cuadro N. ° 01.....	181
Gráfico N. ° 01.....	181
Cuadro N. ° 02.....	183
Gráfico N. ° 02.....	183
Cuadro N. ° 03.....	185
Gráfico N. ° 03.....	185
Cuadro N. ° 04.....	187
Gráfico N. ° 04.....	187
Cuadro N. ° 05.....	189
Gráfico N. ° 05.....	189
Cuadro N. ° 06.....	191
Gráfico N. ° 06.....	191
Cuadro N. ° 07.....	193
Gráfico N. ° 07.....	193
Cuadro N. ° 08.....	195

Gráfico N. ° 08.....	195
Cuadro N. ° 09.....	197
Gráfico N. ° 09.....	197
ANEXO N. ° 05: Matriz de consistencia de la investigación	
ANEXO N. ° 06: Matriz de encuestas	

## RESUMEN

La presente tesis tiene como objetivo principal demostrar que el Derecho Penal del enemigo, caracterizado por la anticipación de las barreras de punibilidad, desproporción de las penas, disminución de las garantías procesales y agravamiento de las reglas penitenciarias; es legítimo.

El enfoque de investigación utilizado es tanto cualitativo como cuantitativo (*mixto*). En el primero de ellos, el paradigma de investigación es el *analítico-exegético*, con el tipo de investigación *dogmático propositivo* y con diseño de investigación *transeccional*. Mientras que, en el enfoque *cuantitativo*, el paradigma de investigación es *analítico*, con tipo de investigación  *sintético* y con diseño de investigación *no experimental, transversal y descriptivo*.

En cuanto a los resultados más relevantes tenemos que la mayoría de los operadores jurídicos encuestados considera que el Derecho Penal del enemigo no vulnera el núcleo duro de los derechos fundamentales, y que es un modelo legítimo y no constituye un peligro para el sistema jurídico peruano.

Estas son las conclusiones más importantes: El Derecho Penal del enemigo es un concepto proporcional a la erosión de la seguridad cognitiva de los demás miembros del sistema social, no vulnera el núcleo duro de los derechos fundamentales, y sí encuentra legitimidad en nuestro sistema jurídico.

**Palabras clave:** Enemigo, ciudadano, seguridad cognitiva, Derecho Penal, núcleo duro de los derechos fundamentales, legitimidad, relatividad, descriptivismo, adelantamiento de las barreras de punibilidad, legislación.

## ABSTRACT

The main objective of this thesis is to demonstrate that the criminal law of the enemy, characterized by the anticipation of barriers to punitiveness, disproportion of penalties, reduction of procedural safeguards and aggravation of prison rules; it's legitimate.

The research approach used is both qualitative and quantitative (mixed). In the first of these, the research paradigm is analytical-exegetic, with the type of prepositive dogmatic research and with transectional research design. While, in the quantitative approach, the research paradigm is analytical, with synthetic research type and with non-experimental, cross-cutting and descriptive research design.

As for the most relevant results we have that most of the legal operators surveyed consider that the criminal law of the enemy does not violate the hard core of fundamental rights, and that it is a legitimate model and does not constitute a danger to the Peruvian legal system.

These are the most important conclusions: Enemy criminal law is a concept proportional to the erosion of cognitive security of other members of the social system, does not violate the hard core of fundamental rights, and does find legitimacy in our legal system.

**Keywords:** Enemy, citizen, cognitive security, Criminal Law, hard core of fundamental rights, legitimacy, relativity, descriptivism, advancement of penalties, legislation

## INTRODUCCIÓN

La situación problemática sobre la cual se realizó esta tesis, es el aumento de los índices de criminalidad y la sofisticación del delito. Esto ha inducido a algunos técnicos a plantear una serie de posibles soluciones indistintas, cuyo factor común es la mayor drasticidad de las sanciones, debido a la ineficacia de las políticas criminales ejecutadas. Es aquí donde aparece el Derecho Penal del enemigo como modelo que combate fuentes de peligro (los “incorregibles” a los que aludía Von Liszt). Sin embargo, no existe un consenso en cuanto a su legitimidad, por tanto, buscaremos establecer, a través de esta investigación, su legitimidad y así plantear propuestas concretas a este contexto, a partir de su delimitación teórica y su aplicación práctica (Proyecto de Ley de delimitación enemigo/ciudadano).

Esta investigación tiene como problema principal determinar en qué medida el Derecho Penal del enemigo, caracterizado por la anticipación de las barreras de punibilidad, desproporción de las penas, disminución de las garantías procesales y agravamiento de las reglas penitenciarias; es legítimo en la legislación peruana. Su objetivo general es demostrar que el Derecho Penal del enemigo, con tales características, es un modelo legítimo en nuestro sistema jurídico. La hipótesis que planteamos radica en que postulamos que el Derecho sí es un modelo legítimo y, por consiguiente, compatible con nuestro Estado Constitucional de Derecho. La importancia de esta investigación se justifica considerando la realidad criminológica y jurídico-penal peruana. Los índices de criminalidad demuestran que la Política Criminal adoptada no es eficaz, que es necesario adoptar medidas más drásticas para disminuir el número de ilícitos penales, y así conseguir coherencia entre la Política Criminal y el aspecto social, sin embargo,

consideramos que las normas con características propias del Derecho Penal del enemigo, deben ser aplicadas en aquellos delitos cuya comisión signifique una real afectación a la estabilidad estatal.

Se presentó una dificultad para la realización de la presente investigación: la imposibilidad de aplicar los instrumentos de investigación (cuestionario), debido al distanciamiento social. Esto fue superado a través del envío de correos electrónicos y del uso de la plataforma Google Forms.

Esta tesis cuenta con la siguiente estructura: En el Capítulo I se ha procedido a realizar el planteamiento del problema, describiendo la situación problemática, formulando el problema, estableciendo los objetivos de la investigación (tanto general como específicos), qué es lo que justifica que se efectúe, su importancia, así como su viabilidad y limitaciones.

En el Capítulo II se ha desarrollado el marco teórico, presentando los antecedentes de esta investigación, a nivel internacional, nacional y local. En las bases teóricas se procedió a exponer el fundamento jurídico N. ° 16 del Exp. 0003-2005-PI/TC y el fundamento jurídico N. ° 04 del Exp. N. ° 0014-2006-PI/TC que alude al primer fundamento mencionado. Es en base a lo expuesto por el Tribunal Constitucional que hemos expuesto sistemáticamente nuestros fundamentos para refutar tal postura. En ese sentido, analizamos al Derecho Penal del enemigo y al Derecho Penal del ciudadano como “dos polos de un solo mundo” (en palabras de Jakobs), se abordó también las peculiaridades del concepto de persona y enemigo, se ha hecho especial énfasis en el término “enemigo” (como referencia peyorativa), al fin de la pena en este modelo y a las consideraciones ius-filosóficas de Rousseau, Fichte, Hobbes y Kant.

Además, se ha explicado las razones del cambio de paradigma (de la sociedad del riesgo a la sociedad de la seguridad ciudadana), se ha procedido a analizar el Derecho Penal simbólico y el Punitivismo y adelantamiento de las barreras de punibilidad, como fenómenos expansivos; la seguridad cognitiva (la inseguridad jurídica y su regulación histórica); el Derecho Penal de autor y la incompatibilidad con el principio del hecho; la reincidencia y habitualidad (Exp. 0014-2006-PI/TC y Exp. 0003-2005-PI/TC), y las medidas de seguridad (principio de proporcionalidad).

También se ha abordado leyes y normas con rango de ley que cuentan con rasgos de Derecho Penal del enemigo, como las siguientes: Decreto Legislativo N. ° 1106, Ley N. ° 30077, Ley N. ° 30262, Ley N. ° 28704, Decreto Legislativo N. ° 1244, Ley N. ° 30558, Ley N. ° 30838, Ley N. ° 29988, Ley N. ° 29423, Ley N. ° 28760, Ley N. ° 30364 y Decreto Ley N. ° 25475.

Luego se ha desarrollado los fundamentos que nos permiten afirmar que el Derecho Penal del enemigo es un modelo legítimo, las posturas divergentes y su cuestionamiento, justificando siempre las razones de la corrección de nuestra posición. También se abordó a los derechos fundamentales, los criterios que nos permitirán determinar su núcleo duro y los principios que lo informan (principio de lesividad, de humanidad, de resocialización, de igualdad, de culpabilidad y de proporcionalidad).

Hemos culminado el marco teórico, presentando nuestro aporte consistente en un Proyecto de Ley, de distinción entre enemigo y ciudadano, además de la exposición de nuestros motivos por la incorporación, modificación y derogación de las normas.



En el Capítulo III hemos formulado hipótesis, y presentado variables (independiente y dependiente), la definición operacional, así como los indicadores.

En el Capítulo IV, se ha abordado los diseños metodológico y muestral, las técnicas de recolección de datos (fichaje, encuestas, análisis documental y análisis de contenido), las técnicas estadísticas para el procesamiento de información y el aspecto ético.

Las validaciones de los instrumentos de investigación realizadas por expertos en materia penal y procesal penal, se ha presentado en el Capítulo V.

En el Capítulo VI, hemos expuesto los resultados, de las encuestas aplicadas a los operadores jurídicos (jueces, fiscales, abogados de procuraduría y abogados litigantes), para, posteriormente, identificar en la matriz de encuestas, la frecuencia y el porcentaje de cada resultado obtenido.

En el Capítulo VII se ha discutido, comparado los resultados obtenidos, con los criterios a favor y en contra esbozados a lo largo del contenido de esta tesis.

Por último, se presentan las conclusiones, recomendaciones y las fuentes de información (fuentes bibliográficas, digitales, legislativas, jurisprudenciales y trabajos de investigación) utilizadas para enriquecer esta tesis.

## **CAPÍTULO I**

### **PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

#### **1.1. Descripción de la situación problemática**

La modernidad ha traído como consecuencia inevitable el aumento del número de delitos, así como su sofisticación. Esto ha inducido a algunos técnicos a plantear una serie de posibles soluciones indistintas, cuyo factor común es la mayor drasticidad de las sanciones, debido a la ineficacia de las políticas criminales ejecutadas. Lo señalado es de fácil verificación, si consideramos los principales indicadores de inseguridad ciudadana a nivel regional del INEI, semestre agosto 2019 – enero 2020, en los cuales, el departamento de Lambayeque aparece con un índice de victimización del 15.5%, del cual el 19.7% fueron víctimas de entre 15 a 27 años, el 19.5% de 30 a 44 años, el 12.6% de entre 45 a 64 años y el 6.7% de 65 años a más. Aunado a ello, el 62,5% no denuncia, debido a que consideran que hacerlo es una pérdida de tiempo, el 10,0% por desconocer al delincuente y el 7,9% por tratarse de un delito de poca importancia (p. 33). En el campo dogmático, para dar solución a este problema, Günther Jakobs consideró correcta la aplicación de normas penales de guerra contra el “enemigo”, porque continuar con el Derecho Penal como tal, lo que denominó como Derecho Penal del ciudadano, no es un acierto, debido a que no reduce el número de delitos cometidos – considerando su gravedad-, sobre todo por el aumento del índice de sujetos reincidentes, así que postuló la presencia de un Derecho Penal excepcional (Derecho Penal del enemigo), para ser aplicado a ciertas sujetos que no podían mostrar la seguridad cognitiva de no cometer nuevos delitos. Este modelo intenta eliminar de la esfera de dominación jurídica al sujeto potencialmente quebrantador de la vigencia del ordenamiento legal. Al ser la criminalidad un fenómeno de alcance global tiene una relevancia real, sobre todo ahora, que los cimientos del Estado y de la sociedad son sacudidos a

diario por hechos ilícitos, desde los más comunes hasta los que requieren de una estructura organizativa para su comisión. Sin embargo, su supuesta ilegitimidad por la anticipación de las barreras de punibilidad, la supuesta desproporción de las penas, la disminución de las garantías procesales y el agravamiento de las reglas penitenciarias; aunados a la existencia de legislación en la que se aplica el Derecho Penal del enemigo, nos ha motivado a redactar una tesis, sobre ese tema, pero esos motivos no son los más importantes, si los comparamos con la pretensión de esbozar el futuro de esta ciencia si continuamos en ese camino, pues, la mayoría de autores que investigan y escriben sobre este tema complejo y discutible, han planteado que el modelo del enemigo es ilegítimo, y por tanto incompatible con las garantías de un Estado de Derecho. La objeción a este concepto descriptivo se sustenta en la siguiente pregunta: ¿Cómo se puede proceder ante la continua comisión de hechos ilícitos? Respondiendo que después de elevar en demasía las penas y no tener resultados favorables, llegará el momento de reflexión sobre las bases mismas del Derecho Penal y el papel que la ciudadanía toma para la creación de nuevas figuras. También han insinuado que no es más que una clase de Derecho Penal de “emergencia”, no tanto por las personas sobre las que reacciona y la drasticidad de sus sanciones, sino por lo que significa, un punto de ruptura e ineficacia del Derecho Penal. Así que, la figura planteada por Günther Jakobs, no es más que la demostración del fracaso del Derecho Penal. Aquel no debería existir si este último fuera capaz de regular y cumplir con su función preventiva, un deber ser que se ha convertido en un objetivo de difícil realización.

Consideramos que, es un error llegar a ese punto extremista y prejuicioso al que se ha arribado en la mayoría de las investigaciones. Y es allí, donde radica el porqué de esta investigación, que fue lo que impulsó a realizar estas líneas, pues, tanto el aumento del índice de comisión de delitos, y el modo cómodo con el que se pretende tratar a la realidad criminológica peruana, algo que no ha dado resultado, por lo que el criterio de eficacia de lo jurídico en lo social consiste el verdadero sentido de toda ciencia.

Otro aspecto relevante de esta situación problemática es el rol de la prensa, su influencia en los agentes políticos, y el influjo de estos en la expedición de legislación, específicamente en la creación del Derecho Penal simbólico dañoso. Los parlamentarios actuales buscan dar la impresión de tener un papel activo en la creación de normas, pero muchas veces consiguen solo eso, más no la verdadera y eficaz aplicación de la ley a casos que realmente lo ameriten. Lo dudoso y lo llamativo para esta investigación, es que los críticos viscerales de este concepto, consideran pernicioso la aparición y existencia de leyes penales simbólicas cuando en realidad es una tradición que ha existido en las demás especialidades del Derecho. Es alarmante que las medidas para combatir el delito no sean tan eficaces como se esperaba, y es más alarmante aún que aquellos que propugnaron dichas medidas, sigan defendiendo tal postura ineficaz, y no buscar otras opciones de política criminal que sean contrastables con la realidad criminológica peruana.

## **1.2. Formulación del problema**

¿En qué medida el Derecho Penal del enemigo, caracterizado por la anticipación de las barreras de punibilidad, desproporción de las penas,

disminución de las garantías procesales y agravamiento de las reglas penitenciarias; es legítimo en la legislación peruana?

### **1.3. Objetivos**

#### **1.3.1. General**

- Demostrar que el Derecho Penal del enemigo, caracterizado por la anticipación de las barreras de punibilidad, desproporción de las penas, disminución de las garantías procesales y agravamiento de las reglas penitenciarias; es legítimo.

#### **1.3.2. Específicos**

- Analizar por qué el Derecho penal del enemigo es legítimo y no constituye un peligro para el sistema jurídico peruano.
- Explicar por qué el adelantamiento de las barreras de punibilidad, una regulación propia del Derecho Penal del enemigo, es compatible con la función preventiva y protectora del Sistema Jurídico-Penal peruano.
- Explicar por qué el Derecho penal del enemigo es un concepto proporcional a la erosión de la seguridad cognitiva de los miembros del sistema social.
- Explicar por qué la disminución de las garantías procesales es proporcional con la peligrosidad del sujeto refractario y de su combate.
- Explicar por qué el agravamiento de las reglas penitenciarias es proporcional con la peligrosidad del sujeto refractario y de su combate.

## **1.4. Justificación de la investigación**

### **1.4.1. Importancia de la investigación**

La importancia de esta investigación se justifica considerando la realidad criminológica y jurídico-penal peruana. Los índices de criminalidad demuestran que la Política Criminal adoptada no es eficaz, que es necesario adoptar medidas más drásticas para disminuir el número de ilícitos penales, y así conseguir coherencia entre la Política Criminal y el aspecto social, sin embargo, consideramos que las normas con características propias del Derecho Penal del enemigo, deben ser aplicadas en aquellos delitos cuya comisión signifique una real afectación a la estabilidad estatal.

A nivel doctrinario, se han dado posturas respecto a la legitimidad o no del modelo de enemigo: Por un lado, se encuentra tanto el descriptor esta figura, como sus seguidores. Ellos propugnan la expulsión -de la sociedad- de sujetos que no muestran objetivamente la mínima seguridad cognitiva de que no cometerán otro delito y que se comportarán conforme a los cánones de la sociedad en la que se encuentran y desempeñan. Por otro lado, se encuentran los que consideran que el hecho de que la formulación descriptiva bajo análisis se encuentre en ciertas legislaciones, no demuestra su legitimidad y su pertenencia al Derecho Penal, pues según Zaffaroni (2006) no es más que la manifestación de la incoación de la imposición del autoritarismo por sobre el Estado de Derecho (p. 133).

### **1.4.2. Viabilidad y limitaciones de la investigación**

Se presentó una dificultad para la realización de la presente investigación: la imposibilidad de aplicar los instrumentos de investigación (cuestionario). Esto fue superado, a través de correos electrónicos y de la plataforma de Google Forms.

## **CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO**

### **2.1. Antecedentes de la investigación**

#### **2.1.1. A nivel internacional**

Al momento de realizar el acopio de información, pudimos obtener los siguientes trabajos de investigación, a nivel internacional:

1. Ríos Álvarez (2011). Tesis titulada: "Manifestaciones del Derecho Penal del enemigo en la Ley N.º 20.000", en la cual se arriba a las siguientes conclusiones: El hecho de que normas penales con características propias del Derecho Penal del enemigo estén reguladas en la legislación chilena, no significa, en absoluto que es legítimo y que forma parte del Derecho Penal. (p. 164). Además, refiere que cuestionar las bases mismas del Derecho Penal del

enemigo, por ser claramente vulneradoras de derechos fundamentales, también sería criticar el sistema dogmático en el que tal modelo tiene asidero, esto es el funcionalismo. (p. 165-166). Igualmente señala que, el Derecho Penal del enemigo le impide a la persona, ejercer la potestad de decidir qué clase de comunicación expresará, es decir, no le permite asumir una postura de respeto o no a la legitimidad del Derecho. (p. 168)

También concluye cuestionando la aseveración hecha por Schilling, cuando refiere que la omisión del Estado de no enfrentar eficientemente la inseguridad ciudadana sería un actuar pasivo e irresponsable (haciendo alusión a que la aplicación del modelo descriptivo y relativista sería la mejor forma de enfrentar eficientemente el aumento del crimen, demostrando por ello responsabilidad). El autor de esta tesis considera que ese criterio es erróneo, debido a que no debe alcanzarse la seguridad deseada reprimiendo a aquellos sujetos que no pueden ser reinsertados en la sociedad: enemigos. (p. 170-171)

2. Bravo Peña (2007). Memoria titulada: "Derecho penal del enemigo: ¿evolución o primitivismo del derecho penal?"

La autora considera que si bien el Derecho Penal del enemigo quebranta las bases de los Estados Democráticos (como el respeto de los derechos humanos), es la misma sociedad la que pide su aplicación para tratar de reducir los altos índices de criminalidad. Igualmente, refiere que la globalización ha contribuido



determinantemente a que este concepto penal se desarrolle a través de la instauración del sistema neoliberal. Además, concluye que (...) solo criminaliza a los más desfavorecidos, y es a ellos a quienes califica de enemigos, porque están más expuestos a la comisión de delitos. (p. 165-166)

3. Garrido Moreira (2008). Memoria titulada: "Comparación crítica entre el Derecho Penal del enemigo y el Derecho Penal liberal". El autor concluye que: El modelo bajo análisis es incompatible con el Estado de Derecho, pues pasa por alto las garantías fundamentales que este reconoce; y que es esencial, que, en su aplicación, se pueda reconocer con claridad meridiana al sujeto al que se pretende sancionar con tales normas excepcionales, es decir, postula que se debe determinar quién es el enemigo. (p. 76-77)

4. Miñán Lara, C. (2018). Tesis titulada: "Efecto de la aplicación del Derecho Penal del enemigo en el código orgánico integral penal del Ecuador año 2016". Aspecto metodológico: Enfoque cuantitativo, método científico, hermenéutico, analítico-sintético, deductivo-inductivo. El autor arribó a las siguientes conclusiones: La ciudadanía considera que se debe buscar la reinserción del agente delictivo a la sociedad y que la pena, en tanto es desproporcional, específicamente la de privación de la libertad, no asegura la no comisión de nuevos delitos, sino que vulnera derechos

fundamentales que protege la *Magna Lex* de Ecuador y los Tratados Internacionales, como el derecho a la no autoincriminación. Los resultados obtenidos de las fuentes utilizadas para la investigación, los operados judiciales aplican políticas criminales en base de la legislación ecuatoriana vigente, que presenta la vulneración de derechos, desproporción en la aplicación de la pena y en los beneficios penitenciarios, y vacíos legales. Por ello, recomienda prohibir aplicar el Derecho Penal del enemigo. (p. 86)

### **2.1.2. A nivel nacional**

Al momento de realizar el acopio de información, pudimos obtener las siguientes tesis, a nivel nacional:

1. Castro Calle (2018). Tesis titulada: “Legitimación de los discursos de emergencia y la tendencia hacia un Derecho Penal del enemigo en el Perú”. Aspecto metodológico: Investigación dogmática teórica, no experimental, transversal descriptivo-explicativa y de análisis cualitativo. El autor ha arribado a las siguientes conclusiones: Al ser la inseguridad ciudadana un mal que aqueja a las sociedades latinoamericanas –en mayor medida-, se deben aplicar políticas criminales más drásticas y diferenciadas a los enemigos, flexibilización de la imputación y el adelanto de las barreras de punibilidad. (p. 125)

2. Norabuena Rojas, J. (2015). Tesis titulada: “El Derecho Penal del enemigo y sus implicaciones sobre los principios constitucionales que rigen la justicia Penal Procesal y Sustantiva en el Perú”. Aspecto metodológico: Investigación jurídica dogmática normativa, no experimental, diseño transversal-explicativo. El autor concluye que:

El Derecho Penal del enemigo es un modelo que impone a las personas, una priorización de una aparente seguridad por la libertad, lo que causa una flexibilización de los fundamentos de un Estado Democrático de Derecho (principios de naturaleza constitucional del Derecho Penal y Procesal Penal) (p. 116).

4. Fernández Campusmana, J. & Olivera Mejía, R. (2019). Tesis titulada: “La severidad de las penas en la criminalidad en el distrito judicial de Lima sur – 2018”. Aspecto metodológico: Investigación de tipo básico puro (teórico), paradigma positivista, enfoque cuantitativo y diseño descriptivo correlacional. Los autores concluyen que: “De los resultados de la investigación se pudo observar que en un primer momento las penas fueron muy drásticas, pero que posteriormente la radicalidad disminuyó, pero que aun así no se cumple con la función resocializadora que la Constitución Política peruana le confiere a la pena.

Además, refiere que, en base a resultados estadísticos, de los 30 jueces encuestados la mayoría manifestaron que el incremento de las penas no solucionaría el problema del alto índice de criminalidad, que se requieren otras soluciones, debido a que la

pena ha perdido su fuerza disuasoria, y lo máximo que se podría esperar es que el número de delitos cometidos no aumente. (p. 71)

### **2.1.3. A nivel local**

Al momento de realizar el acopio de información, pudimos obtener las siguientes tesis, a nivel local:

1. Burga Montenegro (2019). Tesis titulada: “La aplicación del Derecho Penal del enemigo en la declaración como prueba anticipada en los casos de víctimas de violación sexual de menores”. La autora concluye que la declaración de un sujeto pasivo menor de edad en los casos de violación sexual no cumple con las características propias del modelo del enemigo (p. 76).  
Además, refiere que el uso de las Cámaras Gesell, mientras no existan otros mecanismos, deberá utilizarse bajo ningún supuesto de arbitrariedad, pues eso significaría llegar a aplicar el Derecho Penal del enemigo en el aspecto adjetivo del delito de violación de la indemnidad sexual de menores de edad. (p. 77)
2. Grández Rojas (2017). Tesis titulada: “Derecho penal del enemigo y la Política Criminal en el Perú”. Aspecto metodológico: investigación cualitativa, método inductivo-deductivo, exegético, analítico sintético, descriptivo explicativo, dogmático y dialéctico. La autora ha arribado a las siguientes conclusiones: El aumento de las penas constituye un claro ejemplo de la influencia de este

modelo descriptivo en la Política Criminal peruana, y esta a su vez del clamor popular que lo exige. (p. 132)

La consideración de la reincidencia y de la habitualidad como agravantes al momento de la imposición de una sanción penal, también es expresión del Derecho Penal del enemigo. Además, otra institución influida por este es la imprescriptibilidad de los delitos en nuestro ordenamiento jurídico, debido a que el enemigo sería procesado y sancionado penalmente en cualquier momento de su vida, generándole angustia y zozobra, algo que no se aplica al ciudadano al que sí se le protegen sus derechos fundamentales. (p. 132-133)

3. Santa Cruz García (2018). Tesis titulada: “La Política Criminal del enemigo aplicada en la lucha contra la criminalidad organizada”. Aspecto metodológico: Investigación mixta, teórica explicativa, inductivo-deductivo, exegético, analítico, sintético, descriptivo-explicativo y dogmático. La autora concluye que el modelo del enemigo es compatible con la finalidad resocializadora de la pena, aun cuando muestra una clara propensión a la erradicación del enemigo, como fuente de peligro (p. 109).

## **2.2. Bases teóricas**

### **2.2.1. Exp. N. ° 0003-2005-PI/TC y Exp N. ° 0014-2006-PI/TC**

Los fundamentos jurídicos que nos resultan provechosos para esta Tesis, es el N° 16 y el N. ° 04, en los cuales, el Tribunal Constitucional

realiza un análisis del Derecho Penal del enemigo, propiamente dicho, en los siguientes términos:

[la] “política de persecución criminal de un Estado constitucional democrático no puede distinguir entre un Derecho penal de los ciudadanos y un Derecho penal del enemigo; es decir, un Derecho penal que distinga, en cuanto a las garantías penales y los fines de las penas aplicables, entre ciudadanos que delinquen incidentalmente y desde su status en tanto tales, de aquellos otros que delinquen en tanto se ubican extramuros del Derecho en general y son, por ello, considerados ya no ciudadanos sino más bien enemigos. Para los primeros son aplicables los fines constitucionales de las penas antes aludidas, mientras que, para los segundos, no cabe otra alternativa más que su total eliminación. Evidentemente, esta concepción no puede ser asumida dentro de un Estado que se funda, por un lado, en el derecho-principio de dignidad humana y, por otro lado, en el principio político democrático”. (Tribunal Constitucional, 2005)

Sin embargo, consideramos que este fundamento es un error y dedicaremos todo el marco teórico para rebatirlo con doctrina, nuestros postulados y con el análisis de la legislación nacional con rasgos del Derecho Penal del enemigo, sin que esto signifique que nuestro sistema jurídico se haya vuelto un pandemónium, en el que se vulneren totalmente los derechos fundamentales de las personas, y que sea, por consiguiente, ilegítimo.

### **2.2.2. Dos polos de un solo mundo**

Ambos polos regulan dos campos de relaciones jurídicas diferentes, aunque esto no quiere decir que ambos no normen comunicaciones personales. Con esto pretendemos dar a entender que una de las dificultades de su aplicación será determinar qué criterios se utilizarán para distinguirlos plenamente.

Algunos consideran al Derecho Penal del enemigo como ilegítimo, muchas veces por no poder diferenciarlo del modelo del ciudadano, cuestionando, en base a ello, que el modelo del enemigo infecta lo que, durante siglos, los estudiosos del Derecho Penal han aportado.

Es por ello, que el maestro alemán Jakobs (2003) refiere que el peligro radicaría solo si no se delimita correctamente el modelo del enemigo con el del ciudadano (p. 42).

Nosotros, contrariamente a los más viscerales críticos, postulamos que considerar a este concepto como putrefacto, significaría sugerir que el Derecho Penal -si tomamos en cuenta su naturaleza coercitiva-, también lo es, pues las excepciones no existirían si la regla no tuviera vacíos que cubrir con aquellas.

Entonces, cuando hablamos del Derecho Penal del enemigo, lo hacemos a través de una concepción muy diferente a la que tiene el maestro español Silva Sánchez, quien manifiesta que el Derecho Penal del enemigo es una expresión de la expansión del Derecho Penal (tercera velocidad). Creemos que no significa eso, sino que es una regresión, entendida no tanto como desconocer avances, sino

como retomar el punto esencial, la naturaleza misma del Derecho Penal.

Aunque Silva Sánchez (2001) considere al enemigo como aquel sujeto que, manifiesta con su actuar en cualquier ámbito, su predisposición a continuar permanentemente fuera del alcance del Derecho (p. 164), somos de la idea que el enemigo, al haberse autoexcluido del sistema social, sin importar la duración de la tendencia a la transgresión, podrá también libremente, regresar a su anterior *status* de ciudadano, a través de la verificación objetiva de la cimentación de la seguridad cognitiva en la norma, que manifieste.

El modelo del ciudadano -entiéndase moderno- y no del enemigo, es la expansión misma del Derecho Penal como tal, maximalista e integrador de toda coyuntura y de peticiones muchas veces injustificadas, supeditado a la realidad social, lo que ha llevado a algunos a preguntarse si una ciencia debe ser tan voluble, como lo es el Derecho ¿tal vez el Derecho por su condición inestable, aún no tiene la calidad de ciencia? El método jurídico ha heredado los errores instrumentales del método sociológico, pero lo cierto es que la fase del Derecho Penal de expansión acelerada culminó. El modelo del enemigo no es más que el *big crunch* y no el *big bang* que manifiesta Silva Sánchez, aunque sí coincidimos con él cuando manifiesta que la aparente crisis del Derecho Penal puede ser el impulso para la mejora de esta ciencia, y no, como algunos académicos consideran, que se trate de un problema que implique una regresión (1992, p. 14).



En ese sentido, Demetrio Crespo (2004) manifiesta que las posturas contrarias entre sí se pueden sintetizar en la fórmula reduccionismo contra expansión, es decir, polemizando el entorno y los requisitos de lo que ahora se conoce como la «modernización del Derecho Penal» (p. 88).

Nosotros, por consiguiente, adoptamos una posición ecléctica dependiendo de las circunstancias político criminales dadas en una determinada época.

Consideramos que este proceso es circular y retroalimentativo, por lo que no podemos hablar de una expansión definitiva, ni de una contracción permanente, sino de etapas que son causa y efecto entre ellas, como proceso autopoietico constante, como lo es la relación libertad y seguridad. Entonces, para cumplir con esa constancia, es posible hablar de interrelaciones, no entre personas, no entre ciudadano y enemigo, sino entre significados en el mundo de la vida, que según Sánchez-Málaga Carrillo (2012), consiste en las interacciones subjetivas (que se puede sintetizar en comunicación) vinculadas al entorno empírico, con las cuales todos los miembros del sistema social manifiestan estar de acuerdo (p. 346).

Estas manifestaciones de expansión y retracción del Derecho Penal, describen un solo fenómeno, aunque diferentes tipos de comunicación personal. En tal sentido, esto permite entender que es posible que ambas manifestaciones se entremezclen, tanto aquellas que ven al sujeto refractario como una persona, como aquellas que buscan

combatir no a una persona sino a una fuente de peligros con efecto disuasivo (Jakobs, 2003, p. 22).

El Derecho Penal es el deber del Estado de coaccionar, para darle a su *corpus*, fundamento de permanencia. Con esto no pretendemos dar a entender que el modelo del enemigo, por el deber que tiene más no un derecho subjetivo de coaccionar, transgreda absolutamente todos los derechos del enemigo, sino los estrictamente necesarios para impedir que continúe con su peligrosidad delictual. En ese sentido, Jakobs (2003) refiere que el agente refractario, a pesar de considerarlo como tal, sigue siendo ciudadano en cualquier otro sector de la vida (p. 33).

Además, por el mismo hecho de que no se le ha despojado de todos sus derechos al enemigo, este todavía puede regresar al mundo de la vida, es decir, como persona que brinda seguridad comunicativa a los demás sujetos en cuanto personas.

Por tanto, consideramos que por muy estricta que sea una política criminal, sea en cuanto pena -si cumple con la función preventiva, protectora y resocializadora (Art. IX del Código Penal, 1991)- o como medida de seguridad (Art. IX del Código Penal), es constitucional y por consiguiente democrática.

La coacción no es comunicación instrumental, endógenamente no significa nada, solo coacción. La coacción tendrá significado únicamente cuando el receptor brinde una seguridad cognitiva, siendo esta la *conditio sine qua non* para la diferenciación entre ser estrictos

al momento de la imposición de políticas criminales o no serlo en igual medida para asegurar la vigencia de la norma.

El único significado exógeno que tendrá la coacción será la invitación de retorno al mundo de la vida, que, al no despojársele de toda su condición de persona al enemigo, lo podrá conseguir. En este aspecto coincidimos con Jakobs (2003), cuando refiere que el Estado limita su poder punitivo incluso cuando es libre de hacerlo, con el objetivo de dejar la posibilidad latente de que el enemigo regrese al mundo de la vida (p. 33). Por tanto, estamos en desacuerdo con el jurista alemán cuando manifiesta que la medida aplicada en contra del sujeto refractario solo trata de comunicar un sentido coactivo, y no otro (2003, p. 33).

Resumiendo lo presentado en este apartado, en el modelo del ciudadano se respetan todas las garantías reconocidas, limitadas por el principio de culpabilidad, pero solo para se aplica al individuo que incidentalmente se ha apartado del ordenamiento jurídico (Muñoz Conde, 2003, pp. 64-65), mientras que el concepto descriptivo de enemigo se encuentra basado en el peligro potencial del agente refractario y que permanentemente se encuentra alejado del Derecho, cuestionando su poder coercitivo y vigencia (Muñoz Conde, 2003, p. 65).

### **2.2.3. Persona contra enemigo**

La distinción entre persona (ciudadano) e individuo (enemigo) encuentra asidero en la conceptualización que Niklas Luhmann realiza

en su Teoría de Sistemas, en la cual, a su vez, realiza una diferenciación entre sistema y entorno. Esta distinción encuentra asidero en el concepto de forma de George Spencer Brown, a la que alude Luhmann (2006):

Toda distinción representa al mundo en la medida en que su otro lado carga con aquello que todavía no ha sido señalado. “*Distinction is perfect continence*”, se dice de manera lapidaria en Spencer Brown. Las distinciones practican el autodomínio: se ahorran las referencias externas porque ya las contienen en su otro lado. (p. 38)

En el sistema se realizan expresiones de sentido, generadoras de mecanismos que aseguran la permanencia del sistema, y esta permanencia asegura, a su vez, los mecanismos que causan la constancia de reproducción del sistema. Estos mecanismos, no serían otros que la manifestación simbólica de autorreferencia, la comunicación, causante que el sistema se caracterice por ser de naturaleza autopoietica.

Esta distinción solo tendría cabida en un modelo de funcionalismo sistémico, en donde un sujeto es persona o individuo, dependiendo si el agente es generador de procesos comunicativos relevantes para la reproducción del sistema. En ese sentido, Villa Stein (2009), manifiesta que el funcionalismo deslinda del enfoque netamente personalista del Derecho Penal, para recién auxiliar al sistema social (p. 25).

Así como el Derecho, Religión, Política, etc. sean sistemas parciales, dentro de estos, habrá subsistemas, parcelas, que fácilmente pueden demostrar que un sujeto puede ser individuo en algunos escenarios del Derecho, mientras que en otros es una persona. Siendo completamente factible que dichas características recaigan a la vez en un solo sujeto. Consideramos que creer que el concepto descriptivo bajo análisis, despersonaliza a una persona de todo lo que le hace ser tal, es un error, pues solo será considerada enemigo en el subsistema, en el que demostró, con su actuar, inseguridad cognitiva, frente a las demás personas.

El concepto de enemigo viene a cumplir un rol puramente descriptivo, calificativo de la forma, es decir, de la separación distintiva entre sistema y entorno, se complementan y se define autorreferencialmente uno respecto al otro. Pero el término "forma", al cual hemos apelado en este apartado, tiene su razón de ser, y cumple su propia función dentro del modelo funcionalista, con lo que pretendemos apelar al análisis de esta categoría y no sensibilizarnos con el mero uso del vocablo.

Consideramos que modelo del enemigo, al ser la forma que distingue entre sistema y entorno, permite delimitar el otro concepto subyacente, logrando que se convierta el Derecho Penal del ciudadano en una categoría más garantista.

Al ser el concepto de enemigo y el de ciudadano, en palabras de Jakobs, dos polos de un solo mundo, realizamos una indicación y una

distinción a la vez, pues cuando confirmamos la tesis de que el Derecho Penal del enemigo es legítimo (y no si existen normas de dicho modelo en la legislación peruana, lo cual resulta evidente), lo que se buscó con su postulación es clarificar y delimitar sus contornos entre los conceptos y circunstancias que permiten distinguir entre ciudadano y enemigo, por lo que no se pretende crear conceptos, sino, especificar sus propios términos, lo que permitiría mejorar la otra parte de la forma, que sería el Derecho Penal del ciudadano.

Al apelar al modelo funcionalista radical, para poder describir a tal modelo, no se puede establecer que el término enemigo, sea arbitrario, elegido al azar, sino más bien como se dijo *supra*, sirve para llenar el vacío conceptual en su calificación. Incluso, ni siquiera el término “persona” es entendido desde una perspectiva naturalística, sino solo como un concepto normativo, siendo, por consiguiente, entendible que la definición de enemigo sea también funcional, y no estigmatizante.

Basta con revisar la historia del uso del término “enemigo”: Derivada de “in-amicus”- (raíz latina), era neutral, pues solo se lo utilizaba para hacer referencia a la persona que no se encontraba vinculada por una obligación de cualquier tipo. Luego pasó a significar persona que había cometido un ilícito grave contra el familiar de otro ciudadano (ámbito privado). Posteriormente, se lo relacionó con el adversario de guerra (ámbito público), adquiriendo de esta forma su noción bélica. Hasta finalmente considerarse enemigo, a todo individuo que es contrario a algo.

Es por ello, que el modelo del “enemigo” tiene muchos críticos viscerales, porque consideran que pretende crear una nueva rama del Derecho Penal, desconociendo que solo se está describiendo categorías o leyes ya existentes, así como lo es la noción de inimputable.

Tampoco se pretende dejar sin garantías, al sujeto que no brinda seguridad cognitiva alguna, debido a que nadie tendrá la calidad de enemigo totalmente, pues, siempre se le reconocerán otros derechos y garantías que el ciudadano tiene, solo que, en otra parcela, diferente en la que se apartó de la norma permanentemente.

De lo expresado, podemos colegir que el concepto de “enemigo”, coincidiendo con Polaino-Orts (2006), cuenta con las siguientes características: científicidad, descriptividad, neutralidad valorativa, relativismo, autoexclusión potestativa, eventualidad temporal y proporcional. (pp. 93-102)

Se dice que es un término científico, porque apela a la observación, para la captación del fenómeno objeto de estudio, y además porque el resultado del razonamiento guarda relación con otros términos de naturaleza funcional, como lo son el concepto de persona y el de individuo.

Es descriptivo, pues el fenómeno que se pretende explicar ya existe, por lo que el término “enemigo” no busca ser constitutivo de normas de este tipo, solo pretende exponer normas jurídicas presentes en ciertas legislaciones, estudiarlas y delimitarlas. Ni siquiera pretende

valorar un tratamiento penal, solo desarrolla una descripción objetiva y neutral de la percepción.

Además, se señala que es un concepto relativo, toda vez, que el enemigo, solo tendrá esa condición en el subsistema en el cual el individuo no muestra un aseguramiento cognitivo de respetar a los demás como personas. Mientras que, en cualquier otro ámbito, seguirá teniendo personalización.

Otra característica del concepto de enemigo es la autoexclusión potestativa. Para que haya expresiones de sentido en el sistema, la operación autopoietica de la comunicación es la capacidad de autodeterminación, por lo que, así como es libre de seguir las directrices del sistema jurídico o de negarle su valor a esta; el individuo se autoexcluye voluntariamente, para pasar a pertenecer al entorno. Pero así, como tiene la libertad de dejar de pertenecer al sistema, a través del déficit de garantía cognitiva, no deja de tener libertad, por lo que será plenamente posible que pueda retornar a él (eventualidad temporal), de una manera tan simple como es apegar su comportamiento a los lineamientos que el sistema jurídico establece, prestando la seguridad cognitiva necesaria para ser tratado como ciudadano (Polaino-Orts, 2006, p. 100).

Y, por último, es proporcional porque las medidas aplicables serán idóneas y necesarias para avalar la seguridad cognitiva de todo miembro de la sociedad, y de esta forma, las relaciones sociales sean



confiables y no fuentes de peligro para los derechos de las demás personas y del propio sistema jurídico.

Además, se discute la desproporcionalidad del modelo del enemigo - en la aplicación de la pena-, en su manifestación abstracta, más no concreta, lo que nos exige hacer ciertas precisiones al respecto. La proporcionalidad abstracta consiste en aquella que es considerada por el legislador en la creación de las leyes penales (García Caveró, 2019, p. 189), a diferencia de la proporcionalidad concreta que es establecida por el juez de acuerdo con las peculiaridades de lo concreto.

En este caso, la verificación de la proporcionalidad se realizará considerando la conminación penal y el hecho ilícito cometido, siempre tomando en cuenta el bien jurídico vulnerado y el nivel de agresión. Además, los límites mínimos y máximos de la pena abstracta se determinarán en base a la teoría de la escala de gravedad continua, esto significa que se establecerán haciendo una prognosis de la pena que se le impondría al sujeto activo del delito dependiendo de la más leve hasta la más grave afectación del bien jurídico tutelado.

Pero si aún se considerara desproporcionada la pena abstracta, el juez, en virtud de los Arts. 45°, 45°-A y 46° CP. realizará una ponderación de acuerdo con las características particulares del agente y del contexto en que se ha realizado el ilícito penal, siendo, por consiguiente, un filtro para la aplicación de una pena proporcionada.

Ya el Acuerdo Plenario pronunciado en el IV Pleno Jurisdiccional Penal Nacional, celebrado en Chiclayo el año 2000, hace referencia a los criterios que los jueces en materia penal deberán utilizar para concluir que la pena es proporcional al delito cometido:

a) Importancia o rango bien jurídico protegido, b) gravedad de la lesión al bien jurídico protegido, c) acto social del hecho cometido (grado de nocividad social de la conducta incriminada), d) los diferentes medios de comisión del hecho punible, e) el grado de ejecución del hecho punible, f) el grado de intervención delictiva, g) las condiciones personales del agente (edad, estado mental del agente, responsabilidad penal restringida, grado de educación, ocasionalidad versus habitualidad), h) el comportamiento de la víctima, i) el comportamiento del autor después del hecho. (Corte Suprema, 2000, FJ. Cuarto - Tema 1)

El TC., se ha pronunciado al respecto en las sentencias N. ° 010-2002-AI (“Caso Marcelino Tineo Silva y más de 5,000 ciudadanos” - 03 de enero de 2003), N. ° 0012-2006-PI (del 15 de diciembre de 2006) y en la N. ° 0014-2006-PI (“Caso Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima” - 19 de enero de 2007), en cuyo fundamento jurídico N. ° 35, señala que:

[el] principio de proporcionalidad significa que las penas establecidas por el legislador aplicables a las conductas delictivas no deberían ser tan onerosas que superen la propia gravedad del delito cometido, ni tan leves que signifiquen una infrapenalización de los delitos y una desvalorización de los

bienes jurídicos protegidos que fueren afectados. (Tribunal Constitucional, 2006)

#### **2.2.4. “Enemigo” ¿concepto peyorativo?**

Consideramos que el modelo del enemigo, no solo es rechazado por el calificativo utilizado -supuestamente despectivo-, sino más bien, porque representa el concepto más profundo del fracaso del Derecho Penal ordinario.

Varios autores han realizado especificaciones previas en las que manifiestan que el término enemigo es rechazado no solo por su carácter peyorativo, sino también por la carga histórica que ha tenido este término en los diferentes países dictatoriales del mundo, en los que se consideraba enemigo a aquel que su ideología era contraria a la del gobierno de facto. Así lo han entendido varios estudiosos como Gracia Martín (2005), quien sostiene que denominar a esta manifestación como Derecho Penal del enemigo, induce desde ya al repudio emocional sobre todo en aquellas sociedades de naturaleza democrática, sin siquiera llegar a analizar sus fundamentos (p. 3).

Sin embargo, los fantasmas del pasado causan que el uso del término “enemigo” sea rechazado, no sin fundamento, pues si consideramos algunas dictaduras, como la dictadura cívico-militar argentina de 1966 (llamada “Revolución Argentina”), presidida por los Generales Juan Carlos Onganía, Roberto Marcelo Levingston y Alejandro Lanusse; la dictadura chilena de 1973 (denominada “Régimen Militar”) liderada por Augusto Pinochet; el fascismo dictatorial de Francisco Franco de 1939,

período en el cual se expidió la “Ley de represión de la masonería y el comunismo” (1940); o el Proyecto de Ley del Nacionalsocialismo “sobre el tratamiento de los extraños a la comunidad”, en todos estos casos se pueden observar las características propias del modelo del enemigo postulado por Günther Jakobs, incluso para hallar los fundamentos de la legitimidad de la Segunda Guerra Mundial (Palacios Valencia, 2010, pp. 23-24). Todas ellas tenían en común que consideraban como enemigos a aquellas personas que se separan de su doctrina, por lo que las normas penales más estrictas les eran aplicables. Por eso, no le falta razón a Gracia Martín (2005) cuando refiere que los gobiernos dictatoriales estigmatizan a los adversarios señalándolos como enemigos y ejecutando en su contra estrategias de guerra (p. 3-4).

Conociendo los antecedentes históricos o la realidad actual de algunos países como por ejemplo Corea del Norte, que es comprensible el temor al autoritarismo, por medio del Derecho Penal, sobre todo en las sociedades democráticas occidentales en las que se ha sufrido para librarse del yugo opresor del totalitarismo gubernamental y jurídico-penal, en las que el valor libertad y el respeto de la dignidad humana se ha vuelto vital en toda república democrática y constitucional, como la peruana.

A esto cabría agregar la adopción de estos regímenes democráticos de Tratados Internacionales, en los que los Derechos Humanos son el fin supremo del Derecho Internacional. Un ejemplo de ello, es el caso peruano, cuyo artículo 55° de la Constitución Política vigente establece

que “Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional” (Constitución, 1993); y la Cuarta Disposición Final y Transitoria del mismo cuerpo normativo, con el tenor siguiente: Las normas relativas a los derechos y a libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú. (Constitución Política, 1993).

Otra de las consideraciones de los críticos del concepto descriptivo analizado, es que creen que su aplicación será autoritaria, incluso tiránica, sin embargo, el hecho mismo de que se llame Derecho Penal, manifiesta que su aplicación siempre estará supeditada al Principio de Legalidad (*lex praevia, lex scripta, lex stricta* y *lex certa*. Además, el hecho que se trate de esquematizar el modelo del enemigo, involucra una conducta basada en pautas y no en un comportamiento arbitrario (Jakobs, 2003, p. 22).

El modelo del enemigo tiene justificación para que sea legítimo, contrariamente a las críticas que se le realizan -mucho antes de pasar a analizar su contenido- por el simple hecho de utilizar el término “enemigo” para describir una manifestación del Derecho Penal. Esto ha sido verificado por diversos autores, como Gracia Martín (2005) que considera que cuando se alude al Derecho penal del enemigo como expresión, causa prejuicios por la ideología política y emotiva que contiene el término enemigo (p. 3). Motivo por el cual, Jakobs obvió la referencia a Schmitt, en su trabajo sobre el tema, debido a que

hubiera sido muy cuestionable la similitud entre ambos fundamentos, sobre todo cuando Schmitt fue relacionado a la Alemania nazi (López Capdevila, 2015, p. 23).

#### **2.2.5. El fin de la pena**

El fin que cumple la pena en el modelo del ciudadano, es diferente, al fin que tiene en el concepto del enemigo. La finalidad que persigue el primero es asegurar la plena vigencia de la norma, mientras que la finalidad de la pena y medidas de seguridad en el segundo modelo es inocular potenciales peligros.

Es evidente el hecho de que no se le priva de todos sus derechos en cuanto persona al enemigo, toda vez que la pena es el instrumento aplicable a actos de comunicación, es decir, hechos llenos de significado, por lo que se manifiesta que el enemigo, aun teniendo esa condición, no pierde totalmente su estatus de persona y por tanto sigue siendo, en cierta medida, un ser socialmente competente, *a contrario sensu*, el maestro alemán Günther Jakobs (2003) manifiesta que la pena ejecutada en contra del sujeto refractario solo trata de comunicar un sentido coactivo, y no otro, justamente por haber perdido su calidad de ciudadano (p. 24).

Nosotros, en cambio, consideramos que ningún agente delictivo, por muy enemigo que sea, es privado de toda su calidad de persona, debido a que, si eso sucediera, se desnaturalizaría al Derecho Penal, pues tendría que reaccionar a acciones o hechos que no portan ningún tipo de significado comunicativo. El Derecho Penal solo reacciona ante

un hecho que significa algo, esto es, el quebrantamiento eventual de la norma (en el caso del concepto del ciudadano) o en el impulso permanente de no actuar conforme a Derecho (modelo del enemigo). En ese sentido, Jakobs manifiesta que el enemigo sigue siendo competente para el Derecho pues el supuesto de hecho como la consecuencia jurídica interactúan simbólicamente, y el individuo aún es considerado como persona, por lo que sería necesario contradecir su contravención al Derecho (Jakobs, 2003, p. 23).

## **2.2.6. Consideraciones ius-filosóficas**

### **2.2.6.1. Rousseau**

El polímata suizo Jean-Jacques Rousseau empieza una de las más grandes obras del siglo XX manifestando que el ser humano, a pesar de ser libre por naturaleza, se encuentra ahora encadenado. Desconoce el efecto que haya producido considerar que aun cuando algunos seres humanos que encadenan siempre serán esclavos de una u otra forma (1762, p. 4). En cambio, nosotros estimamos que podemos dar respuesta a este asunto.

Desde tiempos inmemoriales ha existido el binomio libertad-seguridad. Creemos que el hombre no es libre porque siempre ha existido una preferencia por la seguridad, sobre la libertad, para mantener vigente el contrato social, y, por consiguiente, darle fundamento de perennidad al Estado.

La razón de esta preferencia es la misma justificación que se tuvo para construir una gran estructura o entramado legislativo, esta es, el impulso natural negativo del ser humano. Pero cómo es que se ha producido este cambio, va más allá de este binomio.

Si bien la obra 'El contrato social' se publicó en el año 1776, consideramos que ya entonces existían rasgos sociales de aprisionamiento, que le podemos atribuir a la Revolución Industrial, que si bien se dio entre los años 1820-1840, ya en la fecha de publicación de esa obra, las sociedades que pertenecieron a la etapa pre-Revolución Industrial ya empezaban a mostrar rasgos de encadenamiento, generando desde entonces, un mayor deseo de adquisición y posesión, algo que años antes era impensable, sobre todo porque en ese momento la mano obrera era el principal instrumento de transformación. Creemos que Rousseau lo vislumbró porque en ese entonces aún no estallaba la revolución, y para ese tiempo era impensable. Tampoco los filósofos clásicos avizoraron el cambio tan radical que empezó en 1820.

Ante este cambio, la sociedad ha ido por el camino del avance tecnológico, permitiéndole a la raza humana disfrutar de grandes invenciones y de comodidades para hacer la vida más fácil, sin embargo, ante la brecha de desigualdad y conforme a la anomia de Émile Durkheim, podemos expresar con acierto que la anomia se produce por la imposibilidad de



acceder a lo que otro sector de la población puede acceder, generando mayor índice de criminalidad. Por consiguiente, la preferencia de la seguridad sobre la libertad es cada vez mayor. Sin embargo, esta preferencia ya no debe de parecer escandalosa, sobre todo si recordamos que ya hemos renunciado a nuestra libertad para poder acceder a otros servicios que consideramos necesarios, pero menos importantes que la conservación de los contratantes.

Por tal razón, estamos de acuerdo con Rousseau (1762) cuando considera que la finalidad del contrato social es lograr la supervivencia de los miembros del acuerdo social. Incluso señala que quien trata de conseguir la finalidad perseguida y lo hace por cualquier medio, el individuo debe hacerse cargo también de riesgos y pérdidas de su uso (p. 43). Con esto pretendemos dar a entender que, ante mayor índice de criminalidad, los riesgos y pérdidas a los que se refiere Rousseau serían restringir, más no eliminar, la libertad a fin de que la seguridad esté garantizada.

La mayor demanda de obtención (bienes/servicios) por la población, sumada a la imposibilidad, por parte del Estado, de brindarles a todos los ciudadanos las mismas oportunidades de acceso a aquellos, además de la preferencia actual de la libertad en perjuicio de la seguridad, han hecho que la libertad sea usada para poner en tela de juicio la seguridad normativa.

Para Rousseau la libertad de unos jamás debería pesar más que la seguridad de muchos, por lo que considera que:

[quien] quiere conservar su vida a costa de los demás debe también darla por ellos cuando convenga: y como el ciudadano no es juez del peligro a que la ley le expone; cuando el soberano le dice, conviene al Estado que tú mueras, debe morir, pues sólo con esta condición ha vivido con seguridad hasta entonces, y su vida no es ya solamente un beneficio de la naturaleza, sino también un don condicional del Estado. (1762, p. 43)

El malhechor que vulnera el sistema jurídico penal, cuestionando su vigencia y demostrando su ineficiencia, no puede esperar ser tratado igual que un ciudadano apegado a derecho, por el mismo sistema que el mostró como ineficaz. Por tanto, el sujeto que no muestra la seguridad cognitiva de apegarse a la norma deja de pertenecer a la comunidad, al no respetar el contrato social que él mismo postula para ser tratado como ciudadano. En ese sentido, Rousseau considera que la:

conservación del Estado es incompatible con la suya; fuerza es que uno de los dos perezca; y cuando se hace morir al culpable, es menos como ciudadano que como enemigo. El proceso y la sentencia son las pruebas y la declaración de que ha roto el pacto social y de que por

consiguiente ya no es un miembro del Estado. (1762, p. 44)

#### **2.2.6.2. Fichte**

Fichte (el padre del idealismo alemán), al igual que Jean-Jacques Rousseau, aborda el problema a través de una perspectiva contractualista, pero hace referencia a la contribución permanente y no única, en la que por el hecho de ser persona uno implícitamente forma parte de un contrato social. Además, Rousseau considera que el malhechor tiene que sucumbir ante la protección de los demás que brinda el Estado. Fichte, desde otra perspectiva, cree que la persona siempre ha estado condicionada por la norma y que, si llegara a contrariarla, el Estado elegirá asegurar a los demás, desvaneciéndose la pretensión del sujeto refractario (entendido este como aquel individuo que lesiona o hace peligrar la fuerza de la norma) de continuar con el contrato de protección, a cambio de cuotas de libertad. Si contribuye permanentemente con el aporte total de su patrimonio, lo perderá si es que ya no cumple con esta contribución (Fichte, 1796, p. 269-270).

Además, el contrato social tiene el fundamento del ser de los individuos adoptantes, mientras que estos tienen el fundamento del ser del contrato social; siendo este circuito constante, garantizándose a sí mismo. Cuando se produce el

acto refractario en él, simplemente el individuo actuante no solo deja de mantener una relación jurídica con el propio sistema, sino que no puede mantener relación jurídica alguna, pues el circuito se cerró y continuó con su constancia.

Quien participa en el flujo permanente de relaciones jurídicas, debe respetar al contrato social absolutamente, sin medias tintas, o respeta el sistema jurídico penal o es un enemigo que constantemente atenta contra su vigencia. Así lo ha comprendido Fichte (1796):

[Quien no lo cumple], no está incluido en él, y quien está incluido en él lo cumple necesaria y enteramente. Quien no participa en él, no participa en ninguna relación jurídica, y está legítimamente excluido y a todos los efectos de la acción recíproca con otros seres semejantes en el mundo sensible". (p. 270-271)

Consideramos al contrato social, no como un simple mecanismo de retribución, sino más bien como el núcleo de un sistema jurídico autopoietico, que por sí mismo crea sus propios elementos y estructuras que le permiten subsistir, formándose, de esta forma, un cuerpo normativo autorreferencial.

El sistema jurídico, como organismo autopoietico, fundamenta operaciones producidas por él mismo, creando conexiones con otras operaciones y previendo posteriores operaciones

de su propia organización. Pero con esto no quedan establecidas todas las condiciones de existencia del sistema. En ello radica lo esencial de la materia organizada y no como cree Fichte (1796), que lo determinante de cualquier sistema no se encontrará en ninguna parte, independientemente considerada (p. 272), cuando lo esencial, como lo acabamos de advertir, radica en el mismo sistema y no en elementos exógenos. Es evidente que el sentido se mantenga en los elementos y estructuras del sistema autopoietico - jurídico, y no fuera de estos, por consiguiente, el último acto comunicativo que tendrá el agente refractario con el Derecho, será el de no sentirse representado en las múltiples relaciones jurídicas que se dieron en el mundo de la vida, posteriormente a ello, no habrá comunicación ni sentido, en cuanto producto de las relaciones jurídicas, sino solo un contrato que en palabras de Fichte se denominaría como penitencia (para atenuar la muerte civil, salvo en caso del asesinato premeditado). Por ello, considerando tanto la teoría contractualista como la teoría de sistemas, advertimos que no se permite que un sujeto esté para la representación de algunas relaciones jurídicas dentro del sistema comunitario legal, mientras que para la representación de otras se encuentre fuera de él, desnaturalizando con su impulso el orden social. Además, respecto al aislado y al ciudadano:

El primero, obra exclusivamente para satisfacer sus necesidades, y ninguna es satisfecha si no es por su propio actuar; lo que es exteriormente, lo es sólo por sí. El ciudadano, en cambio, tiene diversas cosas que hacer y que dejar de hacer, no por mor de sí mismo, sino por el bien de los otros; a la inversa, sus necesidades más importantes son satisfechas sin su intervención, gracias al actuar de los otros. (Fichte, 1796, p. 272)

### **2.2.6.3. Hobbes**

El filósofo inglés, considerado como uno de los pensadores que más influyó en la filosofía política moderna occidental, aborda esta problemática no solo desde una perspectiva contractualista, sino también desde un enfoque de protección institucional. Con esto pretendemos dar a entender que expulsar al enemigo del mundo de la vida, significaría atentar contra la propia estabilidad estatal, en otras palabras, el método de conservación del sistema jurídico autopoietico representaría también un mecanismo de autodestrucción. Por lo que solo se justificaría esta auto aflicción cuando el acto del enemigo signifique una mayor afectación al Derecho que el propio mecanismo salvaguarda. El único caso en el que se aplicaría (según Hobbes) sería en el delito de rebelión pues esta es una gran ofensa al Estado, contraviniendo su poderío, recayendo de esta forma en un estado de naturaleza, siendo por ello ya no un subordinado, sino más bien un enemigo del

Estado mismo (Hobbes, 1651, p. 135). Ferrajoli (1995) concuerda con lo expuesto por Hobbes, cuando manifiesta que la confrontación contra el enemigo solo se da si este amenaza la perennidad estatal y no ante cualquier clase de amenaza o transgresión (p. 829).

El ciudadano al contar con personalidad puede expresar sentidos comunicativos, sea tanto para la conservación de la sociedad, como para desprenderse de ella, siendo completamente competente para eliminar su propia condición de ser a la del deber ser. No debe parcializarse el sentido de la comunicación, debido a que, si se le reconoce la calidad de sujeto de derecho al ciudadano, lo será en cualquier manifestación que pretenda dar, aun cuando esto signifique cuestionar la identidad normativa de la sociedad. En ese sentido, discrepamos de Hobbes, toda vez que considera que debe dejarse al agente refractario con su estatus de ciudadano, pues es incapaz de eliminar, por sí mismo, dicha condición, salvo, como lo dijimos en el caso de la alta traición.

El contrato de sumisión al que alude Hobbes, no debe ser entendido simbólicamente, en el sentido de no perturbación al aparato estatal, en su proceso de autorreproducción por parte de los miembros del sistema social (Jakobs, 2003, p. 28-29), sino más bien, como una figura que brinda conocimiento sobre las características políticas de un Estado en un determinado tiempo y lugar; pero, sobre todo, como el núcleo

autopoiético generador de diferenciación entre sistema/entorno, donde el enemigo, si bien permanece produciendo comunicación lo hará en el entorno más no en el sistema.

Para Hobbes, en conclusión, es enemigo todo sujeto que trata de regresar al estado de naturaleza a todos los individuos. Esto solo se logra si no se subordina ante la autoridad, lo que significa que el contrato para él no se encuentra vigente (Zaffaroni, 2012, p. 3).

Nosotros consideramos que el solo hecho de aplicar el Derecho Penal, debería significar de por sí, la eliminación del estatus de ciudadano, pues como advertimos *supra*, el Derecho Penal solo debe regular aquellos delitos que realmente pongan en peligro la vigencia del sistema jurídico penal, y no delitos que pueden ser abordados en otras especialidades del Derecho.

En el modelo del enemigo, se aplica de manera absoluta y todo aquel que sea un peligro para la vigencia social será expulsado del mundo de la vida, sin importar su estado o condición. Sin embargo, esto no tiene que ser necesariamente malo, sobre todo si consideramos que todo enemigo todavía contará con garantías del Derecho Procesal penal, y que el término derecho, significa un sistema de legitimación, evitando que se convierta un Estado



Constitucional de Derecho en una tiranía, evitando, por tanto, el abuso del poder o la eliminación total de todas las garantías y derechos del sujeto procesado o condenado. En ese sentido, nos mostramos en desacuerdo con el planteamiento de Zaffaroni (2012), cuando manifiesta que:

“...el estado absoluto elige a sus enemigos, y no sólo puede construir un derecho penal de enemigos, sino que, llevando al extremo este planteamiento, legítimamente podría derivarse de él que esta elección de enemigos es de la esencia de su poder y, por ende, en ella radica la esencia de la política misma, siempre desde la perspectiva del estado absoluto”. (pp. 3-4)

#### **2.2.6.4. Kant**

Este filósofo alemán, considerado uno de los máximos representantes de la Ilustración, aborda esta temática desde la perspectiva contractualista (fundamenta el uso del poder, así como sus límites dentro de un Estado de Derecho, a través de una relación de dar y recibir), al igual que Rousseau, Fichte y Hobbes, pero se distingue de estos, en que su planteamiento ubica la discusión entre el paso de la naturaleza al mundo de la vida.

El planteamiento de Kant se basa en que el Estado no es el único que puede obligar a cualquier ciudadano a continuar por el sendero de la legalidad, sino también lo puede hacer

cualquier persona que se encuentre en él, en el mundo de la vida, es decir, siendo sujeto emisor y receptor de relaciones jurídicas con sus pares.

Esta fuerza obligatoria que puede ejercer cualquier ciudadano se utilizará también para exigir que el sujeto refractario retorne al estado comunitario-legal, pero ¿qué hacer si el agente peligroso, incluso con ello, no pretende volver a su condición primigenia? Entonces, Kant (1790), plantea que solo se puede proceder de manera confrontacional, si:

aquel ser humano o pueblo que se halla en un mero estado de naturaleza me priva... [de la] seguridad [necesaria], y me lesiona ya por ese estado en el que está a mi lado, si bien no de manera activa (...) sí por la ausencia de legalidad de su estado (...), que me amenaza constantemente, y le puedo obligar a que o entre conmigo en un estado comunitario-legal o abandone mi vecindad. (Jakobs, 2003, pp. 30-31)

Por consiguiente, aquel que no brinde la mínima seguridad cognitiva de que no seguirá contraviniendo la norma, deberá ser expulsado o enviado a un estado de permanente custodia, y además tratado como sujeto refractario. Pero esto no significa que aquel que nunca se vinculó con el estadio comunitario legal no podrá ser expulsado de él porque nunca estuvo en ese estadio. Este argumento cronológico lo

apreciamos como un error, porque estará vigente desde que el sujeto adquiere por vez primera derechos y deberes, hasta su incapacidad permanente o hasta su expulsión del sistema jurídico. Además, en palabras de Ruíz Miguel (2013), Kant considera a la dignidad como un subtipo de ética que le permitiría al ser humano superar impulsos, consecuentemente el hecho de que se nazca digno, nunca se lo será en la misma medida (p. 75).

### **2.2.7. Sociedad del riesgo y seguridad ciudadana**

El primero en denominar a la sociedad actual -considerando la complejidad de las relaciones interpersonales, los avances tecnológicos y el estructuralismo- como sociedad del riesgo, fue Ulrich Beck en su obra pionera 'Sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad', en la que refirió que los eventos que aparecieron en la década de los 70, pertenecían a una forma novísima de ordenación social.

Si bien la sociedad contemporánea se caracteriza por los avances tecnológicos -que, sin duda, han traído consigo una mejora en las condiciones de existencia de los seres humanos-, a cambio de ello soportamos más riesgos que los ciudadanos de sociedades de siglos pasados. Lo manifestado se puede corroborar fácilmente, aunque no sus consecuencias, por lo que nos corresponde hacer ciertas precisiones.

Considérese en un primer momento a la economía, el poder de adquisición y la creación del enemigo:

Los avances tecnológicos han aumentado el deseo de adquisición de las personas. Si este escenario se da en un país donde radica la desigualdad, los más pobres buscarán hacerse de los medios necesarios para satisfacer las necesidades que el mismo sistema con su propio aparato tecnológico le ha creado, y ante la ausencia de oportunidades, lo conseguirán, pero apartándose permanentemente de la norma, sin la más mínima seguridad cognitiva. Mientras que los más favorecidos, accederán a mejores oportunidades de superación, aunque esto también signifique la sofisticación del delito.

Todo ello se puede sintetizar en que, mientras mejor sea la economía en un país de desigualdad, mayor será el riesgo de apartarse de la norma, por consiguiente, los inconvenientes respecto la distribución de la sociedad de la carencia son reemplazados por los problemas causados por la distribución de los riesgos de la sociedad tecnificada (Beck, 1998, p. 25).

Pero todo lo manifestado *supra*, no sería de mucha ayuda, si es que el riesgo no fuera uno de los criterios que determinan el umbral de aplicación del Derecho Penal del enemigo.

Parafraseando a Mendoza (2001), son tres los elementos característicos de la sociedad del riesgo: Mayor peligrosidad, relaciones socialmente indeterminadas y “El cambio en el potencial de los peligros actuales en relación con los de otros períodos, la

complejidad organizativa de las relaciones de responsabilidad y la sensación de inseguridad ante los peligros actuales e inminentes (pp. 25 y ss.).

Respecto al primer elemento característico, lo que distingue a la sociedad actual de las anteriores no es tanto la existencia o no de riesgos, sino su causa y su intensidad. El hombre es el único responsable de la creación de la sociedad del riesgo, a diferencia de los riesgos pasados causados por la naturaleza, elemento que no conforma las características de la sociedad contemporánea. Además, la magnitud de los riesgos es mayor, generando problemas al momento de la realización de la imputación penal, llegando incluso a plantearse una nueva corriente dogmática penal que dé solución a los problemas jurídico-penales que se presenten hoy, como lo es el funcionalismo, donde se le da importancia a la persona solo si juega un rol importante en la comunicación, roles que son inmodificables, sin depender de la calidad de cada persona, demostrando con eso, la complejidad estructural de la sociedad actual.

Ahora bien, la segunda característica de la sociedad del riesgo es la falta de determinación de las fronteras de las conexiones de responsabilidad entre cada sujeto que conforma el mundo de la vida. Cabe mencionar que tanto el incremento de las conexiones intersubjetivas, como la imposibilidad de aclarar con exactitud las líneas separadoras entre sí, es lo que causa que la sociedad contemporánea sea compleja. El Derecho Penal ha tratado de estar a la altura de la sociedad moderna, a través de la utilización del rol

social (presupuesto delimitador de la imputación penal), que regula lo que se espera que determinada persona realice en la comunidad, consiguiendo establecer de esta forma, la responsabilidad jurídico penal de un individuo por todo atentado a la vigencia de la norma dentro de su esfera de organización, y no ser responsable por delitos cometidos en la esfera de organización de otra persona, siendo por tanto, normativamente incompetente.

En lo que respecta al último rasgo, la sensación de inseguridad y falta de libertad, ligada a las indignidades que la sociedad inflige a través de las creaciones tecnológicas, sumado al uso de los medios de comunicación, enviando diariamente mensajes de inseguridad potencial, como robos, estafas, homicidios, etc.; causan que la población permanezca sintiéndose indigna, al no poder el Estado, defender con eficacia sus derechos.

El Derecho Penal, parafraseando a Jiménez Díaz (2014, pp. 4-5), cuenta con las siguientes características para poder abordar las nuevas manifestaciones de la sociedad del riesgo:

1. Regula sectores que clásicamente no lo hacía.
2. Protege un gran número de bienes jurídicos, de naturaleza colectiva.
3. Prevalecen los delitos de peligro sobre los de resultado, y a su vez los delitos de peligro abstracto, sobre los de peligro concreto.
4. Represión de determinados actos preparatorios.

5. Los individuos que intervienen en las actividades riesgosas suelen ser tantos, que, ante una infracción a la norma penal, sería difícil la atribución de responsabilidad, por lo que las reglas de imputación del Derecho Penal se modificarían.
6. Flexibiliza las garantías penales y procesales.

La pregunta no sería tanto si las proezas tecnológicas compensan los riesgos causados, si no hasta qué punto estamos dispuestos a dar más parte de nuestra libertad (consideremos la inflación de los bienes y prohibiciones de naturaleza penal).

No solo nos parece interesante que todo lo relacionado con la carrera tecnológica acarree riesgos, incluso los que hacen uso de sus instrumentos pueden causar temor, como los medios de comunicación (la quimera que asegura la perennidad de esta nueva clase de sociedad); sino también, el rumbo que han tomado las características de su regulación.

Es importante hacer referencia al cambio de paradigma en el ordenamiento jurídico penal. Haremos las precisiones necesarias para comprender el tránsito de un modelo denominado sociedad del riesgo a uno de la seguridad ciudadana, además de sus implicancias.

Para una mayor comprensión, debemos establecer por qué se equiparó el riesgo del sistema tecnológico al riesgo que siempre existió causado por la criminalidad clásica. Consideramos que el cambio de paradigma se debe a la creciente posibilidad de acceso al

uso de las invenciones tecnológicas (sobre todo las obsoletas, a las cuales tienen más posibilidades de acceder las clases menos favorecidas, sin que esto signifique una disminución de su potencial dañinidad), aplicaciones erróneas de políticas criminales (el cambio de paradigma se dio también por el error conceptual en el que están recayendo los actores jurídicos, al variar el objetivo que tenía el modelo de la sociedad del riesgo, es decir, regular nuevos sectores ante la aparición de riesgos debido al uso del sistema tecnológico, por el de inseguridad ciudadana, ligada a la comisión de delitos violentos; de lo que se infiere que tratar modelos distintos como equivalentes hace perder la dirección y el no alcanzar los objetivos perseguidos, al no utilizarse los instrumentos aplicables al modelo).

Además, consideramos que la variación de un modelo a otro se dio debido a la estigmatización de las clases sociales menos favorecidas, dirigiendo la atención a esos sectores como los que causan mayor alarma social, mientras que los riesgos causados por el sistema tecnológico, se ha desatendido, por lo que existen menos restricciones a su avance, facilitando a las clases sociales altas (que son las que promueven su perennidad) obtener mayores beneficios económicos. Por consiguiente, coincidimos con Zaffaroni (2005) cuando manifiesta que es palmario el uso de estereotipos sobre las personas socialmente menos favorecidas, aduciendo que es aquellas a las que se las trata de combatir y excluir, en cualquier ubicación sin excepción (p. 156). Empero, esto es posible, debido a que el uso de los medios de comunicación, siempre va dirigido a aquellos agentes



delictuales violentos o aquellos cuya comisión estaría dentro de las figuras típicas que el Derecho Penal clásico ha establecido. En otras palabras, la sociedad del riesgo (vinculada a la criminalidad de los poderosos) contra la inseguridad ciudadana (criminalidad clásica), se le ha dado mayor prevalencia a la última, a pesar de que la regulación jurídico penal siempre la abordó, el sistema penal actual se ha decantado por el de la inseguridad ciudadana, consideramos por tres razones: Los poderosos saldrían bien librados de los procesos penales, al ser la criminalidad violenta la más llamativa y la que supuestamente cometería el ciudadano promedio, la usan como un medio para mantenerse en el poder, al hacerle creer a la población que tienen una solución para disminuir los índices de criminalidad, siendo un punto en la agenda del candidato importante para poder acceder al poder o mantenerse en él, dando la imagen de un legislador atento y que siempre actúa en defensa del pueblo. En ese sentido, Díez Ripollés señala que:

Equiparar los riesgos derivados del uso de las nuevas tecnologías con aquellos asentados en la vida cotidiana como consecuencia de la creciente presencia de bolsas de desempleo y marginación social, supone aludir a dos fuentes de riesgo radicalmente distintas en su origen, agentes sociales que las activan, naturaleza objetiva y subjetiva de los comportamientos, y consecuencias nocivas producidas. (2006, p. 567)

Se había dicho *supra*, que el cambio de paradigma también se debía a la aplicación errónea de políticas públicas de control criminal. Un

claro ejemplo de ello son las líneas de acción positivas ejecutadas por el Estado para hacer frente a la criminalidad, de las cuales señalamos las más importantes:

- La publicación de la Ley N. ° 30076 – Ley contra la inseguridad ciudadana, el 19/08/13.
- La publicación de la Ley N. ° 30077 – Ley contra el crimen organizado, 20/08/13, entrando en vigor el 01/07/14.
- La redacción de acuerdos plenarios sobre delitos y consecuencias jurídicas relacionadas a la criminalidad organizada y violenta.
- Formulación e implementación del Plan nacional de seguridad ciudadana.
- Formulación e implementación del Plan nacional de política criminal priorizado sobre delitos patrimoniales.
- La creación del Observatorio Nacional de la Criminalidad, que se encarga básicamente de obtener y sistematizar información empírica para adoptar estrategias correctas sobre las medidas a adoptar en una política criminal de prevención y represión del crimen, sea organizado o violento (Prado Saldarriaga, 2019, p. 47).

Actualmente, la aplicación del Derecho Penal no se da a las nuevas figuras delictivas que puedan aparecer con el avance tecnológico y sus consecuencias, sino a delitos considerados tradicionales y cometidos mayormente por las clases sociales desfavorecidas como: el homicidio calificado, secuestro, trata de personas, violación del

secreto de las comunicaciones, delitos contra el patrimonio, pornografía infantil, extorsión, usurpación, delitos informáticos, delito contra la propiedad industrial, delitos monetarios; tenencia, fabricación, tráfico ilícito de armas, municiones y explosivos; delitos contra la salud pública, tráfico ilícito de drogas, delito de tráfico ilícito de migrantes, delitos ambientales, delito de marcaje o reglaje, genocidio, desaparición forzada y tortura, delitos contra la administración pública, delito de falsificación de documentos, lavado de activos, y otros delitos relacionados a la minería ilegal y crimen organizado (todos los delitos a los cuales se puede aplicar la Ley N° 30077, según su artículo 3°, “siempre que sea a través de una organización criminal, formada por tres o más personas”, con estructura, estabilidad, campo de acción y funcional). Con ello pretendemos comprobar que se ha perdido la esencia misma del concepto de expansión, incluso no se podría definir qué elementos cabrían dentro de esa categoría y qué elementos no.

Además, otro factor de este proceso de variación paradigmática ha sido lo que Díez Ripollés ha denominado como “ideología de la distribución de riesgos entre sociedad e individuo”. Se puede explicar refiriendo que la sociedad no debe ser la única que cargue con los peligros delictivos, por lo que cada ciudadano en su rol o esfera de acción tendrá la obligación de soportar dichos riesgos, haciendo también su parte en la labor de prevención del delito. En otras palabras, la sociedad solo se hará cargo de la prevención del delito por parte de los ciudadanos (ya no está obligada a resocializar al

agente refractario), mientras que la responsabilidad radica en la persona, para que muestre la seguridad cognitiva de que ya no reincidirá, por lo que, si lo hace, el responsable ya no sería la sociedad, sino solo el individuo. En ese sentido, la sociedad no estaría obligada a resocializar al agente refractario, aunque solo lo estaría para evitar que su peligro se materialice (cabría precisar que esto solo se trata de un deber de la sociedad con ella misma y no con el individuo desestabilizante) (Díez Ripollés, 2006, p. 576). Además, la inocuización de peligros ha conseguido que ciertos agentes consideren a la imposición de penas más drásticas, la opción más acertada. Y, por último, dicho planteamiento ha causado que los riesgos de la reincidencia se traten de superar a través de la no aplicación del principio de la responsabilidad por el hecho, por lo que la intervención penal se dará mucho antes de “la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos”, por ser el agente refractario una fuente de riesgo para la vigencia del sistema jurídico. Por tanto, la finalidad de combatir peligros que tiene el modelo del enemigo, se condice con la función de la pena, con más razón si es de naturaleza preventiva, y no retributiva (Roxín, 2000, p. 73).

#### **2.2.8. ¿Fenómenos expansivos?**

##### **2.2.8.1. Derecho penal simbólico**

En palabras de Silva Sánchez (1992) el Derecho penal simbólico es aquel que no busca una solución eficaz a un problema de índole social, sino más bien trata de causar la

apariencia de un legislador decidido a aplicar con severidad la ley penal para la reducción de la criminalidad (p. 305).

El simbolismo, junto con el punitivismo, es una manifestación del modelo descriptivo expuesto, por lo que se pretende estigmatizarlo hasta límites insospechados.

Manuel Cancio Meliá, uno de los representantes críticos de esta figura, considera que cuando se habla de Derecho Penal simbólico se alude a un sector de infracciones de carácter penal inaplicables en la realidad o de serlo, serían claramente ineficaces (2003, p. 77).

Nosotros estamos de acuerdo con este punto crítico, pero justamente porque no se le puede atribuir al Derecho Penal del enemigo, esa Política Criminal.

Además, el catedrático alemán Günther Jakobs, pretende una delimitación segura de los contornos de esta figura, sin embargo, la politización del Derecho Penal en nuestro país ha impedido que se aplique el Derecho Penal a ciertos delitos previamente definidos, sino más bien a cualquier delito que la sociedad requiera, como medio de mantenerse en el poder haciendo todo lo que la ciudadanía clame a los legisladores, sin importar la unidad de la legislación, sino de dar la apariencia de un legislador reconocido con el pueblo y preocupado por él. En ese sentido, Hassemer (1995) considera que una de las consecuencias perniciosas del

Derecho Penal simbólico es que ni siquiera llega a cuestionarse la eficacia del Derecho Penal, quedando el análisis en una etapa previa que sería, solo un engaño de su función potencial de eliminar el delito (p. 34).

Cancio Melía (2003), también señala que cuando el Derecho Penal simbólico entra a tallar, enfoca a una determinada clase de autor y no solo un hecho (p. 78). Esto sería cuestionable solo si no consideramos que a aquel sujeto al que se le van a aplicar las normas estrictas es alguien que ha atentado contra el bien jurídico protegido, la seguridad normativa y la vigencia social.

#### **2.2.8.2. Punitivismo y adelantamiento de las barreras de punibilidad**

Otra de las características del modelo del enemigo es el adelantamiento de las barreras de punibilidad y la decidida aplicación de penas elevadas. En concordancia con su naturaleza de lucha y de eficacia, a través de la creación de normas con sanciones drásticas, se dan características simbólicas, porque generaría el efecto disuasivo de la comisión de delitos, teniendo, por ello, facciones del Derecho Penal simbólico, por eso se considera que tanto el punitivismo como el Derecho Penal simbólico están tan íntimamente vinculados, que es difícil distinguir la línea que los divide y diferencia.

Cuando Cancio Melía hace alusión a la aplicación de normas nuevas, sostiene, en la nota número catorce, que la aplicación, en la mayoría de los casos, es selectiva (2003, p. 70). Consideramos que, para aplicar toda consecuencia jurídica, es necesario apelar a un criterio de distinción, para que el efecto sea necesario e influya a quien corresponda.

Se debe partir de la siguiente postura: el primer paso para describir al sistema social debe ser identificar que su identidad se basa en la ausencia de infracciones de derechos (Jakobs, 2000, p. 47). Al igual que Jakobs, consideramos que la protección de bienes jurídicos en el estado anterior a su lesión es una manifestación de una evolución irreversible, y considerando principalmente, que la tendencia a la juridificación ha conseguido que la seguridad es ya un derecho y no una manifestación de a acción policial (Jakobs, 2000, p. 47).

En la actualidad, se ha elevado el pedido de la ciudadanía, a un nivel tal que el derecho a la seguridad, como manifestación de la función preventiva y protectora del Derecho Penal, es vital en la consecución de la protección social y normativa. Esta elevación de categoría de ese derecho se debe principalmente, a la sociedad de riesgo en la que vivimos. Es, por tanto, plenamente posible que los lineamientos del concepto estudiado concuerden con los de los Estados Constitucionales y Democráticos como el

nuestro. En ese sentido consideramos que, el adelantamiento de las barreras de punibilidad, se justificará en la peligrosidad objetiva manifestada por el agente refractario. Por consiguiente, se definiría, incluso aún más, como enemigo al individuo, mientras más se optimice el amparo de los bienes jurídicos (Jakobs, 1997, p. 323).

Así que, en el afán de querer imponer eficazmente la sanción penal, se han realizado nuevas tipificaciones de hechos que antes eran comunicativamente irrelevantes, y se han endurecido las penas para delitos ya existentes comunicativamente relevantes, constituyendo todo esto, el fenómeno de expansión del Derecho Penal, diferente a otros fenómenos -como en el caso español en el año 1978, que se despenalizaron conductas de índole sexual-, pudiendo reprimirse dichos hechos nuevamente en el futuro, por consideraciones dogmáticas y políticas. Siendo con ello verificable la corroboración de la teoría del *big crunch*, planteada por nosotros.

### **2.2.9. Seguridad cognitiva**

Al existir diferentes clases de finalidades que cada persona busca alcanzar en los diversos subsistemas sociales (apelando, con esto, a la relatividad de la consideración de enemigo), la norma ofrece un criterio común de actuación (expectativas) para mantener una seguridad jurídica entre las diversas relaciones de sentido



(comunicaciones), consiguiendo, a su vez estabilidad del sistema social, considerando, además la creciente complejidad del mundo globalizado (sociedad del riesgo). V. gr. los funcionarios públicos, en virtud del artículo 425° del Código Penal, son todos aquellos que tienen un deber especial con la administración pública. Mientras que, si consideramos otro ámbito del Derecho, como el Civil, el artículo 43° del Código sustantivo, establece que son absolutamente incapaces, los menores de dieciséis años; por lo que no serán considerados personas en Derecho, sino individuos, porque no desempeñan un rol jurídicamente relevante.

Sin embargo, si estas expectativas no son satisfechas por determinados individuos, el sistema peligra, perdiendo su fuerza coercitiva, fundamento de permanencia en la realidad, mostrando el agente refractario a las demás personas, que la norma, aparentemente no significa nada.

Así que, desde la perspectiva funcionalista, aquel que no desempeña ningún rol en el sistema, y más aún si lo pone en potencial riesgo, no es considerado persona, al no tener la mínima seguridad cognitiva necesaria para exteriorizar que se comporta como “persona y respeta a los demás como personas”. En ese sentido, en palabras de Jakobs (2000):

todo aquel que niegue su racionalidad de forma demasiado evidente o establezca su propia identidad de forma excesivamente independiente de las condiciones de una

comunidad jurídica, ya no puede ser tratado razonablemente como persona en Derecho, en todo caso no en ese momento. (p. 70)

Por ello, se considera a la seguridad cognitiva, como el elemento básico y constitutivo de seres sociales. Si no hay cimentación cognitiva, no habrá norma que sea vinculante, ni realizable en el sistema social, siendo la *conditio sine qua non* de su vigencia. Así lo ha entendido Polaino-Orts (2006) cuando sostiene que solo cuando el ámbito normativo sea confirmado por el aspecto cognitivo, se podrá lograr una realización de la norma (p. 117).

Por tanto, los destinatarios de las expectativas del sistema jurídico, que son los individuos capaces de crear sentidos comunicativos, relevantes, en su existencia; son los encargados de realizar una corroboración cognitiva de la norma, demostrando la pertinencia o no de la política criminal adoptada, y la diferencia existente entre legitimidad y eficacia en la adopción y aplicación de políticas públicas referidas a la contención de los índices de criminalidad.

La reacción punitiva del Estado al combatir contra el enemigo expresa sentido de orientación de quebrantaciones y de potenciales riesgos, respecto de los demás miembros de la sociedad, mostrando con ello, un objetivo asegurativo de cimentación cognitiva de las personas, cuya fidelidad a la norma había sido degradada. Por consiguiente, la confiabilidad es indispensable para fomentar la seguridad cognitiva en la norma, ante sentidos comunicativos defectuosos.

Entonces, como se dijo *supra*, los destinatarios de la norma son todos aquellos que desempeñan roles que permiten que el sistema funcione y se perpetúe, pero para ello, el individuo debe mostrar cierto nivel de razonabilidad y competencia, demostrando con ello su aprobación de pertenencia a la estructura social.

En conclusión, en palabras de Polaino-Orts (2006):

...la Sociedad como acuerdo normativo requiere de la realizabilidad de la norma. Y para ello, no sólo es necesario la existencia de un mundo normativo (normative Welt), sino también la corroboración de él mediante un mundo cognitivo (kognitive Welt). Esto es, la norma tiene una doble función: normativa y cognitiva. (p. 122)

Sin embargo, a pesar de que la protección de la norma signifique, además, el amparo de expectativas sociales, consideramos que la aplicación del Derecho Penal del enemigo debería darse a aquellos delitos o transgresiones que pongan en riesgo la vigencia del Estado y su soberanía (estando de acuerdo con la filosofía de Hobbes), como por ejemplo los delitos contra la humanidad (arts. 319, 320, 321), delitos contra el Estado y la defensa nacional (arts. 325-333, 335-343), y los delitos contra los poderes del Estado y el orden constitucional (arts. 346-350).

#### **2.2.9.1. Inseguridad jurídica**

El deterioro de la seguridad cognitiva por parte del sujeto refractario tiene el mismo efecto en los demás miembros de la

sociedad, generando la desconfianza en la eficacia del sistema jurídico y social, aunque esto no signifique su pérdida de vigencia, es por esta razón que hemos considerado que los elementos del Derecho Penal del enemigo, sean aplicables a los delitos anteriormente descritos que le impiden a la norma ejercer su fuerza orientadora de comportamientos (no pretendemos dar a entender que si sus elementos se presentan en otras clases de delitos, el Derecho Penal del enemigo es ilegítimo, sino todo lo contrario, pues nos permitirá delimitar qué normas deberán ser consideradas como parte del modelo del ciudadano). Considérese el caso del violencia familiar (art. 122-B Código Penal), su sola comisión no pone en riesgo al sistema jurídico ni social, debido a que aun cuando tal transgresión sea moralmente intolerable, existirá la seguridad cognitiva necesaria en la norma que permita la confianza en el sistema social, no existiendo idoneidad objetiva (sistemática), subjetiva (personal) ni mucho menos idoneidad simbólica; permaneciendo, por consiguiente, incólume la función del Derecho Penal que no es más que generar confianza de la ciudadanía en la existencia real del sistema jurídico, y aquel que no lo vea como un hecho se le sancionará, generando no solo confianza sino también respeto por el Derecho (Feijóo Sánchez, 1997, p. 36).

Sin embargo, como se dijo, ha de ser real solo si lo normativo encuentra corroboración en lo cognitivo (Mazuelos Coello, 2006, p. 277).

#### **2.2.9.2. Su regulación histórica**

Han existido, en la historia, dos formas de exigir el respeto a la seguridad cognitiva, y, por consiguiente, al sistema jurídico vigente: la fuerza privada y la pública. La primera -que cuenta con Immanuel Kant como máximo exponente-, nació en Francia, ante las arbitrariedades de sus gobernantes, impulsando con ello la creación del principio de legalidad, como medio para brindar seguridad jurídica a los gobernados. Es por esta razón que coincidimos con Miguel Polaino-Orts (2006) cuando manifiesta que el fundamento de la legalidad es un logro manifiesto del Estado moderno que no debe ser corrompido por expresiones egoístas de voluntad antijurídica (p. 138).

En concordancia con ese espíritu libertario se aprobó la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano en el año 1789 por la Asamblea Nacional Constituyente francesa, en cuyo texto, se señala que la libertad consiste en poder hacer todo aquello que no perjudique a otro (Art. 4º) y la sociedad tiene derecho a pedir cuentas de su gestión a todo agente público (Art. 15º).

Cuatro años después se aprobó la Declaración de los Derechos del Hombre de 1793, en cuyos artículos 8°, 11° y 27°, se establece que: La seguridad solo le es concedida por la sociedad al miembro de ella, para que este busque hacer respetar sus derechos y propiedades (Art. 8°), además, todo acto será legítimo en cuanto esté regulado por la ley (Art. 11°), los ciudadanos deben defender la soberanía de su gobierno cuando sea atacada por agentes refractarios (Art. 27°).

Por otro lado, tenemos el tratamiento legal de naturaleza pública, que cuenta con las siguientes especificaciones:

Ante la ausencia de seguridad cognitiva, el único poder encargado de combatirla es el Legislativo, el único con mandato constitucional para legislar y para “velar por el respeto de la Constitución y la ley”, y disponer de lo necesario para hacer efectiva la responsabilidad de los sujetos refractarios, como lo establece el Art. 102.1 y 102.2 de la Constitución Política vigente, salvo la delegación de la facultad de legislar al Poder Ejecutivo, conforme lo prescrito en el artículo 104° del mismo cuerpo normativo.

Otro de los puntos a favor de esta clase de tratamiento es que se podrá someter al principio de proporcionalidad, pudiendo el Tribunal Constitucional verificar la existencia o no de inconstitucionalidad de las normas, evitando de que se

efectúe una lesión mayor a la identidad normativa de la sociedad, por medio de arbitrariedades, que se pueden dar en nombre de la pacificación. Esta postura tiene la garantía de que para aplicar las normas del modelo del enemigo se ha de cumplir con el respeto de los principios de tipicidad, del hecho, ofensividad y culpabilidad. El sujeto refractario, en otras palabras:

...ha de manifestar su déficit de respeto a la garantía cognitiva precisamente mediante su conducta (...), que es tipificada por el legislador penal (...), la cual además lesiona un bien jurídico considerado penalmente relevante (...) y que, obviamente, le resulta penalmente imputable (...). Brevemente: no basta con el mero peligro latente de hallarse en un estado de naturaleza, sino que se exige un peligro latente normativizado. (Polaino-Orts, 2006, p. 145)

#### **2.2.10. Derecho Penal de autor y la incompatibilidad con el principio del hecho**

Otro de los puntos en los cuales el Derecho Penal del enemigo ha sido duramente criticado, es cuando se considera que va en contra del principio del hecho y que propugna la sanción a ciertas personas no tanto por el acto contrario a la vigencia de la norma, sino por portar ciertas características.

Cancio Meliá (2003) define al principio del hecho como aquel que prohíbe sancionar a una persona, a pesar de que no ha realizado una modificación perniciosa de la realidad, sino solo en base a la conducta del autor (p. 100-101).

Respecto a la forma de tratar a los individuos que no permiten su inclusión en una constitución ciudadana. Se debe partir de la noción de que nadie se puede otorgar o atribuir una condición, sino es en relación con la sociedad misma, así que, el ciudadano al no mostrar la más mínima seguridad cognitiva de que su posterior conducta se someterá al Derecho, el Derecho mismo al verificar el primer paso que ha dado con su intención el ciudadano, de no importarle las estipulaciones normativas, termina de despersonalizarlo. Por tanto, no es tan errado decir que la misma persona no puede despersonalizarse (Derecho Penal del enemigo), porque sí lo consigue a través de la relación comunicativa existente con el Estado.

El Derecho Penal del enemigo, para su correspondiente delimitación, únicamente será aplicado cuando el agente haya manifestado, a través de la realización del hecho ilícito, que para él la vigencia de la norma es insignificante, declarando de esta forma, que busca contradecir lo que hace a los individuos ser personas –entiéndase esta expresión no de modo peyorativo, sino como el modo de señalar que el individuo tiene un papel relevante en la sociedad, lo cual es



asignado por el Derecho- esto es, la norma en cuanto atribución socialmente reconocida de roles, y el respeto de estos por los demás portadores.

No pretendemos cuestionar el hecho de que el modelo del enemigo se basa en criterios esenciales característicos del Derecho Penal de la voluntad o de autor. Lo que sí buscamos poner en tela de juicio es que esto no es necesariamente malo, siendo un error considerarlo ilegítimo *per se*.

Posteriormente nos referiremos a las leyes y normas con rango de ley, en las que basta que el agente tenga cierta condición, como pertenecer a una organización criminal o incluso tener una posición cercana a la de la víctima - habiendo en común la ausencia de seguridad cognitiva, en tanto respeto corroborable de la norma-, para ser sancionado más severamente.

Pero ¿de qué manera se podría corroborar la ausencia de seguridad cognitiva, aun cuando el peligro de defraudación no es hipotético, sino más bien potencial? Aun cuando se exprese en el plano cognitivo la fidelidad normativa, se requiere de cierta manifestación, objetivamente reconocible, del riesgo de la personalidad del agente refractario, coincidiendo con Pastor Muñoz (2005), cuando sostiene que ante la ausencia de peligrosismo objetivo se reemplaza con la

expresión objetiva del peligrosismo subjetivo del agente refractario" (p. 61).

Sin embargo, esta descalificación o estigmatización del Derecho Penal de autor -y, por tanto, del concepto de enemigo- se fundamenta por hechos acontecidos en la historia, como son las diferentes arbitrariedades causadas por los Estados autoritarios o dictatoriales, que se basaban en las ideologías partidarias de los adversarios, para poder vetarlos, declarándolos enemigos del régimen. Pero, los diferentes análisis que se deben realizar para el estudio de todo tipo de ciencia, deben ser contextualizados considerando la época en la que se pretende ejecutar la figura estudiada, y no basarnos, simplemente en temores pasados, que fueron causados en circunstancias y en modelos de Estados muy distintos a los de la actualidad, en los que hay instituciones defensoras de la legalidad, en general, como nunca antes había existido.

Sin embargo, la alusión hecha líneas arriba, no significa, necesariamente que el modelo del enemigo tenga solo las características del Derecho Penal de autor, sino que cuenta también con rasgos del Derecho Penal del acto.

Pero el concepto descriptivo del enemigo no es la única figura que cuenta con ambas características, sino también, la inhabilitación (art. 36º CP), los presupuestos de

fundamentación y determinación de la pena (art. 45° CP), criterios de individualización de la pena (art. 45-A CP), las circunstancias de atenuación y agravación (art. 46° CP), circunstancia agravante por la condición del sujeto activo (art. 46-A CP), reincidencia (art. 46-B), habitualidad (art. 46-C), uso de menores en la comisión de delitos (art. 46-D segundo párrafo), circunstancia agravante cualificada por abuso de parentesco (art. 46-E), los presupuestos concurrentes para la aplicación de las medidas de seguridad (art. 72° CP), además de la aplicación, en este último caso, del principio de proporcionalidad (art. 73° CP).

El Acuerdo Plenario 2-2008, referido a “los alcances de la pena de inhabilitación”, alude al concepto relativo de la restricción de esta figura, rasgo del enfoque prospectivo del Derecho Penal del enemigo:

desde una perspectiva preventivo especial, que la pena debe quedar vinculada al oficio o cargo de los cuales el sujeto se ha valido o podría valerse en el futuro para cometer el delito. En consecuencia, pues, el derecho comprendido por la inhabilitación ha de estar claramente relacionado con el delito cometido por el penado.

(Fundamento Jurídico N. ° 8)

Además, se dice que el enemigo, solo tendrá esa condición en el subsistema en el cual el individuo no muestra un

aseguramiento cognitivo de respetar a los demás como personas. Mientras que, en cualquier otro ámbito, seguirá teniendo personalización.

En ciertas normas, de las expuestas *supra*, se puede observar la existencia del adelantamiento de las barreras de punibilidad, y se sanciona con una pena superior, porque la criminalización en la etapa previa a la afectación del bien jurídico, el solo hecho de exteriorizar ser fuente de riesgo potencial consiste ya una infracción o vulneración de la seguridad cognitiva de los demás miembros de la sociedad, que es lo que cimenta a todo Estado democrático de derecho.

Actualmente, si bien prima la aplicación del Derecho Penal de acto, no es un modelo puro, sino más bien, de actuación conjunta con el Derecho Penal de autor (que por supuesto ha de respetar el principio del hecho), y esto porque, para que una política criminal, pena o medida de seguridad, sean acordes o eficaces con el fenómeno regulado, se debe partir de un criterio de adecuación y de justicia, siendo beneficioso no solo para la comunidad (cimentando la seguridad cognitiva en la norma de los demás miembros sociales), sino también para el agente refractario, al ser más protectora, preventiva y resocializadora (art. IX TP CP), siendo, por consiguiente, errada la afirmación hecha por Baratta (2004), cuando refiere que toda medida de naturaleza penal, no puede derivarse del peligro potencial del agente (p. 318).

Por eso concluimos, en el mismo sentido que Polaino-Orts (2006) cuando señala que el Derecho Penal del enemigo solo por tener rasgos de Derecho Penal del autor, es *per se* ilegítimo, constituyendo por tal razón en otro falso mito de los muchos que se le atribuye al modelo del enemigo (pp. 221-222).

### **2.2.11. Reincidencia y habitualidad**

En la exposición de motivos del Código Penal de 1991, se presentan los motivos por las cuales la Comisión Revisora resolvió no incluir en este cuerpo normativo, las figuras de la reincidencia y habitualidad. Una de ellas fue, que atentaban contra el principio del *ne bis in ídem* (consagrado en ese entonces, por la vigencia de la Constitución Política de 1979 - Art. 233°.11), y por constituir "formas aberrantes de castigar que sustentan su severidad en el modo de vida de un individuo (derecho penal de autor)" (Código Penal, 1991). Empero, debido a lo dispuesto en el artículo 2° de la Ley N° 28726, (09/05/2006), ambas se encuentran ya reguladas en los artículos 46°-B y 46°-C CP.

Desde su incorporación a este Código sustantivo, ha sufrido intentos para que sean declaradas inconstitucionales. Expondremos la sentencia N. ° 0014-2006-PI/TC, del 19 de junio de 2007 y la N. ° 0003-2005-PI/TC (09/08/06), y

detallaremos los fundamentos jurídicos relevantes para nuestro tema de investigación.

#### **2.2.11.1. Exp. 0014-2006-PI/TC**

Esta demanda de inconstitucionalidad fue presentada por el Decano del Ilustre Colegio de Abogados, que en representación de este Colegio profesional pide que el Tribunal Constitucional declare inconstitucional la Ley N° 28726 y la Ley N° 28730.

##### **A. Reincidencia**

La característica común que tiene la reincidencia y la habitualidad es que se busca sancionar, agravando la pena abstracta, a aquellos delincuentes que por su impulso delictual son más proclives a apartarse de la norma, demostrado de manera objetiva, por haber sido condenados, por un delito o falta.

Ya lo ha establecido el Acuerdo Plenario N° 01-2008, en el fundamento jurídico N. ° 12, que la incorporación al sistema jurídico penal peruano de estas dos figuras y de la correspondiente agravación de la pena abstracta, se debe al clamor de mayor sanción penal a aquellos

individuos que sean manifiestamente peligrosos, basándose en un criterio de prevención especial.

Además, García Caveró (2019) considera que el legislador ha tomado en cuenta la reincidencia real, porque el Art. 46°-B C.P. requiere cualquier tipo de cumplimiento de la pena, sea parcial o total (p. 981). Lo cual significa que, al ser la resocialización uno de los fines de la pena (art. IX TP CP), se busca que el desliz de la persona a la que se le atribuyó responsabilidad penal no se convierta en un impulso constante de querer contravenir la norma, pero si, después de estar privado de su libertad, no logra reeducarse, rehabilitarse ni reincorporarse a la sociedad (artículo 139° inciso 22 Const.), cometiendo nuevos ilícitos, se sancionará con mayor drasticidad.

Ante delitos que vulneren bienes jurídicos de relevancia social, como los establecidos en los capítulos IX, X y XI del Título IV del Libro Segundo del CP (delitos de violación de la libertad sexual, proxenetismo y ofensas al pudor público) (Código penal, 1991), y en los artículos 107°, 108°, 108°-A, 108°-B, 108°-C, 108°-D, 121° segundo párrafo, 121°-B, 152°, 153°, 153°-A,

153°-B, 153°-C, 173°, 173°-A, 186°, 189°, 195°, 200°, 297°, 317°-A, 319°, 320°, 321°, 325°, 326°, 327°, 328°, 329°, 330°, 331°, 332° y 346° del CP, se eleva a dos tercios, y ya no una mitad, (por encima del máximo legal estipulado para el tipo) el extremo mínimo de la pena abstracta a imponer, además de ser considerados los antecedentes cancelados, debido a que el plazo de cinco años en los que podría existir reincidencia ya no sería aplicable, y como última consecuencia, que, el agente refractario reincidente no podrá gozar de la liberación condicional ni de la semilibertad.

La pena a imponer también aumenta a una mitad por encima del máximo legal, en el supuesto de que el sujeto refractario haya sido beneficiado con una norma especial de liberación e incurre en un nuevo delito, solo doloso (Art. 46°-B, tercer párrafo CP, 1991).

Ahora bien, luego de haber realizado las precisiones necesarias sobre esta figura, analizaremos el fundamento jurídico N° 24 y el N° 46, en ese orden:



Postulamos que la reincidencia no vulnera el principio *ne bis in ídem* porque no constituye ni una pena adicional por el anterior delito cometido, lo que sí se pretende sancionar, es que, a pesar de conocer el carácter antijurídico de su acto y de haber recibido un tratamiento de carácter resocializador, no ha cambiado, no ha cimentado la seguridad cognitiva en la norma, sino, por el contrario, ha mostrado una predisposición, un impulso constante de quebrantamiento del sistema jurídico, es por ello, que se eleva la pena no en la nueva sanción por la infracción normativa anterior, sino en el nuevo delito cometido (no significando una doble condena). Por consiguiente, según este razonamiento expuesto, el órgano de control de la Constitución, en el fundamento jurídico N° 24 de esta sentencia, establece que no se vulnera en lo absoluto el principio *ne bis in ídem*, si se considera a la reincidencia como agravante genérica (Tribunal Constitucional, 2006).

Otro cuestionamiento realizado al modelo del enemigo, es que sus normas afectan el principio de proporcionalidad, sin embargo, creemos que la desproporción de la pena a imponer,

considerando el supuesto del adelantamiento de las barreras de punibilidad, estaría justificada solo si consideráramos el primer aspecto de este principio, que es, la relación de proporcional debida entre la pena y el delito cometido, pero esto no es todo, pues, sí se consideraría justificable, si tomamos en cuenta la segunda exigencia, esta es, que la proporcionalidad de la sanción será establecida en base a la importancia que la comunidad le dé al hecho punible cometido. Por ello, el TC, en el fundamento jurídico N° 46 de la sentencia analizada, se ha mostrado conforme con esta apreciación de la inafectación al principio de proporcionalidad.

Y, al ser el petitorio de esta sentencia que se declare la inconstitucionalidad de la reincidencia y la habitualidad por afectar al principio *ne bis in ídem*, fue declarada infundada.

## **B. Habitualidad**

Si consideramos lo estipulado en el Art. 46°-C segundo párrafo C.P., que la habitualidad solo computa los antecedentes activos, se puede colegir que es necesaria una condena en

cualquiera de los dos hechos punibles que cometió dentro del plazo de cinco años. Por lo que el fundamento jurídico 13°, literal d), segundo párrafo del Acuerdo Plenario N° 01-2008 se ha convertido en inaplicable, debido a que considera que la habitualidad solo se da en el supuesto de que los tres delitos se cometan en un plazo anterior y no exista condena alguna en ella.

Al igual que en la reincidencia, ante delitos que vulneren bienes jurídicos de relevancia social, como los establecidos en los capítulos IX, X y XI del Título IV del Libro Segundo del Código Penal (delitos de violación de la libertad sexual, proxenetismo y ofensas al pudor público) y en los artículos 107, 108, 108-A, 108-B, 108-C, 108- D, 121 segundo párrafo, 121-B, 152, 153, 153-A, 153-B, 153-C, 173, 173-A, 186, 189, 195, 200, 297, 317-A, 319, 320, 321, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332 y 346 del mismo cuerpo normativo, aparte de que se eleva a una mitad, y ya no un tercio, (por encima del máximo legal estipulado para el tipo) como extremo mínimo de la pena abstracta a imponer, además de ser considerados los antecedente cancelados debido

a que el plazo de cinco años en los que podría existir reincidencia ya no sería aplicable, y como última consecuencia, que, no podrá gozar de los beneficios penitenciarios (liberación condicional y semilibertad).

Luego de establecer las especificaciones propias de esta figura criminológica, consideramos que el hecho de que existan normas con rasgos de Derecho Penal de autor, que si bien elevarán la pena por delitos o faltas cometidas con anterioridad a la última infracción normativa, no significa que se atente contra la seguridad jurídica de los demás miembros del sistema social, pues, como lo estableció el Tribunal Constitucional, no debe considerarse de modo aislado, sino más bien en conjunto, tanto sus antecedentes penales cancelados (o no, dependiendo del delito) como el nuevo quebrantamiento, sin considerar que es un deber primordial del Estado proteger a los ciudadanos de las amenazas a su seguridad, tal como lo ha previsto la Constitución Política vigente, en su artículo 44.

### **2.2.11.2. Exp. 0003-2005-PI/TC**

En esta demanda interpuesta para que se declare la inconstitucionalidad de los Decretos Legislativos N° 921 - 927, lo que nos interesa señalar de esta sentencia, es lo siguiente:

Un fundamento jurídico que también es importante para nuestra investigación es el N° 945, en el que el TC establece la constitucionalidad de la reincidencia, debido a que no afecta al principio de culpabilidad. Empero, quince años después, el TC, determinó a través de la sentencia expedida en el expediente N.º 0014-2006-PI/TC, específicamente en su fundamento jurídico N° 38, que el nuevo delito o falta cometido por el reincidente, no puede ser considerado independientemente de las infracciones penales cometidas, y, por consiguiente, basándose en una interpretación sistemática de los artículos 2º, inciso 24, literal f, 37º, 140º y 173º de la Constitución, que el principio de culpabilidad debe ser analizado por medio de la sistemática, considerando no solo el hecho actual sino los antecedentes del sujeto activo, con el objetivo de que se realice el juicio de proporcionalidad en sentido estricto sobre la reprochabilidad que merece

ser atribuida al agente delictivo (Tribunal Constitucional, 2006, FJ. N. ° 38).

#### **2.2.12. Medidas de seguridad**

Según el Art. 72° CP, dos son los presupuestos concurrentes para la aplicación de las medidas de seguridad: comisión de un delito y personalidad refractaria.

La consideración de la personalidad del sujeto tiene su origen en la idea de la prevención especial, cuyo máximo representante fue Von Liszt, que defendía la aplicación de las normas de Derecho Penal de autor. Este destacado científico del Derecho Penal estableció que la pena buscaba diferentes finalidades, dependiendo del grado de cimentación cognitiva con el que cuente. En ese sentido, tenemos tres grados o niveles de prevención, dependiendo si es un ciudadano, un ciudadano que ha cometido un desliz de defraudación normativa y si es un enemigo: Para el primero de ellos, la pena contará con una función preventiva especial positiva, pues pretenderá rehabilitarlo, de tal forma que la comisión de nuevos delitos por su parte, sea algo muy improbable por pertenecer nuevamente a la sociedad (desempeñando, otra vez, el rol principal más básico que existe: respetar a los demás como personas). El segundo hace referencia a una prevención especial negativa. Este sujeto cuenta con más relevancia para el Derecho que el primero, debido a que, por

su peligrosidad, es más eficaz el riesgo que significa para la seguridad cognitiva de las demás personas, desestabilizando, por consiguiente, al sistema jurídico. En ese sentido, Roxín (2002) considera que tanto el fin preventivo del Derecho Penal como la imposición de la pena se complementan y no puede subsistir uno sin el otro (p. 8).

El último grado, hace referencia a una función preventiva especial neutralizante, que es aplicada a los enemigos, a los que muestran con su hecho (aspecto objetivo) su impulso de que las expectativas normativas le seguirán siendo irrelevantes (aspecto subjetivo). Es por ello, que Von Liszt manifiesta que la sociedad debía resguardarse de los que, luego de pasar por la readaptación, no llegar a corregirse. Este jurista, por otro lado, era de la idea que la medida de seguridad debe ser aplicada indeterminadamente para inocuizar la fuente de peligro (Muñoz Conde, 2011, p. 61).

Además de estas tres clases de prevención especial, para Jakobs la pena no se debe basar en una función preventiva especial, sino más bien en una de naturaleza general, de tal forma que mantenga la identidad normativa del sistema social (Borja Jiménez, 1999, p. 16).

Consideramos que, aun cuando se cuestione a la función preventiva especial, por haber sido influida por el Derecho Penal de autor, esta es la que coadyuva a la política criminal

a ser más eficaz en defensa del sistema social (prevención general), al poder identificar las fuentes relevantes de peligro. Consiguientemente, tanto la prevención especial como la prevención general se complementan, debido a que ambas buscan la seguridad normativa a través de la inocuización de fuentes de peligros potenciales (Zaffaroni, 1998, p. 67). Además, en palabras de Schünemann (2018), las ideas medulares del Derecho Penal moderno son tres: Amparar eficazmente bienes jurídicos, disuadir a potenciales peligros para ellos y el respeto al principio de culpabilidad (pp. 37-38).

Pero, la otra razón por la cual estamos abordando esta figura, es porque a pesar de ser muy semejante con las normas del modelo de enemigo, no se discute su legitimidad, a diferencia de las últimas, que se las considera, incluso, inconstitucionales. En ambas figuras, el sujeto refractario es una fuente de riesgos (perspectiva prospectiva), se restringen derechos a cambio de proteger bienes jurídicos mucho antes de su efectiva vulneración (adelanto de las barreras de punibilidad). Pero las medidas de seguridad se diferencian de la pena, en que no requieren que el agente sea culpable, sino que basta que haya cometido el injusto penal, para que sean aplicables, y esto se debe más que nada a que en este caso el primer análisis a considerar es la personalidad del agente refractario, para posteriormente realizar un juicio de valor



sobre el hecho realizado, sirviendo además como un límite para la aplicación del *ius puniendi* (Roxín, 1997, p. 189).

#### **2.2.12.1. Proporcionalidad**

El artículo 73° CP. regula la proporcionalidad entre la medida de seguridad y el peligrosismo del agente refractario, sumado a ello el reproche del hecho.

La regulación que ha adoptado el legislador peruano es de naturaleza mixta, debido a que no solo considera la perspectiva prospectiva (la esencia de las medidas de seguridad), sino también la perspectiva retrospectiva. Consideramos que ha sido medurado al establecer la última perspectiva en el derecho positivo, como criterio de prohibición de exceso del *ius puniendi*. Además, es correcta la posición que se adopta, al no determinarse, explícitamente, límite a la duración de la medida, dependiendo, por tanto, de que el agente ya no sea potencialmente peligroso, cumpliendo con ello, sus fines de curación, tutela y rehabilitación, en virtud del artículo IX del Título Preliminar del Código Penal. Pero, nuestra legislación no es la única que ha adoptado el modelo mixto, pues el legislador alemán, en el artículo 62° StGB señala que solo habrá coherencia en las aplicaciones de las medidas

si estas son proporcionales a los hechos eficazmente cometidos, así como que de estos se pueda hacer un juicio de potencialidad de su peligro.

### **2.2.13. El Derecho Penal del enemigo en la legislación peruana**

La tesis planteada no es si existen o no en la legislación peruana rasgos del modelo del enemigo, sino más bien que se trata de un modelo legítimo en su aplicación, debido a que las normas jurídicas que presentan sus características, no han sido declaradas inconstitucionales por el supremo intérprete de la Constitución.

Las siguientes leyes y normas con rango de ley tienen al menos dos de las características del enemigo, como concepto descriptivo (anticipación de las barreras de punibilidad, penas desproporcionadas, disminución de las garantías procesales y prohibición de beneficios penitenciarios), las cuales son:

**2.2.13.1. DECRETO LEGISLATIVO N. ° 1106 (19/04/2012): “DECRETO LEGISLATIVO DE LUCHA EFICAZ CONTRA EL LAVADO DE ACTIVOS Y OTROS DELITOS RELACIONADOS A LA MINERÍA ILEGAL Y CRIMEN ORGANIZADO”**

El artículo 1° CP. sanciona al que convierte o transfiere cualquier objeto de origen ilícito que

conoce o que por su posición estaba obligado a presumir, cuyo objeto era evitar su correspondiente identificación, sin embargo, consideramos que la razón de esta atribución de responsabilidad radica en que el agente que convirtió o transfirió efectos ilícitos, cuenta con una peligrosidad mayor, con ninguna seguridad cognitiva, al disponer de ganancias ilícitas, que podrán ser utilizadas para la comisión de nuevos delitos, anticipando la punibilidad, y no disminuyendo la pena a imponer. Esto se pone de manifiesto cuando se analiza su artículo 2°, que reprime de 8 a 15 años de PPL y de 120 a 300 días multa o no mayor de quince años y con ciento veinte a trescientos días multa, a aquel que realiza actos de ocultamiento y tenencia de cualquier objeto, independientemente de su índole, cuyo origen ilícito se conoce o debió presumirse, con la finalidad de evitar la identificación de su naturaleza permitiendo realizarse acciones de blanqueo posteriores (Art. 3° CP).

Además, existe otra característica del modelo del enemigo en la norma analizada, que es el Derecho Penal de autor, y no por ello es ilegítima

en un Estado Constitucional de Derecho, porque para que una ley o norma con rango de ley sea eficaz ha de ser creada considerando las circunstancias personales de los destinatarios de la prohibición o mandato, lo que no significa que no exista Derecho Penal de acto, pues, conforme se vio *supra*, no hay leyes basadas únicamente en el Derecho Penal de autor, sino una fusión entre Derecho Penal de acto y de autor.

Entonces, si se consideran las circunstancias agravantes establecidas en el artículo 4, inciso 1 y 2 - la calidad personal del agente (el individuo se vale de su condición, sea esta de cualquier índole)- debido a su cargo o posición, su déficit de seguridad cognitiva se potencia, siendo más palpable el ataque al vigor de la norma.

Además, considerando que el modelo analizado combate peligros, y sobre todo sus fuentes, el Decreto Legislativo N° 1106, sanciona los delitos establecidos en sus artículos 1°, 2° y 3° cuando son cometidos en ejercicio de actividades de una persona jurídica. También sanciona con la clausura definitiva de establecimientos (Art. 8.2. CP.), la suspensión de actividades - -03 años- (Art. 8.3. CP.), la prohibición de realizar

actividades que hayan permitido que se dé la comisión del hecho delictivo (Art. 8.4. CP.), la cancelación de licencias, derechos y otras autorizaciones administrativas o municipales (Art. 8.5. CP.) y la disolución de la persona jurídica.

Por último, el artículo 11° CP. contiene otra característica del modelo del enemigo, que es la prohibición de beneficios penitenciarios, siempre y cuando el sujeto refractario cometa el delito en calidad de miembro de una organización delictiva.

2.2.13.2. **LEY N. ° 30077 (20/08/2013): “LEY CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO”**

El artículo 2° establece criterios para determinar la existencia o no de una organización criminal, que son, básicamente, los establecidos en el Acuerdo Plenario N° 01-2017-SPN, fundamento jurídico 17: elemento personal, temporal, teleológico, funcional y estructural; siempre que se conforme para cometer los delitos establecidos en el artículo 3°.

En el artículo 21°, en concordancia con el artículo 22° inciso 1 literal c, se ha encontrado facciones del modelo del enemigo, debido a que,

según el artículo 36°, incisos 1 y 2 CP., priva del cargo que ejercía el condenado, o le impide obtener empleo de naturaleza pública, respectivamente, si el agente, pertenece a una organización criminal, o si es funcionario o servidor público y se ha valido de ello para la realización del ilícito penal.

Además, al utilizarse a una persona jurídica para la comisión de los delitos establecidos en la Ley N. ° 20202, o para facilitarlos o encubrirlos, se puede imponer, como consecuencias accesorias, las siguientes: clausura definitiva de locales o establecimientos, suspensión de actividades por un plazo mayor a cinco años, prohibición de llevar a cabo actividades de la misma clase o naturaleza de aquellas en cuya realización se haya cometido, favorecido o encubierto, la cancelación de licencias, derechos y otras autorizaciones administrativas o municipales, y la disolución de la persona jurídica. Esta prohibición no solo se realiza considerando los ilícitos cometidos por los agentes, sino también tomando una perspectiva prospectiva, la evitación de futuros delitos, por su peligrosidad,

al no mostrar la más mínima seguridad cognitiva de comportarse conforme a la norma.

**2.2.13.3. LEY N. ° 30262 (06/11/14): “LEY QUE MODIFICA EL CÓDIGO DE EJECUCIÓN PENAL, LA LEY CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO Y LA LEY CONTRA LA TRATA DE PERSONAS Y EL TRÁFICO ILÍCITO DE MIGRANTES”**

Su artículo 2, modifica el artículo 24 de la Ley N. ° 30077, Ley contra el Crimen Organizado, estableciendo prohibiciones de beneficios penitenciarios de redención de la pena por el trabajo y la educación, semilibertad y liberación condicional, siempre que el agente sea líder, jefe o cabecilla o ejerce funciones de administración, dirección y supervisión de la organización criminal (art. 22, inc. 1, literal a), si el agente financia la organización criminal (art. 22, inc. 1, literal b), y si el funcionario o servidor público se ha valido de su cargo para cometer, facilitar o encubrir el delito (art. 22, inc. 1, literal c). Además, los demás integrantes de la organización criminal quedarán prohibidos de los beneficios penitenciarios referidos, siempre y cuando el delito por el que fueron condenados

sea homicidio calificado, secuestro, trata de personas, robo agravado y extorsión.

**2.2.13.4. LEY N° 28704 (05/04/2006): “LEY QUE MODIFICA ARTÍCULOS DEL CÓDIGO PENAL RELATIVOS A LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL Y EXCLUYE A LOS SENTENCIADOS DE LOS DERECHOS DE GRACIA, INDULTO Y CONMUTACIÓN DE LA PENA”**

Si bien cuatro son las características del modelo del enemigo, estos son, anticipación de la punibilidad, desproporción de las penas, disminución de las garantías procesales y agravamiento de las reglas penitenciarias (Gracia Martín, 2005, pp. 450 y ss.); en este caso, también se prohíben la gracia presidencial del indulto y la institución de la inmunidad parlamentaria para aquel que cometa el delito de violación sexual de menor de edad (Art. 173° CP.), conforme al artículo 2° de esta Ley, además de no ser aplicable ni la semilibertad y libertad condicional ni la redención de la pena por el trabajo y la educación (Art. 3° CP.).

**2.2.13.5. DECRETO LEGISLATIVO N. ° 1244 (29/10/2016): “DECRETO LEGISLATIVO QUE**



## **FORTALECE LUCHA CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO Y LA TENENCIA ILEGAL DE ARMAS”**

Esta norma con rango de ley aumenta la pena abstracta que iba de tres a seis años, a no menor de ocho ni mayor de quince años, agregándose la causal de inhabilitación establecida en el artículo 36 inciso 8 del Código Penal, siempre que sea para la comisión de cualquier delito y no solo algunos, como se regulaba en dicho artículo la asociación ilícita, antes de la publicación del presente Decreto Legislativo.

Además, si el sujeto activo de este delito es financista o líder, de la organización criminal, o cuando se causare lesiones graves a la integridad del sujeto pasivo o su muerte, “la pena será no menor de quince ni mayor de veinte años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días - multa, e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1), 2), 4) y 8)” (Decreto Legislativo N. ° 1244, 2016, Art. 2°)

### **2.2.13.6. LEY N. ° 30558 (09/04/2017): “LEY DE REFORMA DEL LITERAL F DEL INCISO 24**

## **DEL ARTÍCULO 2 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ”**

Con la vigencia de esta Ley, se incluyó en el texto constitucional, específicamente en su artículo 2°, numeral 24, inciso f, una distinción, originada por la peligrosidad del individuo y por causar el delito cometido una lesividad mayor: Prescribe que la duración de la detención durará 48 horas como máximo, salvo en los casos de delitos cometidos por organizaciones criminales, espionaje, terrorismo y TID, en cuyo caso la detención tendrá como duración máxima quince días naturales.

### **2.2.13.7. LEY N.º 30838 (04/08/2018): “LEY QUE MODIFICA EL CÓDIGO PENAL Y EL CÓDIGO DE EJECUCIÓN PENAL PARA FORTALECER LA PREVENCIÓN Y SANCIÓN DE LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUALES”**

En su artículo 1° realiza modificaciones de diversos artículos del CP, entre ellos, los artículos 46-B y 46-C, en los siguientes términos:

Ambas normas son una muestra clara del Derecho Penal del enemigo, debido a que, por la condición del sujeto refractario (Derecho Penal

de autor), se impone penas desproporcionadas (consideradas como circunstancias agravante cualificadas, aumentando la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal). Esta situación se empeora si consideramos que en los siguientes delitos, no se considera el plazo de tres años como límite de tiempo, además del aumento de la pena (no menos de dos tercios por encima del máximo legal) sin poder ser favorecido por semilibertad o liberación condicional, además de aumentar la pena (la mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal), en caso de que el agente haya sido indultado o conmutado y cometa cualquiera de los siguientes delitos: Parricidio, homicidio calificado, homicidio calificado por la condición de la víctima, feminicidio, sicariato, conspiración y el ofrecimiento para el delito de sicariato, lesiones graves, lesiones graves por violencia contra las mujeres e integrantes del grupo familiar, secuestro, trata de personas, formas agravadas de la trata de personas, explotación sexual, esclavitud y otras formas de explotación, violación sexual de menor de edad, hurto

agravado, robo agravado, formas agravadas de receptación, extorsión, formas agravadas de tráfico ilícito de drogas, marcaje o reglaje, genocidio, desaparición forzada de personas, tortura, atentados contra la soberanía nacional, participación en grupo armado, destrucción o alteración de grupos fronterizos, circunstancias agravantes, inteligencia desleal con el extranjero, revelación de secretos nacionales, espionaje, favorecimiento bélico a Estado extranjero, y rebelión. Esta ley incorpora los delitos comprendidos en los capítulos IX, X y XI del Título IV del Libro Segundo, que son: Violación sexual, violación de persona en estado de inconsciencia o en la imposibilidad de resistir, violación de persona en incapacidad de dar su libre consentimiento, violación de persona bajo autoridad o vigilancia, violación sexual mediante engaño, tocamientos, actos de connotación sexual o actos libidinosos sin consentimiento, tocamientos, actos de connotación sexual o actos libidinosos en agravio de menores, acoso sexual, chantaje sexual, formas agravadas, responsabilidad especial, tratamiento terapéutico, favorecimiento a la prostitución,

cliente del adolescente, rufianismo, proxenetismo, promoción y favorecimiento de la explotación sexual de niñas, niños y adolescentes, publicación en los medios de comunicación sobre delitos de libertad sexual contra niñas, niños y adolescentes, exhibiciones y publicaciones obscenas, pornografía infantil, proposiciones a niños, niñas y adolescentes con fines sexuales.

El artículo 2°, realiza una incorporación al Código Penal, del artículo 88°-A, en el que se prescribe que tanto la acción como la pena son imprescriptibles en los siguientes delitos: trata de personas, formas agravadas de la trata de personas, explotación sexual, esclavitud y otras formas de explotación, y los delitos comprendidos en los capítulos IX, X y XI del Título IV del Libro Segundo del Código Penal, dejándole al procesado o condenado, sin la garantía de no ser perseguido por siempre por el ilícito cometido (disminución de garantías procesales).

Con el artículo 3°, se modifican los artículos 46° y 50° del Código de ejecución penal, prohibiéndose los beneficios penitenciarios de

“redención de la pena por el trabajo o la educación para procesados o condenados por criminalidad organizada o los artículos 153, 153-A, 153-B y 153-C y en los capítulos IX, X y XI del Título IV del Libro Segundo del Código Penal.

Tampoco son procedentes los beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional para aquellos internos que hayan cometido los delitos de explotación sexual, esclavitud y otras formas de explotación y los delitos establecidos en los capítulos IX, X y XI del Título IV del Libro Segundo del Código Penal (Ley N. ° 30838, 2018, Art. 3).

**2.2.13.8. DECRETO LEGISLATIVO N° 635 (‘CÓDIGO PENAL’)**

Su artículo 36° regula las causales de inhabilitación, que consideramos, presentan rasgos de Derecho Penal del enemigo, debido a que establece efectos considerando una perspectiva prospectiva, en base a la peligrosidad del agente y de su estatus o cargo (inciso 1 y 2), ejercer profesión o industria (inciso 4), o la patria potestad, tutela o curatela (inciso 5), suspender o cancelar la autorización para portar armas de fuego (inciso 6), o para conducir

cualquier clase de vehículo (inciso 7), o la privación del derecho a residir o de acudir a determinados lugares (inciso 10) o la prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima, sus familiares u otras personas que determine el juez (inciso 11); haciéndole más fácil, tener un déficit de seguridad cognitiva, siendo muy probable la comisión de nuevos ilícitos, al ser una fuente de peligros que debe combatirse.

**A. Ley N.º 29988 (18/01/2013): “LEY QUE ESTABLECE MEDIDAS EXTRAORDINARIAS PARA EL PERSONAL DOCENTE Y ADMINISTRATIVO DE INSTITUCIONES EDUCATIVAS PÚBLICAS Y PRIVADAS, IMPLICADO EN DELITOS DE TERRORISMO, APOLOGÍA DEL TERRORISMO, DELITOS DE VIOLACIÓN DE LA LIBERTAD SEXUAL Y DELITOS DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS; CREA EL REGISTRO DE PERSONAS CONDENADAS O PROCESADAS POR DELITO DE TERRORISMO, APOLOGÍA DEL TERRORISMO, DELITOS DE VIOLACIÓN DE LA LIBERTAD SEXUAL**

**Y TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS Y  
MODIFICA LOS ARTÍCULOS 36 Y 38  
DEL CÓDIGO PENAL”**

Su Primera Disposición Complementaria Modificatoria incorpora el inciso 9 al Art. 36° del D. Leg. N° 635, en concordancia con el artículo 1° de esta Ley, causando, mediante sentencia, la incapacidad definitiva de las personas condenadas por delitos de violación de la libertad sexual, TID, terrorismo, apología al terrorismo para acceder a la docencia o al servicio administrativo, en instituciones educativas (Ley N. ° 29988, 2013, Primera Disposición Complementaria Modificatoria).

También se determina que para basar y establecer la pena se debe considerar el abuso del cargo, por parte del agente, o su posición de cualquier índole (Código Penal, 1991, art. 45 inc. 1) o su cultura y costumbres (Código Penal, 1991, art. 45 inc. 2), mostrándose la existencia del Derecho Penal de autor en la legislación peruana, lo que no necesariamente es una aberración, toda vez, que las



características personales del agente no solo pueden ser utilizadas para elevar la pena a determinar, sino también para disminuirla, dando, por tanto, criterio de eficacia y no de estigmatización.

Por último, en su artículo 3, realiza diversas modificaciones del D. Leg. N. ° 957, entre las cuales se encuentra la del artículo 268°, que establece los requisitos materiales de la prisión preventiva.

Respecto al supuesto A, a pesar de que se requiera una probabilidad muy fuerte de responsabilidad penal del agente al cual se le aplicará la prisión preventiva, esta seguirá siendo una probabilidad, siendo posible aún, que se le absuelva en el proceso, por lo que consideramos que, la prisión preventiva es una institución con rasgos del modelo del enemigo, debido a que se restringe derechos y garantías procesales, sin existir la certeza de responsabilidad penal que solo se obtiene en una condena, siendo de cierta forma una anticipación de la punibilidad.

**2.2.13.9. LEY N. ° 29423 (14/10/2009): “LEY QUE DEROGA EL DECRETO LEGISLATIVO N.º 927, DECRETO LEGISLATIVO QUE REGULA LA EJECUCIÓN PENAL EN MATERIA DE DELITOS DE TERRORISMO; MODIFICA LA LEY N.º 28760, LEY QUE MODIFICA LOS ARTÍCULOS 147, 152 Y 200 DEL CÓDIGO PENAL Y EL ARTÍCULO 136 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES Y SEÑALA LAS NORMAS A LAS QUE SE SUJETARÁN LOS BENEFICIOS PENITENCIARIOS EN EL CASO DE SENTENCIADOS POR DELITO DE SECUESTRO”**

En esta ley, se podrá apreciar solo una nota característica del modelo del enemigo, esta es, la improcedencia de la semilibertad, liberación condicional y la redención de la pena por el trabajo y la educación, solo para los delitos de traición a la patria o terrorismo (Ley N. ° 29423, 2009, artículo 2°).

**2.2.13.10. LEY N.º 28760 (14/06/2006): “LEY QUE MODIFICA LOS ARTÍCULOS 147, 152 Y 200 DEL CÓDIGO PENAL Y EL ARTÍCULO 136 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES Y SEÑALA LAS NORMAS A LAS**

**QUE SE SUJETARÁN LOS BENEFICIOS PENITENCIARIOS EN EL CASO DE SENTENCIADOS POR DELITO DE SECUESTRO”**

En el artículo 2° se establece otra clase de restricción acorde con la esencia del concepto descriptivo del enemigo, sobre la improcedencia del indulto, conmuta la pena a los condenados por los delitos de secuestro y extorsión, incluso impidiendo que el procesado sea favorecido por el derecho de gracia (Ley N.º 28760, 2006). En este caso, incluso, se adelanta la barrera prohibitiva, a que esté procesado por tales delitos, sin siquiera esté probada su responsabilidad penal en el delito atribuido, eligiendo el aseguramiento cognitivo a la presunción de inocencia.

**2.2.13.11. LEY N. ° 30364 (23/11/2015): “LEY PARA PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES Y LOS INTEGRANTES DEL GRUPO FAMILIAR”**

El artículo 22° inciso 1, 3 y 4, son claras expresiones del concepto descriptivo del enemigo, porque son medidas de naturaleza prospectiva, de prevención, ante el peligro

potencial de la comisión de nuevos delitos, debido a la ausencia de seguridad cognitiva por parte de algunos sujetos refractarios, que no se muestran motivados por la vigencia de la norma y por sus mandatos o prohibiciones. V. gr. en el primer caso, se ordena retirar al agresor del domicilio en el que se encuentre viviendo el sujeto pasivo, así como se le prohíbe regresar a este, justamente por la política de asegurar a la víctima ante la fuente de peligro que es el agresor. Además, el inciso 3, prohíbe la comunicación, por cualquier medio, del agresor con la víctima. Por último, el inciso 4, prohíbe la tenencia y porte de armas con la idea de derrotar al enemigo (Ley N. ° 30364, 2015, Art. 22).

El artículo 22-A establece que para dictar las medidas de protección se tomará en cuenta la posibilidad de una nueva agresión (inciso g) y la peligrosidad de la persona denunciada (inciso h), que se mantendrá hasta que persista el riesgo, aun cuando haya terminado la investigación o el proceso penal (artículo 23).

**2.2.13.12. DECRETO LEY N° 25475 (06/05/1992):  
“ESTABLECEN LA PENALIDAD PARA LOS  
DELITOS DE TERRORISMO Y LOS**

## **PROCEDIMIENTOS PARA LA INVESTIGACIÓN, LA INSTRUCCIÓN Y EL JUICIO”**

Nuestra Constitución Política vigente no realiza una descripción de qué se debe entender por conductas terroristas. En esa línea, la máxima Ley no define qué es una conducta terrorista (Ruiz-Tagle Vial, 2002, p. 13). Sin embargo, al igual que la *Magna Lex* de dicho país, nuestra Constitución las desarrolla en una norma infraconstitucional, como lo es el Decreto Ley N. ° 25475.

Ahora bien, esta norma con rango de ley, presenta características del modelo del enemigo en los siguientes artículos:

El artículo 5°, reprime con PPL no menor de veinte años e inhabilitación (D. Ley N. ° 25475, 1992) a aquel que pertenezca a una organización terrorista (delito de estatus), corroborándose dos de las peculiaridades del modelo del enemigo, que es, el adelantamiento de las barreras de punibilidad y la desproporción de la pena.

Debido a la trascendencia de los bienes jurídicos protegidos por esta Ley, para la perennidad del Estado y del sistema social, no es necesario esperar a que se los vulnere efectivamente, sino que se pueden adelantar las barreras de punibilidad para sancionar al agente refractario en el estadio anterior a la cierta lesión al bien jurídico. Por tal motivo, la figura de la conspiración para el delito de terrorismo (artículo 6-B), así como el delito de reclutamiento de personas (artículo 6-A) han encontrado asidero en la presente Ley.

En el caso de los reincidentes, sanciona con una pena no menor de treinta años (D. Ley N° 25475, 1992), además de extender el plazo hasta diez años entre la condena anterior y la comisión del nuevo delito.

Consideramos que la reincidencia solo será aplicable a aquellos delitos que se encuentren regulados en el artículo 3° de la Ley N. ° 20202 y los delitos cometidos por una organización criminal. Consideramos que el aumento de la sanción penal basada en el Derecho Penal de autor, solo debe ser aplicable en delitos propios

del concepto descriptivo del enemigo y no de cualquier otro.

Además, para cualquiera de las modalidades de terrorismo reguladas en este Decreto Ley, La responsabilidad restringida por la edad, resultará inaplicable, conforme a su artículo 10.

Por último, su artículo 19° establece que los procesados o condenados por delito de terrorismo (D. Ley N° 25475, 1992) o financiamiento del terrorismo no podrán acogerse a ningún beneficio regulado en los Decretos Legislativos N. ° 635 y el N. ° 654, pues de nada serviría combatir al enemigo al momento de la sanción, si es que, en la ejecución de la pena, el interno cuenta con beneficios penitenciarios a su favor, por lo que el combate estaría incompleto.

#### **2.2.14. Legitimidad**

Toda norma, aun contando con las peculiaridades del concepto descriptivo del enemigo es considerada legítima y por tanto vigente, en función del artículo 103° Const., debido a que prescribe que la ley se aplica a toda relación jurídica existente desde que entra en vigor. Además, establece que la ley es derogada o dejada sin efecto por otra ley o por la

declaración de inconstitucionalidad por parte del máximo intérprete de la *Magna Lex*. Por consiguiente, *contrario sensu*, aquella norma que no haya sido derogada o declarada inconstitucional, sigue rigiendo toda consecuencia o relación jurídica. Basta con que esa norma haya sido expedida, respetando el debido procedimiento parlamentario para su correspondiente aprobación y publicación, para que exista la presunción *iuris tantum* de que esa norma es legítima *per se*. En ese sentido, Talavera Elguera (2011), señala que un test de constitucionalidad de una norma, sería innecesario en tanto toda norma que no haya sido declarada inconstitucional por el órgano competente, se presumirá constitucional (p. 42). En ese sentido se ha pronunciado el TC se en el FJ N. ° 33 de la STC N. ° 0020-2003-AI, citada por Eto Cruz (2016, pp. 81-82).

Aun cuando sea expedida por un Poder estatal, respetando el debido procedimiento legislativo, o ya sea que se trate de otras normas con rango de ley que vayan en contra de lo establecido por la Constitución, pueden ser cuestionadas, a través de una acción de inconstitucionalidad, ya sea por el Presidente de la República, del Poder Judicial, el 25% del Parlamento, los Gobernadores Regionales, el Fiscal de la Nación, el Defensor del Pueblo, alcaldes provinciales, colegios profesionales (en su materia) y cinco mil ciudadanos (Constitución Política, 1993, Art. 203°).



Si, todavía lograra filtrarse una norma del modelo del enemigo, que el TC ha manifestado como inaceptable su presencia en nuestro Estado Constitucional de Derecho, y se encuentre acabada la jurisdicción interna, aún se puede recurrir a organismos supranacionales, a los cuales el Perú puede acceder debido a Convenios o Tratados, de los cuales se es parte, en consonancia con el artículo 205°, 55° y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Norma Fundamental (Constitución Política, 1993).

Por tanto, consideramos que manifestar que el concepto descriptivo del enemigo solo se presenta en la legislación de Estados dictatoriales, es un completo exceso.

Además, como se ha visto *supra*, existen diferentes leyes y normas con rango de ley que presentan dichas características que pertenecen a la legislación de un Estado constitucional y democrático de Derecho, como el nuestro, y no a una dictadura. Como ha manifestado Polaino-Orts (2006), la seguridad cognitiva en la norma pertenece a la esencia de un Estado de Derecho y no a la de un gobierno de naturaleza dictatorial (p. 206).

#### **2.2.15. Derechos fundamentales**

Sosa Sacio (2008), los define como aquellas propiedades inherentes al ser humano, de tal forma que sin ellas no se puede entender la naturaleza humana como tal (p. 505).

El núcleo duro de los derechos fundamentales consiste en el contenido infranqueable, protegido tanto por el legislador como por el juez. Sin embargo, la existencia de un núcleo duro esencial demuestra la existencia de un contenido no esencial que puede ser restringido por las actuaciones del *ius puniendi*, en favor, de la obtención de un beneficio de naturaleza social, siempre que la medida sea proporcional al fin perseguido. Por consiguiente, como manifiesta Fernández Segado (1993), los límites a los cuales se debe ceñir el ejercicio de un derecho no pueden ser absolutos, porque ni los derechos ni las libertades lo son (p. 236).

Además, su importancia es tal, que los derechos fundamentales son los que sirven de cimiento para un Estado, cuyo paradigma se mantiene en permanente funcionamiento por el orden, autonomía y justicia (Bechara Llanos, 2011, p. 64).

Para determinar su contenido existen tres teorías: la absoluta o cerrada (el contenido de los derechos fundamentales es inmodificable, es decir, no es afectado por la coyuntura), la relativa o abierta (el contenido esencial de los derechos fundamentales es variable, dependiendo siempre del caso en concreto y la época en que se dé la vulneración). Sin embargo, nuestro Tribunal Constitucional no sigue estas teorías, sino que, se decanta por una tercera, denominada institucional, que consiste en que el amparo que ofrece la

Constitución Política a los derechos fundamentales depende de los propios límites que la prescripción jurídico-constitucional ofrece (Durán Ribera, 2003, p. 289).

Así, tenemos que el artículo 2.24.b establece que las restricciones previstas a la libertad individual estarán prescritas por la ley (Constitución Política, 1993). Incluso en el mismo texto constitucional, en el artículo 2º, numeral 24, inciso f, se realiza una distinción, originada por la peligrosidad del individuo y por causar el delito cometido una lesividad mayor: Prescribe que la duración de la detención durará 48 horas como máximo, salvo en los casos de delitos cometidos por organizaciones criminales, espionaje, terrorismo y TID, en cuyo caso la detención tendrá como duración máxima quince días naturales.

Además, la *Magna Lex* también establece restricciones o suspensiones de derechos fundamentales, como las previstas en sus Arts. 33º 70, 71º 72º y 97º.

Estas restricciones a los derechos fundamentales, encuentran legitimidad en su naturaleza misma, debido a que protegen no solo derechos individuales, sino también el orden social. Por consiguiente, para Robert Alexy (2002), la propia restricción que se pueda realizar a estos derechos, pertenece tanto a la posibilidad constitucionalmente atribuida al

Parlamentario de restringir derechos fundamentales, como a su esencia misma (p. 64).

También el Estado tiene el deber de salvaguardar al pueblo peruano de las amenazas a su seguridad (Constitución Política, 1993, Art. 44°), como lo es el enemigo. Además, si se considerara que una norma forma parte del Derecho Penal del enemigo, el Parlamento, en defensa de la Constitución y la ley (art. 102.2) debe expedir leyes derogatorias de la ley y norma con rango de ley (art. 102.1) supuestamente aberrante, o buscar sea declarada inconstitucional, pues, la ley desde que es vigente es aplicable a los efectos de las relaciones jurídicas existentes (Constitución Política, 1993, Art. 103°). Sin embargo, el Congreso de la República, no es el único legitimado para defender el orden constitucional y el orden interno, debido a que, según el artículo 203°, los facultados para presentar una acción de inconstitucionalidad, son: El Presidente de la República, del Poder Judicial, los Gobernadores Regionales, el Fiscal de la Nación, el Defensor del Pueblo, colegios profesionales (en su materia) y cinco mil ciudadanos (Constitución Política, 1993, Art. 200.4).

Si esto no fuera suficiente, el artículo 205° establece que, aun agotada la vía interna, el que se considera lesionado en sus derechos constitucionales, puede acudir a las cortes de justicia supranacional que pertenezcan a los tratados a los cuales pertenece nuestro país (Constitución Política, 1993,

Art. 205°) (en concordancia con el Art. 55° y la Cuarta Disposición Final y Transitoria del mismo cuerpo normativo). Además, los que se sientan afectados por la norma tienen derecho a presentar un recurso ante estos, siempre que se trate de la violación de derechos fundamentales legal, constitucional y convencionalmente protegidos que hayan sido vulnerados por el Estado peruano (Convención Americana de Derechos Humanos, 1969, Art. 25°).

Por todas estas limitaciones y filtros, se puede considerar que son válidas las restricciones de leyes o normas con rango de ley vigentes, que aún no han sido derogadas por otra ley o no han sido declaradas inconstitucionales mediante sentencia. Esta posición se valida cuando observamos la normativa supranacional, que establece que para que las restricciones a los derechos fundamentales sean legítimas, deben estar prescritas en la ley: Artículos 9.1, 12.3, 18.3, 19.3, 21°, 22° y 25° del PIDCP; el artículo 8.a del PIDESC y el artículo 30° de la CADH.

Existen también otros criterios que nos permitirán delimitar cuál es el contenido de indisponibilidad de los derechos fundamentales. En ese sentido, Castillo Córdova (2014), considera que los criterios literal, sistemático, cláusula internacional, teleológico y el de concordancia práctica, coadyuvan a decidir qué pretensión deberá ser admitida (p. 152).

A continuación, los desarrollaremos para verificar la ausencia de afectación y por tanto la legitimidad del Derecho Penal del enemigo:

- Criterio literal: Se empezará delimitando el contenido del derecho fundamental, a través del análisis del texto de la Constitución Política. Sin embargo, esto es, en muchas veces, insuficiente, por lo que pasaremos al siguiente criterio de verificación.
- Criterio sistemático: Ante la delimitación insuficiente que ofrece la Constitución, el intérprete deberá acudir a normas infraconstitucionales, que informe cuál es el contenido no esencial que puede ser restringido.
- Criterio de la cláusula internacional: Los derechos fundamentales, encuentran cobijo, además, en la normativa supranacional, por consiguiente, la delimitación se deberá realizar en función a los tratados jurídicos transnacionales de defensa de DD.HH., en virtud de la Cuarta Disposición Final y Transitoria y el artículo 55° de la *Magna Lex*.
- Criterio teleológico: En este nivel de interpretación se considera que siempre hay un bien humano que subyace al derecho fundamental que se trata de precisar (Castillo Córdova, 2014, p. 151).
- Criterio de concordancia práctica: El intérprete deberá considerar las circunstancias propias del caso concreto, a

fin de lograr una delimitación del núcleo duro del derecho fundamental bajo análisis, concordante con la *praxis*.

A parte de los principios de proporcionalidad y culpabilidad abordados *supra*, consideramos que no se da una vulneración efectiva del núcleo cardinal de los derechos fundamentales, porque no se han transgredido los siguientes principios:

#### **2.2.15.1. Principio de lesividad**

El principio de lesividad, legalmente reconocido en el Art. IV TP. CP., establece que para la imposición de una sanción penal debe afectarse, a través de una lesión o puesta en peligro, un bien jurídico. Sin embargo, se considera que el modelo del enemigo, vulnera este principio, al castigar en un estadio anterior a la vulneración del bien jurídico, lo cual creemos es un error, porque la lesividad en estos casos (delitos de preparación), encuentra asidero en el hecho de que las conductas preparatorias sean consideradas lesivas por su nivel de transgresión social (García Caveró, 2019, p. 457), siempre que se trate de bienes jurídicos de relevancia y que cualquiera de los posibles cursos de dañosidad se trate de afectaciones potenciales a tales bienes.

Su reconocimiento, además, se extiende al Derecho Internacional, basta con aludir a D.U.D.H. (artículo

12), la C.A.D.H. (artículo 11 inciso 2), el P.I.D.C.P. (artículo 1), la C.I.D.N. (artículo 16) y la D.A.D.D.H. (artículo 5).

Además, el TC, sobre este principio, en las STC N. ° 0014-2006-PI y en la 0019-2005-PI, ha manifestado en la primera de ellas, que, en el ámbito constitucional, será justificable toda medida restrictiva de un derecho, siempre que el bien jurídico tutelado tenga relevancia a nivel constitucional (2006, FJ. N. ° 11).

#### **2.2.15.2. Principio de humanidad**

Este principio busca velar por el respeto al principio de dignidad a través de la humanidad de las penas. En ese sentido, el Constituyente ha establecido que tanto la persona como su dignidad sean el objeto principal de protección por parte del Estado y de la sociedad (Constitución Política, 1993, Art. 1°).

Sirve como límite para el poder sancionador del Estado. Esto no significa que toda pena draconiana será vulneradora de la dignidad humana, sino que los objetivos político-criminales deben ser cumplidos siempre considerando que el receptor de la sanción penal siempre será la persona humana.



En cuanto a la dignidad, cabe agregar, que cuenta con dos dimensiones: una subjetiva, referida a la titularidad del derecho; y otra objetiva, concerniente a su naturaleza de principio y valor que informa al Derecho (Landa Arroyo, 2018, p. 18). Además, este principio persigue eliminar toda pena de naturaleza estigmatizante, algo que también se le atribuye al Derecho Penal del enemigo, por la terminología utilizada, pero cabe precisar que en el análisis de este ámbito, ni siquiera el término 'persona' es entendido desde una perspectiva naturalística, sino solo como un concepto normativo, siendo, por consiguiente, entendible que la definición de enemigo sea también funcional, y no estigmatizante, basada en un criterio de eficacia, y garantista para los ciudadanos, debido a que no serán sancionados como agentes refractarios con déficit de seguridad cognitiva en la norma.

Este principio encuentra asidero en el Derecho Internacional, en la C.A.D.H. (artículos 5.2 y 11.1), la D.U.DH. (preámbulo, artículo 1), la D.A.D.D.H. (considerando 1 y 2), la 'Declaración sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes' -09/12/1975- (considerando 2),

‘Convención relativa a la lucha contra la discriminación en la esfera de la enseñanza’ (Art. 1.1.d).

Nuestro Tribunal Constitucional desarrolla el concepto de dignidad humana en las sentencias N. ° 02273-2005-PHC, 0030-2005-PI, 1417-2005-PA, 0042-2004-AI, 0019-2005-PI, 01575-2007-HC, 0050-2004-AI, 0051-2004-AI, 0004-2005-AI, 0007-2005-AI.

### **2.2.15.3. Principio de resocialización**

Este principio está regulado en el Art. 139.2 de la *Magna Lex* y en el Art. IX TP. CP.

El hecho de que se hayan restringido los beneficios penitenciarios, no significa, en absoluto, que se atente contra este principio, pues, aun cuando se trate de delitos especialmente graves en los cuales resultan inaplicables determinados beneficios penitenciarios, esto no impide que se implemente un tratamiento penitenciario que pueda asegurar la resocialización del interno, cuando el ejercicio de su libertad locomotora ya no se vea restringido.

Incluso cuando un interno es favorecido con beneficios penitenciarios, no significa que la rehabilitación haya sido completamente exitosa en

él, debido a que la tendencia de ahora es que la resocialización no debe ser máxima, sino la necesaria (mínima), es decir, que el resocializado se desarrolle como persona y respeto a los demás como personas.

La Corte Suprema, a través del Acuerdo Plenario N. ° 2-2015, considera a los beneficios penitenciarios como derechos subjetivos, cuya aplicación se encuentra supeditada a requisitos legalmente establecidos en favor del interno (García Cavero, 2019, p. 203).

En cambio, el Tribunal Constitucional, por medio de la sentencia N. ° 2700-2006-PHC, en concordancia con la sentencia N. ° 03186-2008-HC, establece que “los beneficios penitenciarios son garantías establecidas por el Derecho de Ejecución Penal, con la finalidad de cumplir con el principio de reeducación y socialización que constitucionalmente le asisten al interno (2006).

Nosotros compartimos la posición del legislador, que establece en el artículo 165° del D.S. N. ° 015-2003-JUS (11/09/2003), que los beneficios penitenciarios son estímulos que se aplican al interno en función de sus peculiaridades, para reeducar y resocializarlo.

Es evidente que, por las particularidades del concepto descriptivo del enemigo, este resulta pertenecer a un régimen retribucionista, debido a que busca inocular a esta clase de individuos, pero esto no es necesariamente malo, siempre que con dicha neutralización se protejan bienes neurálgicos para el sistema social. En esa línea, el TC en la sentencia N. ° 0019-2005-PI, ha considerado que las teorías de prevención del delito, siempre que respeten los derechos fundamentales y la dignidad humana, son objeto de protección constitucional, siendo la mejor forma de disuadir a la criminalidad (2005, FJ. N. ° 38).

#### **2.2.15.4. Principio de igualdad**

Este principio encuentra amparo en las normas supranacionales, como lo es la D.D.H.C., el artículo 01 de la D.U.D.H. de 1948, los artículos 14 y 26 del P.I.D.C.P. de 1976 y el artículo 24 de la C.A.D.H.

El Tribunal Constitucional, a través de las sentencias N.° 00045-2004-PI, 0004-2006-PI, 0261-2003-AA, 0018-2003-AI, 0001/0003-2003-AI, 010-2002-AI, N. ° 00048-2004-AI, 0034-2004-PI, N.° 0001-2004-AI, N.° 0606-2004-AA, N.° 0045-2004-AI, N.° 0009-2004-AI, se ha manifestado sobre la protección de este principio. Sin embargo, se ha considerado la

sentencia N. ° 0003-2005-PI, debido a la explicación didáctica que ofrece el Tribunal Constitucional sobre el procedimiento a seguir para detectar la vulneración del principio de igualdad. Estas son las etapas: Determinación de la discriminación, establecimiento de su intensidad, determinación de la finalidad de la discriminación, test de idoneidad, necesidad y ponderación (2005, FJ. 4).

Respecto al primer paso, el tratamiento jurídico diferente (distintas penas, disminución de garantías procesales y la inaplicación de beneficios penitenciarios) responde a la especial gravosidad del ilícito penal cometido y a la disímil peligrosidad del procesado o condenado (no comunicará la misma seguridad cognitiva aquel que comete el delito de hurto que aquel que comete el delito de trata de personas). Por lo tanto, esta diferenciación, tiene como principal fundamentación o justificación la gravedad para el sistema social que representa el hecho cometido. En ese sentido, Rubio Correa (1999) manifiesta que el tratamiento que jurídicamente se dé, tendrá razón en función de las peculiaridades de las cosas y no de las particularidades de los individuos (p. 145).

En cuanto al segundo paso, el TC en la sentencia mencionada, manifiesta que la intervención será leve cuando la diferenciación no se produzca por las índoles prescritas en el artículo 2.2. de la Constitución Política vigente y que no busque impedir el ejercicio o goce de un derecho infraconstitucional (2005, FJ. 326).

Así tenemos que la diferencia entre el concepto descriptivo del enemigo y el del ciudadano, no es por origen, raza, sexo, etc. Además, el hecho de que se hayan restringidos beneficios penitenciarios, no significa que se haya vulnerado el derecho a la libertad personal, constitucionalmente reconocido, como lo establece el FJ. 18 de la STC 1593-2003-HC/TC.

Para superar el tercer paso, se debe establecer cuál es el fin y el objetivo del tratamiento diferenciado. En este caso, la finalidad perseguida es la restricción de garantías procesales y la inaplicación de los beneficios penitenciarios para determinados delitos, mientras que esto se justifica (objeto) debido a la gravedad del delito cometido (el valor social asignado) y los bienes constitucionales protegidos con esta distinción. Así, el Derecho Penal del enemigo supera este filtro en función de que todos

los delitos que tienen sus rasgos generarían una gran inestabilidad de la sociedad y del Estado, protegiendo con su sanción más severa, el Derecho Constitucional regulado en el Art. 44° de la Ley Suprema.

El cuarto paso se verá superado, si es que el medio utilizado (distinto tratamiento) es idóneo para conseguir un fin de naturaleza constitucional. En ese sentido, se puede colegir que el diferente tratamiento a los individuos con déficit de seguridad cognitiva (restringiendo garantías procesales e inaplicando beneficios penitenciarios), es idóneo para salvaguardar el fin constitucional de salvaguardar al pueblo peruano de los atentados contra su seguridad (Constitución Política, 1993, Art. 44°).

El quinto paso hace referencia a la relación medio-medio (subprincipio de necesidad). La distinción aludida tiene que realizarse a través de un medio eficaz, pero a la vez el menos lesivo, que pueda cumplir en el mismo grado la finalidad perseguida. En el caso de las garantías procesales, solo se han establecido restricciones más no limitaciones, y considerando las características de los delitos con rasgos de Derecho Penal del enemigo, resulta

plenamente necesario el medio adoptado. Ahora, en lo que respecta a las limitaciones de los beneficios penitenciarios, le corresponderá al legislador, en virtud de la gravedad del delito -y la consiguiente dañosidad social-, adoptar una medida que no sea manifiestamente desproporcional a la peligrosidad del sujeto y a la lesividad de la infracción.

El último filtro que se debe superar para poder determinar si las restricciones y limitaciones establecidas por el concepto descriptivo del enemigo cumplen con el P. de igualdad -es decir si la afectación a dicho principio es proporcional a la satisfacción del *ius puniendi*- es el subprincipio de ponderación.

Como se dijo líneas arriba, la afectación al principio de igualdad es leve, en comparación a la grave afectación al sistema jurídico y social que comporta la comisión de ciertos delitos, en tal sentido, consideramos que las restricciones de las garantías procesales y la inaplicación de los beneficios penitenciarios en determinados ilícitos penales graves (Derecho Penal del enemigo) han completado el filtro del P. de proporcionalidad *stricto sensu* y el filtro de constitucionalidad.



Por tanto, la normativa del modelo del enemigo es compatible con el preámbulo de la D.U.D.H. de 1888, sus artículos 2 y 10; los artículos 2, 3, 4.1, 14.1 y 14.3 del P.I.D.C.P.; el Art. 45 de la Carta de la OEA; el ítem 6.1, primera parte de 'las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos del Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente' (Ginebra, 1995); los párrafos 2 y 3 de la Resolución N. ° 45/111 (14/12/1990) de la Asamblea General, que adopta 'los Principios básicos para el tratamiento de reclusos'; el quinto principio de la Resolución N. ° 43/173 (09/12/1988) de la Asamblea General - ONU.

#### **2.2.16. Aporte**

Toda la investigación realizada no tendría sentido, si es que no se tratara de aplicarla en la realidad. Para ello, hemos partido de la idea expuesta por Jakobs, sobre todo porque consideramos, además, que uno de los temores más profundos que causa el modelo descriptivo bajo análisis es que sus normas se apliquen también en los casos del Derecho Penal del ciudadano. Pero esta diferenciación,

tendrá que ser explícita para evitar interpretaciones arbitrarias que causen inseguridad en la aplicación del modelo del ciudadano (Jakobs, 1997, p. 323).

#### **2.2.16.1. Exposición de motivos de Proyecto de Ley (Anexo I)**

##### **A. Naturaleza, objetivo y criterios**

La Ley N. ° 20202 es *sui generis* en el Perú, debido a que es el primer intento legal de delimitar aquellos preceptos que combaten peligros de aquellos otros que buscan reafirmar la vigencia de la norma. Por ello, su objeto será fijar los límites, en el aspecto sustantivo y adjetivo (investigación, juzgamiento y sanción), de la normativa del Derecho Penal del enemigo. Implícitamente, esta Ley también busca establecer garantías para aquellos sujetos que sí cuentan con cimentación cognitiva de fidelidad normativa (ciudadano), pues, no se les investigará, procesará o sancionará como aquellos que no cuenta con ella (enemigo).

Además, al limitar las restricciones más gravosas existentes en el sistema jurídico penal peruano a los delitos de criminalidad organizada y a los regulados en el artículo 3° de esta

norma, trata de apartarse de la política criminal perniciosa, influenciada por el clamor popular, los medios de comunicación, políticos y organizaciones no gubernamentales; que responde con la elevación irracional de las penas, para delitos que no son realmente gravosos para el Estado o de tipificar conductas que otras ramas del Derecho pueden regular con eficacia. Esto implica la vulneración tanto del principio de subsidiariedad como del principio de fragmentariedad, ambos informantes del principio de mínima intervención, y este, a su vez, de la intervención penal.

En el artículo 2° se define al DPE. como aquella clase de Derecho Penal que regula las normas que se caracterizan por su adelanto de las barreras de punibilidad, la proporcionalidad de las sanciones con la inseguridad cognitiva generada en los demás miembros del sistema social, las restricción de garantías procesales y la eliminación de beneficios penitenciarios, contra aquellos individuos que muestran objetivamente el déficit de seguridad cognitiva en la norma.

Otro criterio considerado para la delimitación realizada por esta Ley es que la transgresión deberá situar al Estado en una posición de inseguridad interna y externa o atentar contra la condición humana, y cualquier otro delito que facilite su comisión o encubrimiento.

La presente Ley restringirá el contenido no principal de los derechos fundamentales, más no se tratará de una transgresión de su contenido esencial.

## **B. Delitos**

Hemos seguido la posición de Hobbes, en base a qué delitos debería sancionarse al enemigo.

El filósofo inglés, considerado como uno de los pensadores que más influyó en la filosofía política moderna occidental, aborda esta problemática no solo desde una perspectiva contractualista, sino también desde un enfoque de protección institucional.

Con esto pretendemos dar a entender que expulsar al enemigo del mundo de la vida, significaría atentar contra la propia estabilidad estatal, en otras palabras, el método de conservación del sistema jurídico autopoiético

representaría también un mecanismo de autodestrucción. Por lo que solo se justificaría esta auto aflicción cuando el acto del enemigo signifique una mayor afectación al Derecho que el propio mecanismo de salvaguarda. Los únicos casos en los cuales la aplicación del Derecho Penal del enemigo no será una contradicción, es en los ilícitos penales establecidos en el Art. 3° de la Ley N. ° 20202 y en el Art. 3° de la Ley N. ° 30077.

El ciudadano al contar con personalidad, puede expresar sentidos comunicativos, sea tanto para la conservación de la sociedad, como para desprenderse de ella, siendo completamente competente para eliminar su propia condición de ser a la del deber ser. No debe parcializarse el sentido de la comunicación, debido a que, si se le reconoce la calidad de sujeto de derecho al ciudadano, lo será en cualquier manifestación que pretenda dar, aun cuando esto signifique cuestionar la identidad normativa de la sociedad. En ese sentido, discrepamos de Hobbes, toda vez que considera que debe dejarse al agente refractario con su estatus de ciudadano, pues es incapaz de eliminar, por sí

mismo, dicha condición, salvo, como lo dijimos en los casos de los delitos de combate.

Consideramos que el solo hecho de aplicar el Derecho Penal, debería significar de por sí, la eliminación del estatus de ciudadano, debido a que el Derecho Penal solo debe regular aquellos delitos que realmente pongan en peligro la vigencia del sistema jurídico penal, y no ilícitos penales que pueden ser abordados en otras especialidades del Derecho.

El modelo del enemigo, se aplica de manera absoluta, y todo aquel que sea un peligro para la vigencia social será expulsado del mundo de la vida, sin importar su estado o condición. Sin embargo, esto no tiene que ser necesariamente malo, sobre todo si consideramos que todo enemigo todavía contará con las garantías que reconozca la Ley, y que el término Derecho, significa un sistema de legitimación, evitando que el Estado Constitucional de Derecho se transforme en una tiranía.

En el artículo 3° se regulan todos los delitos que se aplicarán a los individuos autoexcluidos (enemigos) -en calidad de autores o partícipes-, que podemos agrupar en cuatro categorías,

dependiendo de la naturaleza de la transgresión:

- **Delitos que atentan contra la esencia humana:** Trata de personas, tipificado en el Art. 153° CP.; formas agravadas de Trata de personas (Art. 153°-A CP); esclavitud y otras formas de explotación, tipificado en el artículo 153°-C CP.; genocidio, regulado en el Art. 319° CP.; desaparición forzada de personas (Art. 320° CP.); y, tortura, comprendida en el Art. 321° CP.
- **Delitos que atentan contra la seguridad nacional**  
Formas agravadas de TID (Art. 297° *in fine* CP.); delito de grave perturbación de la tranquilidad pública, comprendido en el Art. 315°-A *in fine* CP.
- **Delitos que atentan contra la defensa nacional**  
Atentados contra la soberanía nacional, tipificado en el Art. 325° CP.; participación en grupo armado dirigido por extranjero, previsto en el Art. 326° CP.; formas

agravadas de atentados contra la seguridad nacional, comprendido en el Art. 328° CP; inteligencia desleal con el extranjero, tipificado en el Art. 329° CP.; revelación dolosa de secretos nacionales, regulado en el Art. 330° CP; espionaje doloso, tipificado en el Art. 331° CP.; favorecimiento bélico a Estado extranjero, tipificado en el Art. 332° CP.; rebelión, regulado en el Art. 346° del CP.; sedición, tipificado en el artículo 347° del Código Penal; perturbación o impedimento de proceso electoral, regulado en el Art. 354° CP.; terrorismo, tipificado en el Decreto Ley N. ° 25475.

- **Delitos que pueden incluirse en cualquiera de las categorías descritas**

Apología de los delitos de combate, tipificado en el Art. 316°-A CP; delitos informáticos, previsto en el artículo 11° inciso 4 de la Ley N. ° 30096; y delitos regulados en el D. Leg. N. ° 1106, siempre que “el dinero, bienes, efectos o ganancias” provengan de los delitos referidos en los incisos anteriores.



Debido a la gravedad de los delitos regulados en esta norma, consideramos pertinente reprimirlos no solo si se llegaron a cometer por una organización criminal, sino que, si llegare a faltar alguno de sus elementos, sería factible la sanción a bandas criminales.

En la regulación del Código Penal existen ciertos delitos que pueden presentar cierta similitud con los delitos comprendidos en esta Ley, pero no han sido considerados en ella, porque para el legislador no han revestido mayor gravedad, porque la pena privativa de libertad era baja, en comparación con los otros delitos establecidos aquí. Un criterio objetivo que hemos adoptado, es que no solo se incluyan los delitos que regulen atentados contra la seguridad o defensa nacionales o contra la esencia humana, sino que el límite máximo no debe ser menor a los diez años de PPL.

Ciertos delitos regulados en el artículo 3° también cuentan con responsabilidad subjetiva culposa. Sin embargo, para poder ser considerado enemigo debe haber

conocimiento de la realización típica, existiendo mayor nivel de reprochabilidad. Aun si no se considerara este filtro, la responsabilidad subjetiva culposa que se atribuya al agente refractario es reprimida con PPL, en su extremo máximo, menor a los diez años.

### **C. RELATIVIDAD DEL CONCEPTO DE ENEMIGO**

Los más viscerales detractores de la aplicación del modelo del enemigo en los Estados de Derecho, suponen que las restricciones realizadas a dichos sujetos refractarios se realizan en todos los ámbitos de su libre realización. Esto no es del todo cierto, ya que la restricción necesaria para la eficacia de la Ley se hará solo en el ámbito donde el enemigo se apartó de la norma, erosionando, por consiguiente, la seguridad cognitiva. Por ello, hemos creído necesario estipular que tanto procesados como condenados por los delitos regulados en el artículo 3° (delitos de combate), seguirán siendo portadores de derechos y obligaciones en cualquier ámbito

que no sea el estrictamente vulnerado por su actuación antijurídica.

#### **D. CRIMINALIZACIÓN EN EL ESTADIO PREVIO A LA LESIÓN DEL BIEN JURÍDICO**

Debido a la trascendencia de los bienes jurídicos protegidos por esta Ley para la perennidad del Estado y del sistema social, no es necesario esperar a que se los vulnere efectivamente, sino que se pueden adelantar las barreras de punibilidad para sancionar al agente refractario en el estadio anterior a la efectiva lesión del bien jurídico. Por tal motivo, la figura de la conspiración de los delitos de combate ha encontrado asidero en la presente Ley, sancionándolo con la misma pena del autor.

Todos los actos regulados en el inciso 1 del artículo 4, deberán entenderse como lo estrictamente necesario para lograr la ejecución del delito de combate planeado.

En lo que respecta al segundo inciso, si se llegara a realizar dichos actos incurriendo en circunstancias agravantes (v. gr. cuando el reclutado sea un menor de edad o el que

realiza el reclutamiento es funcionario o servidor público), quedará en el poder discrecional del Juez, determinar que la pena abstracta, si bien sea la misma que la del autor, la pena concreta se vaya elevando de acuerdo a las agravantes genéricas en las cuales haya incurrido el agente de la conspiración, como el autor del hecho ilícito que se pretendía conseguir a través de ella.

#### **E. ÁMBITO DE APLICACIÓN**

Esta Ley, cuya exposición de motivos realizamos, abarca no solo artículos del CP, CPP y CEP, sino también Leyes, Decreto Ley y Decreto Legislativo especiales, como la Ley N. ° 30077 (“Ley contra el crimen organizado”), Ley N. ° 30096 (Ley de delitos informáticos), Ley N. ° 30424 (“Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional”), D. Leg. N. ° 1106 (“Decreto Legislativo de lucha eficaz contra el lavado de activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y crimen organizado”), D. Ley N. ° 25475 (“Establecen la penalidad para los delitos de

terrorismo y los procedimientos para la investigación, la instrucción y el juicio”). Por consiguiente, para la investigación, juzgamiento y sanción de los delitos comprendidos en la normativa del modelo del enemigo, sobre aquello que no esté regulado en esta Ley, regirán las normas del Código Procesal Penal, aprobado por Decreto Legislativo N. ° 957. En ese sentido, los delitos que se encuentren regulados por leyes especiales, se regirán, sin perjuicio, por las disposiciones establecidas en esta Ley.

#### **F. NÚCLEO DURO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES**

El núcleo duro de los derechos fundamentales consiste en el contenido infranqueable, protegido tanto por el Legislador como por el Juez. Sin embargo, la existencia de un núcleo duro esencial demuestra la existencia de un contenido no esencial que puede ser restringido por las actuaciones del *ius puniendi*, en favor, de la obtención de un beneficio de naturaleza social, siempre que la medida sea proporcional al fin perseguido.

Para determinar su contenido existen tres teorías: la absoluta o cerrada (el contenido de los derechos fundamentales es inmodificable, es decir, no es afectado por la coyuntura), la relativa o abierta (el contenido esencial de los derechos fundamentales es variable, dependiendo siempre del caso en concreto y la época en que se dé la vulneración). Sin embargo, nuestro Tribunal Constitucional no sigue estas teorías, sino que, se decanta por una tercera, denominada institucional, que consiste en que la “protección que brinda la Constitución a los derechos fundamentales no es absoluta ni relativa: está expuesta a los límites que el propio precepto informa” (Durán Ribera, 2003, p. 289).

Así, tenemos que el artículo 2°.24.b establece que “No se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley...” (Código penal, 1991). Incluso en el mismo texto constitucional, en el artículo 2°, numeral 24, inciso f, se realiza una distinción, originada por la peligrosidad del individuo y por causar el delito cometido una lesividad mayor: Prescribe que la duración de

la detención durará 48 horas como máximo, salvo en los casos de delitos cometidos por organizaciones criminales, espionaje, terrorismo y tráfico ilícito de drogas, en cuyo caso la detención tendrá como duración máxima quince días naturales.

Además, la *Magna Lex* también establece restricciones o suspensiones de derechos fundamentales, como las siguientes: Arts. 33° (suspensión del “ejercicio de la ciudadanía por resolución judicial de interdicción, por sentencia con pena privativa de la libertad y por sentencia con inhabilitación de los derechos políticos”), 70° (que establece la inviolabilidad del derecho de propiedad, salvo “por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley”), 71° (restricción del derecho de propiedad por la calidad del sujeto -extranjero-), 72° (se legitima restricciones temporales a bienes, siempre que estén justificadas por la seguridad nacional), 97° (levantamiento del secreto bancario y el de la reserva tributaria, por parte de las comisiones de investigación del Congreso de la República).

También el Estado tiene el deber de proteger “a la población de las amenazas contra su seguridad” (art. 44°), como lo sería el enemigo. Además, si se considerara que una norma forma parte del modelo del enemigo, el Parlamento, en defensa de la Constitución y la ley (art. 102.2) debe expedir leyes derogatorias de la ley (art. 102.1) supuestamente aberrante, o buscar sea declarada inconstitucional, pues, la ley desde que es vigente “se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones existentes” (art. 103°). Sin embargo, el Congreso de la República, no es el único legitimado para defender el orden constitucional y el orden interno, debido a que, según el artículo 203°, los facultados para presentar una acción de inconstitucionalidad (contra las normas que tienen rango de ley -art. 200.4-), son:

El Presidente de la República, el Fiscal de la Nación, el Presidente del Poder Judicial (...), el Defensor del Pueblo, cinco mil ciudadanos con firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones (...), los Gobernadores Regionales (...) y los



colegios profesionales en materias de su especialidad.

Si esto no fuera suficiente, el artículo 205° establece que, aun agotada la vía interna, el que se considera lesionado en sus derechos constitucionales, puede acudir “a los tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados o convenios de los que el Perú es parte” (en concordancia con el artículo 55° y la Cuarta Disposición Final y Transitoria).

Por todas estas limitaciones y filtros, se puede inferir que son válidas las restricciones de leyes o normas con rango de ley vigentes, que aún no han sido derogadas por otra ley o no han sido declaradas inconstitucionales mediante sentencia. Esta posición se valida cuando observamos la normativa supranacional, que establece que para que las restricciones a los derechos fundamentales sean legítimas, deben estar prescritas en la ley: Artículos 9.1, 12.3, 18.3, 19.3, 21°, 22° y 25° del PIDCP; el artículo 8.a del PIDESC y el artículo 30° de la CADH.

## **G. ALTO FUNCIONARIO PÚBLICO**

Al no existir un proceso propio para la investigación, procesamiento y sanción de los delitos de combate, el procesado se someterá preferentemente a los procesos especiales que el legislador haya estimado pertinentes para el caso concreto, v. gr. un alto funcionario público procesado por genocidio, se regirá por las reglas que el Decreto Legislativo N. ° 957 haya atribuido al proceso por razón de la función pública, sin perjuicio de lo establecido por la presente Ley, siempre que la primera no desautorice lo dispuesto por esta.

Ante la inexistencia de pronunciamiento de la Ley de la excepción, sobre un determinado aspecto, dicho vacío será completado por las normas y disposiciones, primero, de las Leyes especiales, y, en segundo lugar, por lo establecido en el D. Leg. N. ° 957, interpretando a la norma en un sentido sistemático, siempre y cuando no resulte contradictorio con lo estipulado por la Ley N. ° 20202, en cuyo caso se dará preferencia a esta, salvo que signifique una desnaturalización del proceso especial concurrente.

#### **H. PROCESOS INDEPENDIENTES**

Si el sujeto refractario ha cometido siquiera uno de los delitos establecidos en el artículo 3° y otro ajeno a esta Ley, no procederá la acumulación, salvo que sea indispensable para la corroboración del delito de combate. Esta regla será obligatoriamente aplicada por el Juez Penal. Por consiguiente, el artículo 47° del Decreto Legislativo N. ° 957, será interpretado en ese sentido, con la salvedad de que no se retarde gravemente la administración de justicia.

#### **I. DISPOSICIÓN DE INICIO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA**

Ante el conocimiento de la denuncia formulada o de la detención en flagrancia del agente, el Fiscal emitirá la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria, debido a que, al restringirse derechos fundamentales para la realización efectiva de la persecución del delito, será necesario que el JIP, avale todos los actos de investigación, que el Fiscal pretenda realizar, siempre que signifique una vulneración de los derechos fundamentales. Debido a la gravedad de los delitos de combate, el Juez

velará por la eficacia de la presente Ley, siempre que el núcleo duro se vea respetado.

Si bien la sospecha requerida para emitir la Disposición de la formalización de la Investigación Preparatoria, es inicial simple, hemos considerado conveniente, reforzar los requisitos de motivación que debe cumplir dicha Disposición, no solo para su justificación sino también para validar la duración racional del plazo, y no imponer la duración máxima que establece la norma, para todos los casos.

La Disposición será cualificadamente motivada si aparte de cumplir con una especial justificación de las razones de considerar o no que el hecho imputado se subsume en algún delito de combate, la justiciabilidad penal, la ausencia de causas de extinción legalmente previstas, indicios significativos de la existencia del delito, que “la acción penal no ha prescrito, y si se han satisfecho los requisitos de procedibilidad” (Art. 336° del Código Procesal Penal), el Fiscal explica pormenorizadamente las razones de su decisión, de tal forma que no afecte el derecho-garantía a la justificación de

la disposición y el principio de interdicción de la arbitrariedad.

La motivación cualifica se requerirá incluso si el Fiscal decida no disponer la formalización de la Investigación Preparatoria.

Acreditando la existencia de estos elementos, se dará por corroborada la sospecha inicial simple en el caso concreto, más no sospecha suficiente, debido a que, al no realizarse las diligencias preliminares, en los delitos de combate, sería difícil para el Ministerio Público lograr cumplir a cabalidad con este filtro. Sin embargo, el Fiscal al reunir los elementos de convicción de cargo y de descargo, deberá satisfacer la sospecha suficiente para poder acusar o sobreseer la causa.

El Fiscal también deberá motivar cualificadamente su Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria, así como su duración, sin perjuicio de los criterios establecidos en el Decreto Legislativo N. ° 957, considerando la complejidad de la investigación, la realización de los actos de investigación idóneos que se esperan realizar,

los elementos de prueba y de indicios recabados, la peligrosidad y gravedad de los hechos imputados, la existencia de una organización criminal. Además, cuando se trate de la responsabilidad penal de las personas jurídicas por los ilícitos penales comprendidos en el artículo 3° de la Ley de la Excepción, se requerirá Informe técnico de la SMV que establezca como inadecuado el modelo de prevención delictiva adoptado, a fin de determinar si procede la eximente de responsabilidad.

Por último, se ha establecido el plazo de cinco días hábiles para que el Ministerio Público emita pronunciamiento, debido a que, en coherencia con el artículo 450° D. Leg. N. ° 957, se le asigna el mismo plazo a la Fiscalía de la Nación a fin de que emita la Disposición correspondiente luego de recibida la resolución acusatoria de contenido penal y los recaudos correspondientes del Poder Legislativo. La comparativa radica en el carácter excepcional del Proceso por delitos de función atribuidos a altos funcionarios públicos.

## **J. PERSONA JURÍDICA**

La imposición de una multa no menor al séxtuplo del beneficio económico obtenido o que se esperaba obtener con la comisión de cualquiera de los delitos regulados en el artículo 3° de esta Ley, responde a la mayor drasticidad que se da en la aplicación de la sanción penal para esta clase de delitos, por ello, se ha dejado de lado el límite mínimo del doble, para imponer como monto único el séxtuplo del beneficio obtenido o esperado.

Pero, la gravedad de los delitos regulados en la Ley N. ° 20202, ha llevado a prescribir otro tipo de sanciones más drásticas en comparación de las sanciones que le correspondería a la persona jurídica por su responsabilidad administrativa por otro tipo de delitos. Otro ejemplo de ello, es la inhabilitación: Se ha impuesto la proscripción atemporal de llevar a cabo, en el futuro, actividades de la misma clase o naturaleza de aquellas en cuya realización se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. En ambos casos, si se llegara a probar la corrección del modelo de

prevención, la persona jurídica estaría exenta de responsabilidad.

Sin embargo, hemos considerado como medida más gravosa aplicable a una persona jurídica, la disolución, siempre y cuando haya sido constituida para facilitar, promover, favorecer, financiar la comisión de los delitos de combate.

## **K. DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS**

### **FINALES**

Se ha estimado necesario establecer que la Ley no entre en vigor al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial 'El Peruano', sino que sea vigente a los ciento ochenta días de su publicación. Esto porque para su implementación se requerirá que el Ministerio Público cree Fiscalías especializadas que sean competentes para investigar los delitos de combate o lo que estime pertinente, dentro de su autonomía institucional, para el logro de los objetivos de la presente Ley.

## **L. DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS**

### **MODIFICATORIAS**



- **Primera disposición complementaria modificatoria**

Se ha incorporado el artículo 36.9.r CP y se han derogado los literales a), f), h) y p) del mismo artículo e inciso, por un criterio de orden, debido a que el literal a) regulaba los delitos de terrorismo establecidos en el Decreto Ley N. ° 25475, el literal f) comprendía el “delito de trata de personas y sus formas agravadas”, el literal h) regulaba el delito de esclavitud, y el literal p) comprendía los “delitos contra la humanidad (genocidio, desaparición forzada y tortura)”. Como se puede apreciar, todos los delitos mencionados son regulados en el artículo 3° de la Ley N. ° 20202, y como otros ilícitos penales de gravedad no estaban comprendidos en el inciso 9, es por ello que se derogó los literales mencionados, para posteriormente incorporar el literal r) al inciso 9 del artículo 36° del Código Penal, con el siguiente texto: “Delitos comprendidos en el artículo 3° de la Ley N. ° 20202”.

Apelando al mismo criterio de no duplicidad de normas, se modificó al párrafo tercero del artículo 38°, eliminando la regulación del artículo 4-A del Decreto Ley N. ° 25475, pues, se ha comprendido una norma en ese sentido, en el artículo 3° inciso 21 de la Ley N. ° 20202, estableciendo que le resulta aplicable esta Ley, a los delitos de terrorismo regulados en el Decreto Ley N. ° 25475, sin importar su modalidad.

Además, se incluye en el último párrafo del artículo 38°, que la inhabilitación a imponer será perpetua cuando el agente refractario haya sido condenado por la comisión de los delitos de combate y en el caso de los delitos regulados en los artículos 1, 2 y 3, siempre que “el dinero, bienes, efectos y ganancias provengan de la minería ilegal, tráfico ilícito de drogas, secuestro, extorsión” o los delitos de combate.

La incorporación de los delitos establecidos en el artículo 3° de la Ley N. ° 20202 al artículo 46-A del Código Penal, sigue el criterio de la gravedad del delito cometido por el sujeto activo para su correspondiente

agravación de la pena. En ese sentido, se ha realizado las modificaciones de los artículos 69, 88-A, 297.7 *in fine*, 315-A, 367, 407, 409-A, 417-A, 359-C.

La reincidencia solo será aplicable a aquellos delitos que se encuentren regulados en el artículo 3° de la Ley N. ° 20202 y los delitos cometidos por una organización criminal. Consideramos que el aumento de la sanción penal basada en el Derecho Penal de autor, solo debe ser aplicable en delitos propios de este modelo y no de cualquier otro. Así, puede ser que el agente empiece el quebrantamiento a la vigencia de la norma, por medio de cualquier delito de combate, entonces no importará, en qué momento cometa otro delito o falta, igualmente se considerará reincidente. En ese sentido, el agente refractario cuyo primer delito o falta sea diferente de los antes descritos (que haya sido condenado o cumpliendo la pena parcialmente), igual tendrá la condición de reincidente, siempre y cuando el otro ilícito penal que cometa se trate de los regulados,

tanto por la Ley N. ° 20202, o por la Ley N. ° 30077. Además de ello, de nada serviría combatir al enemigo al momento de la sanción, si es que, en la ejecución de la pena, el interno cuenta con beneficios penitenciarios a su favor, por lo que el combate estaría incompleto. Por consiguiente, tanto en los delitos de combate, como en los de criminalidad organizada, serán inaplicables la semilibertad y la liberación condicional. Por último, en los delitos mencionados, se tomará en cuenta para calificar como reincidente o no al sujeto refractario, los antecedentes penales que hayan sido cancelados o los que debieron serlo.

El agente refractario tendrá la condición de habitual, siempre que cometa un nuevo delito doloso, y se trate mínimamente de tres hechos punibles cometidos en cualquier momento. Sin embargo, cualquiera de los tres delitos cometidos, debe estar regulado en el Art. 3° de la Ley de la Excepción o en el artículo 3° de la Ley N. ° 30077.

Si el sujeto comete dos delitos de los no previstos, no tendrá la condición de reincidente, pero si llegara a cometer otro delito de los descritos, tendrá la condición de habitual, sin contar previamente con la condición de reincidente. De lo cual se puede fácilmente inferir, que no todo habitual será reincidente, pero sí todo reincidente será habitual.

La modificación del último párrafo del delito de apología, comprendido en el Art. 316° del Código Penal, responde a la separación y delimitación clara entre ambos polos (enemigo/ciudadano). Así, mientras que el artículo 316° comprende la apología de todo delito comprendido en el Derecho Penal del ciudadano, el artículo 316°-A regula la apología de los delitos de combate, y los comprendidos en el Art. 3° de la Ley N. ° 30077.

El delito de marcaje o reglaje es un delito de mera actividad, además, adelanta las barreras de punibilidad hasta el estadio anterior a la efectiva lesión del bien jurídico, sin embargo, la posición adoptada aquí, es

que dicho adelantamiento solo debe darse en los delitos establecidos dentro de este modelo conforme a lo regulado por la presente Ley, y no verse influida por el clamor popular, los medios de comunicación y la politización del Derecho Penal. La elevación de la pena para este delito responde a que solo será aplicable a los ilícitos penales de combate.

Tanto al artículo 349° como al 450° se han realizado modificaciones, tendientes a sancionar solo el delito de motín y ya no el rebelión ni sedición. Esto responde al criterio de no duplicidad de las normas penales, toda vez que la conspiración de los delitos de combate (entre ellos los delitos de rebelión y sedición) se encuentra ya regulado en el artículo 4° de la Ley N. ° 20202.

La modificación del delito de encubrimiento personal, establecido en el Art. 404° del Código Penal, se debe a la separación y delimitación clara entre las normas del Derecho Penal del ciudadano de las normas del Derecho Penal del enemigo. La

agravante solo corresponderá para aquellos delitos que signifiquen una mayor reprochabilidad para la vigencia de la norma, como los de combate, lavado de activos y crimen organizado, en cuyos casos “la pena privativa de libertad será no menor de diez ni mayor de quince años y trescientos sesenta y cinco días multa”. La modificación realizada al tipo pena de encubrimiento real, establecido en el artículo 405° del Código Penal, responde al mismo criterio.

- **Segunda disposición complementaria modificatoria**

La modificación de los artículos 207 (presupuestos y ejecución de la videovigilancia), 231.5 (registro de la intervención de comunicaciones telefónicas o de otras formas de comunicación), 249.2 (medidas de protección adicionales), 261.4 (la no caducabilidad de las requisitorias por detención preliminar judicial), y 266.7 (detención judicial en caso de flagrancia) del Decreto Legislativo N. ° 957, sigue el criterio

de la gravedad del delito o el criterio de la complejidad de la investigación, como los artículos 344 (“decisión del Ministerio Público de formular acusación o sobreseerse”), 345 (“control del requerimiento de sobreseimiento”), 346 (pronunciamiento del JIP), 351 (audiencia preliminar). Debido a la mayor restricción de los derechos fundamentales, también se ha realizado la modificación del artículo 263 inciso 1 (deberes de la Policía). Además, por la complejidad de la investigación, se ha establecido que se realicen actos especiales de investigación en el caso de los delitos de combate (artículo 3 - Ley N. ° 20202), conforme a la modificación realizada a los artículos 341 y 341-A del Decreto Legislativo N. ° 957.

La modificación del artículo 161 del Decreto Legislativo N. ° 957, que regula el efecto de la confesión sincera responde a la gravedad de los delitos regulados tanto en el artículo 3 de la Ley N. ° 20202, como en el artículo 3 de la Ley N. ° 30077, debido a que no se puede beneficiar al agente refractario a



pesar de la reprochabilidad de su hecho, por la complejidad del caso. Esto debe entenderse respecto a la procedencia de la confesión sincera, más no del beneficio de reducción de la pena. El Estado deberá dotar tanto a la Policía Nacional del Perú como al Ministerio Público, de los mecanismos necesarios para la eficaz investigación de los delitos. Esto se explicará *infra*.

Respecto a la procedencia del beneficio por colaboración eficaz, se han modificado los términos de asociación ilícita por delitos cometidos por organización criminal y también se han agregado los delitos previstos en el artículo 3° de la Ley N. ° 20202.

No es procedente la disminución de la pena por confesión sincera y sí la reducción por colaboración eficaz, porque el agente coadyuvará con la justicia, identificando a miembros de la organización criminal con mayor rango, siempre y cuando el aporte del colaborador eficaz sea proporcional a su grado de participación criminal y el delito, en

virtud de los artículos 474 y 475 del Código Procesal Penal.

En el artículo 242° del Decreto Legislativo N. ° 957, la modificación realizada específicamente en su inciso 1, literal e, guarda coherencia con la esencia de la prueba anticipada, que es, la imprevisibilidad de llevar la prueba personal al juicio oral. Sustentándose más que todo, en la peligrosidad del agente refractario, por lo que sería justificable que estén “expuesto a violencia, amenaza, ofertas o promesa de dinero u otra utilidad para que no declaren o lo hagan falsamente”.

Es fundamental explicar los motivos que nos llevaron a prescribir la imposición de la prisión preventiva solo a los delitos de combate (artículo 3° de la Ley N. ° 20202) y los cometidos por organizaciones criminales (artículo 3° de la Ley N. ° 30077).

Según la sentencia del Tribunal Constitucional español N.º 128/1995 del 26 de julio, se legitima constitucionalmente la prisión preventiva, siempre que se cumpla con lo siguiente: si existe una sospecha

fuerte de la comisión de un delito grave (presupuesto), que el propósito de su imposición sea coherente con los fines constitucionales (objetivo) y si es una medida de carácter excepcional (objeto). Además, la SColdh, caso Acosta Calderón vs. Ecuador (24/06/2005), establece como los elementos más resaltantes de esta institución procesal: la excepcionalidad, legalidad procesal, principio de intervención domiciliaria y el principio de proporcionalidad.

La judicatura nacional tiene problemas para respetar la excepcionalidad de esta medida. Esto se debe a su naturaleza ambivalente (el Estado busca respetar la libertad de las penas y también perseguir y sancionar el delito), como lo ha establecido la STCE N. ° 41/1982 del 02 de julio. No se puede esperar ser eficaz en ambas situaciones, si no se toma una medida de precisión legislativa. La solución deberá estar en determinar cuándo vale la pena restringir el contenido no esencial de los derechos fundamentales, en beneficio de políticas

criminales realmente eficaces. Ya hemos explicado nuestra posición al respecto. Estará plenamente justificada la imposición de la prisión preventiva para aquellos sujetos que ponen en riesgo al Estado, y consecuentemente, a la sociedad. Pero este peligro no debe ser banal, ni considerar que todos los bienes jurídicos necesitan la misma protección, y aquellos que buscan hacer ver esa incorrección los tildan de inducir a la tiranía a los Estados democráticos. Es sencillo establecer que resulta más pernicioso para la estabilidad del sistema los delitos de rebelión, sedición o el genocidio, que los delitos de secuestro, extorsión (que no sean cometidos por organizaciones criminales) o “las agresiones en contra de las mujeres e integrantes del grupo familiar” (si bien este delito, regulado en el artículo 122-B del Código Penal, cuenta con las características propias del modelo bajo análisis, es un error en el que ha incurrido el legislador por querer demostrar proactividad e interés por las demandas sociales).

Al ser una medida de carácter excepcional, solo se considerará el principio de proporcionalidad - prohibición de exceso, al prescribir que solo será impuesta la prisión preventiva en los delitos de combate y en los cometidos por organizaciones criminales, pues lo único que se deberá determinar es su concurrencia con los demás presupuestos materiales, y si concurren, si se impone el plazo máximo de nueve meses o uno menor, o si no llegan a concurrir dichos presupuestos, si cabe la imposición de una medida menos lesiva que la prisión preventiva (v. gr. impedimento de salida del país, comparecencia simple o restrictiva, etc.) pero ya no existirá la preocupación del exceso en la aplicación de esta medida de coerción personal.

Así que, la prisión preventiva no será necesaria, si no llegando a concurrir sus presupuestos materiales, la aplicación de otra medida coercitiva no resulta menos gravosa y cuenta con el mismo grado de eficacia. Ahora, si llegan a concurrir dichos supuestos, su aplicación siempre

cumplirá con el subprincipio de proporcionalidad: la necesidad de la medida. Será idónea, si con la imposición de la prisión preventiva al sujeto refractario, se cumple con el fin constitucionalmente establecido de la seguridad interna, la defensa nacional o la naturaleza humana, dependiendo del delito. Será estrictamente proporcional si la restricción, que significa esta medida de coerción personal, mantiene una razón constante con las ventajas que se obtendría de asegurar la estabilidad estatal y social (qué otra ventaja que la perennidad del sistema donde se desarrollan los sentidos comunicativos, que nos hacen ser personas).

La duración máxima de la prisión preventiva será de treinta y seis meses. Empero, el plazo concreto que se imponga deberá tomarse en cuenta según los elementos establecidos en el fundamento jurídico N. ° 57 del Acuerdo Plenario 01-2019, que son: “la complejidad de la investigación, la gravedad y extensión del delito imputado, la dificultad y cantidad de los actos de

investigación que sea necesario llevar a cabo, la necesidad de realizar actos de cooperación judicial internacional, la realización de actos periciales complejos, la presencia o no de los imputados en la causa y su comportamiento procesal”.

La CIDH también se ha pronunciado sobre el plazo razonable de la prisión preventiva, en los casos Tenorio Roca vs. Perú (22/06/2016) y Genie Lacayo vs Nicaragua (29/01/1997). En ellos, especifica los elementos necesarios con los cuales debe contar todo auto de prisión preventiva que establezca la duración de esta medida: “La complejidad del asunto, la actividad procesal del interesado, la conducta de las autoridades judiciales y la afectación generada en la situación de la persona procesada” (Acuerdo Plenario N. ° 01-2019, 2019, p. 36).

- **Tercera disposición complementaria modificatoria**

Las modificaciones realizadas a los artículos 11, 11-A y 11-B del Código de

Ejecución Penal, buscan conseguir que los internos condenados por delitos no graves no se vean influenciados por aquellos internos procesados o condenados por delitos graves. Esa es la razón de que se haya incluido en los criterios básicos de clasificación a aquellos agente refractarios, procesados o condenados por los delitos de combate.

La modificación de los artículos 46 y 50 del Decreto Legislativo N. ° 654, que regulan la improcedencia de “los beneficios penitenciarios de redención de pena por trabajo o estudio”, y la improcedencia de los beneficios penitenciarios de semilibertad o liberación condicional, respectivamente, ha sido realizada debido a que no se puede favorecer al agente refractario a pesar de la reprochabilidad de su hecho, sobre todo si son delitos de combate o de organización criminal, donde el nivel de lesividad de la conducta antijurídica es mayor al de cualquier otro delito.



- **Cuarta disposición complementaria modificatoria**

La modificación realizada al artículo 9° del Decreto Ley N. ° 25475 (“Decreto Ley que establece la penalidad para los delitos de terrorismo y los procedimientos para la investigación, la instrucción y el juicio”), responde al criterio de coherencia sistemática de las normas. Antes de esta modificación, dicho artículo prescribía como plazo de la reincidencia diez años a partir de la condena precedente, lo que colisionaba con la modificación realizada al artículo 46-B del Código Penal, en el que ahora se establece que una persona puede ser reincidente en cualquier momento, siempre que el delito antecedente o el consecuente se trate de un delito de combate o cometido por una organización criminal.

## **M. DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA**

### **DEROGATORIA**

- **Disposición única**

La presentación de este Proyecto de Ley responde al intento de separar las normas del ciudadano, de aquellas otras que solo deben ser aplicadas a aquellos individuos con la seguridad cognitiva erosionada en la norma, estos son, los enemigos. Pero nuestro objetivo o propósito no acaba allí, pues existen normas del Derecho Penal del ciudadano que presentan ciertos rasgo de la legislación del combate. En tal sentido, nuestro segundo propósito será, después de distinguir de qué preceptos legales se tratan, eliminar esas características, de tal manera, que se pueda apelar a una distinción entre ciudadano y enemigo, de una manera más pura. En ese sentido, se ha derogado el artículo 108-D del Código Penal.

El artículo 153.5 del mismo cuerpo normativo ha sido derogado, en virtud del criterio de la no duplicidad de las normas, pues, establece que “el agente que promueve, favorece, financia o facilita la comisión del delito de trata de personas, es reprimido con la misma pena prevista para

el autor”, regulando un hecho que ya se encontraría previsto en el artículo 4 de la Ley N. ° 20202. El artículo 322° será derogado por la misma razón, siendo posible aplicar la circunstancia agravante genérica, en caso de ser médico o cualquier personal sanitario, establecida en el artículo 46, inciso 2, literal h. En ese sentido, se ha dispuesto la derogación de los artículos 3.3 y 3.17 de la Ley N. ° 30077, porque los delitos comprendidos en dichos artículos ya estarían regulados en el artículo 3° de la Ley N. ° 20202. Además, bajo el mismo criterio, se ha ordenado la derogación de los artículos 6-B y 8 del Decreto Ley N. ° 25475, toda vez que, el artículo 4 de la Ley de la excepción y el artículo 409-A del Código Penal, regulan los mismos hechos punibles.

En el caso del artículo 46 *in fine* del Decreto Legislativo N. ° 654, su derogación se debe a la incoherencia sistemática entre esta norma y el artículo 46-B y 46-C del Código Penal, pues se hace alusión a que la reincidencia y la habitualidad se aplican

a cualquier delito, cuando la Ley N. ° 20202 establece que solo son procedentes en los delitos de combate y los cometidos por organizaciones criminales, conforme a las modificaciones que se realizarían con la vigencia de esta Ley.

## **CAPÍTULO III**

### **HIPÓTESIS Y VARIABLES**

#### **3.1. Formulación de hipótesis**

El Derecho Penal del enemigo, caracterizado por la anticipación de las barreras de punibilidad, desproporción de las penas, disminución de las

garantías procesales y agravamiento de las reglas penitenciarias; es legítimo en la legislación peruana.

### **3.2. Variables y definición operacional**

#### **3.2.1. Variable independiente**

➤ Legitimidad penal peruana.

##### **a. Indicadores**

- Clamor popular.
- Influencia de los medios de comunicación.
- Politización del Derecho Penal.

#### **3.2.2. Variable dependiente**

➤ Derecho Penal del enemigo.

##### **a. Indicadores**

- Derechos fundamentales.
- Relativismo.
- Seguridad cognitiva.
- Adelantamiento de las barreras de punibilidad.
- Proporcionalidad de las penas.
- Garantías procesales.
- Reglas penitenciarias.

## **CAPÍTULO IV**

### **MARCO METODOLÓGICO**

#### **4.1. Diseño Metodológico**

El enfoque a utilizar será mixto. Por un lado, en el enfoque cualitativo, el paradigma de investigación será el analítico-exegético, además de ello, “Se aplica la lógica inductiva. De lo particular a lo general (...) La teoría se construye básicamente a partir de los datos empíricos obtenidos y analizados y, desde luego, se compara con los resultados de estudios anteriores”

(Hernández Sampieri, Fernández Collado & Baptista Lucio, 2014, p. 11).

Asimismo:

Se involucran a unos cuantos casos porque no se pretende necesariamente generalizar los resultados del estudio, sino analizarlos intensivamente. (...) Casos individuales, representativos no desde el punto de vista estadístico, sino por sus “cualidades”. (...) Datos profundos y enriquecedores. (Hernández Sampieri, Fernández Collado & Baptista Lucio, 2014, p. 12)

La clase de indagación utilizada fue el dogmático propositivo, considerando que se pretende demostrar la validez de hipotetizar que este modelo, caracterizado por la anticipación de las barreras de punibilidad, desproporción de las penas, disminución de las garantías procesales y agravamiento de las reglas penitenciarias; es legítimo. Además, el diseño de la investigación será transaccional, porque no se realizará una manipulación de las variables consideradas, y el fenómeno será estudiado sin modificar sus reales manifestaciones. El corpus comprende la STC N. ° 0003-2005-PI/TC (específicamente su fundamento jurídico N. ° 16), así como la STC N. ° 0014-2006-PI/TC (específicamente su fundamento jurídico N. ° 04), y la legislación con rasgos de Derecho Penal del enemigo. Por último, el muestreo del corpus será no probabilístico, a través del análisis documental, análisis de contenido, técnica de fichaje y digital, como técnicas; y ficha de localización (bibliográfica y hemerográfica) y ficha de registro de información de sentencia, como instrumentos.

Por otro lado, en el enfoque cuantitativo, el paradigma de investigación será el analítico, también se aplicarán técnicas estadísticas y estructuradas para verificar la validez o no de la hipótesis planteada, y que los resultados que se buscan obtener son generalizables, no se trata de una realidad subjetiva (enfoque cualitativo) sino de una corroboración objetiva la realidad no varía por las observaciones realizadas sobre el fenómeno, además: el método utilizado, para este tipo de enfoque, es el deductivo, el cual “equivale a plantear inicialmente los temas más generales hasta llegar a los aspectos concretos y específicos del problema” (Ramos Núñez, 2007, p. 132).

“El objetivo es generalizar los datos de una muestra a una población Externa (al margen de los datos) (...). Los reportes utilizan un tono objetivo, impersonal, no emotivo” (Hernández Sampieri, Fernández Collado & Baptista Lucio, 2014, pp. 12-13).

El tipo de investigación utilizado será el sintético, considerando que se pretende demostrar la validez de hipotetizar que este concepto, caracterizado por la anticipación de las barreras de punibilidad, desproporción de las penas, disminución de las garantías procesales y agravamiento de las reglas penitenciarias; es legítimo. Además, el diseño de la investigación será no experimental, transversal y descriptivo, porque no se realizará una manipulación de las variables consideradas, y el fenómeno será estudiado sin modificar sus reales manifestaciones. El subconjunto representativo de la población que será objeto de estudio (muestra), para verificar la validez de la hipótesis planteada, comprende a 40 operadores jurídicos (jueces, fiscales, abogados de procuradurías y abogados litigantes) a nivel nacional, en su condición de expertos en Derecho Penal y Procesal Penal. Además, el



muestreo del corpus será no probabilístico, a través del análisis de encuestas como técnicas; y cuestionarios y escala de medición, como instrumentos cuantitativos.

Finalmente, el diseño mixto que se aplicará en esta tesis es el exploratorio secuencial (DEXPLOS), en su modalidad derivativa, porque:

...En esta modalidad la recolección y el análisis de los datos cuantitativos se hacen sobre la base de los resultados cualitativos. La mezcla mixta ocurre cuando se conecta el análisis cualitativo de los datos y la recolección de datos cuantitativos. La interpretación final es producto de la comparación e integración de resultados cualitativos y cuantitativos. (Hernández Sampieri, Fernández Collado & Baptista Lucio, 2014, p. 551)

#### **4.2. Diseño muestral**

En el enfoque cualitativo, el corpus comprende la STC N. ° 0003-2005-PI/TC (específicamente su fundamento jurídico N. ° 16), así como la STC N. ° 0014-2006-PI/TC (específicamente su fundamento jurídico N. ° 04), y la legislación con rasgos de Derecho Penal del enemigo. El muestreo del corpus será no probabilístico, a través del análisis documental, análisis de contenido, técnica de fichaje y digital, como técnicas; y ficha de localización (bibliográfica y hemerográfica) y ficha de registro de información de sentencia, como instrumentos.

En el enfoque cuantitativo, el subconjunto representativo de la población que será objeto de estudio, para verificar la validez de la hipótesis planteada, comprende a 40 operadores jurídicos (jueces, fiscales, abogados de

procuradurías y abogados litigantes) a nivel nacional, en calidad de especialistas en Ciencias Penales.

### **4.3. Técnicas de recolección de datos**

#### **4.3.1. Fichaje**

Para recabar la información necesaria, ya sea tanto a nivel legislativo, doctrinaria como jurisprudencial, se procederá a utilizar fichas de localización, textuales y de lectura, dependiendo de los tipos de datos que se pretenderá recolectar para el procesamiento de la información relevante para el tema e hipótesis planteados.

#### **4.3.2. Encuestas**

Las encuestas se aplicarán a los jueces, fiscales, procuradores públicos y abogados como subconjunto representativo de la población que será objeto de estudio para verificar la viabilidad de la hipótesis.

#### **4.3.3. Análisis documental**

Se ha procedido a analizar libros, tesis, artículos y encuestas afines con el tema y en algunos casos con la posición adoptada, mientras que, en otros, se ha procedido a recolectar datos de autores con posiciones divergentes a la que se presentará en la tesis, para enriquecerla y partir de un punto de vista crítico del contenido de en estas líneas.

#### **4.3.4. Análisis de contenido**

Comprenderá el estudio de la STC N. ° 0003-2005-PI/TC (específicamente su fundamento jurídico N. ° 16), así como la STC N. ° 0014-2006-PI/TC (específicamente su fundamento jurídico N. ° 04), y la legislación con rasgos de Derecho Penal del enemigo.

#### **4.4. Técnicas estadísticas para el procesamiento de información**

Tanto a nivel doctrinario como jurisprudencial, se utilizarán fichas de localización y ficha de registro de información de sentencia (enfoque cualitativo), para el procesamiento de los datos necesarios para demostrar la validez de la hipótesis planteada.

El criterio para validar el resultado de los cuestionarios que se realizarán, será el criterio de validez de expertos (enfoque cuantitativo), el cual “se refiere al grado en que aparentemente un instrumento mide la variable en cuestión de acuerdo con voces calificadas” (Hernández Sampieri, Fernández Collado & Baptista Lucio, 2014, p. 204).

#### **4.5. Aspectos éticos**

No existe vulneración a la ética del investigador, porque la tesis será elaborada siguiendo los lineamientos establecidos por la Universidad de San Martín de Porres, respetándose los derechos de autor, atribuyéndole lo manifestado al investigador que corresponda, y respetando los métodos de citación para darle rigurosidad científica al trabajo de investigación.

**CAPÍTULO V**  
**RESULTADOS**

En este capítulo se presentará el producto de la investigación realizada, al cual se ha arribado considerando el problema, objetivo, hipótesis, variables, indicadores e instrumentos, que se propuso desde un primer momento.

El producto es el siguiente:

**Ficha de registro de información de sentencia**

<b>TABLA N. ° 01</b>	
<b>EXPEDIENTE</b>	<b>N. ° 0003-2005-PI/TC</b>
<b>FECHA</b>	<b>09 DE AGOSTO DE 2006</b>
<b>SÍNTESIS</b>	<b>DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD INTERPUESTA POR 5186 CIUDADANOS, CONVOCADOS POR EL MOVIMIENTO POPULAR DE CONTROL CONSTITUCIONAL, DEBIDAMENTE REPRESENTADOS POR WALTER HUMALA, CONTRA LOS DECRETOS LEGISLATIVOS 921, 922, 923, 924, 925, 926 Y 927.</b>
<b>TRIBUNAL</b>	<b>Tribunal Constitucional.</b>

<b>MAGISTRADOS FIRMANTES</b>	Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Gonzales Ojeda, García Toma, Vergara Gotelli, Landa Arroyo.
<b>PROCESO</b>	Proceso de Inconstitucionalidad
<b>RESUMEN</b>	Fundamento Jurídico N. ° 16: "...la política de persecución criminal de un Estado constitucional democrático no puede distinguir entre un Derecho penal de los ciudadanos y un Derecho penal del enemigo...".
<b>OBSERVACIONES</b>	Ninguna.

**TABLA N. ° 02**

<b>EXPEDIENTE</b>	N. ° 0014-2006-PI/TC
<b>FECHA</b>	19 DE ENERO DE 2007
<b>SÍNTESIS</b>	DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD INTERPUESTA POR EL COLEGIO DE ABOGADOS DEL CONO NORTE DE LIMA CONTRA TODOS LOS EXTREMOS DE LA LEY N° 28726, DEBIENDO EXTENDERSE LOS EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD A LA LEY N° 28730.
<b>TRIBUNAL</b>	TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.
<b>MAGISTRADOS QUE SUSCRIBEN</b>	LANDA ARROYO, GONZALES OJEDA, ALVA ORLANDINI, MESÍA RAMÍREZ.
<b>PROCESO</b>	Proceso de inconstitucionalidad.
<b>RESUMEN</b>	Fundamento Jurídico N. ° 04: "...la política de persecución criminal de un Estado constitucional democrático no puede distinguir entre un Derecho penal de los ciudadanos y un Derecho penal del enemigo...".
<b>OBSERVACIONES</b>	Ninguna.

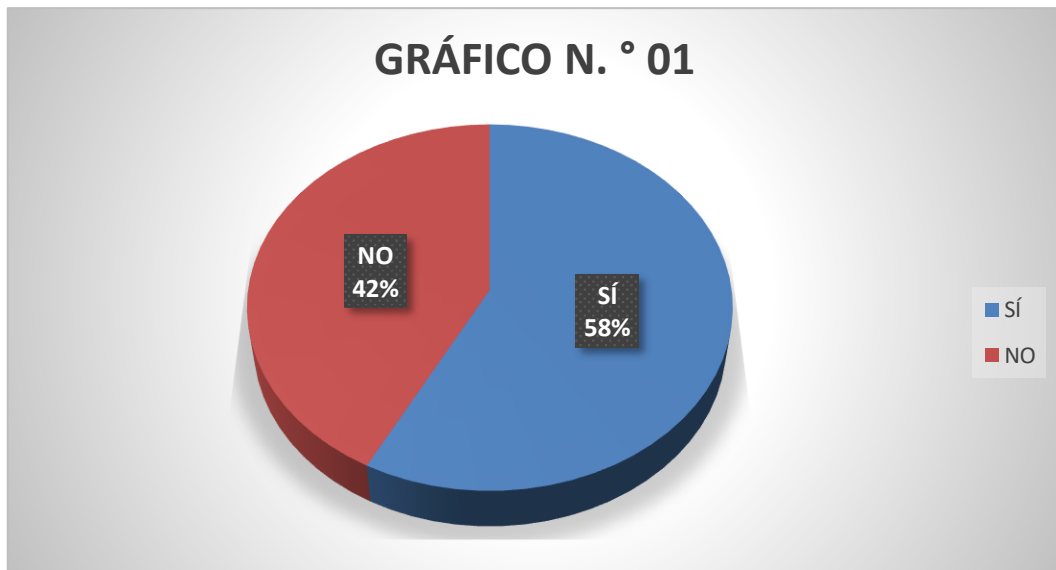
**TABLA N. ° 03**

<b>1. ¿La política de persecución criminal puede distinguir entre un Derecho penal de los ciudadanos y un Derecho Penal del enemigo?</b>	<b>Sí ( )</b>	<b>No ( X )</b>
<b>2. ¿El Derecho Penal del enemigo realiza una distinción en cuanto a la aplicación de las garantías penales?</b>	<b>Sí ( X )</b>	<b>No ( )</b>
<b>3. ¿Los fines constitucionales de las penas – reeducación, rehabilitación y reincorporación solo son aplicables a favor de los ciudadanos?</b>	<b>Sí ( X )</b>	<b>No ( )</b>
<b>4. ¿Considerar al sujeto refractario como enemigo significa apelar a su total eliminación?</b>	<b>Sí ( X )</b>	<b>No ( )</b>
<b>5. ¿El Derecho Penal del enemigo puede ser asumido dentro de un Estado que se funda, por un lado, en el derecho-principio de dignidad humana y, por otro lado, en el principio político democrático?</b>	<b>Sí ( )</b>	<b>No ( X )</b>

## **Encuestas**

**Población objetivo:** Jueces, Fiscales, Abogados de Procuraduría y Abogados litigantes, en lo penal, a nivel nacional.

<b>CUADRO N° 01</b>		<b>POBLACIÓN MUESTRAL: 40</b>
<b>VARIABLE CONSIDERADA: SEGURIDAD COGNITIVA</b>		
<b>PREGUNTA N° 01</b>	<b>RESPUESTA</b>	<b>FRECUENCIA</b>
¿Considera que el Derecho Penal del enemigo es un concepto proporcional a la erosión de la seguridad cognitiva de los demás miembros del sistema social?	<b>SÍ</b>	<b>23</b>
	<b>NO</b>	<b>17</b>
<b>TOTAL:</b>		<b>40</b>



En la pregunta N. ° 01: ¿Considera que el Derecho Penal del enemigo es un concepto proporcional a la erosión de la seguridad cognitiva de los demás miembros del sistema social?

Se advierte del cuadro y el gráfico N. ° 01, que la mayoría de los operadores jurídicos encuestados, considera que el Derecho Penal del enemigo sí es un concepto proporcional a la erosión de la seguridad cognitiva de los demás miembros del sistema social.

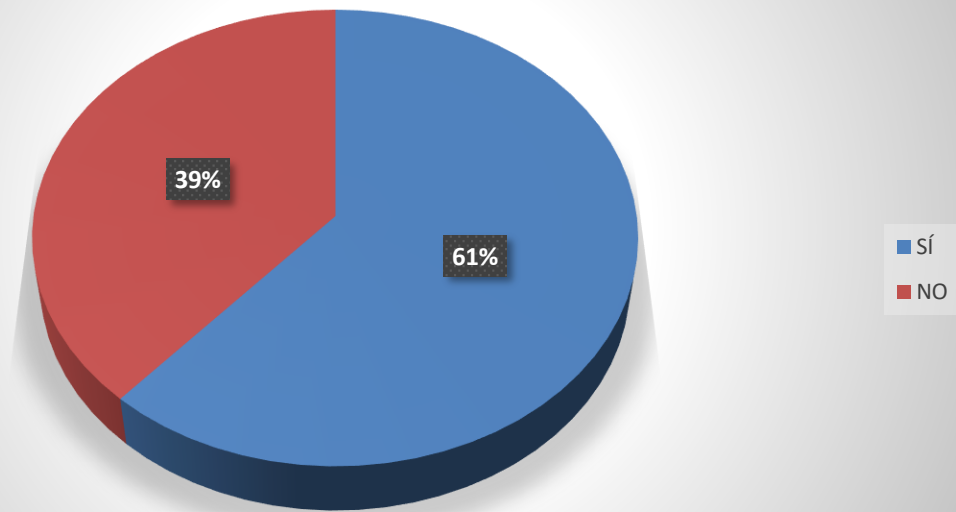
Además, se obtuvo como frecuencia y porcentaje de las encuestas, los siguientes resultados:

- ❖ El 58% respondió afirmativamente.
  - La frecuencia es de 23/40.
- ❖ El 42% respondió negativamente.
  - La frecuencia es de 17/40.



<b>CUADRO N° 02</b>	<b>POBLACIÓN MUESTRAL: 40</b>	
<b>VARIABLE CONSIDERADA: ADELANTAMIENTO DE LAS BARRERAS DE PUNIBILIDAD</b>		
<b>PREGUNTA N° 02</b>	<b>RESPUESTA</b>	<b>FRECUENCIA</b>
¿Considera que el adelantamiento de las barreras de punibilidad, regulación propia del Derecho Penal del enemigo, es compatible con la función preventiva y protectora del Sistema Jurídico-Penal peruano?	<b>SÍ</b>	<b>24</b>
	<b>NO</b>	<b>16</b>
<b>TOTAL:</b>		<b>40</b>

**GRÁFICO N. ° 02**



En la pregunta N. ° 02: ¿Considera que el adelantamiento de las barreras de punibilidad, regulación propia del Derecho Penal del enemigo, es compatible con la función preventiva y protectora del Sistema Jurídico-Penal peruano?

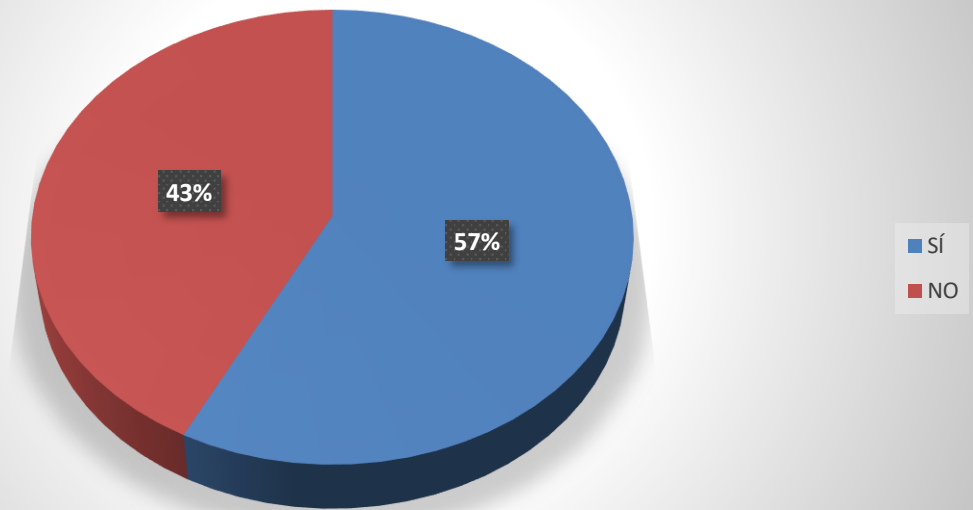
Se advierte del cuadro y el gráfico N. ° 02, que la mayoría de los operadores jurídicos encuestados, considera que el adelantamiento de las barreras de punibilidad, regulación propia del Derecho Penal del enemigo, sí es compatible con la función preventiva y protectora del Sistema Jurídico-Penal peruano.

Además, se obtuvo como frecuencia y porcentaje de las encuestas, los siguientes resultados:

- ❖ El 61% respondió afirmativamente.
  - La frecuencia es de 24/40.
- ❖ El 39% respondió negativamente.
  - La frecuencia es de 16/40.

<b>CUADRO N° 03</b>		<b>POBLACIÓN MUESTRAL: 40</b>
<b>VARIABLE CONSIDERADA: ADELANTAMIENTO DE LAS BARRERAS DE PUNIBILIDAD</b>		
<b>PREGUNTA N° 03</b>	<b>RESPUESTA</b>	<b>FRECUENCIA</b>
¿Considera que el adelantamiento de las barreras de punibilidad, como manifestación del Derecho Penal del enemigo, y la no disminución de la pena, son legítimos en la legislación peruana?	<b>SÍ</b>	<b>23</b>
	<b>NO</b>	<b>17</b>
<b>TOTAL:</b>		<b>40</b>

GRÁFICO N. ° 03



En la pregunta N. ° 03: ¿Considera que el adelantamiento de las barreras de punibilidad, como manifestación del Derecho Penal del enemigo, y la no disminución de la pena, son legítimos en la legislación peruana?

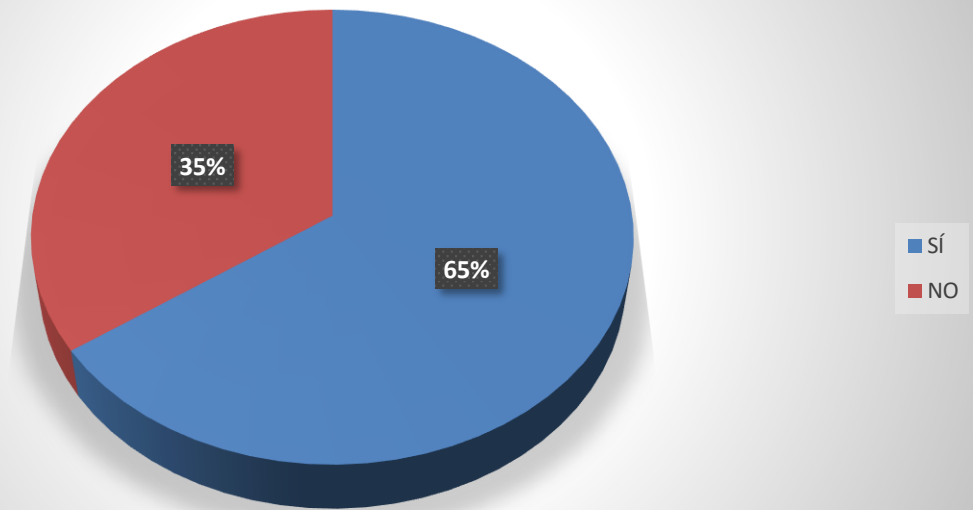
Se advierte del cuadro y el gráfico N. ° 03, que la mayoría de los operadores jurídicos encuestados, considera que el adelantamiento de las barreras de punibilidad, como manifestación del Derecho Penal del enemigo, y la no disminución de la pena, son legítimos en la legislación peruana.

Además, se obtuvo como frecuencia y porcentaje de las encuestas, los siguientes resultados:

- ❖ El 57% respondió afirmativamente.
  - La frecuencia es de 23/40.
- ❖ El 43% respondió negativamente.
  - La frecuencia es de 17/40.

<b>CUADRO N° 04</b>	<b>POBLACIÓN MUESTRAL: 40</b>	
<b>VARIABLES CONSIDERADAS: GARANTÍAS PROCESALES - PROPORCIONALIDAD</b>		
<b>PREGUNTA N° 04</b>	<b>RESPUESTA</b>	<b>FRECUENCIA</b>
¿Considera que la disminución de las garantías procesales es proporcional con la peligrosidad del sujeto refractario y de su combate?	<b>SÍ</b>	<b>26</b>
	<b>NO</b>	<b>14</b>
<b>TOTAL:</b>		<b>40</b>

**GRÁFICO N. ° 04**



En la pregunta N. ° 04: ¿Considera que la disminución de las garantías procesales es proporcional con la peligrosidad del sujeto refractario y de su combate?

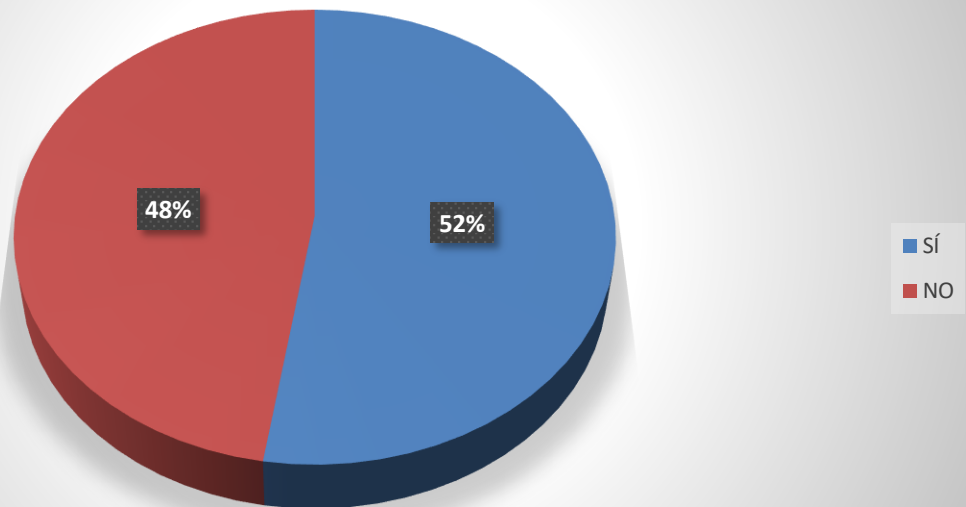
Se advierte del cuadro y el gráfico N. ° 04, que la mayoría de los operadores jurídicos encuestados, considera que la disminución de las garantías procesales sí es proporcional con la peligrosidad del sujeto refractario y de su combate.

Además, se obtuvo como frecuencia y porcentaje de las encuestas, los siguientes resultados:

- ❖ El 65 % respondió afirmativamente.
  - La frecuencia es de 26/40.
- ❖ El 35% respondió negativamente.
  - La frecuencia es de 14/40.

CUADRO N° 05	POBLACIÓN MUESTRAL: 40	
VARIABLES CONSIDERADAS: REGLAS PENITENCIARIAS - PROPORCIONALIDAD		
PREGUNTA N° 05	RESPUESTA	FRECUENCIA
¿Considera que el agravamiento de las reglas penitenciarias es proporcional con la peligrosidad del sujeto refractario y su combate?	SÍ	21
	NO	19
<b>TOTAL:</b>		<b>40</b>

GRÁFICO N. ° 05



En la pregunta N. ° 05: ¿Considera que el agravamiento de las reglas penitenciarias es proporcional con la peligrosidad del sujeto refractario y su combate?

Se advierte del cuadro y el gráfico N. ° 05, que la mayoría de los operadores jurídicos encuestados considera que el agravamiento de las reglas penitenciarias sí es proporcional con la peligrosidad del sujeto refractario y su combate.

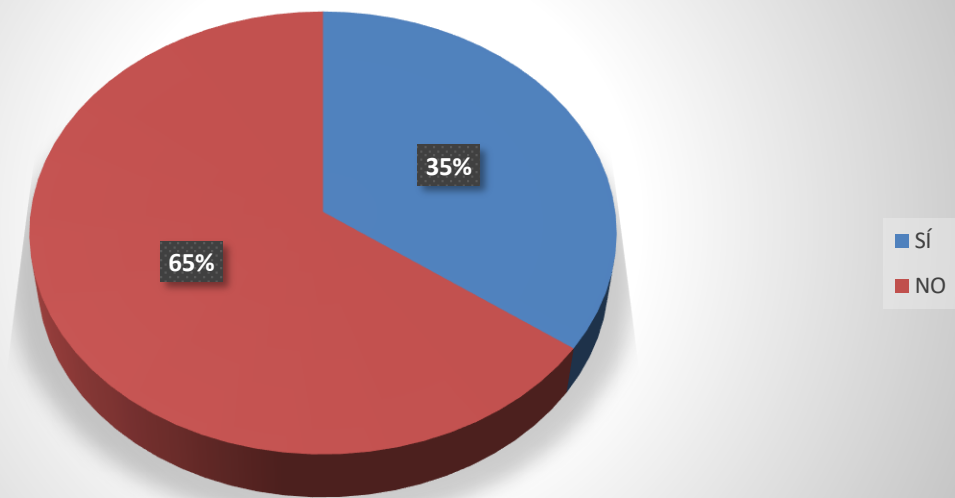
Además, se obtuvo como frecuencia y porcentaje de las encuestas, los siguientes resultados:

- ❖ El 52% respondió afirmativamente.
  - La frecuencia es de 21/40.
- ❖ El 48% respondió negativamente.
  - La frecuencia es de 19/40.



<b>CUADRO N° 06</b>	<b>POBLACIÓN MUESTRAL: 40</b>	
<b>VARIABLE CONSIDERADA: DERECHOS FUNDAMENTALES</b>		
<b>PREGUNTA N° 06</b>	<b>RESPUESTA</b>	<b>FRECUENCIA</b>
¿Considera que el Derecho penal del enemigo vulnera el núcleo duro de los derechos fundamentales?	<b>SÍ</b>	<b>14</b>
	<b>NO</b>	<b>26</b>
<b>TOTAL:</b>		<b>40</b>

GRÁFICO N. ° 06



En la pregunta N. ° 06: ¿Considera que el Derecho Penal del enemigo vulnera el núcleo duro de los derechos fundamentales?

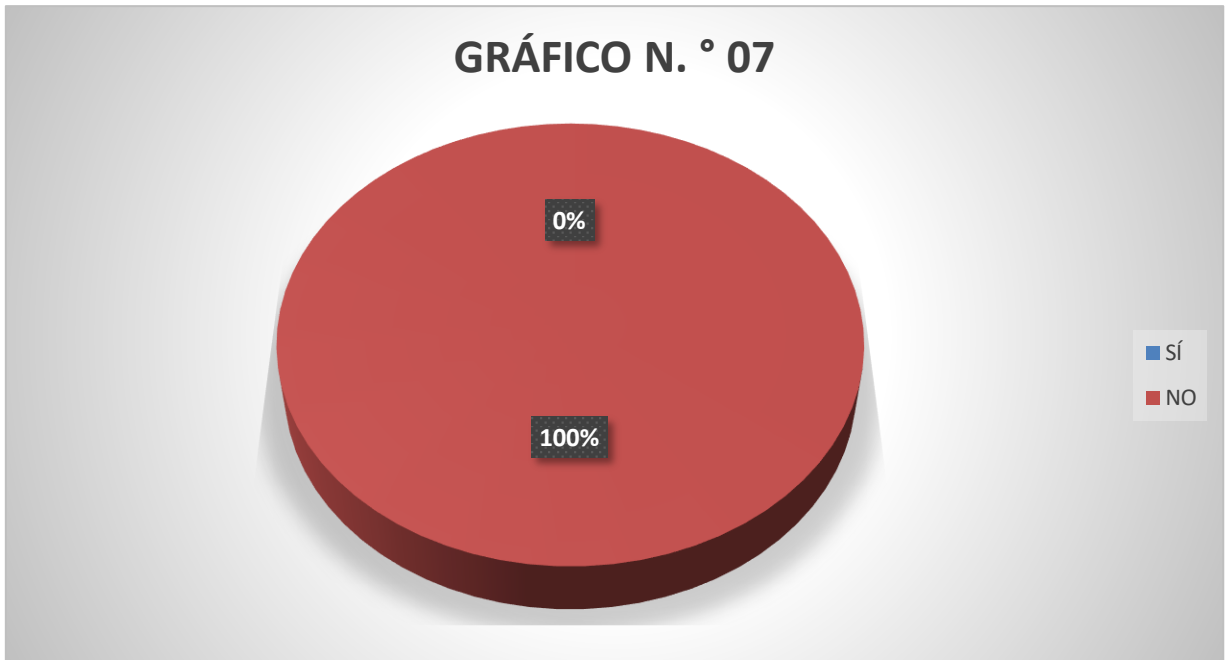
Se advierte del cuadro y el gráfico N. ° 06, que la mayoría de los operadores jurídicos encuestados considera que el Derecho Penal del enemigo no vulnera el núcleo duro de los derechos fundamentales.

Además, se obtuvo como frecuencia y porcentaje de las encuestas, los siguientes resultados:

- ❖ El 35% respondió afirmativamente.
  - La frecuencia es de 26/40.
- ❖ El 65% respondió negativamente.
  - La frecuencia es de 14/40.

<b>CUADRO N° 07</b>	<b>POBLACIÓN MUESTRAL: 40</b>	
<b>VARIABLE CONSIDERADA: RELATIVISMO</b>		
<b>PREGUNTA N° 07</b>	<b>RESPUESTA</b>	<b>FRECUENCIA</b>
¿Considera que el enemigo carece completamente de derechos?	<b>SÍ</b>	<b>0</b>
	<b>NO</b>	<b>40</b>
<b>TOTAL:</b>		<b>40</b>

**GRÁFICO N. ° 07**



En la pregunta N. ° 07: ¿Considera que el enemigo carece completamente de derechos?

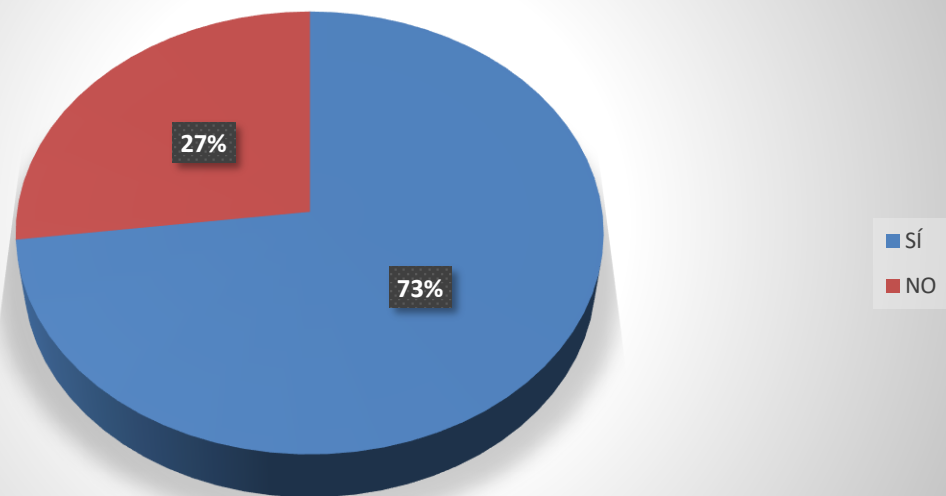
Se advierte del cuadro y el gráfico N. ° 07, que la totalidad de los operadores jurídicos encuestados considera que el enemigo no carece completamente de derechos.

Además, se obtuvo como frecuencia y porcentaje de las encuestas, los siguientes resultados:

- ❖ El 0% respondió afirmativamente.
  - La frecuencia es de 0/40.
- ❖ El 40% respondió negativamente.
  - La frecuencia es de 40/40.

<b>CUADRO N° 08</b>	<b>POBLACIÓN MUESTRAL: 40</b>	
<b>VARIABLE CONSIDERADA: DERECHO PENAL DEL ENEMIGO</b>		
<b>PREGUNTA N° 08</b>	<b>RESPUESTA</b>	<b>FRECUENCIA</b>
¿Considera que la estigmatización del Derecho Penal del enemigo se debe a su terminología peyorativa?	<b>SÍ</b>	<b>29</b>
	<b>NO</b>	<b>11</b>
<b>TOTAL:</b>		<b>40</b>

**GRÁFICO N. ° 08**



En la pregunta N. ° 08: ¿Considera que la estigmatización del Derecho Penal del enemigo se debe a su terminología peyorativa?

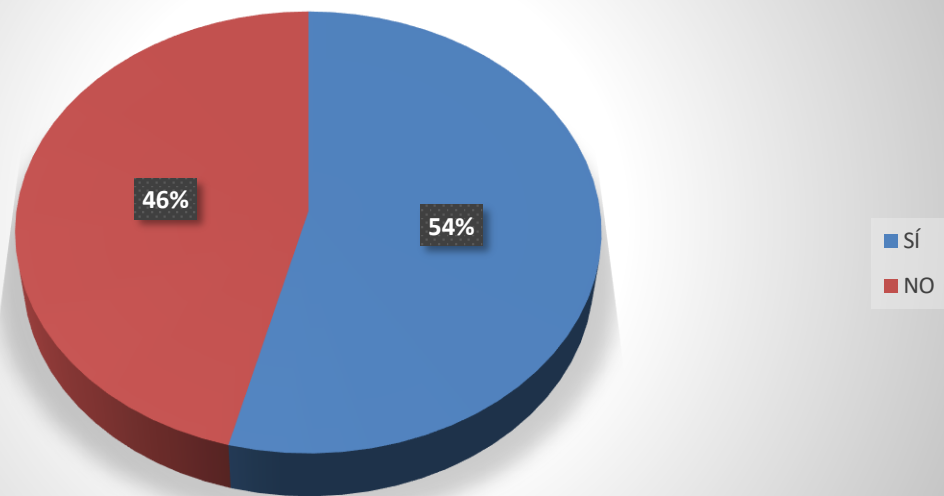
Se advierte del cuadro y el gráfico N. ° 08, que la mayoría de los operadores jurídicos encuestados considera que la estigmatización del Derecho Penal del enemigo se debe a su terminología peyorativa.

Además, se obtuvo como frecuencia y porcentaje de las encuestas, los siguientes resultados:

- ❖ El 73% respondió afirmativamente.
  - La frecuencia es de 29/40.
- ❖ El 27% respondió negativamente.
  - La frecuencia es de 11/40.

<b>CUADRO N° 09</b>	<b>POBLACIÓN MUESTRAL: 40</b>	
<b>VARIABLE CONSIDERADA: LEGITIMIDAD PENAL</b>		
<b>PREGUNTA N° 09</b>	<b>RESPUESTA</b>	<b>FRECUENCIA</b>
¿Considera que el Derecho Penal del enemigo es legítimo y no constituye un peligro para el sistema jurídico peruano?	<b>SÍ</b>	<b>22</b>
	<b>NO</b>	<b>18</b>
<b>TOTAL:</b>		<b>40</b>

GRÁFICO N. ° 09



En la pregunta N. ° 09: ¿Considera que el Derecho Penal del enemigo es legítimo y no constituye un peligro para el sistema jurídico peruano?

Se advierte del cuadro y el gráfico N. ° 09, que la mayoría de los operadores jurídicos encuestados considera que el Derecho Penal del enemigo sí es legítimo y no constituye un peligro para el sistema jurídico peruano.

Además, se obtuvo como frecuencia y porcentaje de las encuestas, los siguientes resultados:

- ❖ El 54% respondió afirmativamente.
  - La frecuencia es de 22/40.
- ❖ El 46% respondió negativamente.
  - La frecuencia es de 18/40.



## **CAPÍTULO VI**

### **DISCUSIÓN**

En el resultado de la primera interrogante planeada en la encuesta ejecutada, se puede corroborar que la mayoría de los operadores jurídicos consideran que el modelo en cuestión es un concepto proporcional a la seguridad cognitiva de los demás miembros del sistema social. Resulta interesante que los críticos de esta figura se hayan referido a su desproporcionalidad, sin hacer referencia alguna a la influencia significativa que acarrearía en el respeto a la norma de las demás personas, poniendo en tela de juicio la expectativa valorativa de que el sistema jurídico sigue vigente y siendo eficaz

Ahora, se regulan los delitos, sin distinción alguna, en la normativa del Derecho Penal del ciudadano, a pesar de la clara distinción de peligros que acarrea cada uno. El principal error del legislador es regularlos sin considerar las peculiaridades

y los efectos que producirían en el sistema jurídico propiamente dicho. Es un error elevar las penas para ciertos delitos que, cometidos, en realidad, no tendrían la fuerza perniciosa como para desestabilizar la estabilidad estatal. Y esto porque no se ha considerado la seguridad cognitiva de las personas en la norma. Los efectos del hecho antijurídico no solo deben incluir que tanto se ha afectado la estabilidad de la norma, sino que esto también acarrea la erosión de la seguridad cognitiva de los ciudadanos en dicha estabilidad. Así que la aplicación de las normas del Derecho Penal del ciudadano es desproporcional a la real afectación que no solo producen, lo que nosotros hemos llamado delitos de combate y los delitos cometidos por organizaciones criminales en la vigencia normativa, sino en el deterioro de la confianza en el sistema jurídico que los sujetos no refractarios tengan. Esta desproporción, sería contraria a la clásica prohibición de exceso. Por consiguiente, la estabilidad del Derecho no se ve totalmente vulnerada con la transgresión antijurídica. Será totalmente vulnerada, cuando la sanción sea desproporcional a la erosión de la seguridad cognitiva de los demás miembros del sistema social.

En la pregunta número dos, la mayoría se ha decantado por responderla afirmativamente. Es llamativo que se pretenda considerar al adelantamiento de las barreras de punibilidad, regulación propia del Derecho Penal del enemigo, como vulneradora de derechos fundamentales, sin establecer los criterios delimitadores del contenido esencial y el no esencial o los principios que lo informan. Además, tampoco se ha considerado la compatibilidad de este adelantamiento con la función preventiva y protectora del Sistema Jurídico-Penal peruano, en los estudios realizados a los trabajos de numerosos críticos de este modelo.

Se ha dicho, también, que el modelo del enemigo no es una clase de Derecho Penal, y que solo lo sería el del ciudadano. Con este resultado, lo rechazamos objetivamente, pues, siempre será parte de aquel, debido a que cumple con su funcionalidad de prevenir delitos aun antes de que tal transgresión se produzca. Por ello, hemos considerado pertinente que dicha protección en la etapa anterior a la lesión del bien jurídico, solo se genere cuando signifique un atentado a la perennidad estatal, entonces ¿qué mayor funcionalidad que velar por la perennidad del sistema? Así que, mientras cumpla con la función preventiva y protectora (que siempre estará en su naturaleza), el Derecho Penal del enemigo, pertenecerá al Derecho Penal. Inclusive la distinción entre enemigos/ciudadanos (lo que los críticos consideran que es una estigmatización) persigue esta finalidad, debido a que, aun cuando se trate de realizar una prevención especial, esta se hará en base a lo que se considera peligroso en comparación con la actuación de las demás personas. En otras palabras, incluso cuando supuestamente se estigmatice (aunque ya expresamos nuestras razones de la discrepancia), se querrá proteger la vigencia del sistema jurídico a través de la prevención de los delitos, y consecuentemente, los efectos perniciosos que pueda tener en la cimentación cognitiva del ciudadano, siendo la protección de la seguridad cognitiva de los miembros sociales, la justificación no visible de la función preventiva y protectora del Sistema Jurídico-Penal peruano, a través del adelantamiento de las barreras de punibilidad.

La pregunta número tres, alude a una proposición conjunta de las anteriores preguntas, debido a que hace referencia al adelantamiento de las barreras de punibilidad, pero ya no sobre su compatibilidad con la función preventiva y protectora del Derecho Penal, sino que ahora, hemos considerado necesaria la

realización de esta pregunta a los encuestados, en relación con la proporcionalidad de este adelantamiento con la sanción penal impuesta. Es natural que la respuesta mayoritaria fuera el sí, siendo coherentes aquellos que consideraban afirmativamente las respuestas en las dos preguntas anteriores. Esto porque, si consideramos que el Derecho Penal del enemigo regula delitos graves, no será necesario esperar a su efectiva lesión, sino que será justificada su regulación en el estadio previo a la vulneración (en vista de la función preventiva y protectora del Derecho Penal al cual pertenece), y que la no disminución de la pena, será proporcional al grado de conmoción de la seguridad cognitiva de las demás personas en el respeto a la vigencia de la norma, debido a que los delitos que regularía, y que se ha propuesto, a través de un proyecto de ley, que dichos transgresiones desestabilicen la perennidad estatal.

En las preguntas número cuatro y cinco, la mayoría de los encuestados han respondido afirmativamente. Ante ello, si bien creemos que tanto la disminución de las garantías procesales, como el agravamiento de las reglas penitenciarias, son proporcionales a la peligrosidad del sujeto refractario y de su combate, y, por consiguiente, no son inconstitucionales, hemos considerado pertinente realizar un aporte sobre la delimitación entre ambos modelos. Con dicha finalidad, planteamos la restricción de las garantías procesales y de los beneficios penitenciarios, solo en caso de que se trate de imputados o condenados (cuando corresponda) por los delitos, que llamamos de combate y los cometidos por organizaciones criminales (en ambos casos: delitos que atentan contra la esencia humana, contra la seguridad nacional, contra la defensa nacional y delitos que pueden incluirse en cualquiera de las categorías descritas). Con esto planteamos que toda restricción grave (aunque no afecte el núcleo duro de los derechos

fundamentales) debe realizarse solo en los supuestos planteados, aunque se trate de delitos que cuenten con demasiada atención mediática, a los cuales la sociedad se muestra sensible, que casi todas las veces se trata de aquellos que, como se dijo, no afectan la perpetuidad del Estado y que solo se trataría de transgresiones reparables (que no cuentan con la fuerza suficiente para erosionar la seguridad cognitiva de los demás miembros del sistema social).

En la pregunta número seis, la respuesta mayoritaria fue negativa. Sin embargo, la posición doctrinal mayoritaria considera que el Derecho Penal del enemigo vulnera los derechos fundamentales, por establecer restricciones tanto a las garantías procesales como a las reglas penitenciarias. Esto hemos tratado de cuestionarlo, apelando a la figura del contenido cardinal de los derechos fundamentales. Si contraponemos el trabajo de investigación desarrollado con las investigaciones realizada por los críticos, se verificaría solo la existencia de un cuestionamiento a las restricciones realizadas por el Derecho Penal del enemigo, como si toda limitación realizada fuera ilegítima, agravándose aún más, si no han dado respuesta a la cuestión si dicho modelo tiene incidencia en el núcleo duro y si fuere así, cuáles serían los principios vulnerados que lo informan, y cuáles serían los fundamentos de considerar que dichos principios de encuentran transgredidos, solo han apelado a la utilización del Derecho Penal del enemigo realizada por Estados dictatoriales, señalando implícitamente que se trataría de un modelo anacrónico. Todo ello se desdice con la verificación y descripción de la legislación de Estados democráticos y constitucionales de Derecho contemporáneos que abarcan normas con rasgos del Derecho Penal del enemigo, que no han sido declaradas inconstitucionales por el órgano pertinente, por

consiguiente, al primar la presunción de compatibilidad de las normas respecto a la Constitución, el Derecho Penal del enemigo encuentra legitimidad.

En la pregunta número siete, el total de los operadores jurídicos encuestados considera que el enemigo no carece de derechos. Esto es conveniente recalcar, toda vez, que se le cuestionaba a este noción despersonalizar a los sujetos y que los dejaba en un estado de indefensión, sin ninguna clase de garantía sustantiva, procesal o a nivel de ejecución de la pena, a su favor. Con esto lo desmentimos, el enemigo solo tendrá dicha condición en la parcela en la cual desestabilizó la perennidad estatal en el que permanecerá autoexcluido, más no en los demás sectores de su vida, donde puede ejercer todos los derechos y cumplir sus obligaciones, como el ciudadano (cimentación cognitiva), siendo, por consiguiente, completamente funcional en los demás ámbitos. En otras palabras, se ha demostrado que este concepto es relativo.

En la pregunta número ocho, la mayoría de los operadores jurídicos encuestados, considera que la estigmatización del modelo bajo estudio se debe a su terminología peyorativa y no al rechazo de su contenido. Con este resultado, nos permitidos referir que los cuestionamientos realizados a este modelo, responden más a temores de cometer los mismos errores que la historia a mostrado, la supuesta vulneración del principio de igualdad al distinguir entre ciudadanos y enemigos, sin siquiera realizar los filtros que el máximo intérprete de la Constitución haya establecido para resolver tal cuestión (al menos para aquellos críticos de nacionalidad peruana), o solo porque se cree que el término enemigo va cargo de cierto menosprecio a la persona humana, sin siquiera realizar un análisis del principio de humanidad. Estados demostrando con la discusión de los

resultados obtenidos, que las invectivas en contra del modelo cuya legitimidad abogamos, encuentran sustento en análisis superficiales.

La última pregunta y la más importante, realizada a los operadores jurídicos, sobre si el modelo del enemigo es legítimo y no constituye un peligro para el sistema jurídico peruano, ha sido respondida afirmativamente por la mayoría de los encuestados. Este resultado válida la hipótesis planteada, porque el Derecho Penal del enemigo es un concepto proporcional a la erosión de la seguridad cognitiva de los demás miembros del sistema social, la criminalización en la etapa anterior a la lesión del bien jurídico es compatible con la función preventiva y protectora del Sistema Jurídico-Penal peruano, la no disminución de la pena a pesar del adelantamiento de las barreras de punibilidad, es legítima en la legislación peruana, la disminución de las garantías procesales así como el agravamiento de las reglas penitenciarias son proporcionales con la peligrosidad del sujeto refractario y de su combate, porque no vulnera el núcleo duro de los derechos fundamentales, el enemigo no carece completamente de derechos y porque la estigmatización de este concepto se debe a su terminología peyorativa.

Respecto a algunos comentarios realizados por los encuestados podemos mencionar los siguientes: El abogado litigante Juan Miguel Juárez Martínez manifiesta que: “El Derecho penal del enemigo, en tanto desarrollo temático resulta válido en su invocación y sustanciación; sin embargo, su aplicación requiere de diversos ajustes en el sistema penal nacional”. En plena coincidencia con su postura, el aporte que realizaremos con la presentación de esta tesis, radica en delimitar y precisar ambos polos, a través de un Proyecto de Ley, que en el Perú no tendría parangón. En ese sentido, el abogado litigante, ex Fiscal Provincial Titular y Fiscal Superior Provisional, Jorge Rosas Yataco, comenta lo

siguiente: “En realidad hay muchas manifestaciones del Derecho Penal del enemigo en nuestra doctrina, legislación y jurisprudencia peruana, sino que nada o poco se dice”.

El abogado litigante Víctor Luna Victoria, realiza un comentario divergente, aunque muy respetable, al enriquecer esta investigación con posiciones contrarias a la nuestra. Manifiesta lo siguiente: “El Derecho Penal del enemigo, considero, va en contra la presunción de inocencia y vulnera derechos fundamentales”.

El destacado abogado litigante Jefferson Gerardo Moreno Nieves, señaló, en la categoría “observaciones”, lo siguiente:

Más que una observación considero esto una precisión respecto a cuál es mi postura personal en relación al tema que estas abordando en tu tesis, como abogado litigante no puedo soslayar la necesidad de tipificar y sancionar el aumento del índice delictivo que inicie en las esferas de las organizaciones criminales respecto a delitos como el narcotráfico, terrorismo o delitos contra la libertad sexual; sin embargo considerar a penas una mayor represión a este tipo de delitos en razón a los fundamentos del Derecho Penal del Enemigo, más aún con las implicancias que significan aceptarlas procesalmente hablando, conllevaría a relajar ciertas garantías. Por lo que implicaría el desconocimiento de las bases del derecho penal, si es que incurrimos en la diferenciación de derecho penal del ciudadano esbozada por el profesor Jakobs, en ese sentido, considero que siempre debe tenerse presente el respeto de las garantías y derechos que tienen reconocimiento internacional en tratados de derechos humanos, sin ignorar el respeto de la dignidad humana, pues ellos configuran el límite para el ejercicio del *ius puniendi*.



Además, en la categoría “comentarios”, continúa opinando lo siguiente:

Comentarios a parte de la postura que sostengo, es que estimar una reconsideración del concepto de persona a partir de la diferenciación sobre quien es ciudadano y quien es enemigo sería desdeñar el concepto de persona a partir del incumplimiento del rol que cumple cada individuo socialmente, es decir, que quien no cumple su rol tendrá como consecuencia será denominado como enemigo por tanto deberá aceptar las implicaciones que acompañan su actuar; esto no se condice al respeto de las garantías ni al respeto de la dignidad humana. Personalmente considero que, el derecho penal debe ir dirigido únicamente a las personas titulares de derechos y que gozan garantías en razón que puedan ejercer los mismo en una esfera procesal.

En ese sentido, la distinguida abogada litigante Romy Chang Kcomt, considera que:

- Es un concepto desproporcional a la erosión de la seguridad cognitiva de los demás miembros del sistema social.
- El adelantamiento de las barreras de punibilidad, característica propia de este modelo, es incompatible con la función preventiva y protectora del Sistema Jurídico-Penal peruano.
- El adelantamiento de las barreras de punibilidad, como manifestación de este concepto y la no disminución de la pena, son ilegítimos en la legislación peruana.
- La disminución de las garantías procesales es desproporcional con la peligrosidad del sujeto refractario y de su combate.

- El agravamiento de las reglas penitenciarias es desproporcional con la peligrosidad del sujeto refractario y su combate.
- Este modelo sí vulnera el núcleo duro de los derechos fundamentales.
- El enemigo no carece completamente de derechos.
- La estigmatización de este concepto no se debe a su terminología peyorativa.
- Este modelo es ilegítimo y constituye un peligro para el sistema jurídico peruano.

## CONCLUSIONES

1. Este modelo es proporcional a la erosión de la seguridad cognitiva de los demás miembros del sistema social.
2. El adelantamiento de las barreras de punibilidad, regulación propia del Derecho Penal del enemigo, es coherente con la función preventiva y protectora del Sistema Jurídico-Penal peruano.
3. El adelantamiento de las barreras de punibilidad, como manifestación de este modelo, y la no disminución de la pena, sí son legítimos en la legislación peruana.
4. La disminución de las garantías procesales sí es proporcional con la peligrosidad del sujeto refractario y de su combate.
5. El agravamiento de las reglas penitenciarias sí es proporcional con la peligrosidad del sujeto refractario y su combate.
6. Este modelo no vulnera el núcleo duro de los derechos fundamentales.
7. El enemigo no carece completamente de derechos.
8. La estigmatización de este modelo se debe a su terminología peyorativa.

9. Este modelo sí es legítimo y no constituye un peligro para el sistema jurídico peruano.

## **RECOMENDACIONES**

1. El investigador que quiera adentrarse en este tema, primero deberá verificar en la legislación nacional, la existencia o no de este modelo. Una vez corroborada, deberá plantearse si es ilegítimo por qué tiene asidero en un Estado de Derecho. Posteriormente deberá realizar un estudio sobre el Principio de presunción de constitucionalidad de las leyes. Esta recomendación se da con el fin de que desde un principio el estudioso sepa del carácter descriptivo de este fenómeno, como prerequisite para pasar a analizar la legitimidad o no de esta figura.
2. Se debe trabajar en una distinción legislativa entre ambos modelos. Aunque esto solo se deba a cuestiones propias, pues a este modelo también se le pueden aplicar normas garantistas que pertenecen al Derecho Penal del ciudadano.
3. Las restricciones más gravosas al contenido no esencial de los derechos fundamentales, deberán realizarse en los delitos de combate y los cometidos por organizaciones criminales, más no en otros delitos que si bien son socialmente muy reprochables (v. gr. violación sexual o feminicidio), no hacen peligrar la perennidad del Estado y del sistema jurídico.

## **FUENTES DE INFORMACIÓN**

## A. Fuentes bibliográficas

- Alexy, R. (2002). Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales. *Revista española de Derecho Constitucional*. Año 22. (66), pp. 13-64.
- Baratta, A. (2004). Principios de Derecho Penal mínimo. En A. Baratta. *Criminología y Sistema Penal (Compilación in memoriam)*. (pp. 299-333). Buenos Aires: Editorial B de F.
- Bechara Llanos, A. (2011). Estado constitucional de derecho, principios y derechos fundamentales en Robert Alexy. *Revista saber, ciencia y libertad*, pp. 63-76.
- Beck, U. (1998). *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica S.A.,
- Borja Jiménez, E. (1999). Algunas reflexiones sobre el objeto, el sistema y la función ideológica del Derecho Penal. *Revista del Centro de Estudios Penales de la Universidad de Antioquia*. (62), pp. 1-24.
- Castillo Córdova, L. (2014). El significado del contenido esencial de los derechos fundamentales. *Foro Jurídico*. (13), pp. 143-154.
- Demetrio Crespo, E. (2004). Del «Derecho Penal liberal» al «Derecho Penal del enemigo». *Revista de derecho penal y criminología*, (14), pp. 87-115.

- Díez Ripollés, J. L. (2006). De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado. En: *El Derecho penal del enemigo: El discurso penal de la exclusión*.
- Feijóo Sánchez, B. J. (1997). *El injusto penal y su prevención ante el nuevo Código penal de 1995*. Madrid: Colex.
- Fernández Segado, F. (1993). La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 13. (39), pp. 195-247.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial TROTTA.
- Fichte, J. G. (1796). *Grundlage des Naturrechts nach den Prinzipien der Wissenschaftslehre*. (1º ed.) (Tomo I). Alemania: Edición a cargo de Fichte, Zweite Abtheilung. A. Zur Rechts und Sittenlehre.
- García Caveró, P. (2019). *Derecho Penal. Parte General*. (3º ed.). Lima: Ideas Solución Editorial S.A.C.
- Gracia Martín, L. (2005). El trazado histórico iusfilosófico y teórico-político del Derecho penal del enemigo. En *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*. (pp. 447 y ss.). Madrid: Thomson – Civitas.

- Hassemer, W. (1995). Derecho Penal simbólico y protección de bienes jurídicos. En *Pena y Estado*. (pp. 23-36). Santiago: Editorial Jurídica CONOSUR.
- Hernández Sampieri, R., Fernández Collado, C. & Baptista Lucio, P. (2014). *Metodología de la Investigación*. (6° ed.). México: McGraw-Hill/ Interamericana Editores, S.A. de C.V.
- Jakobs, G. (1997). *Estudios de Derecho Penal*. Madrid: UAM Ediciones, Edit. Civitas.
- Jakobs, G. (2000). *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. Madrid: Civitas Ediciones S.L.
- Jakobs, G. & Cancio Meliá, M. (2003). *Derecho Penal del ciudadano y Derecho Penal del enemigo*. Madrid: Editorial Civitas.
- Landa Arroyo, C. (2018). *Los derechos fundamentales*. (2° ed.). Lima: Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Luhmann, N. (2006). *La sociedad de la sociedad*. México: Editorial Herder, S. de R.L. de C.V.
- Luzón Peña, D. M. (Dir.) (2018). Libro-Homenaje a Claus Roxín por su nombramiento como Doctor *Honoris Causa* por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Lima: Talleres Gráficos Iustitia.



- Mazuelos Coello, J. (2006). Derecho Penal del enemigo: un modelo a desarmar. Las inconsistencias del desacoplamiento estructural entre Política Criminal y Derecho Penal. *Asociación Civil Derecho & Sociedad*. (27), pp. 273-282.
- Mendoza Buergo, B. (2001). *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas.
- Muñoz Conde, F. (2003). *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo. Estudios sobre el Derecho Penal en el Nacionalsocialismo*. (4º edición). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Palacios Valencia, Y. (2010). Existencia del Derecho Penal del enemigo en el Derecho Penal Internacional. *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*. Vol. 21 (2), pp. 19-34.
- Pastor Muñoz, N. (2005). *Los delitos de posesión y los delitos de status: una aproximación político-criminal y dogmática*. Barcelona: Atelier.
- Polaino-Orts, M. (2006). *Derecho penal del enemigo. Desmitificación de un concepto*. Lima: Grijley.
- Prado Saldarriaga, V. (2019). *Derecho Penal y Política Criminal. Problemas contemporáneos*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.

- Ramos Núñez, C. (2007). *Cómo hacer una tesis de Derecho y no envejecer en el intento*. (4° edición). Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- Roxín, C. (1997). *Derecho penal. Parte general. Fundamentos: la estructura de la Teoría del Delito*. Tomo I. Madrid: Editorial Civitas.
- Roxín, C. (2000). *La evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Roxín, C. (2002). *Política Criminal y sistema del Derecho Penal*. (2° edición). Buenos aires: Editorial Hammurabi SRL.
- Rubio Correa, M. (1999). *Estudio de la Constitución de 1993*. Tomo I. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Ruiz Miguel, C. (2013). *Constitucionalismo clásico y moderno: Desarrollos y desviaciones de los fundamentos de la teoría constitucional*. (2° edición). Lima: Consorcio Comercial Huascarán S.A.C.
- Sánchez Málaga Carrillo, A. (2012). El enemigo y el discurso de la seguridad ciudadana. *Ius et veritas*. 22 (44), pp. 340-356.
- Silva Sánchez, J. M. (1992). *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*. Zaragoza. Barcelona: José M.\* Bosch, editor, S.A.

- Silva Sánchez, J. M. (2001). *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. (2º edición). Madrid: Civitas Ediciones, S. L.
- Sosa Sacia, J. M. (2008). Sobre el carácter “indisponible” de los derechos fundamentales. *Gaceta Constitucional*. (9), pp. 503-516.
- Tagle Vial, P.R. (2002). Constitucionalismo y terrorismo. *Seminario latinoamericano de teoría política y constitucional*, pp. 1-17.
- Talavera Elguera, P. (2011). El Derecho Procesal Penal del enemigo en la legislación comparada. *Revista de la Academia de la Magistratura Justicia & Democracia*. (10). pp. 33-63.
- Zaffaroni, E. R. (1998). *Tratado de Derecho Penal. Parte general*. Tomo I. Buenos aires: Ediar Sociedad Anónima Editora.
- Zaffaroni, E. R. (2005). *En torno de la cuestión penal*. (1º edición). Montevideo - Buenos aires: B de F Ltda.

## **B. Fuentes digitales**

- Durán Ribera, W. R. (2003). Los derechos fundamentales como contenido esencial del Estado de Derecho. *Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*. Recuperado de <https://revistas->

[colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derecho-constitucional/article/view/3589/3350](http://colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derecho-constitucional/article/view/3589/3350)

- Eto Cruz, G. (2016). *Manual auto instructivo. Curso “Interpretación constitucional”*. Lima: Academia de la Magistratura. Recuperado de <http://repositorio.amag.edu.pe/bitstream/handle/123456789/711/MANUAL.pdf?sequence=4&isAllowed=y>
- Gracia Martín, L. (2005). Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado “Derecho penal del enemigo”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 07(02), pp. 02:1-02:43. Recuperado de <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf>
- Hobbes de Malmesbury, T. (1651). *Leviatán*. Recuperado de <http://bibliotecadigital.tamaulipas.gob.mx/archivos/descargas/31000000555.PDF>
- Instituto Nacional de Estadística e Informática. (febrero de 2020). Lima. Recuperado de <http://m.inei.gob.pe/biblioteca-virtual/boletines/estadisticas-de-seguridad-ciudadana/1/#lista>
- Jiménez Díaz, M. J. (2014). Sociedad del riesgo e intervención penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Recuperado de <http://criminet.ugr.es/recpc/16/recpc16-08.pdf>

- Kant, I. (2018). Hacia la paz perpetua. Un diseño filosófico. *Edición española de Roberto R. Aramayo*. Recuperado de <https://ctkebooks.net/wp-content/uploads/2018/10/HACIA-LA-PAZ-PERPETUA.pdf>
  
- López Capdevila, J. (2015). Derecho Penal del Enemigo. La sombra del autoritarismo en la Política Criminal contemporánea. *Dipòsit Digital de Documents de la UAB*. Recuperado de [https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiGy6vz943qAhWuVN8KHTGGCBMQFjAEegQIARAB&url=https%3A%2F%2Fddd.uab.cat%2Fpub%2Ftfg%2F2015%2F133006%2FTFG\\_ilopezcapdevila.pdf&usq=AOvVaw2UFRLvex7YhhugrU0bts67](https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiGy6vz943qAhWuVN8KHTGGCBMQFjAEegQIARAB&url=https%3A%2F%2Fddd.uab.cat%2Fpub%2Ftfg%2F2015%2F133006%2FTFG_ilopezcapdevila.pdf&usq=AOvVaw2UFRLvex7YhhugrU0bts67)
  
- Muñoz Conde, F. (2011). La herencia de Franz von Liszt. *Revista Penal México*, núm. 2, pp. 57-73. Recuperado de [http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/14215/la\\_herencia\\_de\\_franz.pdf?sequence=2](http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/14215/la_herencia_de_franz.pdf?sequence=2)
  
- Rousseau, J.J. (1762). *El contrato social*. Francia. Recuperado de <http://bibliotecadigital.ilce.edu.mx/Colecciones/ObrasClasicas/docs/ContraSocial.pdf>
  
- Villa Stein, J. (2009). El funcionalismo en el Derecho Penal. *Revista Oficial del Poder Judicial*, año 3 (5), pp. 23-42. Recuperado de <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/1eda88804595739095d7d77db27bf086/02.+Jueces+->

[+Javier+Villa+Stein.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=1eda88804595739095d7d77db27bf086](http://www.derechopenal.com/tesis/tesis+Javier+Villa+Stein.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=1eda88804595739095d7d77db27bf086)

- Zaffaroni, E. (2006). El Derecho Penal del enemigo. Recuperado de <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwiOvMydqJTqAhVfRzABHdDKDv0QFjABegQIBBAB&url=http%3A%2F%2Fwww.derechopenal.com%2Flibros%2FEugenio-Raul-Zaffaroni-El-enemigo-en-el-derecho-penal.pdf&usq=AOvVaw3gtRMEuh1mhYPqWp-0AXn->
- Zaffaroni, E. (2012). El leviatán y el derecho penal. Recuperado de [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a\\_20120808\\_01.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20120808_01.pdf)

### **C. Fuentes de trabajos de investigación**

- Bravo, Peña, N. (2007). *Derecho penal del enemigo: ¿evolución o primitivismo del derecho penal?* (Memoria para postular al título de Licenciado en Ciencias Jurídicas). Universidad de Chile, Santiago.
- Burga Montenegro, R. (2019). *La aplicación del Derecho Penal del enemigo en la declaración como prueba anticipada en los casos de víctimas de violación sexual de menores* (tesis para optar el título profesional de abogado). Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, Chiclayo, Perú.

- Castro Calle, W. (2018). *Legitimación de los discursos de emergencia y la tendencia hacia un Derecho Penal del enemigo en el Perú* (tesis de maestría). Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo, Huaraz, Perú.
- Fernández Campusmana, J. & Olivera Mejía, R. (2019). *Severidad de las penas en la criminalidad en el distrito judicial de Lima sur – 2018* (tesis para optar el título profesional de abogado). Universidad Autónoma del Perú.
- Garrido Moreira, S. (2008). *Comparación crítica entre el derecho penal del enemigo y el derecho penal liberal*. (Memoria para postular al Grado Académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Universidad de Chile, Santiago.
- Grández Rojas, C. (2017). *Derecho penal del enemigo y la política criminal en el Perú* (tesis de doctorado). Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo, Lambayeque, Perú.
- Miñán Lara, C. (2018). *Efecto de la aplicación del Derecho Penal del enemigo en el código orgánico integral penal del Ecuador año 2016* (tesis de maestría). Universidad Nacional de Tumbes, Perú.
- Norabuena Rojas, J. (2015). *El Derecho Penal del enemigo y sus implicaciones sobre los principios constitucionales que rigen la Justicia Penal Procesal y Sustantiva en el Perú* (tesis para optar el título profesional

de abogado). Universidad Nacional de Ancash- Santiago Antúnez de Mayolo, Perú.

- Ríos Álvarez, R. (2011). *Manifestaciones del Derecho Penal del enemigo en la Ley N.º 20.000* (tesis de maestría). Universidad de Chile.
- Santa Cruz García, M. (2018). *La Política Criminal del enemigo aplicada en la lucha contra la criminalidad organizada* (tesis de maestría). Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo, Lambayeque, Perú.

#### **D. Fuentes legislativas y jurisprudenciales**

- Constitución Política de 1993.
- Ley N.º 30077.
- Ley N.º 30076.
- Ley N.º 30262.
- Ley N.º 28704.
- Ley N.º 30424.
- Ley N.º 30558.
- Ley N.º 30838.
- Ley N.º 29988.
- Ley N.º 29423.
- Ley N.º 28760.
- Ley N.º 30364.
- Ley N.º 30096.
- Decreto Legislativo N.º 1106.
- Decreto Legislativo N.º 1244.



- Decreto Legislativo N. ° 635.
- Decreto Legislativo N. ° 957.
- Decreto Legislativo N. ° 654.
- Decreto Supremo N. ° 017-2019-IN.
- Decreto Supremo N. ° 015-2003-JUS.
- Decreto Ley N. ° 25475.
- Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.
- Declaración de los Derechos del Hombre de 1793.
- Convención Americana de Derechos Humanos.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales.
- Declaración Universal de Derechos Humanos.
- Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.
- Declaración sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes.
- Convención relativa a la lucha contra la discriminación en la esfera de la enseñanza.
- Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.
- Carta de Organización de los Estados Americanos.
- Exp. 0014-2006-PI/TC.
- Exp. 0003-2005-PI/TC.
- Acuerdo Plenario del IV Pleno Jurisdiccional Penal Nacional celebrado en Chiclayo el año 2000.
- Acuerdo Plenario N. ° 01-2008.
- Acuerdo Plenario N. ° 02-2008.

- Acuerdo Plenario N. ° 02-2015.
- Acuerdo Plenario N. ° 01-2017-SPN.
- Acuerdo Plenario N. ° 01-2019.
- Sentencia N. ° 010-2002-AI/TC.
- Sentencia N. ° 0012-2006-PI/TC.
- Sentencia N. ° 0020-2003-AI/TC.
- Sentencia N. ° 0019-2005-PI/TC.
- Sentencia N. ° 02273-2005-PHC/TC.
- Sentencia N. ° 0030-2005-PI/TC.
- Sentencia N. ° 1417-2005-PA/TC.
- Sentencia N. ° 0042-2004-AI/TC.
- Sentencia N. ° 0019-2005-PI/TC.
- Sentencia N. ° 01575-2007-HC/TC.
- Sentencia N. ° 0050-2004-AI/TC.
- Sentencia N. ° 0051-2004-AI/TC.
- Sentencia N. ° 0004-2005-PI/TC.
- Sentencia N. ° 0007-2005-PI/TC.
- Sentencia N. ° 2700-2006-PHC/TC.
- Sentencia N. ° 03186-2008-HC/TC.
- Sentencia N. ° 00045-2004-PI/TC.
- Sentencia N. ° 0004-2006-PI/TC.
- Sentencia N. ° 0261-2003-AA/TC.
- Sentencia N. ° 0018-2003-AI/TC.
- Sentencia N. ° 0001/0003-2003-AI/TC.
- Sentencia N. ° 00048-2004-AI/TC.

- Sentencia N. ° 0034-2004-PI/TC.
- Sentencia N. ° 0001-2004-AI/TC.
- Sentencia N. ° 0606-2004-AA/TC.
- Sentencia N. ° 0009-2004-AI/TC.
- Sentencia N. ° 1593-2003-HC/TC.
- Sentencia del Tribunal Constitucional Español N. ° 128/1995 de 26 de julio.
- Sentencia del Tribunal Constitucional Español N. ° 41/1982 del 02 de julio.
- Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Acosta Calderón vs Ecuador, del 24 de junio de 2005.
- Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Tenorio Roca y otros vs. Perú, del 22 de junio de 2016.
- Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Genie Lacayo vs Nicaragua, del 29 de junio de 1997.
- Resolución N. °45/111, del 14 de diciembre de 1990, de la Asamblea General que adopta los principios básicos para el tratamiento de reclusos.
- Resolución N. ° 43/173, del 09 de diciembre de 1988, de la Asamblea de las Naciones Unidas .
- Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos del Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (Ginebra-1995).

## **ANEXO N. ° 1**

### **LEY DE LA EXCEPCIÓN**

**N. ° 20202**

#### **TÍTULO I**

#### **OBJETO, CRITERIOS, DELITOS Y ÁMBITO DE APLICACIÓN**

##### **Artículo 1°: Objeto de la Ley**

La presente Ley tiene por objeto fijar los límites referentes a la investigación, juzgamiento y sanción de los delitos comprendidos en la normativa del Derecho Penal del enemigo.

También se buscará limitar las restricciones más gravosas existentes en el sistema jurídico penal peruano, a los delitos de criminalidad organizada y a los regulados en el artículo 3° de esta norma, tratando de conseguir, con ello, que el ciudadano cuente con las garantías que le corresponde y no sea sancionado como un individuo con cimentación cognitiva erosionada.

##### **Artículo 2°: Definición y criterios para determinar la aplicación del Derecho Penal del enemigo**

Para efectos de la presente Ley, se entiende por Derecho Penal del enemigo a aquel tipo de Derecho Penal que regula las normas que se caracterizan por su adelanto de las barreras de punibilidad, la proporcionalidad de las sanciones con la inseguridad cognitiva generada en los demás miembros del sistema social, la restricción de garantías procesales y la eliminación de beneficios penitenciarios,

contra aquellos individuos que muestran objetivamente el déficit de seguridad cognitiva en la norma.

Otro criterio considerado para la delimitación realizada por esta Ley es que la transgresión deberá situar al Estado en una posición de inseguridad interna y externa o atentar contra la naturaleza humana. Y cualquier otro delito que facilite su comisión o encubrimiento.

Esta norma restringirá el contenido no esencial de los derechos fundamentales, más no se tratará de una transgresión de su contenido esencial.

El condenado por los delitos de combate, seguirá siendo portador de derechos y obligaciones en cualquier ámbito que no sea el estrictamente restringido con su actuación antijurídica.

### **Artículo 3°: Delitos comprendidos**

La presente Ley es aplicable a los siguientes delitos:

1. Trata de personas, tipificado en el artículo 153° CP.
2. Formas agravadas de Trata de personas, tipificado en el artículo 153°-A CP.
3. Esclavitud y otras formas de explotación, tipificado en el artículo 153°-C CP.
4. Formas agravadas de tráfico ilícito de drogas, tipificado en el artículo 297° *in fine* CP.
5. Delito de grave perturbación de la tranquilidad pública, tipificado en el artículo 315°-A *in fine* CP.
6. Apología de los delitos de combate, tipificado en el artículo 316°-A CP.
7. Marcaje o reglaje, regulado en el artículo 317-A CP.
8. Genocidio, tipificado en el artículo 319° CP.
9. Desaparición forzada de personas, tipificado en el artículo 320° CP.

10. Tortura, tipificado en el artículo 321° CP.
11. Atentados contra la soberanía nacional, tipificado en el artículo 325° CP.
12. Participación en grupo armado dirigido por extranjero, previsto en el artículo 326° CP.
13. Formas agravadas de atentados contra la seguridad nacional, regulado en el artículo 328° CP.
14. Inteligencia desleal con el extranjero, tipificado en el artículo 329° CP.
15. Revelación de secretos nacionales, tipificado en el artículo 330° CP.
16. Espionaje, tipificado en el artículo 331° CP.
17. Favorecimiento bélico a Estado extranjero, tipificado en el artículo 332° CP.
18. Rebelión, tipificado en el artículo 346° CP.
19. Sedición, tipificado en el artículo 347° CP.
20. Perturbación o impedimento de proceso electoral, tipificado en el artículo 354° CP.
21. Terrorismo, regulado en el Decreto Ley N. ° 25475.
22. Delitos informáticos, previsto en el artículo 11° inciso 4 de la Ley N. ° 30096.
23. Delitos regulados en el Decreto Legislativo N. ° 1106, siempre que el dinero, bienes, efectos o ganancias provengan de los delitos referidos en los incisos anteriores.

Los delitos cometidos por organizaciones criminales o bandas, se someterán a lo estipulado por la presente Ley, siempre que tales ilícitos penales estén comprendidos en este artículo.

Aquellos delitos que cuenten con responsabilidad subjetiva dolosa y culposa, será de aplicación la presente Ley solo si la comisión es de la primera clase.

#### **Artículo 4°: Conspiración**

Será reprimido con la misma pena que el autor:

1. Quien participa en una conspiración para promover, reclutar, favorecer, financiar o facilitar los delitos de combate.

2. Quien solicita u ofrece a otros cometer los delitos de combate o actúa a través de otra persona.

#### **Artículo 5°: Ámbito de aplicación**

Para la investigación, juzgamiento y sanción de los procesados o condenados, en calidad de autor o partícipe, por los delitos señalados en el artículo 3°, rige el Decreto Legislativo N.º 957, sin perjuicio de las disposiciones especiales contenidas en la presente Ley, y de lo prescrito en la Ley N.º 30077, el Decreto Ley N.º 25475 y el Decreto Legislativo N.º 1106, en la parte respectiva.

## **TÍTULO II**

### **INVESTIGACIÓN Y PROCESO PENAL**

#### **CAPÍTULO I**

##### **GENERALIDADES**

#### **Artículo 6°: Contenido no esencial de los derechos fundamentales**

Para la investigación, sanción y ejecución de los delitos establecidos taxativamente en el artículo 3°, por su naturaleza desestabilizadora, es necesario restringirse -más no limitarse por completo- el ejercicio de los derechos fundamentales, procediendo conforme a Ley y respetando las garantías que esta establezca.

### **Artículo 7°: Alto funcionario público**

El alto funcionario público comprendido en el artículo 99° de la Constitución Política, que cometa cualquiera de los delitos señalados hasta cinco años después de haber cesado en él, se regirá por lo dispuesto en el Decreto Legislativo N. ° 957.

### **Artículo 8°: Delitos conexos**

Si el agente ha cometido cualquier delito comprendido en el artículo 3° de la presente Ley y otro que le sea ajeno, no se acumularán, salvo cuando este último sea indispensable para corroborar la realización o no del delito imputado.

## **CAPÍTULO II**

### **INVESTIGACIÓN PREPARATORIA**

#### **Artículo 9°: Disposición de inicio de Investigación Preparatoria**

Una vez puesto de conocimiento el hecho delictivo, con una narración veraz y detallada de los hechos, individualizando al presunto agente refractario, el Ministerio Público, dentro de los cinco días hábiles posteriores, se pronunciará sobre la delictuosidad del hecho imputado, su justiciabilidad penal o la ausencia de causas de extinción previstas en la ley. Si existen estos elementos, el Fiscal mediante Disposición cualificadamente motivada, ordenará el inicio de la investigación, comunicando de inmediato al Juez de Investigación Preparatoria.

El Fiscal también deberá verificar la presencia de indicios significativos de la existencia del delito, que la acción penal no ha prescrito, y si se han satisfecho los requisitos de procedibilidad, si correspondiere.



### **Artículo 10°: Plazo**

El plazo de la Investigación Preparatoria es de treinta y seis meses como máximo, prorrogables en igual término, con la aprobación del Juez.

### **Artículo 11°: Criterios de razonabilidad**

El Fiscal deberá motivar cualificadamente su Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria, así como su duración, sin perjuicio de los criterios establecidos en el Decreto Legislativo N° 957, en los siguientes:

1. La complejidad de la investigación.
2. La realización de los actos de investigación idóneos que se esperan realizar.
3. Los elementos probatorios o indiciarios recabados.
4. La peligrosidad y gravedad de los hechos imputados.
5. La existencia de una organización criminal.
6. Cuando se trate de la responsabilidad penal de las personas jurídicas por los delitos previstos en el artículo 3° de esta Ley, se requerirá Informe técnico de la SMV que establezca como inadecuado el modelo de prevención delictiva adoptado.

### **Artículo 12°: Aprobación de la prórroga de la duración de la Investigación Preparatoria**

El Juez, para realizar la aprobación de la prórroga de la duración de la Investigación Preparatoria, en audiencia y con presencia de las partes, deberá considerar los criterios de razonabilidad expuestos en el artículo 14° de esta Ley. Luego de verificada la existencia o no de los supuestos establecidos en el numeral anterior, mediante auto, cualificadamente motivado, aprobará o no la

prórroga de la duración de la Investigación Preparatoria, exponiendo detalladamente las razones de su decisión.

#### **Artículo 13°: Reserva de identidad**

Una vez dispuesta la formalización y continuación de la Investigación Preparatoria, el Fiscal de considerarlo y siguiendo la normativa del testigo protegido según lo dispuesto en el artículo 247° y ss. del Decreto Legislativo N. ° 957, dispondrá la reserva de identidad del denunciante y/o testigo.

#### **Artículo 14°: Programa de protección**

El Poder Ejecutivo, dentro de los ciento ochenta días de publicada la Ley en el Diario Oficial “El Peruano”, en coordinación con la Fiscalía de la Nación, definirá el Programa de Protección de denunciantes, agraviados, testigos, peritos y colaboradores de la justicia vinculados a los ilícitos penales establecidos en el artículo 3 de la presente Ley.

#### **Artículo 15°: Persona Jurídica**

El Juez, a requerimiento del Ministerio Público, dispondrá las siguientes medidas administrativas contra las personas jurídicas que resulten responsables de la comisión de los delitos previstos en el artículo 3 de la presente Ley:

1. Multa correspondiente al séxtuplo del beneficio obtenido o que se esperaba obtener con la comisión del delito.

2. Prohibición definitiva de llevar a cabo en el futuro actividades de la misma clase o naturaleza de aquellas en cuya realización se haya cometido, favorecido o encubierto el delito.
3. Disolución.

### **Artículo 16°: Efectos jurídicos y valoración**

La eximente regulada en el artículo 17° de la Ley N. ° 30424, procederá en los delitos de combate, siempre que el informe técnico de la Superintendencia del Mercado de Valores - SMV establezca que la implementación y funcionamiento del modelo de prevención antes de la comisión del delito, fue adecuado.

## **DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES**

### **PRIMERA. - Vigencia**

La presente Ley entrará en vigor a los ciento ochenta días calendario de su publicación en el Diario Oficial "El Peruano".

### **SEGUNDA.- Competencia**

La investigación y procesamiento por los delitos comprendidos en el artículo 3° de la presente Ley se someterán a la competencia que corresponda por los delitos cometido por organizaciones criminales.

## **DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS TRANSITORIAS**

### **PRIMERA.- Aplicación a investigaciones y procesos en trámite**

Luego de su entrada en vigor, la aplicación de esta Ley, a nivel nacional, bajo la vigencia del Código Procesal Penal aprobado por Decreto Legislativo N. ° 957, se dará en los procesos penales, que se encuentren en investigación preliminar y preparatoria en la parte pertinente, que se siguieren por los delitos regulados en el artículo 3° de la Ley, instaurados con posterioridad a su entrada en vigor.

#### **SEGUNDA.- Disposiciones necesarias**

El Estado, a través de sus diversas instituciones, emitirá las disposiciones que se requieran para el cumplimiento cabal y efectivo de la presente Ley, así como en la capacitación de los operados jurídicos respecto a esta.

#### **TERCERA.- Financiamiento**

La aplicación de la presente Ley se financia con cargo al presupuesto institucional de las entidades involucradas, sin demandar recursos adicionales al Tesoro Público, y en el marco de las leyes anuales de presupuesto.

### **DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS MODIFICATORIAS**

**PRIMERA.-** Modifíquense los artículos 36.9, 38, 46-A, 46-B, 46-C, 69, 88-A, 297, 315-A, 316, 316-A, 317-A, 349, 350, 359-C, 367, 404, 405, 407, 409-A, 417-A del Código Penal:

#### **"Art. 36.- Inhabilitación**

(.)

9. Incapacidad definitiva para ingresar o reingresar al servicio docente o administrativo en instituciones de educación básica, centros de educación técnico-productiva, institutos o escuelas de educación superior, instituciones de educación superior artística, universidades, escuelas de las Fuerzas Armadas o de la Policía

Nacional del Perú, Ministerio de Educación o sus organismos públicos adscritos, Direcciones o Gerencias Regionales de Educación, Unidades de Gestión Educativa Local y, en general, en toda institución u organismo educativo, incluyendo centros de resocialización o rehabilitación, que desarrollan actividades permanentes o temporales vinculadas a la educación, capacitación y formación sobre cualquier materia, incluyendo los ámbitos deportivo, artístico y cultural; así como, para ejercer actividad, profesión, ocupación u oficio que implique la enseñanza, el cuidado, vigilancia o atención de niñas, niños o adolescentes o del alumnado de educación superior tanto técnica como universitaria; respecto de las personas condenadas con sentencia consentida o ejecutoriada, incluido el grado de tentativa, por cualquiera de los siguientes delitos:

(.)

**r) Delitos comprendidos en el artículo 3° de la Ley 20202.**

(.)

**Art. 38.- Duración de la inhabilitación principal**

(.)

**La inhabilitación principal también se extiende de cinco a veinte años cuando se trate de los delitos previstos en los artículos 1, 2 y 3 del Decreto Legislativo N. ° 1106, así como los artículos 296, 296-A primer, segundo y cuarto párrafo; 296-B, 297 del Código Penal.**

En los supuestos del párrafo anterior, la inhabilitación será perpetua cuando el agente actúe como integrante de una organización criminal, como persona vinculada o actúe por encargo de ella; o cuando el valor del dinero, bienes,

efectos o ganancias involucrados supere las quinientas unidades impositivas tributarias. **También será perpetua cuando el agente haya sido condenado por la comisión de los delitos establecidos en el artículo 3 de la Ley N. ° 20202.** En el caso de los delitos contemplados en los artículos 1, 2 y 3 del Decreto Legislativo N. ° 1106, la inhabilitación será perpetua cuando el dinero, bienes, efectos o ganancias provienen de la minería ilegal, tráfico ilícito de drogas, **secuestro, extorsión o los delitos de combate.**

#### **Art. 46-A.- Circunstancia agravante por condición del sujeto activo**

(.)

Constituye circunstancia agravante, cuando el sujeto activo, desde un establecimiento penitenciario donde se encuentre privado de su libertad, comete en calidad de autor o partícipe el delito de tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, **extorsión, secuestro o cualquiera de los delitos regulados en el artículo 3° de la Ley N. ° 20202.**

(.)

#### **Artículo 46-B.- Reincidencia**

**El que, después de haber cumplido condena por los delitos cometidos por organización criminal o los establecidos en el artículo 3° de la Ley N. ° 20202, incurre en nuevo delito doloso, sin límite de tiempo, tiene la condición de reincidente. Tiene igual condición quien después de haber sido condenado por falta o delito dolosos, cometa cualquiera de los delitos regulados en el artículo 3° de la Ley N. ° 30077, o los delitos de combate, en cualquier momento.**

**La reincidencia constituye circunstancia agravante cualificada, en cuyo caso, el Juez aumentará la pena en no menos de dos tercios por encima del máximo legal fijado para el delito más grave, sin que sean aplicables los beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional.**

**Se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieron ser cancelados.**

#### **Artículo 46-C.- Habitualidad**

**Si el agente comete un nuevo delito doloso es considerado delincuente habitual, siempre que se trate por lo menos de tres hechos punibles que se hayan perpetrado sin límite de tiempo, por los delitos previstos en el artículo 3° de la Ley N. ° 20202 o en el artículo 3° de la Ley N. ° 30077.**

**Si los dos primeros delitos fueran diferentes a los establecidos en el artículo 3° de la Ley N. ° 20202 y en el artículo 3° de la Ley N. ° 30077, se aplicará esta figura, siempre y cuando el otro delito cometido se encuentre regulado en las leyes especiales señaladas.**

**Si cualquiera de los dos primeros delitos cometidos, fueran delitos de combate o contra la criminalidad organizada, se aplicará esta figura por cualquier delito o falta cometida, sin límite de tiempo.**

**La habitualidad en el delito constituye circunstancia cualificada agravante, en cuyo caso, el Juez aumentará la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal, sin que sean aplicables los beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional. Se computarán los antecedentes cancelados o que debieren estar cancelados.**

## **Artículo 69. Rehabilitación automática**

(.)

La rehabilitación automática no opera cuando se trate de inhabilitación perpetua impuesta por la comisión de los delitos previstos en los artículos 296, 296-A primer, segundo y cuarto párrafo; 296-B, 297; o por la comisión de cualquiera de los delitos contra la Administración Pública; o por los delitos previstos en los capítulos IX, X y XI del Título IV del Libro Segundo del Código Penal **así como por los delitos establecidos en la Ley N. ° 20202**, y los delitos previstos en los artículos 1, 2 y 3 del Decreto Legislativo 1106, en cuyos casos la rehabilitación puede ser declarada por el órgano jurisdiccional que dictó la condena luego de transcurridos veinte años, conforme al artículo 59-B del Código de Ejecución Penal.

## **Artículo 88-A.- Imprescriptibilidad de la pena y de la acción penal**

La pena y la acción penal son imprescriptibles **en los delitos previstos en el artículo 3° de la Ley N. ° 20202**.

## **Artículo 297.- Formas agravadas**

La pena será privativa de libertad no menor de quince ni mayor de veinticinco años, de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1) , 2) , 4) , 5) y 8) cuando:

(.)

7. (.)



(.)

Igual pena se aplicará al agente que se vale del tráfico ilícito de drogas para financiar **actividades vinculadas a los delitos establecidos en el artículo 3° de la Ley N. ° 20202.**

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

(.)

Si el agente actúa en calidad de integrante de una organización criminal que, para lograr sus fines, cualesquiera que sean, utiliza como medio la amenaza de la comisión de los **delitos regulados en el artículo 3° de la Ley N. ° 20202, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años.**

#### **Artículo 316.- Apología**

(.)

Si la exaltación, justificación o enaltecimiento se hace de los delitos previstos en los artículos **152, 200, 273 al 279-D, 296 al 298, 315, 318-A, 327, 333, 348 al 350** o de los delitos de lavado de activos, o de la persona que haya sido condenada por sentencia firme como autor o partícipe, la pena será no menor de cuatro años ni mayor de seis años, de doscientos cincuenta días multa, e inhabilitación conforme a los incisos 2, 4 y 8 del artículo 36 del Código Penal.

#### **Artículo 316-A.- Apología de los delitos de combate**

**Si la exaltación, justificación o enaltecimiento se hace de cualquiera de los delitos establecidos en el artículo 3 de la Ley N. ° 20202** o de la persona que haya sido condenada por sentencia firme como autor o partícipe por los mismos ilícitos penales **o los regulados en el artículo 3 de la Ley N. ° 30077**, la pena será **no menor de seis** ni mayor de ocho años, **trescientos sesenta y cinco días multa** e inhabilitación conforme a los incisos 2, 4, 6 y 8 del artículo 36 del Código Penal.

Si la exaltación, justificación o enaltecimiento **de dichos delitos se realiza:** a) en ejercicio de la condición de autoridad, docente o personal administrativo de una institución educativa, o b) utilizando o facilitando la presencia de menores de edad, **la pena será no menor de ocho** ni mayor de diez años e inhabilitación, conforme a los incisos 1, 2, 4 y 9 del artículo 36 del Código Penal.

Si la exaltación, justificación o enaltecimiento se propaga mediante objetos, libros, escritos, imágenes visuales o audios, o se realiza a través de imprenta, radiodifusión u otros medios de comunicación social o mediante el uso de tecnologías de la información o de la comunicación, **de los delitos de combate** o de la persona que haya sido condenada por sentencia firme como autor o partícipe por tales delitos, la pena será **no menor de diez** ni mayor de quince años e inhabilitación, conforme a los incisos 1, 2, 4 y 9 del artículo 36 del Código Penal.

#### **Artículo 317-A.- Marcaje o reglaje**

Será reprimido con pena privativa de libertad **no menor de seis ni mayor de diez años** el que para cometer o facilitar la comisión de cualquiera de los **delitos**

**previstos en el artículo 3° de la Ley N. ° 20202**, acopia o entrega información, realiza vigilancia o seguimiento, o colabora en la ejecución de tales conductas mediante el uso de armas, vehículos, teléfonos u otros instrumentos idóneos.

La pena privativa de libertad será **no menor de diez ni mayor de catorce años** cuando el agente:

(.)

#### **Artículo 349.- Conspiración para un motín**

El que toma parte en una conspiración de dos o más personas para cometer el **delito de motín**, será reprimido con pena privativa de libertad **no mayor de tres años**.

#### **Artículo 350.- Seducción, usurpación y retención ilegal de mando**

El que seduce a tropas, usurpa el mando de estas, el mando de un buque o aeronave de guerra o de una plaza fuerte o puesto de guardia, o retiene ilegalmente un mando político o militar con el fin de cometer **motín**, será reprimido con pena privativa de **libertad no mayor a cuatro años**.

#### **Artículo 359-C.- Fuentes de financiamiento legalmente prohibidas**

Son fuentes de financiamiento legalmente prohibidas aquellas que provengan de:

(.)

3. Personas naturales condenadas por **sentencia consentida o ejecutoriada por los delitos** contra la administración pública, tráfico ilícito de drogas, minería ilegal, **tala ilegal, lavado de activos, criminalidad organizada y de combate; o con**

**mandato de prisión preventiva vigente por los delitos cometidos por organizaciones criminales y los establecidos en el artículo 3° de la Ley N. ° 20202**, según información obtenida a través del procedimiento de la ley sobre la Ventanilla Única de Antecedentes para Uso Electoral, en lo que resulte aplicable. La prohibición se extiende hasta diez (10) años después de cumplida la condena.

(.)

#### **Artículo 367.- Formas agravadas**

(.)

La pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de doce años cuando:

(.)

5. El hecho se comete respecto a investigaciones o juzgamiento **por los delitos de tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, secuestro, extorsión, criminalidad organizada y de combate.**

(.)

#### **Artículo 404.- Encubrimiento personal**

(.)

Si el agente sustrae al autor de los delitos previstos en los artículos **152, 200, 273 al 279-D, 296 al 298, 315, 318- A, 327, 333, 348, 349 y 350**, la pena privativa de libertad será no menor de siete ni mayor de diez años y de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa. **Si se sustrae al autor de los delitos de combate, lavado de activos y crimen organizado, la pena privativa de**

**libertad será no menor de diez ni mayor de quince años y trescientos sesenta y cinco días-multa.**

#### **Artículo 405.- Encubrimiento real**

El que dificulta la acción de la justicia procurando la desaparición de las huellas o prueba del delito u ocultando los efectos **de este**, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años. Si el hecho se comete respecto a los delitos previstos en los artículos **152, 200, 273 al 279-D, 296 al 298, 315, 318- A, 327, 333, 348, 349 y 350**, la pena privativa de libertad será no menor de siete ni mayor de diez años y de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa. **Si se sustrae al autor de los delitos de combate, lavado de activos y crimen organizado, la pena privativa de libertad será no menor de diez ni mayor de quince años y trescientos sesenta y cinco días-multa.**

#### **Artículo 407.- Omisión de denuncia**

(.)

**Si la omisión está referida a los delitos de combate, la pena será no menor de cinco ni mayor de ocho años.**

#### **Artículo 409-A.- Obstrucción de la justicia**

(.)

Si el hecho se comete en la investigación preliminar o proceso penal por los delitos previstos en los artículos **152, 200, 296 al 298 o en el Decreto Legislativo**

**N. ° 1106**, la pena privativa de libertad será no menor de cinco ni mayor de ocho años y de **noventa a ciento ochenta días multa**.

**La pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de doce años y de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa, si la obstrucción se comete en el proceso penal por los delitos establecidos en el artículo 3° de la Ley N. ° 20202 y por los regulados en el artículo 3 de la Ley N. ° 30077.**

#### **Artículo 417-A.- Insolvencia provocada**

(.)

Si el hecho se comete respecto a proceso por delito previsto en los artículos **152**, 200, 296 al 298 o en el **Decreto Legislativo N. ° 1106**, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

**La pena privativa de libertad será no menor de seis ni mayor de diez años y de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa, si la insolvencia se provoca en el proceso penal por los delitos establecidos en el artículo 3° de la Ley N. ° 20202 y por los regulados en el artículo 3 de la Ley N. ° 30077.”**

**SEGUNDA.-** Modifíquense los artículos 161, 207, 231.5, 242.1.e, 249.2, 261.4, 263.1, 266.7, 268.b, 272, 274, 333, 341.1, 341-A.1, 342.2, 342.3, 344.1, 345.4, 346.1, 351.4, 471, 474.2, 475.6 del Código Procesal Penal aprobado por Decreto Legislativo N. ° 957.

#### **“Artículo 161.- Efecto de la confesión sincera**

(.)

Este beneficio también es inaplicable en los casos **de los delitos comprendidos en el artículo 3° de la Ley N. ° 20202 y por los delitos establecidos en el artículo 3° de la Ley N. ° 30077.**”

#### **Artículo 207.- Presupuestos y Ejecución de la videovigilancia**

1. En las investigaciones por delitos violentos, graves, contra organizaciones delictivas **o por los delitos comprendidos en el artículo 3° de la Ley N. ° 20202**, el Fiscal, por propia iniciativa o a pedido de la Policía, y sin conocimiento del afectado, puede ordenar:

(.)

#### **Artículo 231.- Registro de la intervención de comunicaciones telefónicas o de otras formas de comunicación**

(.)

5. Si durante la ejecución del mandato judicial de intervención y control de las comunicaciones en tiempo real, a través de nuevos números telefónicos o de identificación de comunicaciones, se tomara conocimiento de la comisión de delitos que atenten contra la vida e integridad de las personas, y cuando se trate de los **delitos regulados en la Ley N. ° 20202 o el de tráfico ilícito de drogas**, a cometerse en las próximas horas, el Fiscal, excepcionalmente y dando cuenta en forma inmediata al Juez competente para su convalidación, podrá disponer la incorporación de dicho número al procedimiento de intervención de las comunicaciones ya existente, siempre y cuando el Juez en el mandato judicial prevenga esta eventualidad.

## **Artículo 242.- Supuestos de prueba anticipada**

1. Durante las diligencias preliminares o una vez formalizada la investigación preparatoria, a solicitud del Fiscal o de los demás sujetos procesales, podrá instarse al Juez de la Investigación Preparatoria la actuación de una prueba anticipada, en los siguientes casos:

(.)

e) Declaración, Testimonial y examen de perito en casos de criminalidad organizada, así como en los delitos contra la administración pública, previstos en los artículos 382 al 401 del Código Penal **o los regulados en el artículo 3° de la Ley N. ° 20202, desde la formalización de la Investigación Preparatoria.**

(.)

## **Artículo 249.- Medidas adicionales**

(.)

2. El Fiscal decidirá si, una vez finalizado el proceso siempre que estime que se mantiene la circunstancia de peligro grave prevista en este título, la continuación de las medidas de protección, con excepción de la reserva de identidad del denunciante, la que mantendrá dicho carácter en el caso de organizaciones criminales **o en los delitos establecidos en la Ley N. ° 20202.**

(.)

## **Artículo 261.- Detención Preliminar Judicial**

(.)



4. Las requisitorias cursadas a la autoridad policial tienen una vigencia de seis meses. Vencido este plazo, caducan automáticamente bajo responsabilidad, salvo que fuesen renovadas. La vigencia de la requisitoria para los casos **de tráfico ilícito de drogas y los delitos previstos en la Ley N. ° 20202**, no caducan hasta la efectiva detención de los requisitoriados.

#### **Artículo 263.- Deberes de la policía**

1. La Policía que ha efectuado la detención en flagrante delito o en los casos de arresto ciudadano, informará al detenido el delito que se le atribuye y comunicará inmediatamente el hecho al Ministerio Público. También informará al Juez de la Investigación Preparatoria tratándose de los delitos de tráfico ilícito de drogas **y los previstos en el artículo 3° de la Ley N. ° 20202.**

(.)

#### **Artículo 266.- Detención judicial en caso de flagrancia**

(.)

7. El presente artículo no es aplicable para los delitos de tráfico ilícito de drogas **y los regulados en el artículo 3° de la Ley N. ° 20202.**

#### **Artículo 268.- Presupuestos materiales**

El juez, a solicitud del Ministerio Público, podrá dictar mandato de prisión preventiva, si atendiendo a los primeros recaudos sea posible determinar la concurrencia de los siguientes presupuestos:

(.)

b) Que la sanción a imponerse **sea por los delitos cometidos por organizaciones criminales y los establecidos en el artículo 3° de la Ley N. ° 20202.**

(.)

#### **Artículo 272.- Duración**

**En todo caso, el plazo de la prisión preventiva no durará más de treinta y seis (36) meses.**

#### **Artículo 274.- Prolongación de la prisión preventiva**

1. Cuando concurren circunstancias que importen una especial dificultad o prolongación de la investigación o del proceso y que el imputado pudiera sustraerse a la acción de la justicia u obstaculizar la actividad probatoria, el plazo de la prisión preventiva podrá prolongarse **hasta doce (12) meses adicionales.**

(.)

#### **Artículo 333.- Coordinación interinstitucional de la Policía Nacional con el Ministerio Público**

Sin perjuicio de la organización policial establecida por la Ley y de lo dispuesto en el artículo 69, la Policía Nacional instituirá un órgano especializado encargado de coordinar las funciones de investigación de dicha institución con el Ministerio Público, de establecer los mecanismos de comunicación con los órganos de gobierno del Ministerio Público y con las Fiscalías, de centralizar la información sobre la criminalidad violenta, organizada **o relacionada con los delitos de combate**, de aportar su experiencia en la elaboración de los programas y

acciones para la adecuada persecución del delito, y de desarrollar programas de protección y seguridad.

### **Artículo 341.- Agente Encubierto y Agente Especial**

1. El Fiscal, cuando se trate de diligencias que afecten actividades propias de la criminalidad organizada, **de los delitos de combate** y de los delitos contra la administración pública previstos en los artículos 382 al 401 del Código Penal, y en tanto existan indicios de su comisión, podrá autorizar a miembros especializados de la Policía Nacional del Perú, mediante una disposición y teniendo en cuenta su necesidad a los fines de la investigación, a actuar bajo identidad supuesta y a adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos. La identidad supuesta será otorgada por el Fiscal por el plazo de seis (6) meses, prorrogables por períodos de igual duración mientras perduren las condiciones para su empleo, quedando legítimamente habilitados para actuar en todo lo relacionado con la investigación concreta y a participar en el tráfico jurídico y social bajo tal identidad. En tanto sea indispensable para la realización de la investigación, se pueden crear, cambiar y utilizar los correspondientes documentos de identidad. El Fiscal, cuando las circunstancias así lo requieran, podrá disponer la utilización de un agente especial, entendiéndose como tal al ciudadano que, por el rol o situación en que está inmerso dentro de una organización criminal, opera para proporcionar las evidencias incriminatorias del ilícito penal.

(.)

### **Artículo 341-A.- Operaciones encubiertas**

1. Cuando en las Diligencias Preliminares o Investigación Preparatoria, se trate de identificar personas naturales y jurídicas, así como bienes y actividades propias de la criminalidad organizada, de **los delitos de combate** y de los delitos contra la administración pública previstos en los artículos 382 al 401 del Código Penal, en tanto existan indicios de su comisión, el Ministerio Público podrá autorizar a la Policía Nacional del Perú a fin de que realice operaciones encubiertas sin el conocimiento de los investigados, tales como la protección legal de personas jurídicas, de bienes en general, incluyendo títulos, derechos y otros de naturaleza intangible, entre otros procedimientos. El Fiscal podrá crear, estrictamente para los fines de la investigación, personas jurídicas ficticias o modificar otras ya existentes, así como autorizar la participación de personas naturales encubiertas, quienes podrán participar de procesos de selección, contratación, adquisición o cualquier operación realizada con o para el Estado.

(.)

#### **Artículo 342.- Plazo de la Investigación Preparatoria**

(.)

2. Tratándose de investigaciones complejas, el plazo de la Investigación Preparatoria es de ocho meses. Para el caso de investigación de delitos perpetrados por imputados integrantes de organizaciones criminales, personas vinculadas a ella o que actúan por encargo de esta **y los delitos de combate**, el plazo de la investigación preparatoria es de treinta y seis meses. La prórroga por igual plazo debe concederla el Juez de la Investigación Preparatoria.

3. Corresponde al Fiscal emitir la disposición que declara complejo el proceso cuando: a) requiera de la actuación de una cantidad significativa de actos de investigación; b) comprenda la investigación de numerosos delitos; c) involucra una cantidad importante de imputados o agraviados; d) demanda la realización de pericias que comportan la revisión de una nutrida documentación o de complicados análisis técnicos; e) necesita realizar gestiones de carácter procesal fuera del país; f) involucra llevar a cabo diligencias en varios distritos judiciales; g) revisa la gestión de personas jurídicas o entidades del Estado; o h) comprenda la investigación de delitos perpetrados por integrantes de una organización criminal, personas vinculadas a ella o que actúan por encargo de **esta, o se trate de delitos comprendidos en el artículo 3 de la Ley N. ° 20202.**

#### **Artículo 344.- Decisión del Ministerio Público**

1. Dispuesta la conclusión de la Investigación Preparatoria, de conformidad con el numeral 1) del artículo 343, el Fiscal decidirá en el plazo de quince días si formula acusación, siempre que exista base suficiente para ello, o si requiere el sobreseimiento de la causa. En casos complejos, de criminalidad organizada **y de los delitos de combate**, el Fiscal decide en el plazo de treinta días, bajo responsabilidad.

(.)

#### **Artículo 345.- Control del requerimiento de sobreseimiento y Audiencia de control del sobreseimiento**

(.)

4. Entre el requerimiento de sobreseimiento y la audiencia que resuelve lo pertinente no puede transcurrir más de treinta (30) días. En casos complejos, de criminalidad organizada **y delitos de combate**, no podrá exceder de sesenta (60) días, bajo responsabilidad.

#### **Artículo 346.- Pronunciamiento del Juez de la Investigación Preparatoria**

1. El Juez se pronunciará en el plazo de quince (15) días. En casos complejos, de criminalidad organizada **y delitos de combate**, no podrá exceder de los treinta (30) días. Si considera fundado el requerimiento fiscal, dictará auto de sobreseimiento. Si no lo considera procedente, expedirá un auto elevando las actuaciones al Fiscal Superior para que ratifique o rectifique la solicitud del Fiscal Provincial. La resolución judicial debe expresar las razones en que funda su desacuerdo.

(.)

#### **Artículo 351.- Audiencia Preliminar**

(.)

4. Si la audiencia es suspendida, la siguiente sesión deberá realizarse en un plazo no mayor a ocho (8) días hábiles. Entre el requerimiento acusatorio y la emisión del auto que lo resuelve no puede transcurrir más de cuarenta (40) días. En casos complejos, de criminalidad organizada **y delitos de combate**, no podrá exceder noventa (90) días, bajo responsabilidad.

#### **Artículo 471.- Reducción adicional acumulable**

(.)

La reducción de la pena por terminación anticipada no procede cuando al imputado se le atribuya la comisión del delito en condición de integrante de una organización criminal, esté vinculado o actúe por encargo de ella, **o por los delitos regulados en el artículo 3° de la Ley N. ° 20202.**

#### **Artículo 474.- Procedencia**

(.)

2. Los delitos que pueden ser objeto del Acuerdo, son los siguientes:

a) Lavado de activos, delitos informáticos, sicariato y **delitos cometidos por organización criminal. También procederá en los delitos de combate, comprendidos en el artículo 3° de la Ley N. ° 20202.**

(.)

#### **Artículo 475.- Requisitos de la eficacia de la información y beneficios premiales**

(.)

6. Los jefes, cabecillas o dirigentes principales de organizaciones delictivas, **que hayan cometido cualquiera de los delitos comprendidos en el artículo 3° de la Ley N. ° 30077, así como el artículo 3° de la Ley N. ° 20202** y los que han intervenido en delitos que han causado consecuencias especialmente graves, únicamente podrán acogerse al beneficio de disminución de la pena o suspensión de su ejecución, siempre que su aporte permita identificar a miembros de la organización con mayor rango jerárquico. El Fiscal para acordar el beneficio, debe

ponderar la proporcionalidad entre el grado de aporte del colaborador y su grado de participación dentro de la estructura criminal y el delito.

(.)”

**TERCERA.-** Modifíquense los artículos 11, 11-A, 11-B, 46, 50 del Código de Ejecución Penal

**“Artículo 11.- Criterios de separación de internos**

Los internos están separados de acuerdo con los siguientes criterios básicos:

(.)

**6.- Los procesados y condenados por la comisión de los delitos de combate.**

7.- Los que, a través de la evaluación de la Junta Técnica de Clasificación, obtienen una prognosis favorable para su readaptación de los que requieren mayor tratamiento.

8.- Otros que determine el Reglamento.

**Artículo 11-A.- Ubicación de internos en un establecimiento penitenciario**

En los establecimientos transitorios y otros que hagan sus veces, la Junta Técnica de Clasificación encargada de determinar el establecimiento penitenciario que corresponde a un interno, incorporará como criterio de evaluación, si el interno se encuentra o no vinculado a una organización criminal **o a los delitos comprendidos en el artículo 3° de la Ley N. ° 20202**, en cuyos casos optará por un establecimiento que ofrezca razonables condiciones de seguridad.

**Artículo 11-B.- Clasificación de internos en un régimen penitenciario**



(.)

La vinculación del interno a una organización criminal **o a los delitos de combate** y/o su condición de un mayor tratamiento para su readaptación, conjuntamente con la evaluación de su perfil personal, fundamentan su clasificación en una de las etapas del Régimen Cerrado Especial.

**Artículo 46.- Improcedencia y casos especiales de redención de pena por trabajo o estudio**

No es procedente el beneficio penitenciario de redención de la pena por el trabajo o estudio para aquellos internos que hayan cometido delitos vinculados al crimen organizado conforme a la Ley 30077, Ley contra el Crimen Organizado. **Tampoco es procedente para los internos sentenciados por los delitos regulados en el artículo 3° de la Ley N. ° 20202.**

En los casos de internos que hayan cometido los delitos previstos en los artículos 107, 108, 108-A, 108-B, 121-B, 200, 279-G, **297, 323** del Código Penal, la redención de pena por el trabajo o la educación se realiza a razón de un día de pena por seis días de labor o de estudio, respectivamente.

**Artículo 50.- Improcedencia y casos especiales de los beneficios penitenciarios de semilibertad o liberación condicional**

No son procedentes los beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional para aquellos internos que hayan cometido delitos vinculados al crimen organizado conforme a la Ley 30077, Ley contra el Crimen Organizado.

Tampoco son procedentes para aquellos internos que se encuentren sentenciados por la comisión de los delitos previstos en los artículos **297, 382, 383, 384, primer, segundo y tercer párrafos del 387, 389, 393, 393-A, 394, 395, 396, 397, 397-A, 398, 399, 400 y 401, así como los delitos previstos en el artículo 3 de la Ley N. ° 20202.**

(.)”

**CUARTA. - Modifíquense los artículos 4, 5, 6 y 10 del Decreto Legislativo N. ° 1106**

**“Artículo 4.- Circunstancias agravantes y atenuantes**

(.)

La pena será privativa de la libertad no menor de veinticinco años cuando el dinero, bienes, efectos o ganancias provienen de la minería ilegal, tráfico ilícito de drogas, secuestro, extorsión **o cualquier delito establecido en el artículo 3° de la Ley N. ° 20202.**

(.)

**Artículo 5.- Omisión de comunicación de operaciones o transacciones sospechosas**

El que incumpliendo sus obligaciones funcionales o profesionales, omite comunicar a la autoridad competente, las transacciones u operaciones sospechosas que hubiere detectado **y que conociendo o debiendo conocer su origen vinculado a cualquiera de los delitos establecidos en el artículo 3° de la Ley N. ° 20202,** según las leyes y normas reglamentarias, será reprimido con

pena privativa de la libertad **no menor de ocho ni mayor de doce años, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa e inhabilitación de conformidad con los incisos 1), 2) y 4) del artículo 36 del Código Penal.**

(.)

#### **Artículo 6.- Rehusamiento, retardo y falsedad en el suministro de información**

El que rehúsa o retarda suministrar a la autoridad competente, la información económica, financiera, contable, mercantil o empresarial que le sea requerida, en el marco de una investigación o juzgamiento por delito de lavado de activos, o deliberadamente presta la información de modo inexacto o brinda información falsa, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de dos ni **mayor de cinco años**, con cincuenta a ochenta días multa e inhabilitación no mayor de tres años de conformidad con los incisos 1), 2) y 4) del artículo 36 del Código Penal.

Si la conducta descrita se realiza en el marco de una investigación o juzgamiento por delito de lavado de activos vinculado a la minería ilegal, al crimen organizado, **o cualquier otro delito regulado en el artículo 3° de la Ley N. ° 20202**; o si el valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados es superior al equivalente a quinientas (500) Unidades Impositivas Tributarias, el agente será reprimido con pena privativa de libertad **no menor de cinco ni mayor de ocho años, con ochenta a ciento ochenta días multa** e inhabilitación de conformidad con los incisos 1), 2) y 4) del artículo 36 del Código Penal.

#### **Artículo 10.- Autonomía del delito y prueba indiciaria**

(.)

El conocimiento del origen ilícito que tiene o que debía presumir el agente de los delitos que contempla el presente Decreto Legislativo, corresponde a actividades criminales como los delitos de minería ilegal, el tráfico ilícito de drogas, los delitos contra la administración pública, **el secuestro, el proxenetismo**, el tráfico ilícito de armas, tráfico ilícito de migrantes, los delitos tributarios, la extorsión, el robo, los delitos aduaneros, **los delitos de combate** o cualquier otro con capacidad de generar ganancias ilegales, con excepción de los actos contemplados en el artículo 194 del Código Penal. El origen ilícito que conoce o debía presumir el agente del delito podrá inferirse de los indicios concurrentes en cada caso.

(.)”

**QUINTO. - Modifíquese el artículo 11° de la Ley N. ° 30096**

**“Artículo 11. Agravantes**

(.)

**5. El agente comete el delito para impedir la identificación de los agentes refractarios o de cualquier rastro vinculado a la comisión de los ilícitos penales, regulados en el artículo 3° de la Ley N. ° 20202.”**

**SEXTO. - Modifíquese los artículos 4, 4-A, 6-A y 9 del Decreto Ley N. ° 25475**

**"Artículo 4.- Colaboración con el terrorismo**

**Será reprimido con la misma pena que el autor**, aquel que de manera voluntaria realiza los siguientes actos de colaboración de cualquier modo, favoreciendo la comisión de delitos comprendidos en este Decreto Ley:

(.)

#### **Artículo 4-A. Financiamiento del terrorismo**

El que por cualquier medio, directa o indirectamente, al interior o fuera del territorio nacional, voluntariamente provea, aporte o recolecte medios, fondos, recursos financieros o económicos o servicios financieros o servicios conexos o de cualquier naturaleza, sean de origen lícito o ilícito, con la finalidad de cometer cualquiera de los delitos previstos en este decreto ley, cualquiera de los actos terroristas definidos en tratados de los cuales el Perú es parte, la realización de los fines o asegurar la existencia de un grupo terrorista o terroristas individuales, **le corresponderá la pena del autor** e inhabilitación de conformidad con los incisos 1), 2) y 8) del artículo 36 del Código Penal.

**También le corresponderá la pena del autor, al que** ofrece u otorga recompensa por la comisión de un acto terrorista o tiene la calidad de funcionario o servidor público. En este último caso, además, se impondrá la inhabilitación prevista en los incisos 1, 2, 6 y 8 del artículo 36 del Código Penal.

#### **Artículo 6-A.- Reclutamiento de personas**

El que, por cualquier medio, recluta o capta personas para facilitar o cometer actos terroristas, **será reprimido con la misma pena que el autor.**

**También le corresponderá la pena del autor, a aquel** que reclute o capte menores de edad con la misma finalidad.

(.)

#### **Artículo 9.- Reincidencia**

Los reincidentes, serán reprimidos con pena privativa de libertad no menor de treinta años. Para efectos del presente Decreto Ley contra el terrorismo, se considera reincidente al delincuente que, habiendo sufrido pena privativa de libertad, impuesta por sentencia nacional o extranjera, incurra en la comisión de un nuevo delito **sin límite de tiempo**".

#### **SÉPTIMO.- Modifíquense los artículos 1, 12 y 13 de la Ley N. ° 30424**

##### **“Artículo 1. Objeto de la Ley**

La presente ley regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por los delitos previstos en los artículos 384, 397, 397-A, 398 y 400 del Código Penal, en los artículos 1, 2, 3 y 4 del Decreto Legislativo N. ° 1106 (**Decreto Legislativo de lucha eficaz contra el Lavado de Activos**), en el artículo 4-A del Decreto Ley 25475, Decreto Ley que establece la penalidad para los delitos de terrorismo y los procedimientos para la investigación, la instrucción y el juicio; y otros delitos relacionados a la minería ilegal, crimen organizado **y delitos de combate**.

##### **Artículo 12. Circunstancias atenuantes**

Son circunstancias atenuantes de la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas las siguientes:

(.)

**Las circunstancias atenuantes establecidas en los literales d y e, resultarán inaplicables siempre que se trate de la comisión de los delitos establecidos en el artículo 3° de la Ley N. ° 20202.**

(.)

**El párrafo anterior resulta inaplicable en los delitos comprendidos en el artículo 3° de la Ley N. ° 20202 y por los delitos establecidos en el artículo 3° de la Ley N. ° 30077, exceptuando los incisos 14, 15, 19 y 2, que, por su mayor complejidad, sea difícil llegar a conocer la verdad material de los hechos investigados.**

### **Artículo 13. Circunstancias agravantes**

(.)

**El párrafo anterior resulta inaplicable, siempre y cuando el delito que fue materia de la primera sanción sea de los regulados en el artículo 3° de la Ley N. ° 20202.”**

## **DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA DEROGATORIA**

### **ÚNICA.- Derogación de normas**

Deróguense los siguientes dispositivos:

1. El artículo 36 inciso 9 literal a), f), h) y p); 108-D, 153.5, 322, 404 *in fine* del Código Penal.
2. El artículo 272.2, 272.3, 274.1 literal a, b y c, 274.2 y 474.2 literal b del Decreto Legislativo N. ° 957.

3. El artículo 46 tercer párrafo del Decreto Legislativo N. ° 654.
4. Los artículos 3.3 y 3.17 de la Ley N. ° 30077.
5. Los artículos 6-B y 8 del Decreto Ley N. ° 25475.
6. Cualquier otra norma que contraríe lo dispuesto en la presente Ley.

## **ANEXO N. ° 2**

### **CAPÍTULO V**

#### **VALIDACIÓN DE INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN**



## 5.1. PRIMERA VALIDACIÓN

Solicito: Validación de instrumentos de investigación

Chiclayo, 21 de noviembre de 2020

Mg. Carlos Larios Manay

Juez del Décimo Juzgado Penal Unipersonal Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque.

Me dirijo a usted, para saludarle y a la vez, en su calidad de experto en Derecho Penal y Procesal Penal, solicitarle su apoyo en la validación de los instrumentos de investigación de la tesis *“Legitimidad del Derecho Penal del enemigo en el Perú”*.

Esta investigación se realiza para optar el Grado Académico de Abogado por la Universidad de San Martín de Porres de Chiclayo, Perú.

Le agradezco por anticipado por su tiempo y colaboración, además de las valiosas observaciones y recomendaciones que seguro me hará llegar, las cuales contribuirán para mejorar dichos instrumentos y la investigación en general.  
Atentamente,



---

Br. Néstor Mc. Suárez Pérez

Tesista

### **RESUMEN DE LA INVESTIGACIÓN**

La tesis que estamos realizando tiene como objetivo general demostrar que el Derecho Penal del enemigo, caracterizado por la anticipación de las barreras de

punibilidad, desproporción de las penas, disminución de las garantías procesales y agravamiento de las reglas penitenciarias; es un modelo legítimo.

En el marco teórico hemos empezado abordando los antecedentes de la investigación a nivel local, nacional e internacional, luego se ha procedido a realizar una distinción con el Derecho Penal del ciudadano (apelando al concepto de forma de George Spencer Brown), la naturaleza peyorativa atribuida a la categoría descriptiva conocida como “enemigo”, la finalidad que persigue con la pena, consideraciones ius-filosóficas, el cambio de paradigma de la sociedad del riesgo a la sociedad de la seguridad ciudadana, las características del Derecho Penal del enemigo, por qué es un modelo proporcional, el núcleo duro de los derechos fundamentales, qué se entiende como persona en la conceptualización realizada por la Teoría de Sistemas de Niklas Luhmann, el Derecho Penal simbólico, el adelantamiento de las barreras de punibilidad, qué se entiende por seguridad cognitiva, el Derecho Penal del enemigo y la política criminal peruana (leyes y normas con rango de ley), el Derecho Penal de autor, la reincidencia y habitualidad abordada en las STC 0014-2006-PI/TC y la 0003-2005-PI/TC, las medidas de seguridad y su semejanza con el Derecho Penal del enemigo, la proporcionalidad de dichas medidas. Además, el aporte se manifestaría en el Proyecto de Ley que presentamos, que tiene como finalidad delimitar las normas del Derecho Penal del enemigo, en qué delitos procede, cuáles serían las restricciones procesales y de beneficios penitenciarios, así como las normas modificatorias y derogatorias para que este cuerpo normativo sea coherente con las demás leyes penales y procesales penales vigentes.

El enfoque a utilizar será *mixto*. Por un lado, en el enfoque *cualitativo*, el paradigma de investigación será el *analítico-exegético*, además de ello, “Se aplica la lógica inductiva. De lo particular a lo general (...) La teoría se construye básicamente a partir de los datos empíricos obtenidos y analizados y, desde luego, se compara con los resultados de estudios anteriores” (Hernández Sampieri, Fernández Collado & Baptista Lucio, 2014, p. 11). Asimismo, “Se involucran a unos cuantos casos porque no se pretende necesariamente generalizar los resultados del estudio, sino analizarlos intensivamente. (...) Casos individuales, representativos no desde el punto de vista estadístico, sino por sus “cualidades”. (...) Datos profundos y enriquecedores” (Hernández Sampieri, Fernández Collado & Baptista Lucio, 2014, p. 12).

El tipo de investigación utilizado será el *dogmático propositivo*, considerando que se pretende demostrar la validez de hipotetizar que el Derecho Penal del enemigo, caracterizado por la anticipación de las barreras de punibilidad, desproporción de las penas, disminución de las garantías procesales y agravamiento de las reglas penitenciarias; es legítimo. Además, el diseño de la investigación será *transaccional*, porque no se realizará una manipulación de las variables consideradas, y el fenómeno será estudiado sin modificar sus reales manifestaciones. El corpus comprende las sentencias del Tribunal Constitucional N. ° 0003-2005-PI/TC (FJ. 16) y N. ° 0014-2006-PI/TC (FJ. 04), además de la legislación peruana con rasgos de Derecho Penal del enemigo.

Por último, el muestreo del corpus será *no probabilístico*, a través del análisis documental, análisis de contenido, técnica de fichaje y digital, como técnicas; y

ficha de localización (bibliográfica y hemerográfica) y ficha de registro de información de sentencia, como instrumentos.

Por otro lado, en el enfoque *cuantitativo*, el paradigma de investigación será el *analítico*, también se aplicarán técnicas estadísticas y estructuradas para verificar la validez o no de la hipótesis planteada, y que los resultados que se buscan obtener son generalizables, no se trata de una realidad subjetiva (enfoque cualitativo) sino de una corroboración objetiva la realidad no varía por las observaciones realizadas sobre el fenómeno, además: “(...) busca ser objetivo, (...) explicar y comprobar ... fenómenos, (...) se aplica la lógica deductiva. De lo general a lo particular. (...) Se prueban hipótesis” (Hernández Sampieri, Fernández Collado & Baptista Lucio, 2014, p. 11) y “El objetivo es generalizar los datos de una muestra a una población Externa (al margen de los datos) (...). Los reportes utilizan un tono objetivo, impersonal, no emotivo” (Hernández Sampieri, Fernández Collado & Baptista Lucio, 2014, pp. 12-13).

El tipo de investigación utilizado será el  *sintético*, considerando que se pretende demostrar la validez de hipotetizar que el Derecho Penal del enemigo, caracterizado por la anticipación de las barreras de punibilidad, desproporción de las penas, disminución de las garantías procesales y agravamiento de las reglas penitenciarias; es legítimo. Además, el diseño de la investigación será *no experimental, transversal y descriptivo*, porque no se realizará una manipulación de las variables consideradas, y el fenómeno será estudiado sin modificar sus reales manifestaciones. El subconjunto representativo de la población que será objeto de estudio (muestra), para verificar la validez de la hipótesis planteada, comprende a 40 operadores jurídicos (jueces, fiscales, abogados de

procuradurías y abogados litigantes) a nivel nacional, en su condición de expertos en Derecho Penal y Procesal Penal. Además, el muestreo del corpus será *no probabilístico*, a través del análisis de encuestas como técnicas; y cuestionarios y escala de medición, como instrumentos cuantitativos.

Finalmente, el diseño mixto que se aplicará en esta tesis es el exploratorio secuencial (DEXPLOS), en su modalidad derivativa, porque:

...En esta modalidad la recolección y el análisis de los datos cuantitativos se hacen sobre la base de los resultados cualitativos. La mezcla mixta ocurre cuando se conecta el análisis cualitativo de los datos y la recolección de datos cuantitativos. La interpretación final es producto de la comparación e integración de resultados cualitativos y cuantitativos. (Hernández Sampieri, Fernández Collado & Baptista Lucio, 2014, p. 551)

## **PARTE I:**

### **FICHA DE VALIDACIÓN DE INSTRUMENTOS**

**1.1. NOMBRE DEL INVESTIGADOR:** Br. Néstor Mc. Suárez Pérez.

**1.2. INFORMACIÓN DEL EXPERTO:**

1.1 Nombres y Apellidos	:	Carlos Larios Manay.
1.2 Profesión	:	Abogado
1.3 Cargo actual en el centro laboral	:	Juez del Décimo Juzgado Penal de Chiclayo.
1.4 Grado académico	:	Maestro
1.5 Título profesional	:	Abogado
1.6 Institución donde trabaja	:	Corte Superior de Justicia de Lambayeque.
1.7 Cargo que desempeña	:	Juez
1.8 Teléfono	:	951238362
1.9 Correo electrónico	:	lariosmc@hotmail.com

**1.3. BREVE CURRÍCULO VITAE DEL EXPERTO Y DE SU LABOR INVESTIGATIVA**

Abogado, con el grado de Maestro expedido por la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo, con estudios concluidos de Doctorado, y de Segunda Especialidad en Administración Pública, seguidos ante la misma Universidad. Con experiencia en docencia universitaria, conciliador extrajudicial, ex- Defensor Público del área penal de Dirección de Defensa Pública y Acceso a la Justicia del Ministerio de Justicia Sede Chiclayo, Juez Titular del Primer Juzgado Penal Colegiado Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque y actualmente Juez del Décimo Juzgado Penal Unipersonal Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque. Docente Universitario en USS, USMP Filial Norte en pregrado y docente en el Programa de Maestría en Derecho Penal y Procesal Penal de la USMP.

## 1.4. INSTRUMENTO N° 1: CUESTIONARIO

### Escala de valoración:

Valoración	Puntaje
Notable	5
Suficiente	4
Medianamente suficiente	3
Bajo	2
Insuficiente	1

### A. Nivel de pertinencia

N°	Criterio	Valoración	Observaciones
1	Pertinencia de las preguntas o ítems con los objetivos de la investigación	4	
2	Pertinencia de los ítems con la(s) Variable(s)	5	
3	Pertinencia de los ítems con las dimensiones	4	
4	Pertinencia de los ítems con los Indicadores/ subindicadores	4	
5	Redacción de Ítems	4	
<b>TOTAL</b>		<b>21</b>	

### B. Aspectos de la validación

1= Deficiente	2= Malo	3= Regular	4= Bueno	5= Excelente
---------------	---------	------------	----------	--------------

Indicadores	Criterios	Escala de valoración				
		1	2	3	4	5
<b>Claridad</b>	Está formulado con lenguaje claro, apropiado y comprensible.				x	
<b>Objetividad</b>	Permite medir hechos observables.				x	
<b>Actualidad</b>	Adecuado al avance de la ciencia y la tecnología.				x	
<b>Organización</b>	Presentación ordenada.				x	
<b>Suficiencia</b>	Comprende aspectos de las variables en cantidad y calidad suficiente.				x	

<b>Pertinencia</b>	Permitirá conseguir datos de acuerdo con los objetivos planteados.	<b>x</b>
<b>Consistencia</b>	Pretende conseguir datos basados en teorías o modelos teóricos actuales.	<b>x</b>
<b>Análisis</b>	Descompone adecuadamente las variables/indicadores/medidas.	<b>x</b>
<b>Estrategia</b>	Los datos por conseguir responden a los objetivos de investigación.	<b>x</b>
<b>Aplicación</b>	Existencia de condiciones para aplicarse.	<b>x</b>

**C. Tabla de calificación de cada ítem de la ficha de registro de cuestionario.**

<b>1= Insuficiente</b>	<b>2= Bajo</b>	<b>3= Medianamente suficiente</b>	<b>4= Suficiente</b>	<b>5= Notable</b>
------------------------	----------------	-----------------------------------	----------------------	-------------------

<b>N°</b>	<b>Preguntas</b>	<b>Calificación</b>
1	¿Considera que el Derecho Penal del enemigo es un concepto proporcional a la erosión de la seguridad cognitiva de los demás miembros del sistema social?	4
2	¿Considera que el adelantamiento de las barreras de punibilidad, regulación propia del Derecho Penal del enemigo, es compatible con la función preventiva y protectora del Sistema Jurídico-Penal peruano?	4
3	¿Considera que el adelantamiento de las barreras de punibilidad, como manifestación del Derecho Penal del enemigo, y la no disminución de la pena, son legítimos en la legislación peruana?	4
4	¿Considera que la disminución de las garantías procesales es proporcional con la peligrosidad del sujeto refractario y de su combate?	3
5	¿Considera que el agravamiento de las reglas penitenciarias es proporcional con la peligrosidad del sujeto refractario y su combate?	4
6	¿Considera que el Derecho penal del enemigo vulnera el núcleo duro de los derechos fundamentales?	4
7	¿Considera que el enemigo carece completamente de derechos?	3
8	¿Considera que la estigmatización del Derecho Penal del enemigo se debe a su terminología peyorativa?	4
9	¿Considera que el Derecho Penal del enemigo es legítimo y no constituye un peligro para el sistema jurídico peruano?	4

**D. Calificación global del Instrumento 1: (MARCAR CON UNA ASPA)**

<b>Puntaje</b>	<b>Nivel de validación</b>	<b>Descripción</b>
<b>97-120 x</b>	<b>Muy Alta</b>	El instrumento evaluado está apto para su aplicación.
<b>73-96</b>	<b>Alta</b>	El instrumento evaluado está apto para su aplicación, aunque necesita ligeros reajustes.



49-72	<b>Media</b>	El instrumento evaluado requiere reajuste, antes de su aplicación.
25-48	<b>Baja</b>	El instrumento evaluado requiere muchos reajustes. No se debe aplicar.
1-24	<b>Muy baja</b>	Rehacer el instrumento. Imposible de aplicar

<b>Aprobado</b>	<b>Desaprobado</b>	<b>Observado</b>
x		

**E. OBSERVACIONES (SI LAS HUBIERAN):**

**Ninguno.**

**1.5. INSTRUMENTO N° 2: FICHA DE REGISTRO DE INFORMACIÓN DE SENTENCIA**

**Escala de valoración:**

<b>Valoración</b>	<b>Puntaje</b>
Notable	5
Suficiente	4
Medianamente suficiente	3
Bajo	2
Insuficiente	1

**A. Nivel de pertinencia**

<b>N°</b>	<b>Criterio</b>	<b>Valoración</b>	<b>Observaciones</b>
1	Pertinencia de las preguntas o ítems con los objetivos de la investigación	4	
2	Pertinencia de los ítems con la(s) Variable(s)	4	
3	Pertinencia de los ítems con las dimensiones	4	
4	Pertinencia de los ítems con los Indicadores/ subindicadores	4	
5	Redacción de Ítems	4	
<b>TOTAL</b>		<b>20</b>	

## B. Aspectos de la validación

1= Deficiente	2= Malo	3= Regular	4= Bueno	5= Excelente
---------------	---------	------------	----------	--------------

Indicadores	Criterios	Escala de valoración				
		1	2	3	4	5
<b>Claridad</b>	Está formulado con lenguaje claro, apropiado y comprensible.				x	
<b>Objetividad</b>	Permite medir hechos observables.				x	
<b>Actualidad</b>	Adecuado al avance de la ciencia y la tecnología.					x
<b>Organización</b>	Presentación ordenada.					x
<b>Suficiencia</b>	Comprende aspectos de las variables en cantidad y calidad suficiente.				x	
<b>Pertinencia</b>	Permitirá conseguir datos de acuerdo con los objetivos planteados.				x	
<b>Consistencia</b>	Pretende conseguir datos basados en teorías o modelos teóricos actuales.				x	
<b>Análisis</b>	Descompone adecuadamente las variables/indicadores/medidas.				x	
<b>Estrategia</b>	Los datos por conseguir responden a los objetivos de investigación.				x	
<b>Aplicación</b>	Existencia de condiciones para aplicarse.				x	

## C. Tabla de calificación de cada ítem de la ficha de registro de información de sentencia

1= Insuficiente	2= Bajo	3= Medianamente suficiente	4= Suficiente	5= Notable
-----------------	---------	----------------------------	---------------	------------

Nº	Preguntas	Calificación
1	¿La política de persecución criminal puede distinguir entre un Derecho penal de los ciudadanos y un Derecho Penal del enemigo?	4
2	¿El Derecho Penal del enemigo realiza una distinción en cuanto a la aplicación de las garantías penales?	4
3	¿Los fines constitucionales de las penas –reeducación, rehabilitación y reincorporación solo son aplicables a favor de los ciudadanos?	5
4	¿Considerar al sujeto refractario como enemigo significa apelar a su total eliminación?	4
5	¿El Derecho Penal del enemigo puede ser asumida dentro de un Estado que se funda, por un lado, en el derecho-principio de dignidad humana y, por otro lado, en el principio político democrático?	4

#### D. Calificación global del Instrumento 1: (MARCAR CON UNA ASPA)

Puntaje		Nivel de validación	Descripción
81-100	x	Muy Alta	El instrumento evaluado está apto para su aplicación.
61-80		Alta	El instrumento evaluado está apto para su aplicación, aunque necesita ligeros reajustes.
41-60		Media	El instrumento evaluado requiere reajuste, antes de su aplicación.
21-40		Baja	El instrumento evaluado requiere muchos reajustes. No se debe aplicar.
1-20		Muy baja	Rehacer el instrumento. Imposible de aplicar


Aprobado	Desaprobado	Observado
x		

#### E. OBSERVACIONES (SI LAS HUBIERAN): Ninguna.

**CONCLUSIÓN GENERAL DE LA VALIDACIÓN (en coherencia con el nivel de validación alcanzado):** Está en condiciones de ser aplicado.

**CONSTANCIA DE JUICIO DE EXPERTO:** El que suscribe, Mg. Carlos Larios Manay, identificado con DNI N.º 1678633 certifico que realicé el juicio del experto del instrumento diseñado por el tesista Br. Néstor Mc. Suárez Pérez, en la investigación: *“Legitimidad del Derecho Penal del enemigo en el Perú”*.

Chiclayo, 21 de noviembre de 2020.



Mg. Carlos Larios Manay

Firma (Escaneada)

## PARTE II: DATOS INFORMATIVOS DE LA TESIS

2.1. Título de investigación: “Legitimidad del Derecho Penal del enemigo en el Perú”.

2.2. Matriz de las variables de la investigación, indicadores de desempeño e instrumentos.

Variables	Indicadores	Instrumento
<b>V<sub>I</sub></b> <b>Legitimidad penal peruana</b>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Clamor popular.</li> <li>2. Influencia de los medios de comunicación.</li> <li>3. Politización del Derecho Penal.</li> </ol>	Ficha de localización:  Bibliográfica Hemerográfica  Cuestionario cerrado .
<b>V<sub>D</sub></b> <b>Derecho Penal del enemigo</b>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Derechos fundamentales.</li> <li>2. Relativismo.</li> <li>3. Seguridad cognitiva.</li> <li>4. Adelantamiento de las barreras de punibilidad.</li> <li>5. Proporcionalidad.</li> <li>6. Garantías procesales.</li> <li>7. Reglas penitenciarias.</li> </ol>	Ficha de localización:  Bibliográfica Hemerográfica  Ficha de registro de información de sentencia.  Cuestionario cerrado .

### 2.3. Matriz de consistencia de la investigación

PROBLEMA	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	VARIABLE	METODOLOGÍA	MUESTRA																		
¿En qué medida el Derecho Penal del enemigo, caracterizado por la anticipación de las barreras de punibilidad, desproporción de las penas, disminución de las garantías procesales y agravamiento de las reglas penitenciarias; es legítimo en la legislación peruana?	<p align="center"><b>GENERAL</b></p> <p>Demostrar que el Derecho Penal del enemigo, caracterizado por la anticipación de las barreras de punibilidad, desproporción de las penas, disminución de las garantías procesales y agravamiento de las reglas penitenciarias; es legítimo.</p> <p align="center"><b>ESPECÍFICOS</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Analizar por qué el Derecho penal del enemigo es legítimo y no constituye un peligro para el sistema jurídico.</li> <li>Explicar por qué el adelantamiento de las barreras de punibilidad, una regulación propia del Derecho Penal del enemigo, es compatible con la función preventiva y protectora del Sistema Jurídico-Penal peruano.</li> <li>Explicar por qué el Derecho penal del enemigo es un concepto proporcional a la erosión de la seguridad cognitiva de los miembros del sistema social.</li> <li>Explicar por qué la disminución de las garantías procesales es proporcional con la peligrosidad del sujeto refractario y de su combate.</li> <li>Explicar por qué el agravamiento de las reglas penitenciarias es proporcional con la peligrosidad del sujeto refractario y de su combate</li> </ul>	El Derecho Penal del enemigo, caracterizado o por la anticipación de las barreras de punibilidad, desproporción de las penas, disminución de las garantías procesales y agravamiento de las reglas penitenciarias; es legítimo en la legislación peruana.	<p align="center"><b>INDEPENDIENTE</b></p> <p><b>Legitimidad penal peruana</b></p> <p><b>Indicadores:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Clamor popular.</li> <li>Influencia de los medios de comunicación.</li> <li>Politización del Derecho Penal.</li> </ul> <p align="center"><b>DEPENDIENTE</b></p> <p><b>Derecho Penal del enemigo</b></p> <p><b>Indicadores:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Derechos fundamentales.</li> <li>Relativismo.</li> <li>Seguridad cognitiva.</li> <li>Adelantamiento de las barreras de punibilidad.</li> <li>Proporcionalidad de las penas.</li> <li>Garantías procesales.</li> <li>Reglas penitenciarias.</li> </ul>	ENFOQUE DE INVESTIGACIÓN		<p align="center"><b>CUANTITATIVO</b></p> <p><b>a) Paradigma de Investigación:</b></p> <p>Análítico.</p> <p><b>b) Tipo de Investigación:</b></p> <p>Sintético.</p> <p><b>c) Diseño de Investigación:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>No experimental.</li> <li>Transversal.</li> <li>Descriptivo.</li> </ul> <p><b>d) Técnicas e Instrumentos:</b></p> <p><b>Técnicas:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Encuesta interna,</li> </ul> <p><b>Instrumentos:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Cuestionario</li> <li>Escala de medición de información de</li> </ul> <p><b>e) Plan de Análisis de Datos</b></p> <p>Matriz de análisis de datos:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Categorización.</li> <li>Medida.</li> <li>Frecuencia.</li> <li>Tendencia.</li> <li>Recolección.</li> </ul>	<p align="center"><b>CUALITATIVO</b></p> <p><b>a) Paradigma de Investigación:</b></p> <p>Análítico-Exegético.</p> <p><b>b) Tipo de Investigación:</b></p> <p>Dogmático propositivo.</p> <p><b>c) Diseño de Investigación:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Transeccional.</li> </ul> <p><b>d) Técnicas e Instrumentos:</b></p> <p><b>Técnicas:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Análisis documental (normativa jurisprudencia y doctrina).</li> <li>Análisis de contenido.</li> <li>Técnica de fichaje.</li> <li>Digital.</li> </ul> <p><b>Instrumentos:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Ficha de localización y hemerográfica).</li> <li>Ficha de registro de sentencia.</li> </ul> <p><b>e) Plan de Análisis de Datos</b></p> <p>Matriz de análisis documental:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Rastros de documentos.</li> <li>Categorización.</li> <li>Selección.</li> <li>Lectura profunda.</li> <li>Lectura crítica.</li> <li>Lectura comparada.</li> </ul>	<b>CUANTITATIVO</b>	<b>MUESTREO</b>		No probabilístico.	<b>CUALITATIVO</b>		<b>CORPUS</b>	<b>MUESTREO</b>		No probabilístico.	<b>MIXTO: Diseño exploratorio secuencial (DEXPLOS) Modalidad derivativa</b>					
				ENFOQUE DE INVESTIGACIÓN				<p align="center"><b>CUANTITATIVO</b></p> <p><b>a) Paradigma de Investigación:</b></p> <p>Análítico.</p> <p><b>b) Tipo de Investigación:</b></p> <p>Sintético.</p> <p><b>c) Diseño de Investigación:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>No experimental.</li> <li>Transversal.</li> <li>Descriptivo.</li> </ul> <p><b>d) Técnicas e Instrumentos:</b></p> <p><b>Técnicas:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Encuesta interna,</li> </ul> <p><b>Instrumentos:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Cuestionario</li> <li>Escala de medición de información de</li> </ul> <p><b>e) Plan de Análisis de Datos</b></p> <p>Matriz de análisis de datos:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Categorización.</li> <li>Medida.</li> <li>Frecuencia.</li> <li>Tendencia.</li> <li>Recolección.</li> </ul>	<p align="center"><b>CUALITATIVO</b></p> <p><b>a) Paradigma de Investigación:</b></p> <p>Análítico-Exegético.</p> <p><b>b) Tipo de Investigación:</b></p> <p>Dogmático propositivo.</p> <p><b>c) Diseño de Investigación:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Transeccional.</li> </ul> <p><b>d) Técnicas e Instrumentos:</b></p> <p><b>Técnicas:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Análisis documental (normativa jurisprudencia y doctrina).</li> <li>Análisis de contenido.</li> <li>Técnica de fichaje.</li> <li>Digital.</li> </ul> <p><b>Instrumentos:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Ficha de localización y hemerográfica).</li> <li>Ficha de registro de sentencia.</li> </ul> <p><b>e) Plan de Análisis de Datos</b></p> <p>Matriz de análisis documental:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Rastros de documentos.</li> <li>Categorización.</li> <li>Selección.</li> <li>Lectura profunda.</li> <li>Lectura crítica.</li> <li>Lectura comparada.</li> </ul>	<b>CUANTITATIVO</b>													
				<b>MUESTREO</b>						No probabilístico.													
				<b>CUALITATIVO</b>		<b>CORPUS</b>																	
<b>MUESTREO</b>		No probabilístico.																					
<b>MIXTO: Diseño exploratorio secuencial (DEXPLOS) Modalidad derivativa</b>																							

### PARTE III: INSTRUMENTOS

#### INSTRUMENTO 1: FICHA DE REGISTRO DE INFORMACIÓN DE ENCUESTAS

##### I. DATOS INFORMATIVOS DE LA ENCUESTA

N° DE PREGUNTA	
ENCUESTADO	
FECHA	
RESPUESTA	
FRECUENCIA	
PORCENTAJE	
OBSERVACIONES	

##### II. MATRIZ DE CONTENIDO DE LAS ENCUESTAS

**TESIS: “Legitimidad del Derecho Penal del enemigo en el Perú”**

**Objetivo:**

**Datos del encuestado:**

**Especialidad:**

**Desempeño:**

**Preguntas:**

1. ¿Considera que el Derecho Penal del enemigo es un concepto proporcional a la erosión de la seguridad cognitiva de los demás

**miembros del sistema social?**

**SÍ**

**NO**

- 2. ¿Considera que el adelantamiento de las barreras de punibilidad, regulación propia del Derecho Penal del enemigo, es compatible con la función preventiva y protectora del Sistema Jurídico-Penal peruano?**

**SÍ**

**NO**

- 3. ¿Considera que el adelantamiento de las barreras de punibilidad, como manifestación del Derecho Penal del enemigo, y la no disminución de la pena, son legítimos en la legislación peruana?**

**SÍ**

**NO**

- 4. ¿Considera que la disminución de las garantías procesales es proporcional con la peligrosidad del sujeto refractario y de su combate?**

**SÍ**

**NO**

- 5. ¿Considera que el agravamiento de las reglas penitenciarias es proporcional con la peligrosidad del sujeto refractario y su combate?**

**SÍ**

**NO**

6. ¿Considera que el Derecho penal del enemigo vulnera el núcleo duro de los derechos fundamentales?

 SÍ NO

7. ¿Considera que el enemigo carece completamente de derechos?

 SÍ NO

8. ¿Considera que la estigmatización del Derecho Penal del enemigo se debe a su terminología peyorativa?

 SÍ NO

9. ¿Considera que el Derecho Penal del enemigo es legítimo y no constituye un peligro para el sistema jurídico peruano?

 SÍ NO

Observaciones:.....  
.....  
.....  
.....  
.....



## INSTRUMENTO 2: FICHA DE REGISTRO DE INFORMACIÓN DE SENTENCIA

### I. DATOS INFORMATIVOS DE LA SENTENCIA

<b>EXPEDIENTE</b>	
<b>FECHA</b>	
<b>SÍNTESIS</b>	
<b>TRIBUNAL</b>	
<b>MAGISTRADOS QUE SUSCRIBEN</b>	
<b>PROCESO</b>	
<b>RESUMEN</b>	
<b>OBSERVACIONES</b>	

### II. MATRIZ DE CONTENIDO DE SENTENCIA

1. ¿La política de persecución criminal puede distinguir entre un Derecho penal de los ciudadanos y un Derecho Penal del enemigo?	Sí ( )	No ( )
2. ¿El Derecho Penal del enemigo realiza una distinción en cuanto a la aplicación de las garantías penales?	Sí ( )	No ( )
3. ¿Los fines constitucionales de las penas –reeducación, rehabilitación y reincorporación solo son aplicables a favor de los ciudadanos?	Sí ( )	No ( )

4. ¿Considerar al sujeto refractario como enemigo significa apelar a su total eliminación?	Sí ( )	No ( )
5. ¿El Derecho Penal del enemigo puede ser asumida dentro de un Estado que se funda, por un lado, en el derecho-principio de dignidad humana y, por otro lado, en el principio político democrático?	Sí ( )	No ( )

## ANEXO N. ° 3

### 5.2. SEGUNDA VALIDACIÓN

Solicito: Validación de instrumentos de investigación

Chiclayo, 21 de noviembre de 2020

Mg. Maribel Liliana Vega Infantas

Docente Universitaria de la UTP- Campus Chiclayo

Me dirijo a usted, para saludarle y a la vez, en su calidad de experto en Derecho Penal y Procesal Penal, solicitarle su apoyo en la validación de los instrumentos de investigación de la tesis *“Legitimidad del Derecho Penal del enemigo en el Perú”*.

Esta investigación se realiza para optar el Grado Académico de Abogado por la Universidad de San Martín de Porres de Chiclayo, Perú.

Le agradezco por anticipado por su tiempo y colaboración, además de las valiosas observaciones y recomendaciones que seguro me hará llegar, las cuales contribuirán para mejorar dichos instrumentos y la investigación en general.

Atentamente,



---

Br. Néstor Mc. Suárez Pérez

Tesista

## RESUMEN DE LA INVESTIGACIÓN

La tesis que estamos realizando tiene como objetivo general demostrar que el Derecho Penal del enemigo, caracterizado por la anticipación de las barreras de punibilidad, desproporción de las penas, disminución de las garantías procesales y agravamiento de las reglas penitenciarias; es un modelo legítimo.

En el marco teórico hemos empezado abordando los antecedentes de la investigación a nivel local, nacional e internacional, luego se ha procedido a realizar una distinción con el Derecho Penal del ciudadano (apelando al concepto de forma de George Spencer Brown), la naturaleza peyorativa atribuida a la categoría descriptiva conocida como “enemigo”, la finalidad que persigue con la pena, consideraciones ius-filosóficas, el cambio de paradigma de la sociedad del riesgo a la sociedad de la seguridad ciudadana, las características del Derecho Penal del enemigo, por qué es un modelo proporcional, el núcleo duro de los derechos fundamentales, qué se entiende como persona en la conceptualización realizada por la Teoría de Sistemas de Niklas Luhmann, el Derecho Penal simbólico, el adelantamiento de las barreras de punibilidad, qué se entiende por seguridad cognitiva, el Derecho Penal del enemigo y la política criminal peruana (leyes y normas con rango de ley), el Derecho Penal de autor, la reincidencia y habitualidad abordada en las STC 0014-2006-PI/TC y la 0003-2005-PI/TC, las medidas de seguridad y su semejanza con el Derecho Penal del enemigo, la proporcionalidad de dichas medidas. Además, el aporte se manifestaría en el Proyecto de Ley que presentamos, que tiene como finalidad delimitar las normas del Derecho Penal del enemigo, en qué delitos procede, cuáles serían las restricciones procesales y de

beneficios penitenciarios, así como las normas modificatorias y derogatorias para que este cuerpo normativo sea coherente con las demás leyes penales y procesales penales vigentes.

El enfoque a utilizar será *mixto*. Por un lado, en el enfoque *cualitativo*, el paradigma de investigación será el *analítico-exegético*, además de ello, “Se aplica la lógica inductiva. De lo particular a lo general (...) La teoría se construye básicamente a partir de los datos empíricos obtenidos y analizados y, desde luego, se compara con los resultados de estudios anteriores” (Hernández Sampieri, Fernández Collado & Baptista Lucio, 2014, p. 11). Asimismo, “Se involucran a unos cuantos casos porque no se pretende necesariamente generalizar los resultados del estudio, sino analizarlos intensivamente. (...) Casos individuales, representativos no desde el punto de vista estadístico, sino por sus “cualidades”. (...) Datos profundos y enriquecedores” (Hernández Sampieri, Fernández Collado & Baptista Lucio, 2014, p. 12).

El tipo de investigación utilizado será el *dogmático propositivo*, considerando que se pretende demostrar la validez de hipotetizar que el Derecho Penal del enemigo, caracterizado por la anticipación de las barreras de punibilidad, desproporción de las penas, disminución de las garantías procesales y agravamiento de las reglas penitenciarias; es legítimo. Además, el diseño de la investigación será *transaccional*, porque no se realizará una manipulación de las variables consideradas, y el fenómeno será estudiado sin modificar sus reales manifestaciones. El corpus comprende las sentencias del Tribunal Constitucional N. ° 0003-2005-PI/TC (FJ. 16)

y N. ° 0014-2006-PI/TC (FJ. 04), además de la legislación peruana con rasgos de Derecho Penal del enemigo.

Por último, el muestreo del corpus será *no probabilístico*, a través del análisis documental, análisis de contenido, técnica de fichaje y digital, como técnicas; y ficha de localización (bibliográfica y hemerográfica) y ficha de registro de información de sentencia, como instrumentos.

Por otro lado, en el enfoque *cuantitativo*, el paradigma de investigación será el *analítico*, también se aplicarán técnicas estadísticas y estructuradas para verificar la validez o no de la hipótesis planteada, y que los resultados que se buscan obtener son generalizables, no se trata de una realidad subjetiva (enfoque cualitativo) sino de una corroboración objetiva la realidad no varía por las observaciones realizadas sobre el fenómeno, además: “(...) busca ser objetivo, (...) explicar y comprobar ... fenómenos, (...) se aplica la lógica deductiva. De lo general a lo particular. (...) Se prueban hipótesis” (Hernández Sampieri, Fernández Collado & Baptista Lucio, 2014, p. 11) y “El objetivo es generalizar los datos de una muestra a una población externa (al margen de los datos) (...). Los reportes utilizan un tono objetivo, impersonal, no emotivo” (Hernández Sampieri, Fernández Collado & Baptista Lucio, 2014, pp. 12-13).

El tipo de investigación utilizado será el  *sintético*, considerando que se pretende demostrar la validez de hipotetizar que el Derecho Penal del enemigo, caracterizado por la anticipación de las barreras de punibilidad, desproporción de las penas, disminución de las garantías procesales y agravamiento de las reglas penitenciarias;

es legítimo. Además, el diseño de la investigación será *no experimental, transversal y descriptivo*, porque no se realizará una manipulación de las variables consideradas, y el fenómeno será estudiado sin modificar sus reales manifestaciones. El subconjunto representativo de la población que será objeto de estudio (muestra), para verificar la validez de la hipótesis planteada, comprende a 40 operadores jurídicos (jueces, fiscales, abogados de procuradurías y abogados litigantes) a nivel nacional, en su condición de expertos en Derecho Penal y Procesal Penal. Además, el muestreo del corpus será *no probabilístico*, a través del análisis de encuestas como técnicas; y cuestionarios y escala de medición, como instrumentos cuantitativos.

Finalmente, el diseño mixto que se aplicará en esta tesis es el exploratorio secuencial (DEXPLOS), en su modalidad derivativa, porque:

...En esta modalidad la recolección y el análisis de los datos cuantitativos se hacen sobre la base de los resultados cualitativos. La mezcla mixta ocurre cuando se conecta el análisis cualitativo de los datos y la recolección de datos cuantitativos. La interpretación final es producto de la comparación e integración de resultados cualitativos y cuantitativos. (Hernández Sampieri, Fernández Collado & Baptista Lucio, 2014, p. 551)

## PARTE I:

### FICHA DE VALIDACIÓN DE INSTRUMENTOS

**1.1. NOMBRE DEL INVESTIGADOR:** Br. Néstor Mc. Suárez Pérez.

**1.2. INFORMACIÓN DEL EXPERTO:**

1.1 Nombres y Apellidos	:	Maribel Liliana Vega Infantas.
1.10 Profesión	:	Abogada
1.11 Cargo actual en el centro laboral	:	Docente Universitaria
1.12 Grado académico	:	Magister en Derecho Penal y Procesal Penal.
1.13 Título profesional	:	Abogado
1.14 Institución donde trabaja	:	Universidad Tecnológica del Perú –Filial Chiclayo
1.15 Cargo que desempeña	:	Docente
1.16 Teléfono	:	993775411
1.17 Correo electrónico	:	<a href="mailto:C19688@UTP.EDU.PE">C19688@UTP.EDU.PE</a>

**1.3. BREVE CURRÍCULO VITAE DEL EXPERTO Y DE SU LABOR INVESTIGATIVA**

- Abogada por la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo. (UNPRG).
- Acreedora al IV Premio a la Excelencia Académica en Derecho-2004, "José León Barandiarán Hart"
- Magister en Derecho Penal y Procesal Penal por la Universidad de Piura (UDEP).



- Doctorando en Derecho - Escuela de Postgrado de la UNPRG.
- Docente Universitaria en Pregrado USMP- Filial Norte y UTP.
- Docente Universitaria en Postgrado USMP.
- Abogada litigante.
- Conferencista y Panelista

#### 1.4. INSTRUMENTO N° 1: CUESTIONARIO

##### Escala de valoración:

Valoración	Puntaje
Notable	5
Suficiente	4
Medianamente suficiente	3
Bajo	2
Insuficiente	1

##### A. Nivel de pertinencia

N°	Criterio	Valoración	Observaciones
1	Pertinencia de las preguntas o ítems con los objetivos de la investigación	4	
2	Pertinencia de los ítems con la(s) Variable(s)	5	
3	Pertinencia de los ítems con las dimensiones	4	
4	Pertinencia de los ítems con los Indicadores/ subindicadores	4	

5	Redacción de Ítems	5
<b>TOTAL</b>		22

## B. Aspectos de la validación

1= Deficiente	2= Malo	3= Regular	4= Bueno	5= Excelente
---------------	---------	------------	----------	--------------

Indicadores	Criterios	Escala de valoración				
		1	2	3	4	5
<b>Claridad</b>	Está formulado con lenguaje claro, apropiado y comprensible.				x	
<b>Objetividad</b>	Permite medir hechos observables.				x	
<b>Actualidad</b>	Adecuado al avance de la ciencia y la tecnología.				x	
<b>Organización</b>	Presentación ordenada.					x
<b>Suficiencia</b>	Comprende aspectos de las variables en cantidad y calidad suficiente.				x	
<b>Pertinencia</b>	Permitirá conseguir datos de acuerdo con los objetivos planteados.				x	
<b>Consistencia</b>	Pretende conseguir datos basados en teorías o modelos teóricos actuales.					x
<b>Análisis</b>	Descompone adecuadamente las variables/indicadores/medidas.					x
<b>Estrategia</b>	Los datos por conseguir responden a los objetivos de investigación.				x	
<b>Aplicación</b>	Existencia de condiciones para aplicarse.					x

**C. Tabla de calificación de cada ítem de la ficha de registro de cuestionario.**

<b>1= Insuficiente</b>	<b>2= Bajo</b>	<b>3= Medianamente suficiente</b>	<b>4= Suficiente</b>	<b>5= Notable</b>
------------------------	----------------	-----------------------------------	----------------------	-------------------

<b>N°</b>	<b>Preguntas</b>	<b>Calificación</b>
1	¿Considera que el Derecho Penal del enemigo es un concepto proporcional a la erosión de la seguridad cognitiva de los demás miembros del sistema social?	4
2	¿Considera que el adelantamiento de las barreras de punibilidad, regulación propia del Derecho Penal del enemigo, es compatible con la función preventiva y protectora del Sistema Jurídico-Penal peruano?	5
3	¿Considera que el adelantamiento de las barreras de punibilidad, como manifestación del Derecho Penal del enemigo, y la no disminución de la pena, son legítimos en la legislación peruana?	4
4	¿Considera que la disminución de las garantías procesales es proporcional con la peligrosidad del sujeto refractario y de su combate?	4
5	¿Considera que el agravamiento de las reglas penitenciarias es proporcional con la peligrosidad del sujeto refractario y su combate?	4
6	¿Considera que el Derecho penal del enemigo vulnera el núcleo duro de los derechos fundamentales?	5
7	¿Considera que el enemigo carece completamente de derechos?	4
8	¿Considera que la estigmatización del Derecho Penal del enemigo se debe a su terminología peyorativa?	4
9	¿Considera que el Derecho Penal del enemigo es legítimo y no constituye un peligro para el sistema jurídico peruano?	5

**D. Calificación global del Instrumento 1: (MARCAR CON UNA ASPA)**

<b>Puntaje</b>	<b>Nivel de validación</b>	<b>Descripción</b>
97-120	<b>Muy Alta</b>	El instrumento evaluado está apto para su aplicación.
73-96	<b>Alta</b>	El instrumento evaluado está apto para su aplicación, aunque necesita ligeros reajustes.
49-72	<b>Media</b>	El instrumento evaluado requiere reajuste, antes de su aplicación.
25-48	<b>Baja</b>	El instrumento evaluado requiere muchos reajustes. No se debe aplicar.
1-24	<b>Muy baja</b>	Rehacer el instrumento. Imposible de aplicar

<b>Aprobado</b>	<b>Desaprobado</b>	<b>Observado</b>
x		

**E. OBSERVACIONES (SI LAS HUBIERAN):**

Ninguna.

**1.5. INSTRUMENTO N° 2: FICHA DE REGISTRO DE INFORMACIÓN DE SENTENCIA**

**Escala de valoración:**

<b>Valoración</b>	<b>Puntaje</b>
Notable	5
Suficiente	4
Medianamente suficiente	3
Bajo	2
Insuficiente	1

**A. Nivel de pertinencia**

N <sup>o</sup>	Criterio	Valoración	Observaciones
1	Pertinencia de las preguntas o ítems con los objetivos de la investigación	4	
2	Pertinencia de los ítems con la(s) Variable(s)	4	
3	Pertinencia de los ítems con las dimensiones	4	
4	Pertinencia de los ítems con los Indicadores/ subindicadores	4	
5	Redacción de Ítems	4	
<b>TOTAL</b>		20	

## B. Aspectos de la validación

1= Deficiente	2= Malo	3= Regular	4= Bueno	5= Excelente
---------------	---------	------------	----------	--------------

Indicadores	Criterios	Escala de valoración				
		1	2	3	4	5
<b>Claridad</b>	Está formulado con lenguaje claro, apropiado y comprensible.				x	
<b>Objetividad</b>	Permite medir hechos observables.					x
<b>Actualidad</b>	Adecuado al avance de la ciencia y la tecnología.					x
<b>Organización</b>	Presentación ordenada.					x
<b>Suficiencia</b>	Comprende aspectos de las variables en cantidad y calidad suficiente.				x	
<b>Pertinencia</b>	Permitirá conseguir datos de acuerdo con los objetivos planteados.				x	
<b>Consistencia</b>	Pretende conseguir datos basados en teorías o modelos teóricos actuales.				x	
<b>Análisis</b>	Descompone adecuadamente las variables/indicadores/medidas.				x	
<b>Estrategia</b>	Los datos por conseguir responden a los objetivos de investigación.				x	
<b>Aplicación</b>	Existencia de condiciones para aplicarse.					x

## C. Tabla de calificación de cada ítem de la ficha de registro de información

de sentencia

1= Insuficiente    2= Bajo    3= Medianamente suficiente    4= Suficiente    5= Notable

Nº	Preguntas	Calificación
1	¿La política de persecución criminal puede distinguir entre un Derecho penal de los ciudadanos y un Derecho Penal del enemigo?	4
2	¿El Derecho Penal del enemigo realiza una distinción en cuanto a la aplicación de las garantías penales?	5
3	¿Los fines constitucionales de las penas –reeducación, rehabilitación y reincorporación solo son aplicables a favor de los ciudadanos?	5
4	¿Considerar al sujeto refractario como enemigo significa apelar a su total eliminación?	4
5	¿El Derecho Penal del enemigo puede ser asumida dentro de un Estado que se funda, por un lado, en el derecho-principio de dignidad humana y, por otro lado, en el principio político democrático?	4

#### D. Calificación global del Instrumento 1: (MARCAR CON UNA ASPA)

Puntaje	Nivel de validación	Descripción
81-100	Muy Alta	El instrumento evaluado está apto para su aplicación.
61-80	Alta	El instrumento evaluado está apto para su aplicación, aunque necesita ligeros reajustes.
41-60	Media	El instrumento evaluado requiere reajuste, antes de su aplicación.
21-40	Baja	El instrumento evaluado requiere muchos reajustes. No se debe aplicar.
1-20	Muy baja	Rehacer el instrumento. Imposible de aplicar

Aprobado	Desaprobado	Observado
x		

#### E. OBSERVACIONES (SI LAS HUBIERAN):

Ninguna.

**CONCLUSIÓN GENERAL DE LA VALIDACIÓN (en coherencia con el nivel de validación alcanzado)**

Ambos instrumentos son idóneos para su implementación.

**CONSTANCIA DE JUICIO DE EXPERTO**

El que suscribe, Mg. Maribel Liliana Vega Infantas, identificada con DNI N.º41378041, certifico que realicé el juicio del experto del instrumento diseñado por el tesista Br. Néstor Mc. Suárez Pérez, en la investigación: "*Legitimidad del Derecho Penal del enemigo en el Perú*".

Chiclayo, 25 de noviembre de 2020.



Mg. Maribel Liliana Vega Infantas

Firma (Escaneada)

## PARTE II: DATOS INFORMATIVOS DE LA TESIS

2.1. Título de investigación: “Legitimidad del Derecho Penal del enemigo en el Perú”.

2.2. Matriz de las variables de la investigación, indicadores de desempeño e instrumentos.

Variables	Indicadores	Instrumento
<p><b>V<sub>I</sub></b>  <b>Legitimidad penal peruana</b></p>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Clamor popular.</li> <li>2. Influencia de los medios de comunicación.</li> <li>3. Politización del Derecho Penal.</li> </ol>	<p>Ficha de localización:  Bibliográfica  Hemerográfica  Cuestionario cerrado</p>
<p><b>V<sub>D</sub></b>  <b>Derecho Penal del enemigo</b></p>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Derechos fundamentales.</li> <li>2. Relativismo.</li> <li>3. Seguridad cognitiva.</li> <li>4. Adelantamiento de las barreras de punibilidad.</li> <li>5. Proporcionalidad.</li> <li>6. Garantías procesales.</li> <li>7. Reglas penitenciarias.</li> </ol>	<p>Ficha de localización:  Bibliográfica  Hemerográfica  Ficha de registro de información de sentencia.  Cuestionario cerrado</p>



### 2.3. Matriz de consistencia de la investigación

PROBLEMA	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	VARIABLE	METODOLOGÍA	MUESTRA																																															
¿En qué medida el Derecho Penal del enemigo, caracterizado por la anticipación de las barreras de punibilidad, desproporción de las penas, disminución de las garantías procesales y agravamiento de las reglas penitenciarias; es legítimo en la legislación peruana?	<p align="center"><b>GENERAL</b></p> <p>Demostrar que el Derecho Penal del enemigo, caracterizado por la anticipación de las barreras de punibilidad, desproporción de las penas, disminución de las garantías procesales y agravamiento de las reglas penitenciarias; es legítimo.</p> <p align="center"><b>ESPECÍFICOS</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Analizar por qué el Derecho penal del enemigo es legítimo y no constituye un peligro para el sistema jurídico.</li> <li>Explicar por qué el adelantamiento de las barreras de punibilidad, una regulación propia del Derecho Penal del enemigo, es compatible con la función preventiva y protectora del Sistema Jurídico-Penal peruano.</li> <li>Explicar por qué el Derecho penal del enemigo es un concepto proporcional a la erosión de la seguridad cognitiva de los miembros del sistema social.</li> <li>Explicar por qué la disminución de las garantías procesales es proporcional con la peligrosidad del sujeto refractario y de su combate.</li> <li>Explicar por qué el agravamiento de las reglas penitenciarias es proporcional con la peligrosidad del sujeto refractario y de su combate</li> </ul>	El Derecho Penal del enemigo, caracterizado o por la anticipación de las barreras de punibilidad, desproporción de las penas, disminución de las garantías procesales y agravamiento de las reglas penitenciarias; es legítimo en la legislación peruana.	<p><b>INDEPENDIENTE</b></p> <p><b>Legitimidad penal peruana</b></p> <p><b>Indicadores:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Clamor popular.</li> <li>Influencia de los medios de comunicación.</li> <li>Politización del Derecho Penal.</li> </ul> <p><b>DEPENDIENTE</b></p> <p><b>Derecho Penal del enemigo</b></p> <p><b>Indicadores:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Derechos fundamentales.</li> <li>Relativismo.</li> <li>Seguridad cognitiva.</li> <li>Adelantamiento de las barreras de punibilidad.</li> <li>Proporcionalidad de las penas.</li> <li>Garantías procesales.</li> <li>Reglas penitenciarias.</li> </ul>	ENFOQUE DE INVESTIGACIÓN		<p align="center"><b>CUANTITATIVO</b></p> <p><b>a) Paradigma de Investigación:</b> Analítico.</p> <p><b>b) Tipo de Investigación:</b> Sintético.</p> <p><b>c) Diseño de Investigación:</b> - No experimental. - Transversal. - Descriptivo.</p> <p><b>d) Técnicas e Instrumentos:</b></p> <p><b>Técnicas:</b> - Encuesta interna,</p> <p><b>Instrumentos:</b> - Cuestionario</p> <p>- Escala de medición de información de</p> <p><b>e) Plan de Análisis de Datos</b> Matriz de análisis de datos:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Categorización.</li> <li>Medida.</li> <li>Frecuencia.</li> <li>Tendencia.</li> <li>Recolección.</li> </ul>	<b>CUANTITATIVO</b>		<b>CUALITATIVO</b>						<p><b>a) Paradigma de Investigación:</b> Analítico-Exegético.</p> <p><b>b) Tipo de Investigación:</b> Dogmático propositivo.</p> <p><b>c) Diseño de Investigación:</b> - Transeccional.</p> <p><b>d) Técnicas e Instrumentos:</b></p> <p><b>Técnicas:</b> - Análisis documental (normativa jurisprudencia y doctrina). - Análisis de contenido. - Técnica de fichaje. - Digital.</p> <p><b>Instrumentos:</b> - Ficha de localización y hemerográfica). - Ficha de registro de sentencia.</p> <p><b>e) Plan de Análisis de Datos</b> Matriz de análisis documental: - Rastros de documentos. - Categorización. - Selección. - Lectura profunda. - Lectura crítica. - Lectura comparada.</p>	<p>El subconjunto representativo de la población que será objeto de estudio, para verificar la validez de la hipótesis planteada, comprende a 40 operadores jurídicos (jueces, fiscales, abogados de procuradurías y abogados litigantes) a nivel nacional, en calidad de expertos en Derecho Penal y Procesal Penal.</p> <p align="center"><b>MUESTREO</b></p> <p align="center">No probabilístico.</p>					<b>CUALITATIVO</b>						<b>CORPUS</b>						Sentencias del Tribunal Constitucional N.º 0003-2005-PI/TC (F.J. 16), N.º 0014-2006-PI/TC (F.J. 04) y la legislación peruana con rasgos de Derecho Penal del enemigo.						<b>MUESTREO</b>						No probabilístico.						<b>MIXTO: Diseño exploratorio secuencial (DEXPLOS) Modalidad derivativa</b>	
				ENFOQUE DE INVESTIGACIÓN			<p align="center"><b>CUANTITATIVO</b></p> <p><b>a) Paradigma de Investigación:</b> Analítico.</p> <p><b>b) Tipo de Investigación:</b> Sintético.</p> <p><b>c) Diseño de Investigación:</b> - No experimental. - Transversal. - Descriptivo.</p> <p><b>d) Técnicas e Instrumentos:</b></p> <p><b>Técnicas:</b> - Encuesta interna,</p> <p><b>Instrumentos:</b> - Cuestionario</p> <p>- Escala de medición de información de</p> <p><b>e) Plan de Análisis de Datos</b> Matriz de análisis de datos:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Categorización.</li> <li>Medida.</li> <li>Frecuencia.</li> <li>Tendencia.</li> <li>Recolección.</li> </ul>																																													
				<b>CUANTITATIVO</b>		<b>CUALITATIVO</b>																																														
				<p><b>a) Paradigma de Investigación:</b> Analítico-Exegético.</p> <p><b>b) Tipo de Investigación:</b> Dogmático propositivo.</p> <p><b>c) Diseño de Investigación:</b> - Transeccional.</p> <p><b>d) Técnicas e Instrumentos:</b></p> <p><b>Técnicas:</b> - Análisis documental (normativa jurisprudencia y doctrina). - Análisis de contenido. - Técnica de fichaje. - Digital.</p> <p><b>Instrumentos:</b> - Ficha de localización y hemerográfica). - Ficha de registro de sentencia.</p> <p><b>e) Plan de Análisis de Datos</b> Matriz de análisis documental: - Rastros de documentos. - Categorización. - Selección. - Lectura profunda. - Lectura crítica. - Lectura comparada.</p>	<p>El subconjunto representativo de la población que será objeto de estudio, para verificar la validez de la hipótesis planteada, comprende a 40 operadores jurídicos (jueces, fiscales, abogados de procuradurías y abogados litigantes) a nivel nacional, en calidad de expertos en Derecho Penal y Procesal Penal.</p> <p align="center"><b>MUESTREO</b></p> <p align="center">No probabilístico.</p>																																															
				<b>CUALITATIVO</b>																																																
				<b>CORPUS</b>																																																
				Sentencias del Tribunal Constitucional N.º 0003-2005-PI/TC (F.J. 16), N.º 0014-2006-PI/TC (F.J. 04) y la legislación peruana con rasgos de Derecho Penal del enemigo.																																																
				<b>MUESTREO</b>																																																
				No probabilístico.																																																
				<b>MIXTO: Diseño exploratorio secuencial (DEXPLOS) Modalidad derivativa</b>																																																

### PARTE III: INSTRUMENTOS

#### INSTRUMENTO 1: FICHA DE REGISTRO DE INFORMACIÓN DE ENCUESTAS

##### I. DATOS INFORMATIVOS DE LA ENCUESTA

N° DE PREGUNTA	
ENCUESTADO	
FECHA	
RESPUESTA	
FRECUENCIA	
PORCENTAJE	
OBSERVACIONES	

##### II. MATRIZ DE CONTENIDO DE LAS ENCUESTAS

**TESIS: “Legitimidad del Derecho Penal del enemigo en el Perú”**

**Objetivo:**

**Datos del encuestado:**

**Especialidad:**

**Desempeño:**

**Preguntas:**

1. ¿Considera que el Derecho Penal del enemigo es un concepto proporcional a la erosión de la seguridad cognitiva de los demás

**miembros del sistema social?**

**SÍ**

**NO**

- 2. ¿Considera que el adelantamiento de las barreras de punibilidad, regulación propia del Derecho Penal del enemigo, es compatible con la función preventiva y protectora del Sistema Jurídico-Penal peruano?**

**SÍ**

**NO**

- 3. ¿Considera que el adelantamiento de las barreras de punibilidad, como manifestación del Derecho Penal del enemigo, y la no disminución de la pena, son legítimos en la legislación peruana?**

**SÍ**

**NO**

- 4. ¿Considera que la disminución de las garantías procesales es proporcional con la peligrosidad del sujeto refractario y de su combate?**

**SÍ**

**NO**

- 5. ¿Considera que el agravamiento de las reglas penitenciarias es proporcional con la peligrosidad del sujeto refractario y su combate?**

**SÍ**

**NO**

6. ¿Considera que el Derecho penal del enemigo vulnera el núcleo duro de los derechos fundamentales?

SÍ

NO

7. ¿Considera que el enemigo carece completamente de derechos?

SÍ

NO

8. ¿Considera que la estigmatización del Derecho Penal del enemigo se debe a su terminología peyorativa?

SÍ

NO

9. ¿Considera que el Derecho Penal del enemigo es legítimo y no constituye un peligro para el sistema jurídico peruano?

SÍ

NO

Observaciones:.....  
.....

## INSTRUMENTO 2: FICHA DE REGISTRO DE INFORMACIÓN DE SENTENCIA

### I. DATOS INFORMATIVOS DE LA SENTENCIA

<b>EXPEDIENTE</b>	
<b>FECHA</b>	
<b>SÍNTESIS</b>	
<b>TRIBUNAL</b>	
<b>MAGISTRADOS QUE SUSCRIBEN</b>	
<b>PROCESO</b>	
<b>RESUMEN</b>	
<b>OBSERVACIONES</b>	

### II. MATRIZ DE CONTENIDO DE SENTENCIA

1. ¿La política de persecución criminal puede distinguir entre un Derecho penal de los ciudadanos y un Derecho Penal del enemigo?	Sí ( )	No ( )
2. ¿El Derecho Penal del enemigo realiza una distinción en cuanto a la aplicación de las garantías penales?	Sí ( )	No ( )
3. ¿Los fines constitucionales de las penas –reeducación, rehabilitación y reincorporación solo son aplicables a favor de los ciudadanos?	Sí ( )	No ( )
4. ¿Considerar al sujeto refractario como enemigo significa apelar a su total eliminación?	Sí ( )	No ( )
5. ¿El Derecho Penal del enemigo puede ser asumida dentro de un Estado que se funda, por un lado, en el derecho-principio de dignidad humana y, por otro lado, en el principio político democrático?	Sí ( )	No ( )

## ANEXO N. ° 4

### 5.3. TERCERA VALIDACIÓN

Solicito: Validación de instrumentos de investigación

Chiclayo, 12 de diciembre de 2020

Dr. Juan Miguel Juárez Martínez

Abogado.

Me dirijo a usted, para saludarle y a la vez, en su calidad de experto en Derecho Penal y Procesal Penal, solicitarle su apoyo en la validación de los instrumentos de investigación de la tesis "*Legitimidad del Derecho Penal del enemigo en el Perú*".

Esta investigación se realiza para optar el Título Profesional de Abogado por la Universidad de San Martín de Porres de Chiclayo, Perú.

Le agradezco por anticipado por su tiempo y colaboración, además de las valiosas observaciones y recomendaciones que seguro me hará llegar, las cuales contribuirán para mejorar dichos instrumentos y la investigación en general.

Atentamente,



---

Br. Néstor Mc. Suárez Pérez  
Tesisista

## RESUMEN DE LA INVESTIGACIÓN

La tesis que estamos realizando tiene como objetivo general demostrar que el Derecho Penal del enemigo, caracterizado por la anticipación de las barreras de punibilidad, desproporción de las penas, disminución de las garantías procesales y agravamiento de las reglas penitenciarias; es un modelo legítimo.

En el marco teórico hemos empezado abordando los antecedentes de la investigación a nivel local, nacional e internacional, luego se ha procedido a realizar una distinción con el Derecho Penal del ciudadano (apelando al concepto de forma de George Spencer Brown), la naturaleza peyorativa atribuida a la categoría descriptiva conocida como “enemigo”, la finalidad que persigue con la pena, consideraciones ius-filosóficas, el cambio de paradigma de la sociedad del riesgo a la sociedad de la seguridad ciudadana, las características del Derecho Penal del enemigo, por qué es un modelo proporcional, el núcleo duro de los derechos fundamentales, qué se entiende como persona en la conceptualización realizada por la Teoría de Sistemas de Niklas Luhmann, el Derecho Penal simbólico, el adelantamiento de las barreras de punibilidad, qué se entiende por seguridad cognitiva, el Derecho Penal del enemigo y la política criminal peruana (leyes y normas con rango de ley), el Derecho Penal de autor, la reincidencia y habitualidad abordada en las STC 0014-2006-PI/TC y la 0003-2005-PI/TC, las medidas de seguridad y su semejanza con el Derecho Penal del enemigo, la proporcionalidad de dichas medidas. Además, el aporte se manifestaría en el Proyecto de Ley que presentamos, que tiene como finalidad delimitar las normas del Derecho Penal del enemigo, en qué delitos procede, cuáles serían las restricciones procesales y de

beneficios penitenciarios, así como las normas modificatorias y derogatorias para que este cuerpo normativo sea coherente con las demás leyes penales y procesales penales vigentes.

El enfoque a utilizar será *mixto*. Por un lado, en el enfoque *cualitativo*, el paradigma de investigación será el *analítico-exegético*, además de ello, “Se aplica la lógica inductiva. De lo particular a lo general (...) La teoría se construye básicamente a partir de los datos empíricos obtenidos y analizados y, desde luego, se compara con los resultados de estudios anteriores” (Hernández Sampieri, Fernández Collado & Baptista Lucio, 2014, p. 11). Asimismo, “Se involucran a unos cuantos casos porque no se pretende necesariamente generalizar los resultados del estudio, sino analizarlos intensivamente. (...) Casos individuales, representativos no desde el punto de vista estadístico, sino por sus “cualidades”. (...) Datos profundos y enriquecedores” (Hernández Sampieri, Fernández Collado & Baptista Lucio, 2014, p. 12).

El tipo de investigación utilizado será el *dogmático propositivo*, considerando que se pretende demostrar la validez de hipotetizar que el Derecho Penal del enemigo, caracterizado por la anticipación de las barreras de punibilidad, desproporción de las penas, disminución de las garantías procesales y agravamiento de las reglas penitenciarias; es legítimo. Además, el diseño de la investigación será *transaccional*, porque no se realizará una manipulación de las variables consideradas, y el fenómeno será estudiado sin modificar sus reales manifestaciones. El corpus comprende las sentencias del Tribunal Constitucional N. ° 0003-2005-PI/TC (FJ. 16)



y N. ° 0014-2006-PI/TC (FJ. 04), además de la legislación peruana con rasgos de Derecho Penal del enemigo.

Por último, el muestreo del corpus será *no probabilístico*, a través del análisis documental, análisis de contenido, técnica de fichaje y digital, como técnicas; y ficha de localización (bibliográfica y hemerográfica) y ficha de registro de información de sentencia, como instrumentos.

Por otro lado, en el enfoque *cuantitativo*, el paradigma de investigación será el *analítico*, también se aplicarán técnicas estadísticas y estructuradas para verificar la validez o no de la hipótesis planteada, y que los resultados que se buscan obtener son generalizables, no se trata de una realidad subjetiva (enfoque cualitativo) sino de una corroboración objetiva la realidad no varía por las observaciones realizadas sobre el fenómeno, además: “(...) busca ser objetivo, (...) explicar y comprobar ... fenómenos, (...) se aplica la lógica deductiva. De lo general a lo particular. (...) Se prueban hipótesis” (Hernández Sampieri, Fernández Collado & Baptista Lucio, 2014, p. 11) y “El objetivo es generalizar los datos de una muestra a una población Externa (al margen de los datos) (...). Los reportes utilizan un tono objetivo, impersonal, no emotivo” (Hernández Sampieri, Fernández Collado & Baptista Lucio, 2014, pp. 12-13).

El tipo de investigación utilizado será el  *sintético*, considerando que se pretende demostrar la validez de hipotetizar que el Derecho Penal del enemigo, caracterizado por la anticipación de las barreras de punibilidad, desproporción de las penas, disminución de las garantías procesales y agravamiento de las reglas penitenciarias;

es legítimo. Además, el diseño de la investigación será *no experimental, transversal y descriptivo*, porque no se realizará una manipulación de las variables consideradas, y el fenómeno será estudiado sin modificar sus reales manifestaciones. El subconjunto representativo de la población que será objeto de estudio (muestra), para verificar la validez de la hipótesis planteada, comprende a 40 operadores jurídicos (jueces, fiscales, abogados de procuradurías y abogados litigantes) a nivel nacional, en su condición de expertos en Derecho Penal y Procesal Penal. Además, el muestreo del corpus será *no probabilístico*, a través del análisis de encuestas como técnicas; y cuestionarios y escala de medición, como instrumentos cuantitativos.

Finalmente, el diseño mixto que se aplicará en esta tesis es el exploratorio secuencial (DEXPLOS), en su modalidad derivativa, porque:

...En esta modalidad la recolección y el análisis de los datos cuantitativos se hacen sobre la base de los resultados cualitativos. La mezcla mixta ocurre cuando se conecta el análisis cualitativo de los datos y la recolección de datos cuantitativos. La interpretación final es producto de la comparación e integración de resultados cualitativos y cuantitativos. (Hernández Sampieri, Fernández Collado & Baptista Lucio, 2014, p. 551)

**PARTE I:**  
**FICHA DE VALIDACIÓN DE INSTRUMENTOS**

**1.1. NOMBRE DEL INVESTIGADOR:** Br. Néstor Mc. Suárez Pérez.

**1.2. INFORMACIÓN DEL EXPERTO:**

1.1 Nombres y Apellidos	:	Juan Miguel Juárez Martínez.
1.2 Profesión	:	Derecho.
1.3 Cargo actual en el centro laboral	:	Docente Universitario
1.4 Grado académico	:	Doctor en derecho y Ciencia Política
1.5 Título profesional	:	Abogado
1.6 Institución donde trabaja	:	Universidad Nacional José Faustino Sánchez Carrión – Huacho
1.7 Cargo que desempeña	:	Docente Universitario
1.8 Teléfono	:	979775914
1.9 Correo electrónico	:	<a href="mailto:juarez@unjfsc.edu.pe">juarez@unjfsc.edu.pe</a>

**1.3. BREVE CURRÍCULO VITAE DEL EXPERTO Y DE SU LABOR INVESTIGATIVA**

Docente Nombrado, Categoría Asociado por la Universidad Nacional José Faustino Sánchez Carrión; Docente Contratado por la Universidad Nacional de Barranca. Autor de los Libros: "*Identificación de soportes epistemológicos para la construcción metodológica de la tesis de Derecho*" (2019) y "*Manual para la sistematización del proyecto de tesis en Derecho*" (2013); con grado académico de Doctor en Derecho y Ciencia Política, Magister en Derecho con mención en Ciencias Penales, ambos por la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo; *Master* en Gerencia Pública por el Instituto de Gobierno y Gestión Pública de la Universidad de San Martín de Porres – UECIM Business School – España; con estudios concluidos en la Maestría de Gestión

Pública en la Universidad San Martín de Porres. Ex Docente Contratado de la Universidad de San Martín de Porres - Filial Norte – Chiclayo y otras universidades del país. Ex Director de Línea de la Dirección Regional de Trabajo y Promoción del Empleo del Gobierno Regional de Lima. Ex Jefe de la Oficina de Asesoría Jurídico Legal de la Universidad Nacional José Faustino Sánchez Carrión, Ex-Asesor del Gobierno Regional de Lima. Ex-Personal de Apoyo de la Academia de la Magistratura. Docente a cargo de las Asignaturas de Derecho penal; Filosofía del Derecho, Introducción al Derecho, Análisis Jurisprudencial, Seminario de Regionalización, Gestión Pública, Metodología del Trabajo Universitario, Metodología de la Investigación Jurídica, Seminario de Tesis, entre otros. Asesor y Jurado de tesis a nivel de pre y postgrado.

#### 1.4. INSTRUMENTO N° 1: CUESTIONARIO

##### Escala de valoración:

Valoración	Puntaje
Notable	5
Suficiente	4
Medianamente suficiente	3
Bajo	2
Insuficiente	1

##### A. Nivel de pertinencia

Nº	Criterio	Valoración	Observaciones
1	Pertinencia de las preguntas o ítems con los objetivos de la investigación	4	
2	Pertinencia de los ítems con la(s) Variable(s)	4	
3	Pertinencia de los ítems con las dimensiones	4	

4	Pertinencia de los ítems con los Indicadores/ subindicadores	4
5	Redacción de Ítems	4
<b>TOTAL</b>		20

## B. Aspectos de la validación

1= Deficiente	2= Malo	3= Regular	4= Bueno	5= Excelente
---------------	---------	------------	----------	--------------

Indicadores	Criterios	Escala de valoración				
		1	2	3	4	5
<b>Claridad</b>	Está formulado con lenguaje claro, apropiado y comprensible.				4	
<b>Objetividad</b>	Permite medir hechos observables.				4	
<b>Actualidad</b>	Adecuado al avance de la ciencia y la tecnología.			3		
<b>Organización</b>	Presentación ordenada.				4	
<b>Suficiencia</b>	Comprende aspectos de las variables en cantidad y calidad suficiente.					5
<b>Pertinencia</b>	Permitirá conseguir datos de acuerdo con los objetivos planteados.				4	
<b>Consistencia</b>	Pretende conseguir datos basados en teorías o modelos teóricos actuales.				4	
<b>Análisis</b>	Descompone adecuadamente las variables/indicadores/medidas.			3		
<b>Estrategia</b>	Los datos por conseguir responden a los objetivos de investigación.				4	
<b>Aplicación</b>	Existencia de condiciones para aplicarse.					5

## C. Tabla de calificación de cada ítem de la ficha de registro de cuestionario.

1= Insuficiente	2= Bajo	3= Medianamente suficiente	4= Suficiente	5= Notable
-----------------	---------	----------------------------	---------------	------------

Nº	Preguntas	Calificación
1	¿Considera que el Derecho Penal del enemigo es un concepto proporcional a la erosión de la seguridad cognitiva de los demás miembros del sistema social?	4
2	¿Considera que el adelantamiento de las barreras de punibilidad, regulación propia del Derecho Penal del enemigo, es compatible con la función preventiva y protectora del Sistema Jurídico-Penal peruano?	4
3	¿Considera que el adelantamiento de las barreras de punibilidad, como manifestación del Derecho Penal del enemigo, y la no disminución de la pena,	4

	son legítimos en la legislación peruana?	
4	¿Considera que la disminución de las garantías procesales es proporcional con la peligrosidad del sujeto refractario y de su combate?	4
5	¿Considera que el agravamiento de las reglas penitenciarias es proporcional con la peligrosidad del sujeto refractario y su combate?	4
6	¿Considera que el Derecho penal del enemigo vulnera el núcleo duro de los derechos fundamentales?	4
7	¿Considera que el enemigo carece completamente de derechos?	4
8	¿Considera que la estigmatización del Derecho Penal del enemigo se debe a su terminología peyorativa?	4
9	¿Considera que el Derecho Penal del enemigo es legítimo y no constituye un peligro para el sistema jurídico peruano?	4

#### D. Calificación global del Instrumento 1: (MARCAR CON UNA ASPA)

Puntaje	Nivel de validación	Descripción
97-120	Muy Alta	El instrumento evaluado está apto para su aplicación.
73-96 x	Alta	El instrumento evaluado está apto para su aplicación, aunque necesita ligeros reajustes.
49-72	Media	El instrumento evaluado requiere reajuste, antes de su aplicación.
25-48	Baja	El instrumento evaluado requiere muchos reajustes. No se debe aplicar.
1-24	Muy baja	Rehacer el instrumento. Imposible de aplicar

Aprobado	Desaprobado	Observado
X		

#### E. OBSERVACIONES (SI LAS HUBIERAN):

Tentar el uso de alternativas de respuestas politómicas. Verificar la escala de Likert, ya que lo medible es las aptitudes y opiniones de los encuestados.

#### 1.5. INSTRUMENTO N° 2: FICHA DE REGISTRO DE INFORMACIÓN DE SENTENCIA

### Escala de valoración:

Valoración	Puntaje
Notable	5
Suficiente	4
Medianamente suficiente	3
Bajo	2
Insuficiente	1

### A. Nivel de pertinencia

Nº	Criterio	Valoración	Observaciones
1	Pertinencia de las preguntas o ítems con los objetivos de la investigación	4	
2	Pertinencia de los ítems con la(s) Variable(s)	4	
3	Pertinencia de los ítems con las dimensiones	4	
4	Pertinencia de los ítems con los Indicadores/ subindicadores	4	
5	Redacción de Ítems	4	
<b>TOTAL</b>		<b>20</b>	

### B. Aspectos de la validación

1= Deficiente	2= Malo	3= Regular	4= Bueno	5= Excelente
---------------	---------	------------	----------	--------------

Indicadores	Criterios	Escala de valoración				
		1	2	3	4	5
<b>Claridad</b>	Está formulado con lenguaje claro, apropiado y comprensible.				4	
<b>Objetividad</b>	Permite medir hechos observables.				4	
<b>Actualidad</b>	Adecuado al avance de la ciencia y la tecnología.				4	
<b>Organización</b>	Presentación ordenada.				4	
<b>Suficiencia</b>	Comprende aspectos de las variables en cantidad y calidad suficiente.				4	
<b>Pertinencia</b>	Permitirá conseguir datos de acuerdo con los objetivos planteados.				4	

<b>Consistencia</b>	Pretende conseguir datos basados en teorías o modelos teóricos actuales.	4
<b>Análisis</b>	Descompone adecuadamente las variables/indicadores/medidas.	4
<b>Estrategia</b>	Los datos por conseguir responden a los objetivos de investigación.	4
<b>Aplicación</b>	Existencia de condiciones para aplicarse.	4

### C. Tabla de calificación de cada ítem de la ficha de registro de información de sentencia

1= Insuficiente    2= Bajo    3= Medianamente suficiente    4= Suficiente    5= Notable		
Nº	Preguntas	Calificación
1	¿La política de persecución criminal puede distinguir entre un Derecho penal de los ciudadanos y un Derecho Penal del enemigo?	4
2	¿El Derecho Penal del enemigo realiza una distinción en cuanto a la aplicación de las garantías penales?	4
3	¿Los fines constitucionales de las penas –reeducación, rehabilitación y reincorporación solo son aplicables a favor de los ciudadanos?	4
4	¿Considerar al sujeto refractario como enemigo significa apelar a su total eliminación?	4
5	¿El Derecho Penal del enemigo puede ser asumida dentro de un Estado que se funda, por un lado, en el derecho-principio de dignidad humana y, por otro lado, en el principio político democrático?	4

### D. Calificación global del Instrumento 1: (MARCAR CON UNA ASPA)

Puntaje	Nivel de validación	Descripción
81-100	Muy Alta	El instrumento evaluado está apto para su aplicación.
61-80 x	Alta	El instrumento evaluado está apto para su aplicación, aunque necesita ligeros reajustes.
41-60	Media	El instrumento evaluado requiere reajuste, antes de su aplicación.
21-40	Baja	El instrumento evaluado requiere muchos reajustes. No se debe aplicar.
1-20	Muy baja	Rehacer el instrumento. Imposible de aplicar



Aprobado	Desaprobado	Observado
X		

**E. OBSERVACIONES (SI LAS HUBIERAN):**

.....  
 .....

**CONCLUSIÓN GENERAL DE LA VALIDACIÓN (en coherencia con el nivel de validación alcanzado)**

\_\_\_\_\_  
 \_\_\_\_\_

**CONSTANCIA DE JUICIO DE EXPERTO**

El que suscribe, Mg. Juan Miguel Juárez Martínez, certifico que realicé el juicio del experto del instrumento diseñado por el tesista Br. Néstor Mc. Suárez Pérez, en la investigación: *“Legitimidad del Derecho Penal del enemigo en el Perú”*.

Chiclayo, 12 de diciembre de 2020.

UNIVERSIDAD NACIONAL JOSÉ FAUSTINO SÁNCHEZ CARRIÓN  
 FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS  
 Dr. Juan Miguel Juárez Martínez  
 DOCENTE UNIVERSITARIO ORDINARIO  
 ONU 141

\_\_\_\_\_  
 Dr. Juan Miguel Juárez Martínez  
 Firma (Escaneada)

## PARTE II: DATOS INFORMATIVOS DE LA TESIS

2.1. Título de investigación: “Legitimidad del Derecho Penal del enemigo en el Perú”.

2.2. Matriz de las variables de la investigación, indicadores de desempeño e instrumentos.

Variables	Indicadores	Instrumento
<b>V<sub>I</sub></b> <b>Legitimidad penal peruana</b>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Clamor popular.</li> <li>2. Influencia de los medios de comunicación.</li> <li>3. Politización del Derecho Penal.</li> </ol>	Ficha de localización:  Bibliográfica Hemerográfica  Cuestionario cerrado .
<b>V<sub>D</sub></b> <b>Derecho Penal del enemigo</b>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Derechos fundamentales.</li> <li>2. Relativismo.</li> <li>3. Seguridad cognitiva.</li> <li>4. Adelantamiento de las barreras de punibilidad.</li> <li>5. Proporcionalidad.</li> <li>6. Garantías procesales.</li> <li>7. Reglas penitenciarias.</li> </ol>	Ficha de localización:  Bibliográfica Hemerográfica  Ficha de registro de información de sentencia.  Cuestionario cerrado .

### 2.3. Matriz de consistencia de la investigación

PROBLEMA	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	VARIABLE	METODOLOGÍA		MUESTRA			
¿En qué medida el Derecho Penal del enemigo, caracterizado por la anticipación de las barreras de punibilidad, desproporción de las penas, disminución de las garantías procesales y agravamiento de las reglas penitenciarias; es legítimo en la legislación peruana?	<p><b>GENERAL</b></p> <p>Demostrar que el Derecho Penal del enemigo, caracterizado por la anticipación de las barreras de punibilidad, desproporción de las penas, disminución de las garantías procesales y agravamiento de las reglas penitenciarias; es legítimo.</p> <p><b>ESPECÍFICOS</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Analizar por qué el Derecho penal del enemigo es legítimo y no constituye un peligro para el sistema jurídico.</li> <li>Explicar por qué el adelantamiento de las barreras de punibilidad, una regulación propia del Derecho Penal del enemigo, es compatible con la función preventiva y protectora del Sistema Jurídico-Penal peruano.</li> <li>Explicar por qué el Derecho penal del enemigo es un concepto proporcional a la erosión de la seguridad cognitiva de los miembros del sistema social.</li> <li>Explicar por qué la disminución de las garantías procesales es proporcional con la peligrosidad del sujeto refractario y de su combate.</li> <li>Explicar por qué el agravamiento de las reglas penitenciarias es proporcional con la peligrosidad del sujeto refractario y de su combate</li> </ul>	El Derecho Penal del enemigo, caracterizado por la anticipación de las barreras de punibilidad, desproporción de las penas, disminución de las garantías procesales y agravamiento de las reglas penitenciarias; es legítimo en la legislación peruana.	<p><b>INDEPENDIENTE</b></p> <p><b>Legitimidad penal peruana</b></p> <p><b>Indicadores:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Clamor popular.</li> <li>Influencia de los medios de comunicación.</li> <li>Politización del Derecho Penal.</li> </ul> <p><b>DEPENDIENTE</b></p> <p><b>Derecho Penal del enemigo</b></p> <p><b>Indicadores:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Derechos fundamentales.</li> <li>Relativismo.</li> <li>Seguridad cognitiva.</li> <li>Adelantamiento de las barreras de punibilidad.</li> <li>Proporcionalidad de las penas.</li> <li>Garantías procesales.</li> <li>Reglas penitenciarias.</li> </ul>	<b>ENFOQUE DE INVESTIGACIÓN</b>		<p><b>CUANTITATIVO</b></p> <p>a) Paradigma de Investigación: Analítico.</p> <p>b) Tipo de Investigación: Sintético.</p> <p>c) Diseño de Investigación: - No experimental. - Transversal. - Descriptivo.</p> <p>d) Técnicas e Instrumentos: <b>Técnicas:</b> - Encuesta.</p> <p><b>Instrumentos:</b> - Cuestionario - Escala de medición.</p> <p>e) Plan de Análisis de Datos Matriz de análisis de datos: - Categorización. - Medida. - Frecuencia. - Tendencia. - Recolección.</p>	<p><b>CUALITATIVO</b></p> <p>a) Paradigma de Investigación: Analítico-Exegético.</p> <p>b) Tipo de Investigación: Dogmático propositivo.</p> <p>c) Diseño de Investigación: - Transeccional.</p> <p>d) Técnicas e Instrumentos: <b>Técnicas:</b> - Análisis documental (normativa interna, jurisprudencia y doctrina). - Análisis de contenido. - Técnica de fichaje. - Digital.</p> <p><b>Instrumentos:</b> - Ficha de localización (bibliográfica y hemerográfica). - Ficha de registro de información de sentencia.</p> <p>e) Plan de Análisis de Datos Matriz de análisis documental: - Rastros de documentos. - Categorización. - Selección. - Lectura profunda. - Lectura crítica. - Lectura comparada.</p>		
				<b>CUANTITATIVO</b>				<b>CUALITATIVO</b>	
				<b>MIXTO: Diseño exploratorio secuencial (DEXPLOS) Modalidad derivativa</b>					
						<p><b>CUANTITATIVO</b></p> <p>El subconjunto representativo de la población que será objeto de estudio, para verificar la validez de la hipótesis planteada, comprende a 40 operadores jurídicos (jueces, fiscales, abogados de la procuraduría y abogados litigantes) del distrito judicial de Lambayeque, en calidad de expertos en Derecho Penal y Procesal Penal.</p> <p><b>MUESTREO</b></p> <p>No probabilístico.</p>			
						<p><b>CUALITATIVO</b></p> <p><b>CORPUS</b></p> <p>Sentencias del Tribunal Constitucional N. ° 0003-2005-PI/TC (FJ. 16), N. ° 0014-2006-PI/TC (FJ. 04) y la legislación peruana con rasgos de Derecho Penal del enemigo.</p> <p><b>MUESTREO</b></p> <p>No probabilístico.</p>			

### PARTE III: INSTRUMENTOS

#### INSTRUMENTO 1: FICHA DE REGISTRO DE INFORMACIÓN DE ENCUESTAS

##### I. DATOS INFORMATIVOS DE LA ENCUESTA

N° DE PREGUNTA	
ENCUESTADO	
FECHA	
RESPUESTA	
FRECUENCIA	
PORCENTAJE	
OBSERVACIONES	

##### II. MATRIZ DE CONTENIDO DE LAS ENCUESTAS

TESIS: “Legitimidad del Derecho Penal del enemigo en el Perú”

Objetivo:

Datos del encuestado:

Especialidad:

Desempeño:

Preguntas:

1. ¿Considera que el Derecho Penal del enemigo es un concepto proporcional a la erosión de la seguridad cognitiva de los demás miembros del sistema social?

SÍ

NO

2. ¿Considera que el adelantamiento de las barreras de punibilidad, regulación propia del Derecho Penal del enemigo, es compatible con la función preventiva y protectora del Sistema Jurídico-Penal peruano?

SÍ

NO

3. ¿Considera que el adelantamiento de las barreras de punibilidad, como manifestación del Derecho Penal del enemigo, y la no disminución de la pena, son legítimos en la legislación peruana?

SÍ

NO

4. ¿Considera que la disminución de las garantías procesales es proporcional con la peligrosidad del sujeto refractario y de su combate?

SÍ

NO

5. ¿Considera que el agravamiento de las reglas penitenciarias es proporcional con la peligrosidad del sujeto refractario y su combate?

SÍ

NO

6. ¿Considera que el Derecho penal del enemigo vulnera el núcleo duro de los derechos fundamentales?

SÍ

NO

7. ¿Considera que el enemigo carece completamente de derechos?

SÍ

NO

8. ¿Considera que la estigmatización del Derecho Penal del enemigo se debe a su terminología peyorativa?

SÍ

NO

9. ¿Considera que el Derecho Penal del enemigo es legítimo y no constituye un peligro para el sistema jurídico peruano?

SÍ

NO

Observaciones:.....

## INSTRUMENTO 2: FICHA DE REGISTRO DE INFORMACIÓN DE SENTENCIA

### I. DATOS INFORMATIVOS DE LA SENTENCIA

EXPEDIENTE	
FECHA	
SÍNTESIS	
TRIBUNAL	
MAGISTRADOS QUE SUSCRIBEN	
PROCESO	
RESUMEN	
OBSERVACIONES	

## II. MATRIZ DE CONTENIDO DE SENTENCIA

1. ¿La política de persecución criminal puede distinguir entre un Derecho penal de los ciudadanos y un Derecho Penal del enemigo?	Sí ( )	No ( )
2. ¿El Derecho Penal del enemigo realiza una distinción en cuanto a la aplicación de las garantías penales?	Sí ( )	No ( )
3. ¿Los fines constitucionales de las penas –reeducación, rehabilitación y reincorporación solo son aplicables a favor de los ciudadanos?	Sí ( )	No ( )
4. ¿Considerar al sujeto refractario como enemigo significa apelar a su total eliminación?	Sí ( )	No ( )
5. ¿El Derecho Penal del enemigo puede ser asumida dentro de un Estado que se funda, por un lado, en el derecho-principio de dignidad humana y, por otro lado, en el principio político democrático?	Sí ( )	No ( )

## MATRIZ DE CONSISTENCIA DE LA INVESTIGACIÓN

PROBLEMA	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	VARIABLE	METODOLOGÍA	MUESTRA		
<p>¿En qué medida el Derecho Penal del enemigo, caracterizado por la anticipación de las barreras de punibilidad, desproporción de las penas, disminución de las garantías procesales y agravamiento de las reglas penitenciarias; es legítimo en la legislación peruana?</p>	<b><u>GENERAL</u></b>	<p>El Derecho Penal del enemigo, caracterizado o por la anticipación de las barreras de punibilidad, desproporción de las penas, disminución de las garantías procesales y agravamiento de las reglas penitenciarias; es legítimo en la legislación peruana.</p>	<b><u>INDEPENDIENT</u></b> <b><u>E</u></b>	<b>ENFOQUE DE INVESTIGACIÓN</b>	<b>CUANTITATIVO</b>		
	<b><u>ESPECÍFICOS</u></b>		<b>Legitimidad penal peruana</b>	<b>Indicadores:</b>	<b>CUANTITATIVO</b>	<b>CUALITATIVO</b>	
	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Analizar por qué el Derecho penal del enemigo es legítimo y no constituye un peligro para el sistema jurídico.</li> <li>• Explicar por qué el adelantamiento de las barreras de punibilidad, una regulación propia del Derecho Penal del enemigo, es compatible con la función preventiva y protectora del Sistema Jurídico-Penal peruano.</li> <li>• Explicar por qué el Derecho penal del enemigo es un concepto proporcional a la erosión de la seguridad cognitiva de los miembros del sistema social.</li> <li>• Explicar por qué la disminución de las garantías procesales es proporcional con la peligrosidad del sujeto refractario y de su combate.</li> <li>• Explicar por qué el agravamiento de las reglas penitenciarias es proporcional con la peligrosidad del sujeto refractario y de su combate</li> </ul>		<ul style="list-style-type: none"> <li>• Clamor popular.</li> <li>• Influencia de los medios de comunicación.</li> <li>• Politización del Derecho Penal.</li> </ul>	<b><u>DEPENDIENTE</u></b>	<b>Derecho Penal del enemigo</b>	<b>Indicadores:</b>	<p><b>a) Paradigma de Investigación:</b></p> <p>Analítico.</p> <p><b>b) Tipo de Investigación:</b></p> <p>Sintético.</p> <p><b>c) Diseño de Investigación:</b></p> <p>- No experimental. - Transversal. - Descriptivo.</p> <p><b>d) Técnicas e Instrumentos:</b></p> <p><b>Técnicas:</b></p> <p>- Encuesta interna,</p> <p><b>Instrumentos:</b></p> <p>- Cuestionario</p> <p>- Escala de medición. información de</p> <p><b>e) Plan de Análisis de Datos</b></p> <p>Matriz de análisis de datos:</p> <p>- Categorización. - Medida. - Frecuencia. - Tendencia. - Recolección.</p>
<b>MIXTO: Diseño exploratorio secuencial (DEXPLOS)</b> Modalidad derivativa							



**MATRIZ DE ENCUESTAS**

“LEGITIMIDAD DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO EN EL PERÚ”	RESPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
1. ¿Considera que el Derecho Penal del enemigo es un concepto proporcional a la erosión de la seguridad cognitiva de los demás miembros del sistema social?	SÍ	23	58%
	NO	17	42%
2. ¿Considera que el adelantamiento de las barreras de punibilidad, regulación propia del Derecho Penal del enemigo, es compatible con la función preventiva y protectora del Sistema Jurídico-Penal peruano?	SÍ	24	61%
	NO	16	39%
3. ¿Considera que el adelantamiento de las barreras de punibilidad, como manifestación del Derecho Penal del enemigo, y la no disminución de la pena, son legítimos?	SÍ	23	57%
	NO	17	43%
4. ¿Considera que la disminución de las garantías procesales es proporcional con la peligrosidad del sujeto refractario y de su combate?	SÍ	26	65%
	NO	14	35%
5. ¿Considera que el agravamiento de las reglas penitenciarias es proporcional con la peligrosidad del sujeto refractario y su combate?	SÍ	21	52%
	NO	19	48%
6. ¿Considera que el Derecho penal del enemigo vulnera el núcleo duro de los derechos fundamentales?	SÍ	26	65%
	NO	14	35%
7. ¿Considera que el enemigo carece completamente de derechos?	SÍ	0	0%
	NO	40	100%

8. ¿Considera que la estigmatización del Derecho Penal del enemigo se debe a su terminología peyorativa?	<b>SÍ</b>	<b>29</b>	<b>73%</b>
	<b>NO</b>	<b>11</b>	<b>27%</b>
9. ¿Considera que el Derecho Penal del enemigo es legítimo y no constituye un peligro para el sistema jurídico?	<b>SÍ</b>	<b>22</b>	<b>54%</b>
	<b>NO</b>	<b>18</b>	<b>46%</b>
<b>TOTAL:</b>		<b>40</b>	<b>100%</b>