UNIVERSIDAD NACIONAL
"SANTIAGO ANTÚNEZ DE MAYOLO"

ESCUELA DE POSTGRADO

LA POLÍTICA CRIMINAL DE LA CRIMINALIZACIÓN DE LA PROTESTA SOCIAL COMO EXPRESIÓN DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO

Tesis para optar el grado de maestro
en Derecho
Mención en Ciencias Penales

YURI MELVIN FLORES ARMIJO

Asesor: **Dr. LUIS WILFREDO ROBLES TREJO**

Huaraz – Ancash – Perú

2021

FORMATO DE AUTORIZACIÓN PARA LA PUBLICACIÓN DE TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN, CONDUCENTES A OPTAR TÍTULOS PROFESIONALES Y GRADOS ACADÉMICOS EN EL REPOSITORIO INSTITUCIONAL.

1. Datos del autor:

Apellidos y nombres: FLORES ARMIJO YURI MELVIN

Código de alumno: 08.1425.4.AC Teléfono: 943130021

Correo electrónico: yuri.mfa78@gmail.com DNI o Extranjería: 40035364

(En caso haya más autores, llenar un formulario por autor)

2. Tipo de trabajo de investigación:

- [x] Tesis
- [ ] Trabajo de Suficiencia Profesional
- [ ] Trabajo Académico
- [ ] Trabajo de Investigación
- [ ] Tesinas (presentadas antes de la publicación de la Nueva Ley Universitaria 30220 – 2014)

3. Título Profesional o Grado obtenido:

MAESTRO EN DERECHO

4. Título del trabajo de investigación:

"LA POLÍTICA CRIMINAL DE LA CRIMINALIZACIÓN DE LA PROTESTA SOCIAL COMO EXPRESIÓN DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO"

5. Facultad de: ESCUELA DE POSTGRADO

6. Escuela, Carrera o Programa: CIENCIAS PENALES

7. Asesor:

Apellidos y nombres ROBLES TREJO LUIS WILFREDO Correo electrónico: lroblest@unasam.edu.pe

Teléfono: 943631567 N° de DNI o Extranjería: 31658643 ORCID: https://orcid.org/0000-0002-4897-1709

8. Tipo de acceso al Documento

- [x] Acceso público* al contenido completo.
- [ ] Acceso restringido** al contenido completo

Si el autor eligió el tipo de acceso abierto o público, otorga a la Universidad Santiago Antúnez de Mayolo una licencia no exclusiva, para que se pueda hacer arreglos de forma en la obra y difundirlo en el Repositorio Institucional, respetando siempre los Derechos de Autor y Propiedad Intelectual de acuerdo y en el Marco de la Ley 822.

En caso de que el autor elija la segunda opción, es necesario y obligatorio que indique el sustento correspondiente:

10. Originalidad del archivo digital

Por el presente dejo constancia que el archivo digital que entrego a la Universidad, como parte del proceso conducente a obtener el título profesional o grado académico, es la versión final del trabajo de investigación sustentado y aprobado por el Jurado.

_____

Firma del autor

11. Otorgamiento de una licencia *CREATIVE COMMONS*

Para las investigaciones que son de acceso abierto se les otorgó una licencia *Creative Commons,* con la finalidad de que cualquier usuario pueda acceder a la obra, bajo los términos que dicha licencia implica.

El autor, por medio de este documento, autoriza a la Universidad, publicar su trabajo de investigación en formato digital en el Repositorio Institucional, al cual se podrá acceder, preservar y difundir de forma libre y gratuita, de manera íntegra a todo el documento.

Según el inciso 12.2, del artículo 12º del Reglamento del Registro Nacional de Trabajos de Investigación para optar grados académicos y títulos profesionales - RENATI "Las universidades, instituciones y escuelas de educación superior tienen como obligación registrar todos los trabajos de investigación y proyectos, incluyendo los metadatos en sus repositorios institucionales precisando si son de acceso abierto o restringido, los cuales serán posteriormente recolectados por el Recolector Digital RENATI, a través del Repositorio ALICIA".

……

12. Para ser llenado por la Dirección del Repositorio Institucional

Fecha de recepción del documento por el Repositorio Institucional:

23/03/2021

Firma:

UNIVERSIDAD NACIONAL SANTIAGO ANTUNEZ DE MAYOLO - REPOSITORIO INSTITUCIONAL - UNASAM

Varillas Wiliam Eduardo
Asistente en Informática y Sistemas
- UNASAM -

***Acceso abierto**: uso lícito que confiere un titular de derechos de propiedad intelectual a cualquier persona, para que pueda acceder de manera inmediata y gratuita a una obra, datos procesados o estadísticas de monitoreo, sin necesidad de registro, suscripción, ni pago, estando autorizada a leerla, descargarla, reproducirla, distribuirla, imprimirla, buscarla y enlazar textos completos (Reglamento de la Ley No 30035).

**** Acceso restringido:** el documento no se visualizará en el Repositorio.

UNIVERSIDAD NACIONAL
"SANTIAGO ANTÚNEZ DE MAYOLO"

ESCUELA DE POSTGRADO

LA POLÍTICA CRIMINAL DE LA CRIMINALIZACIÓN DE LA PROTESTA SOCIAL COMO EXPRESIÓN DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO

Tesis para optar el grado de maestro
en Derecho
Mención en Ciencias Penales

YURI MELVIN FLORES ARMIJO

Asesor: **Dr. LUIS WILFREDO ROBLES TREJO**

Huaraz – Ancash – Perú

2021

Nº. Registro: T0708

MIEMBROS DEL JURADO

Doctor	Elmer Robles Blácido	Presidente

_____

Doctor	Armando Coral Rodríguez	Secretario

_____

Doctor	Luis Wilfredo Robles Trejo	Vocal

_____

ASESOR

Doctor Luis Wilfredo Robles Trejo

AGRADECIMIENTO

- A Dios por guiarme y bendecirme en mi vida y permitir hacer realidad este sueño.
- A Josefa Armijo y Ambrosio Flores, mis padres, por brindarme su apoyo incondicional y ser ejemplos de vida.
- A mi asesor de Tesis y docentes de la EPG-UNASAM, por su rectitud en su profesión como docente, por sus consejos y dirección que me ayudaron a formarme como investigador.

DEDICATORIA

A mi familia, que sin su soporte, asistencia, paciencia y cariño habría sido imposible concluir el presente trabajo de investigación. Y en especial a mí Madre, por alentarme a seguir adelante con su apoyo, consejos, comprensión, amor y, por ayudarme en los momentos más difíciles de mi vida.

ÍNDICE

Página

Resumen x

Abstract xi

I. INTRODUCCIÓN ..... …1-8

Objetivos.....6

Hipótesis 7

Variables.....7

II. MARCO TEÓRICO 9-44

2.1. Antecedentes 9

2.2. Bases teóricas 15

2.2.1. El derecho penal del enemigo 15

2.2.1.1. Origen 15

2.2.1.2. Concepto y fundamento.....16

2.2.1.3. Características del Derecho Penal del Enemigo……20

2.2.1.4. Las categorías de ciudadanos y enemigos……22

2.2.1.5. La solución de Jakobs frente a los “enemigos” ……25

2.2.2. La criminalización de la protesta social 26

2.2.2.1. La protesta social……26

2.2.2.2. Política de criminalización ……30

2.2.3. La criminalización de la protesta social como expresión

del derecho penal del enemigo……34

2.2.4. El derecho a la protesta como derecho fundamental……37

2.2.4.1. El derecho a la protesta tiene contenido constitucional……37

2.2.4.2. El derecho a la protesta tiene contenido propio ……39

2.3. Definición de términos 41

III. METODOLOGÍA 45-49

3.1. Tipo y diseño de investigación 45

3.2. Plan de recolección de la información y/o diseño estadístico 46

- Población.....46

- Muestra.....46

3.3. Instrumentos(s) de recolección de la información 47

3.4. Plan de procesamiento y análisis estadístico de la información 48

IV. RESULTADOS..... 50-98

V. DISCUSIÓN..... 99-128

VI. CONCLUSIONES ..... …129-130

VII. RECOMENDACIONES 131-133

VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... 134-147

ANEXO.....148

RESUMEN

La presente investigación tuvo por finalidad determinar por qué la política criminal de la criminalización de la protesta social constituye una expresión del derecho penal del enemigo y cómo esta se materializa en el Código Penal peruano; para lo cual se realizó una investigación jurídica de tipo dogmático, cuyo diseño fue no experimental, transversal y explicativo; empleándose la técnica documental y análisis de contenido para el recojo de información y para el análisis de la información se empleó la técnica cualitativa y la argumentación jurídica. Se tuvo como resultado que la creciente criminalización de la protesta social, manifestada a través de una política criminal que viene usando el Estado peruano para criminalizar, sobrepenalizar y agravar la protesta social en la legislación penal por afectar supuestamente afectan al orden público y por judicializar la política, por transformar los conflictos sociales en litigios judiciales. Concluyendo que el Derecho penal del enemigo como expresión de la criminalización de la protesta social constituye una negación especifica de la vigencia del Estado Constitucional y los derechos constitucionales, que busca la implementación arbitraria de modelos de política criminal que se materializan en un ejercicio directo de pura coacción e instrumentalización de la persona humana y que se manifiesta en el persistente giro autoritario del Estado, de la inflación legal y el aumento de las penas, el debilitamiento del derecho penal de garantías y el desentendimiento de los derechos humanos.

Palabras clave: Política criminal, Criminalización, Protesta social, Derecho penal del enemigo, Derecho Fundamentales. Código Penal Peruano.

ABSTRACT

The purpose of this investigation was to determine why the criminal policy of the criminalization of social protest constitutes an expression of the criminal law of the enemy and how it is embodied in the Peruvian criminal code; for which a legal investigation of dogmatic type was carried out, whose design was not experimental, transversal and explanatory; using the documentary technique and content analysis for the collection of information and for the analysis of the information, the qualitative technique and legal argumentation were used. The result was that the increasing criminalization of social protest, manifested through a criminal policy that the Peruvian State has been using to criminalize, over-criminalize and aggravate the social protest in criminal legislation for affecting allegedly affect public order and for prosecuting the political, for transforming social conflicts into judicial litigation, concluding that the criminal law of the enemy as an expression of the criminalization of social protest constitutes a specific denial of the validity of the Constitutional State and constitutional rights, which seeks the arbitrary implementation of models of criminal policy that materialize in a direct exercise of pure coercion and instrumentalization of the human person and that is manifested in the persistent authoritarian turn of the State, of legal inflation and the increase of penalties, the weakening of the criminal law of guarantees and the disengagement of rights humans.

Key Words: Criminal policy, Criminalization, Social protest, Criminal law of the enemy, Fundamental Law. Peruvian criminal code.

I. INTRODUCCIÓN

El fenómeno de las protestas sociales es un hecho que no solo caracteriza a nuestro país, sino que es un hecho que se evidencian también en otras partes del mundo, marcado por una tendencia creciente; donde a la par que se incrementan las protestas sociales, los Estados adoptan medidas que regulan su ejercicio o reprimen mediante políticas de criminalización, empleando el derecho penal del enemigo con la finalidad de reducirla o complejizar la movilización social.

Al mismo tiempo que aumentan las protestas sociales, también crecen las críticas de parte de los ciudadanos y ciudadanas con respecto a dichas políticas de criminalización de la protesta social, donde al parecer los que ostentan el poder – el gobierno – no han sido capaz de afrontar con políticas serias y responsables dicho problemas; sino desde una forma hábil están desviando la discusión no a la relación ciudadano – Estado, sino ciudadanía – ciudadanía, las cual sirve de justificación para regular o limitar el derecho a la protesta. Las nuevas formas de regulación van desde implementar procedimientos administrativos hasta el procesamiento judicial de dichos actos.

Así, el gobierno muestra su incapacidad para resolver problemas como la pobreza, la desigualdad, delincuencia, racismo o la inequidad de manera estructural, los cuales al no encontrar solución vienen incrementando el descontento y malestar social de todas las clases sociales que no se ven beneficiados con el modelo económico y político, por lo que también la protesta va dirigida hacia la acción gubernamental a través de movilizaciones sociales; los manifestantes exigen respeto por sus derechos, luchas para vivir con dignidad.

A ello, debemos de agregar, que dichas movilizaciones se enmarcan en un proceso de generalizada crisis de representación política, donde las protestas generan modos más directos, horizontales y complementarios de participación por parte de sus protagonistas, mientras los canales de participaciones tradicionales se cierran, con lo que se evidencia la crisis del modelo económico imperante y reconocido por nuestra Constitución.

Pero, si bien los actos de protesta han ido en aumento, también lo han hecho las políticas estatales de criminalización de dichas manifestaciones, según denuncias de grupos de defensa de los derechos humanos en algunos países del continente. La difamación y estigmatización, la persecución judicial y la penalización de la protesta son algunas de las modalidades denunciadas en muchos países de Latinoamérica.

Esto no significa que la protesta social no pueda o deba tener límites razonables. Pero la limitación desproporcionada de la protesta viola el derecho a la libertad de expresión garantizada en la Constitución Política del Estado y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, como el Artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Efectivamente, el derecho a la protesta es reconocido como tal en diversos instrumentos jurídicos internacionales y dentro de los sistemas jurídicos nacionales, en el nivel más alto de la jerarquía, la Constitución. Aunque expresamente no figure con ese nombre, ha sido establecido sobre todo por los jueces en el marco de su labor interpretativa, quienes lo han asociado a otros derechos humanos y fundamentales como la libertad de reunión y la libertad de expresión. Su contenido

jurídico ha sido delimitado indicándose que se trata de un derecho individual ejercido colectivamente, con carácter temporal, y cuya finalidad debe ser lícita.

Desde las ciencias sociales, se ha puesto énfasis en su capacidad de convertirse en el único medio de expresión pública de los grupos minoritarios, marginados dentro de una sociedad, para de esa forma mostrarse no como objeto de políticas públicas sino como sujetos de políticas públicas; mostrar su visibilidad frente al Estado que por casi doscientos años no los ha tomado en cuenta o simplemente los ha ignorado.

Por otro lado, pese a su reconocimiento jurídico e importancia social, el ejercicio de este derecho parece ser controlado y castigado con suma severidad, a través de la criminalización de la protesta social, una política criminal punitiva, no solo en los casos donde el derecho es ejercido de manera excesiva (por ejemplo, bloqueando carreteras o atentando contra la seguridad de terceros) donde ha sido reprimido y perseguido de modo indiscriminado. Asimismo, en medio de los procesos de investigación penal que suelen presentarse arbitrariedades contra los derechos de defensa y el debido proceso de los dirigentes.

Todo ello hace pensar que estamos en presencia de un Estado cuyo aparato de justicia penal no está preparado para controlar el orden público y al mismo tiempo respetar y garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales o, en el peor de los casos, un Estado que tiene como objetivo impedir y/o reprimir su ejercicio para acallar voces minoritarias que resultan incómodas para el poder.

En consecuencia, tal como lo expresa Mirtha Vásquez (2015) la protesta social debe ser entendida en su real significado y evitar ser equiparada a otros procesos sociales para definir sus alcances y objetivos. La Protesta social no implica necesariamente el ejercicio del "derecho de resistencia" el cual pese a que tiene elementos comunes involucra un proceso mayor.

En la resistencia se lucha contra un "poder usurpador" o contra un régimen "opresor" (resistencia al soberano que traicionó su mandato y se convirtió en un tirano), en la protesta social en cambio no existe por objeto luchar contra tal poder usurpador, porque normalmente estamos frente a poderes democráticos y en el marco de un Estado de Derecho. En ese sentido la protesta social de origen no pretende el derrocamiento de un régimen o gobierno, ni desconocer el Estado de Derecho, sino provocar el funcionamiento de las instituciones, el reconocimiento de derechos y libertades.

Frente al problema planteado nos formulamos las siguientes interrogantes de investigación: **Problema general:** ¿Por qué la política criminal de la criminalización de la protesta social constituye una expresión del derecho penal del enemigo y cómo se materializa en el Código Penal peruano? Y como problemas específicos: ¿Cuál es la justificación dogmática y aspectos político-criminales que llevaron a la criminalización de la protesta social en el Código Penal peruano?; ¿Cuáles son las manifestaciones de la política criminal de la criminalización de la protesta social como expresión del derecho penal del enemigo en el código penal peruano?; ¿Cuáles son las críticas y cuestionamientos a los dispositivos legislativos de criminalización de la protesta social en el código penal peruano? Y ¿Cuáles son

los fundamentos filosóficos y constitucionales que justifican el reconocimiento derecho de la protesta social como derecho fundamental?

Por ello que de acuerdo al Reglamento Académicos de la EPG de la UNASAM el trabajo de investigación ha sido estructurado de la siguiente manera:

La introducción que explica la importancia de la investigación y algunos elementos de la parte metodológica, como los objetivos de investigación, tanto a nivel general como específicos; así mismo se incluyen la hipótesis de investigación que sirvió de guía y orientación en la investigación y las variables que permitieron recolectar una serie de datos tanto teóricos como empíricos.

Luego se desarrolla el **marco teórico**, que comprendió el estudio de los antecedentes de la investigación y las bases teóricas jurídicas que justificaron el problema de investigación y por otro lado dar sustento y justificación al trabajo de investigación, enfocados en los fundamentos teóricos doctrinales.

Asimismo, comprendió el desarrollo de la **metodología** seguida en la investigación, que involucró: el tipo y diseño de investigación, el plan de recolección de la información, instrumentos de recolección de la información, y el plan de procesamiento y análisis de la información y datos obtenidos en el trabajo de investigación, empleándose los métodos y técnicas de la investigación dogmática jurídica.

Luego, se presentaron los resultados, por la naturaleza de la investigación relacionado a las aspectos doctrinales, normativos y jurisprudenciales, donde se determinaron las posiciones dogmáticas sobre los problemas de investigación

planteados, estableciendo los alcances y limitaciones de la regulación normativa y los argumentos jurisprudenciales sobre el problema de investigación planteado.

Para culminar se procedió a realizar la discusión, que consistió en desarrollar una apreciación crítica sobre los problemas planteados a la luz de los postulados de la doctrina o dogmática penal y jurisprudencia. Por último, se incluyen las conclusiones al que se han arribado, las recomendaciones del caso, y las referencias bibliográficas consultadas en el proceso de investigación.

Objetivos

Objetivo general

Determinar por qué la política criminal de criminalización de la protesta social constituye una expresión del derecho penal del enemigo y cómo se materializa en el Código Penal peruano.

Objetivos específicos

a) Explicar la justificación dogmática y aspectos político-criminales que llevaron a la criminalización de la protesta social en el Código Penal peruano.
b) Describir las manifestaciones de la política criminal de la criminalización de la protesta social como expresión del derecho penal del enemigo en el Código Penal peruano.
c) Analizar las críticas y cuestionamientos a los dispositivos legislativos de criminalización de la protesta social en el Código Penal peruano.

d) Determinar los fundamentos filosóficos y constitucionales que justifican el reconocimiento derecho de la protesta social como derecho fundamental.

Hipótesis

La criminalización de la protesta social como expresión del derecho penal del enemigo se funda en una política criminal punitiva caracterizada por la estigmatización, la persecución judicial y la sobrepenalización constituyéndose en una negación y atentado contra derechos y libertades ciudadanas, por lo que, no sólo se atenta contra el Estado democrático de Derecho, sino con los principios del Derecho Penal garantista.

Variables

Variable Independiente (X):

El derecho penal del enemigo

Indicadores:

- Fundamentos político criminales
- Fundamentos penales
- Agravamiento de penas
- Endurecimiento del derecho penal
- Relajamiento de las garantías penales
- Debilitamiento de los derechos y libertades.
- Dicotomía ciudadano-enemigo

Variable Dependiente (Y):

La política criminal de criminalización de la protesta social

Indicadores:

- Política criminal punitiva
- Criminalización de la protesta social
- Radicalización de la política criminal
- Estigmatización
- Persecución judicial
- Sobrepenalización
- Limitación de derechos
- Afectación de principios del derecho penal

II. MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes de la investigación

Revisado las tesis sustentadas en la EPG-UNASAM y de otras universidades de nuestra región, nacionales como internacionales; por medio del recurso del internet, se han podido encontrar los siguientes trabajos:

Norabuena Rojas, Jaime Wilder (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 Santiago Antúnez de Mayolo. Huaraz. El objetivo de la investigación fue analizar las implicancias del derecho penal del enemigo sobre los principios constitucionales que rigen la justicia penal procesal y sustantiva en el Perú; para lo cual se realizó un estudio cualitativo, transversal, explicativo. La investigación ha demostrado que el derecho penal del enemigo no solo flexibiliza los principios constitucionales que fundamentan el derecho penal sustantivo y procesal, sino también que es incompatible con el Estado democrático de derecho, en la medida en que se obliga a los particulares a sacrificar ciertos ámbitos de su libertad en aras de una seguridad que solo es aparente. Y que estas manifestaciones del derecho penal máximo relativizan el pleno goce de los derechos fundamentales de los particulares, según han sido consagrados en la Constitución Política y en los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, cuyos contenidos esenciales son desconocidos en la implementación de nuevos tipos penales o en el trámite de un proceso penal, todo lo cual sin duda justifica mayores reflexiones.

Izquierdo Huerta, Pedro Máximo (2018 0 20017). “La criminalización de la protesta social como forma de restricción de la libertad de expresión en el sistema constitucional y penal peruano”. Tesis para optar el grado de magister en Ciencias Penales, EPG de la UNASAM. Huaraz. El objetivo de la investigación fue analizar la criminalización de la protesta social como forma de restricción de la libertad de expresión en el sistema constitucional peruano; para lo cual se desarrolló una investigación de tipo dogmático, transversal, explicativo, empleándose el diseño no experimental. De los resultados obtenidos se concluye, que la criminalización de la protesta social constituye una manifestación del derecho penal del enemigo y es ilegítima porque restringe/limita el ejercicio de la libertad de expresión, elemento básico del estado democrático, lo que ha motivado y facilitado que las autoridades puedan calificar arbitrariamente todo acto de legítima protesta social como un acto delictivo y, así, priorizar la fuerza y el uso indebido del derecho penal en la represión de las protestas sociales. Además, que la criminalización social no solo consiste en la penalización, a través de la judicialización de expresiones sociales (como marchas, paros, huelgas, etc.) que se oponen a decisiones estatales, del gobierno central, regional o municipal, que violan derechos fundamentales, sino, también, en la represión de todo quien protesta, además de la mencionada afectación del honor y la difamación de todo aquel que se muestra disidente frente a las incorrectas decisiones gubernamentales.

Saldaña Cuba, José Humberto (2014). “El derecho humano a la protesta frente al sistema de justicia penal: el caso del proyecto minero conga (Cajamarca, 2012)”. I concurso nacional de investigación en derechos humanos Para estudiantes – IDEHPUCP -PUCP, Lima. Paradójicamente, el importante crecimiento

económico del Perú durante la última década ha venido acompañado de un aumento en la cantidad de protestas sociales, las mismas que tienen como demandas el respeto por el medio ambiente y mejor redistribución de la riqueza. Una de las formas de respuesta del Estado ha sido poner en funcionamiento su poder coercitivo por medio de la persecución penal contra los dirigentes de las protestas sociales, acusándoles principalmente de delitos contra el orden público. La investigación, procesamiento y sanción penales están a cargo de órganos estatales como la Policía, el Ministerio Público y el Poder Judicial en el marco de sus atribuciones establecidas en la ley. Sin embargo, éstas son ejercidas con frecuencia de un modo excesivo, lo que estaría vulnerando, entre otros, el derecho humano y fundamental a la protesta. En la investigación esperamos dar respuesta a las preguntas acerca de cómo y por qué el sistema de justicia penal ha perseguido drásticamente a dirigentes de las protestas sociales en torno al caso del proyecto minero Conga (Cajamarca). La investigación se basa en la revisión de expedientes judiciales, así como en un trabajo de campo realizado el año 2013 donde se ha entrevistado a operadores del sistema de justicia, autoridades, dirigentes sociales y a sus abogados.

Gómez Perdiguero María José (2013). "Derecho a la protesta social: ¿Es legitima su criminalización? Trabajo Final de Graduación para optar el título profesional de Abogada. Universidad Empresarial Siglo 21. Argentina. La autora de este trabajo realiza una investigación de las protestas sociales, como medio o recurso que utilizan los ciudadanos cuando se ven afectados sus derechos y garantías establecidas en la Constitución Nacional, si bien es un fenómeno que no reconoce límites geográficos, se trata específicamente los hechos acontecidos en el escenario de la Argentina. En los primeros capítulos se refieren al posicionamiento

teórico- político tratando de delimitar el contexto económico, político y social y la correlación de estos con la protesta. Dentro de este análisis teórico se expone cuando el derecho a reivindicarse esta dentro de los límites legales y cuando exceden estos al afectar bienes jurídicos esencialmente protegidos. Luego el marco normativo que ampara la libre expresión de resistir. Asimismo, se analiza el rol del Estado frente a la protesta utilizando el código penal, criminalizando la protesta, tipos penales demasiados imprecisos, abstractos, generales. A esta política de criminalizar la protesta se analiza la falta de congruencia con los derechos y garantías que son amparados por nuestro ordenamiento jurídico y los Tratados Internacionales a los cuales estamos adheridos. Al finalizar, luego de varias conceptualizaciones relevantes que surgen del desarrollo y lo que se puede o pretende esperar del rol de los jueces cuando colisionan intereses teniendo como directriz la importancia del ejercicio de los derechos humanos o para el funcionamiento correcto de la democracia.

Daniel Alonso Almeyda Velásquez (2015). "Bases para la contención del derecho penal del enemigo: Dialéctica de la interpretación y delito de afiliación a organización terrorista". Tesis para obtener el grado académico de Magister en Derecho con mención en Ciencias Penales. UNMSM, Lima. La línea fundamental del pensamiento aquí expuesto es, pues, reforzar la idea de que la contención y limitación del poder punitivo es la finalidad del saber penal. Uno de los objetivos de la tesis del pregrado fue introducir la pluralidad metódica en el discurso jurídico-penal –el método dialéctico– que, precisamente, posibilitaba comprender la realidad objetiva –entre ella la naturaleza del poder penal–, ahora, manteniendo tal método, intento –es solo un intento–, incluir el enfoque multidisciplinario para abordar las

formas de configuración del castigo. De aquí que, en el plano práctico, como consecuencia, debemos repensar la política-criminal que implementamos. Si es justamente la violencia y la fuerza como medio de control del crimen –neutralización– y de la anticipación de ese control –vigilancia y espionaje mundial– las que están socavando las bases del Estado medianamente viable como es el de tipo constitucional, entonces, ¿no es ya momento acaso de abordarlos problemas sociales de un modo diferente?

Ana Musolino (2009). "Criminalización y judicialización de la protesta social en Argentina: Cuando la lucha y la resistencia popular se vuelven delito" Tesis para optar la Licenciatura en Trabajo Social, Universidad Nacional de Cuyo, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, Buenos Aires. Concluyendo que cuando se criminaliza la protesta, es decir, esa organización colectiva de la vida, cuando se utiliza el Código Penal para "castigar" a quienes expresan las fallas del sistema; el Estado apunta a varios objetivos: primero, acallar y frenar el conflicto social, pues el disenso expresa no sólo dichas fallas, sino las dificultades para invisibilizarlas y lograr imponer un determinado proyecto. Después, correr el eje de discusión, pues la voluntad estatal, como expresión de la clase dominante, lejos está de querer resolver la demanda (para lo cual no necesita ningún movimiento social vociferando que hay hambre o desocupación) poniendo en debate ya no la injusticia, sino la violación de ley; y, no menos importante, prevenir, aleccionar, disciplinar; pues la criminalización, que va más allá de la acción puntual, es una herramienta para desmovilizar y romper la organización popular en el sentido de mostrar cómo responde el Estado, marcando antecedentes a la futura organización popular. Es decir, prevenir para evitar ejercer la represión directa. Además, que fortalece el

sentido desarticulador de la lucha social, individualizador de la acción colectiva y por lo mismo, despolitizante.

María Isabel Rodríguez Arias y Jessica Fernanda Arciniegas Santos (2012). "La criminalización de la protesta social materializada en el estatuto de seguridad ciudadana, Ley 1453 del año 2011 en Colombia", Tesis para optar el título profesional, Universidad Industrial de Santander, Facultad de Ciencias Humanas, Escuela de Derecho y Ciencia Política, Bucaramanga. Este trabajo se basa en el estudio del tratamiento jurídico, y político que se da al derecho a la libertad de expresión bajo la forma de protesta social en el país. Por esta razón, la investigación de la criminalización de la protesta social como expresión del derecho penal del enemigo materializada en el estatuto de seguridad ciudadana, Ley Nº 1453 del año 2011 en Colombia, permite reflexionar y valorar objetivamente en el desarrollo del estudio, si en el sistema jurídico-penal Colombiano, los instrumentos de política criminal concretamente, están estructurados para contrarrestar de manera efectiva los diferentes fenómenos delictivos que se presentan en el país, sin que esto genere una incidencia negativa de la aplicación del estatuto frente a la protección eficaz de los derechos fundamentales, como, el de la libertad de expresión, reunión, asociación y de protesta ante un orden injusto. Corresponde a los fines del estudio, determinar si con la expedición y aplicación de la Ley Nº 1453 de 2011, se legitima la criminalización de la protesta social en Colombia, y si con lo anterior, se cumple satisfactoriamente con los fines de una política criminal adecuada, que obedezca a criterios claros y coherentes con la realidad nacional, que permitan justificar que el Estado como titular de la acción penal, imponga su poder punitivo mediante sanciones penales proporcionales a las

conductas que se originan en la dinámica de la protesta social y donde su eje central esté fundamentado en la dignidad humana y en el respeto de los principios en que se fundamenta el Estado Social y Democrático de Derecho.

2.2. Bases teóricas

2.2.1. El derecho penal del enemigo

2.2.1.1. Origen

La base doctrinaria sobre el derecho penal del enemigo (Jakobs, Günther y Meliá Cancio, 2003, p. 1), término acuñado por el profesor alemán, Günther Jakobs, en el Congreso de profesores de Derecho penal, celebrado en Frankfurt en 1985, para identificar bajo esa rúbrica: "un conjunto de normas que, al "correr" la frontera de la criminalización a estadios previos a la afectación del bien jurídico, saltaban las barreras de lo que debía ser un Derecho penal respetuoso de las garantías ciudadanas" (Grosso, 2006, p. 1).

Günther Jakobs, en mayo del año 1985, a través de una ponencia presentada al Congreso de los penalistas alemanes en Frankfurt, titulada "Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico" (Jakobs, 1997. pp. 29 -33), expuso, esbozó y dio contenido doctrinario a lo que él mismo denominó Derecho Penal del Enemigo, convirtiéndose en su principal representante.

En el mismo sentido, Polaino-Orts refiere que: "Concretamente en 1985, en una polémica y sugerente intervención en las Jornadas de penalistas alemanes, celebrada en Frankfurt am Main introdujo Jakobs el

concepto de “Derecho penal del enemigo” (*Feindstrafrecht*) (Polaino-Orts, 2013, p. 13),

Doctrinariamente, el Derecho Penal del Enemigo de acuerdo a Jakobs, Günther y Meliá, tuvo dos etapas:

> La primera es la que se expuso en el congreso en Frankfurt en el año 1985, donde se ilustra una concepción amplia de este tipo de Derecho Penal al vinculársele hacia los delitos de puesta en riesgo y los delitos cometidos dentro de la actividad económica. La segunda etapa es más restringida y tiene cabida desde el año 1999. Está orientada hacia delitos graves que atentan contra bienes jurídicos individuales, considerándose especialmente los delitos de terrorismo (Jakobs, Günther y Meliá Cancio, 2003, pp. 21-22).

2.2.1.2. Concepto y fundamento

Mediante la doctrina del “Derecho penal del enemigo” Jakobs se planteaba:

> Si a aquellos individuos definidos como peligrosos en función de su habitualidad y reincidencia delictiva (persistencia criminal), estilo de vida o presumible rechazo al sistema institucional se les ha de privar de su condición de persona por considerar que se apartan del rol de ciudadano (Jakobs, 2003, p. 47) y por ello se tornan enemigos de la sociedad (Ibid., pp. 38-40).

En ese sentido, el Derecho Penal del Enemigo trabaja sobre la base de las normas penales, tiene un fuerte sentido normativista y pretende

actuar siempre amparado por un marco jurídico que lo sustente, así lo explicita también Jakobs exponiendo que “un Derecho Penal del enemigo implica un comportamiento desarrollado con base en reglas, en lugar de una conducta espontánea e impulsiva” (Jakobs, y Cancio Melia, 2003, p. 22).

Sin la noción de ciudadanía no puede funcionar el Derecho penal funcionalista, por tanto, Jakobs recurre a ella con fines pretendidamente garantistas (Jakobs, 1997, pp. 322-323). En la reunión internacional llevada a cabo en la Academia de Ciencias de Berlín-*Brandenburgo* del 3 al 6 de octubre de 1999, cuyo título fue Die Deutsche *Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendewende, Rückbesinnung und Ausblick* (“La Ciencia alemana del Derecho penal ante el cambio de milenio, reflexión retrospectiva y perspectivas de futuro”), Jakobs replanteó el tema del Derecho penal de enemigos en su ponencia “La autocomprensión de la Ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente” y en 2003 publicó su artículo “El Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo” en el que reseña su pensamiento (Jakobs, 2003, pp. 19 y ss.).

En su alocución de 1999 Jakobs enfatizó que a las personas se las reconoce como portadoras del estatus de titulares de derechos y obligaciones, y un hecho penal se caracteriza no como una lesión de bienes, sino como una lesión de juridicidad, siendo la lesión de la norma —y no la lesión de un bien—el hecho decisivo (Ibid. p. 56).

Así, el catedrático de Bonn considera que sólo es persona quien ofrece una garantía cognitiva suficiente de un comportamiento personal (Ibid. p. 58) y que se caracteriza por ser reconocida como portadora de derechos y obligaciones; así como la función de la pena es confirmar la identidad de la sociedad y la dirección de la motivación, por lo cual se pueden excluir formas de comportamiento en aras de la estabilidad social (Jakobs, 2004, p. 41).

Para el jurista alemán, si esta garantía no se da o es denegada expresamente, el Derecho deja de ser la reacción de la sociedad frente a un hecho y pasa a ser una reacción frente a un enemigo, aunque igualmente no acepta que esté todo permitido, porque se pretende que el Derecho penal del enemigo sea una defensa frente a futuras agresiones (Ibid. p. 58) y que neutralice a aquellos que no ofrecen la mínima garantía cognitiva necesaria para que a efectos prácticos puedan ser tratados en el momento actual como personas.

En tal sentido puede concluirse que el Derecho penal del enemigo es, tal y como lo concibe Jakobs:

> un ordenamiento de combate excepcional contra manifestaciones exteriores de peligro, desvaloradas por el legislador y que está considerado necesario reprimir de manera más agravada que en el resto de supuestos (Derecho penal del ciudadano). La razón de ser de este combate más agravado estriba en que dichos sujetos (“enemigos”) comprometen la vigencia del ordenamiento jurídico y

> dificultan que los ciudadanos fieles a la norma o que normalmente se guían por ella ("personas en derecho") puedan vincular al ordenamiento jurídico su confianza en el desarrollo de su personalidad. Esa explicación se basa en el reconocimiento básico de que toda institución normativa requiere de un mínimo de corroboración cognitiva para poder orientar la comunicación en el mundo real. De la mismas se deriva, no solo un derecho a la seguridad, sino un verdadero derecho fundamental a la seguridad (Polaino-Orts, 2013, p. 29).

En tal sentido el jurista alemán, establece que su teoría o doctrina del derecho penal del enemigo no es constitutiva sino descriptiva, y lo que él propone es establecer un procedimiento propio o particular, dentro del derecho penal, para los sujetos que denomina "enemigos".

En ese sentido señala que debe darse una flexibilidad de las garantías del derecho penal garantista, instituyendo mayor penal y tipos penales que adelanten las sancionas a comportamientos que tradicionalmente se encuentran dentro de los denominados actos preparatorios de los delitos. Agrega que estas medias ya se encuentran dentro de muchos Códigos Penales vigentes, pero que es necesario plantear reglas claras sobre este tipo de medias y de esta forma no llegar a un descontrol o deformación definitiva del derecho penal.

Tras enumerar éstos que podríamos llamar los caracteres del tipo de normatividad asociada al combate frente a enemigos, distintos de los que

son propios del Derecho penal de ciudadanos, que trata con delincuentes "ordinarios", vamos a ir analizando los fundamentos y las razones de fondo de ese Derecho penal del enemigo (Ibidem p. 102).

Por ello, debemos tener en cuenta, además, en el derecho penal del ciudadano, la función manifiesta de la pena es la contradicción; en el derecho penal del enemigo la eliminación del peligro. Los correspondientes tipos ideales prácticamente nunca aparecerán en una configuración pura. Ambos tipos pueden ser legítimos (Jakobs y Cancio, 2007, p. 63).

El desarrollo de Jakobs por identificar el Derecho penal del enemigo como tal, “es impedir precisamente su superposición con el Derecho penal del ciudadano, evitándose así una aplicación del primero en ámbitos que no le son propios” (Jakobs y Cancio, 2007, p. 56).

En consecuencia, se puede afirmar que el propósito de Jakobs está dirigido a unificar las diversas parcelas dispersas del Derecho penal para enemigos ya presenté en distintas y múltiples instancias del ordenamiento jurídico-penal y el segmento policial-administrativo, con la finalidad de crear un ordenamiento jurídico propio y en la medida de lo posible acorde a Derecho.

2.2.1.3. Características del Derecho Penal del Enemigo

Tres serían las características que Jakobs propone para el Derecho penal del enemigo:

> en ***primer lugar***, se constata un amplio adelantamiento de la punibilidad, es decir, que, en este ámbito, la perspectiva del ordenamiento jurídico-penal es prospectivo (punto de referencia: el hecho futuro), en lugar de – como es habitual – retrospectivo (punto de referencia: el hecho cometido). En ***segundo lugar***, las penas previstas son desproporcionadamente altas: especialmente, la anticipación de la barrera de punición no es tenida en cuenta para reducir en correspondencia la pena amenazada. En ***tercer lugar***, determinadas garantías procesales son relativizadas o incluso suprimidas (Jakobs y Cancio, 2007, p. 90).

A estas características Cancio Meliá agrega dos más: el castigo con fines puramente simbólicos de comportamientos que no generan ningún peligro (que no es más que un desarrollo del primer rasgo destacado por Jakobs) y el recurso a cláusulas generales o indeterminadas en los tipos penales (García, 2006, pp. 4-5).

Asimismo, el profesor Luis Gracia Martín señala una característica más en determinadas regulaciones del Derecho penitenciario que endurecen las condiciones de clasificación de los internos (Faraldo y Brandariz, 2004, p. 310 y Gracia, 2005, p. 11), las que limitan los llamados beneficios penitenciarios, o las que amplían los requisitos de la libertad condicional (Ibidem. p. 11).

Por ello, “se destaca la naturaleza del Derecho penal del enemigo, la cual nos lleva a intuir que este mecanismo puede estar siendo empleado

inclusive en nuestra propia legislación en materia penal" (García, 2006, pp. 7 y ss.).

2.2.1.4. Las categorías de ciudadanos y enemigos

Dicha categoría de "enemigo" "ciudadano" encuentra su sustento en la distinción teórica que el Funcionalismo sistémico hace entre "persona" e "individuo", que se corresponde básicamente con la distinción dicotómica entre "sociedad" o "sistema" y "ambiente" o "entorno". Dicha corriente concibe la sociedad como un sistema autorreferente y autopoiético que se compone de manifestaciones o expresiones de sentido, conocidas sistemáticamente como comunicaciones.

La persona es "persona en derecho" (Rechtsperson) en tanto dispone de ciertos derechos y deberes, y en tanto adecuada su comportamiento a la norma. Por ello, "la persona no es algo dado por la naturaleza sino una construcción social" (el ser humano nace, la persona se socializa), y – en ese sentido – la persona es el ser humano en cuanto titular de derecho o como diría el Allgemeines landrecht Prusiano "al ser humano se le denomina persona en tanto disfruta derechos en la sociedad" (Polaino-Orts, 2013, pp. 99 y ss.).

En consonancia con lo anterior, refiere Jakobs que:

> un ciudadano infractor es una persona que ha dañado la vigencia de la norma; y por ello es llamado de modo coactivo, a equilibrar el daño en la vigencia de la norma. Empero, su calificativo de

ciudadano radica en que ofrece garantías de que se conducirá como tal, debiendo arreglarse con la sociedad, procediendo a la reparación del daño (Jakobs, 2003, pp. 35-36).

La principal característica del ciudadano es la dignidad humana, con capacidad de entendimiento y de elección, que conlleva a la capacidad de vinculación al orden ético social de una comunidad, y a la conciencia de que le es posible cumplir con dicho orden (Gracia, 2005, p. 5). En tal sentido, el derecho penal del ciudadano es aquel que juzga a un sujeto por su condición de persona con todos sus derechos y protegido por la totalidad de las garantías del Derecho penal, en particular por la garantía de presunción de inocencia.

Por otra parte, enemigo según Jakobs, se designa a quien "no solamente de una manera incidental en su actitud […] en su forma de vida […] o mediante su incorporación a una organización […] se ha apartado del derecho en todo caso probablemente de manera duradera y, en ese sentido, no garantiza la mínima seguridad cognitiva el comportamiento personal, demostrando este déficit mediante su conducta propia" (Jakobs y Polaino-Orts, 2011, p. 45).

Su actividad u ocupación profesional son expresión de la vinculación a una organización estructurada que opera al margen del Derecho y que está dedicada a actividades inequívocamente "delictivas" (Ibidem). Nos encontramos ante el margen de operación de la criminalidad organizada. Obviamente existe un iter entre el ciudadano y el enemigo producido por

la reincidencia, la habitualidad, la profesionalidad delictiva y finalmente, la integración a organizaciones delictivas estructuradas (Silva, 2001, p. 164).

En ese sentido, Gracia (2005) refiere que la habitualidad y la profesionalidad, son los elementos que sirven de base a las regulaciones específicas del Derecho penal del enemigo, aunado a la pertenencia a organizaciones enfrentadas al Derecho y el ejercicio de su actividad al servicio de tales organizaciones.

> De dicha situación de falta de prestación de la mínima seguridad cognitiva de respeto a la norma responde exclusivamente el propio sujeto, esto es, el "enemigo" (la despersonalización es siempre auto despersonalización), y es valorada positivamente por el legislador penal, quien – en todo caso – únicamente limita algún aspecto de la esfera de libertad del sujeto, manteniendo un amplio espectro de la personalidad de aquel. En tanto auto despersonalización (parcial) del autor, este puede zafarse de esa situación de "enemistad" de manera muy simple: aportando la mínima prestación de respeto al Derecho y a las personas fieles a la norma, de manera que, de tal modo, se libra de la limitación de su esfera de libertad que el legislador prevé para esos casos agravados (Polaino-Orts, 2012, p. 416).

Así, de acuerdo a Gracia (2005) emerge el Derecho penal del enemigo como un ordenamiento jurídico diferente, excepcional y

autónomo con respecto al Derecho Penal ordinario, de la normalidad o del ciudadano.

En definitiva, la distinción entre "persona" e "individuo" trata al sujeto en función de si tiene un ámbito de competencia social o no. Así, persona es quien desempeña un rol en la Sociedad, y ese rol fija el contenido de derechos y deberes que, en la posición social en que se halla, le corresponde asumir; por ello, persona es quien, en el seno de un grupo social, debe cumplir una tarea, de manera que la noción de persona es una aprehensión conceptual y funcional del sistema. Quien gestiona correctamente su ámbito de competencia social actúa como persona. Quien gestiona su ámbito de competencia oponiéndose frontalmente al reconocimiento de los demás como personas, no actúa como persona sino como enemigo. El concepto de enemigo es opuesto al de persona en Derecho. (Polaino-Orts, 2013, p. 107)

2.2.1.5. La solución de Jakobs frente a los "enemigos"

> Para el profesor alemán, Jakobs, cuando un sujeto no aporta la garantía mínima de que se va a comportar como "persona en derecho" se despersonaliza y se excluye del sistema social, cuestionando la vigencia del Derecho de manera más o menos duradera […] En tal caso el sujeto pasa a ser tratado por el derecho como una fuente de peligro más que como un sujeto que comete un desliz reparable. La función que representa la pena en este caso en relación al propio enemigo tiende a combatir ese peligro, por ello

tiene asimismo un contenido simbólico, porque ese peligro es peligro para una Sociedad (Polaino-Orts, 2012, p. 220).

En ese sentido se considera que entra las normas de uno y otro Derechos (del enemigo y del ciudadano) existen diferencias en cuanto a su finalidad: mientras que la pena en el Derecho penal de ciudadano cumple una función esencialmente *comunicativa* o *simbólica*, en el derecho penal de enemigo la pena contiene un rasgo más *enérgico* o *coactivo* de aseguramiento futuro, de manera que el enfoque es más prospectivo que retrospectivo: se dirige a la evitación de peligros futuros (Ibid. p. 27).

Lo antes esbozado deja en claro que la solución que se plantea frente al denominado "enemigo", es su neutralización, mediante la imposición de sancionas más drásticas, en relación a las penas que se imponen al "ciudadano".

Pero la argumentación de Jakobs no queda allí, pues propone que estos mecanismos deben ser aplicados contra estos enemigos antes de que destruyan el ordenamiento jurídico, esto es, el enemigo es interceptado muy pronto en el estadio previo y al que se le combate por su peligrosidad (Jakobs y Cancio, 2007, p. 43).

2.2.2. La criminalización de la protesta social

2.2.2.1. La protesta social

No existe un único concepto de la protesta social, que reciba el consenso o la aceptación unánime por parte de la doctrina, ello debido a

las diversas formas como son enfocadas de acuerdo a cada realidad social, económica y política, entre ellos podemos destacar las siguientes:

"El derecho a la protesta sea el primer derecho, es el derecho a tener derechos, es el derecho que llama a los otros derechos, (…) El derecho a la protesta es la puesta en acción de la dignidad, la oportunidad de hacer valer la dignidad" (Rodríguez, 2007, p. 20).

O quienes consideran "la protesta social como ejercicio colectivo de la libertad de expresión exige poner en juego una cierta concepción de este derecho y el rol del Estado (…)" (Rabinovich, 2011, p. 18).

O quienes entienden a la protesta social

> (…) como una manifestación creativa y política del ciudadano en una sociedad libre y democrática, y refleja la esencia concreta del derecho fundamental de la libertad de expresión, en este sentido, se podría entender en términos generales como una lucha colectiva por el reconocimiento público de los derechos que se estiman vulnerados (Bertoni, 2012, p. 13).

En términos similares Gargarella sostiene que:

> "La protesta social constituye una demanda concreta de la ciudadanía, cuando a causa de la marginalización social se deja de garantizar la protección de derechos, se atropellan directamente o, incluso, no se promueven iniciativas que, en términos de discriminación positiva, compensen a los grupos minoritarios

(indígenas, por ejemplo) por el hecho de haber sido históricamente dejados a un lado respecto de la protección y garantía de sus derechos" (Gargarella, 2005, p. 34).

Otro destacado autor que, pone de manifiesto la importancia y la legitimidad de la protesta social, por ser el único medio que encuentran los menos favorecidos para hacer sentir su disconformidad con el actuar del estado, es Rawls quien sostiene que:

> La protesta se concibe como la última carta que tienen para jugar los sectores más desfavorecidos, razón por la cual no debe prohibirse, pues al hacerlo se estaría excluyendo a tales sectores de la posibilidad de contar como actores políticos. Con el acto de desobediencia se apela a un sentido comunitario de justicia, al suponer que la sociedad es casi justa y que, por tanto, existe una concepción de justicia públicamente reconocida por sus ciudadanos. Se reclama en la firme opinión disidente que las condiciones de cooperación social no se están respetando, pudiendo así ejercer un acto de desobediencia infringiendo la ley que se considera injusta, pero sin cuestionar el Estado de Derecho (Rawls, 1995, p. 292).

En ese sentido podemos afirmar que, la protesta debe ser entendida como la forma de expresión de quienes demanda mejores condiciones de vida, para un grupo social, o el reconocimiento de sus derechos colectivos. Debemos dejar en claro que el presente trabajo no busca promover o incentivar la realización protestas sociales; tampoco, negar su existencia ni su potencial capacidad de transformación social. La protesta social es

un contundente “no” a las políticas o prestación de servicios inadecuados por parte del Estado, es un “no” al abuso por parte de las empresas privadas que buscan el lucro de manera caprichosa e inescrupulosa, como se ha visto en los últimos años, a través de los pagos indebidos a funcionarios públicos.

Hoy la protesta social tiene muchas formas de expresión, lo cual va de la mano con los avances sociales culturales y tecnológicos que experimenta la sociedad, donde:

> (…) se podrían, resaltar diversas manifestaciones culturales presentes en la dinámica de la protesta como: “el piquete, el escrache, los cacerolazos, los cortes de ruta, la paralización, el caminar, las mingas, músicas, stickers, graffitis, el silencio, la desnudes, y las clásicas llamadas huelgas, paros cívicos, movilizaciones, manifestaciones. y las de las nuevas tecnologías que usan intensivamente el internet, el twitter, el mensaje de texto, el celular para producir estrategias o campañas de activismo político en código abierto y para llevar a cabo flashmobs o cómo se actúa para tomarse un lugar público, realiza algo inusual, enviar un mensaje y luego dispersarse rápidamente (Rabinovich, Magrini & Rincón, 2011, pp. 12-13).

Las formas de manifestación antes descritas, son el modo en que las personas ven el modo de ejercer su legítimo derecho de libertad de expresión y llamar la atención de los gobernantes de turno para hacerles llegar reclamos que no quieren ser atendidos, en tal sentido se puede

afirmar que la protesta: “es hacer la democracia en la vida pública. Protestar públicamente es ejercer colectivamente la libertad de expresión y la ciudadanía” (Ibid., p. 9).

En consecuencia, la protesta social debe ser comprendida como un instrumento de todos los ciudadanos para hacer valer las demandas de aquellos que no cuentan con otros medios efectivos para hacerse sentir, y exigir la garantía de los derechos de forma que se protejan los de naturaleza fundamental, todo esto con base, en los principios del alcance y significado de la Constitución Política de 1993, el modelo democrático y asimismo el Estado social de derecho.

En sentido similar, se ha pronunciado el destacado jurista argentino Eugenio Raul Zaffaroni:

> la pretensión de que en una democracia no es admisible la protesta masiva porque están abiertos los canales institucionales de petición a la autoridad para contener los beneficios y ventajas que se solicitan o reclaman, es una idea absurda. No hay ningún estado en el mundo que sus instituciones funcionen perfectamente, de manera tal que no sea necesario de vez en cuando acudir a una protesta colectiva (Zaffaroni, 2017, p. 85).

2.2.2.2. Política de criminalización

“La criminalización de la protesta es una de las manifestaciones de la judicialización de la política, la posibilidad de transformar los conflictos sociales en litigios judiciales; de leer la realidad bajo la lupa del código

penal. Criminalizar, entonces, será despolitizar y, por añadidura, deshistorizar, sacar de contexto a los conflictos sociales, emplazar a otras instituciones como interlocutores de los problemas sociales (…)" (Rodríguez, 2007, p. 25).

Así mismo, la criminalización de la protesta social, como fenómeno social consiste en:

> estigmatizar las características principales de un individuo o grupo específico –tales como edad, sexo, raza, clase social- para que sean interpretadas por el resto de la población como una señal de que se trata de "gente peligrosa". Del mismo modo, la criminalización llevada al plano político refiere a la estigmatización de personas o grupos, cuya mayor característica es el presentar algún tipo de resistencia ante el Gobierno, sistema político o ante los pilares socioculturales de los mismos; en la medida en que se les presenta como similares a perfiles de sujetos criminales o delictivos (Turk, 1982, p. 13).

Es decir, estigmatizar o estereotipar a una persona o a un grupo de personas, consiste en establecer una relación entre las características objetivas o subjetivas que puede presentar las personas o los grupos de personas y asignar una calificación (que por lo general es negativa) a esa característica de modo intencional, a fin de que el resto de personas anticipadamente las reconozcan con ese calificativo. Es decir, se asigna un calificativo arbitrario que no es cuestionado por el resto de personas y se les juzga como si este calificativo realmente los caracterizara.

> El estereotipar a los a los concurrentes a una protesta social, como sujetos peligrosos para la sociedad tiene importantes consecuencia jurídico penal: “la criminalización política consiste en un proceso de estereotipado caracterizado por desviar el foco de atención del resultado de los procesos investigativos y judiciales por los cuales debe pasar una persona formalizada por algún delito o crimen (es decir, si la Justicia los ha sancionado como culpables o inocentes de las acusaciones recibidas); y situarlo en las características personales de los sujetos cuestionados, a menudo destacando la existencia de deficiencias intelectuales y/o morales de los mismos (Alvarado, 2015, p. 14).

De este modo refiere Alvarado que el Estado busca justificar los actos de represión, que ejerce contra la protesta, es decir, la estigmatización coloca a quienes participan en las protestas en presuntos criminales y de este modo el Estado legitima su procesamiento penal:

> la criminalización política aparece como una forma de control social, pues permite instalar la idea de que quienes practican la protesta y la resistencia política con algún grado de violencia (que puede ser variable), comparten las mismas características que determinados tipos de delincuentes y que son, en consecuencia, peligrosos para la comunidad en su conjunto (Ibid., p. 15).

La doctrina penal internacional también advierte sobre los peligros de la criminalización de la protesta social, objeto central del estudio, en tal sentido el tratadista argentino Zaffaroni, menciona que:

> la forma en que sea tratado de reprimir la protesta social usando el poder punitivo se ha centrado fundamentalmente en buscar maneras de sancionarla, sin que medie afectación contra la integridad física o contra la propiedad de terceros; esto es enfocándolo en el mero hecho de la protesta. Se ha pretendido canalizar esto a través de un artículo del Código Penal que es la interrupción de servicios o vías de comunicación (Zaffaroni, 2017, p. 83).

En ese orden de ideas, el planteamiento que efectúa el autor, coincide con lo expresado por dos desatadas juristas colombianas:

> la represión al derecho a la protesta social no es otra cosa que la materialización de una política criminal del enemigo frente al derecho que tiene todos los ciudadanos de reclamar, disentir y oponerse a las políticas estatales que se imponen en las naciones por parte de sus gobernantes (Rodríguez y Arciniegas, 2012, p. 31).

Por su parte, Gargarella, desde una perspectiva del derecho penal más general y extenso menciona que "Criminalizar la protesta social significa despolitizar, deshistorizar, sacar de contexto a los conflictos sociales, llevarlos al campo jurídico apostando al desgaste de los actores sociales descontentos con el actuar del Estado" (Gargarella, 2014, p. 16).

En ese sentido, Gargarella (2014) plantea que el Estado busca darle un sentido u orientación Político-Criminal, al tema de la protesta social, quitándole todo valor de manifestación política que busca reivindicar derecho y libertadores colectivas. Reduciéndola el tema al plano estrictamente policial, al tratar a los manifestantes no como ciudadanos

con derechos y garantías, sino que busca tratarlos como “enemigos” de acuerdo a la doctrina planteada por Jakobs.

Por ello, es importante lo señalado Eugenio Raúl Zaffaroni, cuando indica que:

> El derecho a la protesta no solo existe, sino que está expresamente reconocido por la Constitución Nacional y por los tratados internacionales universales y regionales de derechos humanos, pues necesariamente está implícito en la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (art. 18 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos), en la libertad de opinión y de expresión (art. 19) y en la libertad de reunión y de asociación pacífica (art. 20). Estos dispositivos imponen a todos los estados el deber de respetar el derecho a disentir y a reclamar públicamente por sus derechos y, por supuesto, no a reservarlos en el fuero interno, sino a expresar públicamente sus disensos y reclamos (Zaffaroni, 2015, p. 315).

2.2.3. La criminalización de la protesta social como expresión del derecho penal del enemigo

Puede entenderse como la política criminal del Estado que busca darle una connotación penal a cualquier tipo de protesta social, optando por encuadrar dichas conductas dentro del catálogo de delitos que establece el derecho penal:

> (…) ha optado por tipificar como delitos que supuestamente afecta al orden público, a la asociación ilícita, a la acción de instigar a cometer delitos, intimidación, el hecho de organizar y ejecutar

> movilizaciones de índole política o social y entre otros, se quiere resaltar que un aspecto importante de analizar en el desarrollo de la investigación, refiere al tema del orden público, que en el contexto jurídico penal peruano, se le ha dado una connotación de bien jurídico tutelado por la ley penal (Rodríguez y Arciniegas, 2012, p. 32).

Este tipo de policía criminal es contrario a la posición que asume la doctrina y jurisprudencia, quienes de modo categórico muestran su disconformidad con el hecho de que los Estado buscar sancionar penalmente los actos de protesta social: es lamentable que se pretenda rastrillar los códigos penales y contravencionales para proceder a la pesca de tipos y a su elastizacion con el objeto de atrapar esas conductas, que pertenecen al ámbito del ejercicio de la libertad ciudadana (Zaffaroni, 2015, p. 317).

Para tener un panorama global del problema de la criminalización de la protesta social, es pertinente mencionar que este fenómeno no es propio de la política criminal peruana, es por ello que la Corte Constitucional colombiana, advierte:

> Al Legislador le asiste una amplia potestad de configuración normativa en materia de delitos y sanciones. No obstante, siendo claro que en el constitucionalismo no existen poderes absolutos, el Legislador al ejercer esa competencia, se encuentra en el deber de respetar el sistema de valores, principios y derechos consagrado en la Carta y de observar rigurosamente los límites que en materia

punitiva le han sido impuestos directamente por el constituyente" (Corte Constitucional, sentencia C-689/02. Álvaro Tafur Galvis).

Profundizando sobre esta problemática es necesario mencionar que los organismos supranacionales también han emitido pronunciamiento sobre este tema, destacando en principio de legalidad que rige en el derecho penal como una garantía ante la arbitrariedad de parte del Estado, así la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que:

> (…) Cualquier limitación o restricción debe estar prevista en la ley, tanto en sentido formal como material. Ahora bien, si la restricción o limitación proviene del derecho penal, es preciso observar los estrictos requerimientos característicos de la tipificación penal para satisfacer en este ámbito el principio de legalidad. Así, deben formularse en forma expresa, precisa, taxativa y previa. El marco legal debe brindar seguridad jurídica al ciudadano. (…) se entiende que en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal. Este implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la

vida o la libertad. Normas como las aplicadas en el caso que nos ocupa, que no delimitan estrictamente las conductas delictuosas, son violatorias del principio de legalidad establecido en el artículo 9 de la Convención Americana" (Corte Interamericana de Derechos Humanos. (S.F.) Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, párr. 121, y Caso Lori Berenson vs. Perú, párr. 125).

2.2.4. El derecho a la protesta como derecho fundamental

En principio, resulta obligatorio señalar que el derecho fundamental a la protesta no se encuentra reconocido de forma expresa ni explícita en nuestra Constitución vigente de 1993; por su parte el Tribunal Constitucional tampoco ha emitido ningún pronunciamiento sobre este tema en su jurisprudencia pues, aquellos casos referidos a conflictos sociales donde, a nuestro entender, se encontraba en juego este derecho ha sido tratado, según sea el caso, desde la perspectiva de la vulneración de los derechos a la libertad de reunión, libertad de expresión, de huelga, entre otros.

2.2.4.1. El derecho a la protesta tiene contenido constitucional

Al respecto, cabe señalar que en el caso Lucio Rosado Adanaque contra el Seguro Social de Salud – ESSALUD, Hospital Nacional Almanzor, el Tribunal Constitucional estableció, que la Constitución Política del Estado define el sistema los derechos fundamentales bajo el concepto de números abiertos y no cerrado, es decir existe la posibilidad

de incorporar nuevos derechos fundamentales al ordenamiento jurídico sin necesidad que exista una regulación expresa, en tal sentido señala:

> Es bien conocido que, en un sinfín de oportunidades, la realidad supera la imaginación. Por ello, y para que los textos constitucionales y, en particular, aquellos nuevos derechos directamente vinculados con el principio de dignidad no sean desmerecidos en su condición de auténticos derechos fundamentales a consecuencia de la existencia de nuevas necesidades o situaciones, de avances científicos, tecnológicos, culturales o sociales, las constituciones suelen habilitar una cláusula de "desarrollo de los derechos fundamentales ", cuyo propósito no solo es prestarle reconocimiento como derechos de la más alta consideración, sino, incluso, dotarlos de las mismas garantías de aquellos que sí lo tienen expresamente. Ese es el propósito que cumple, por cierto, el artículo 3 de la Constitución" (STC Exp. Nº 0895-2001-AA/TC, f.j. 19).

Así mismo:

> Respecto de los derechos no enumerados debe distinguir los conceptos de "contenidos implícitos" de los "derechos viejos". En ocasiones, en efecto, es posible identificar dentro del contenido de un derecho expresamente reconocido otro derecho que, aunque puede entenderse como parte de aquel, es susceptible de ser configurado autónomamente. Es lo que sucede con el derecho a un

plazo razonable y su consideración de contenido implícito del derecho al debido proceso (STC Exp. Nº 0895-2001-AA/TC, f.j. 20).

Agrega el Tribunal Constitucional que:

Ese es también el caso de aquellos "contenidos nuevos" de un "derecho escrito". Y es que existen determinados contenidos de derechos fundamentales cuya necesidad de tutela se va aceptando a consecuencia del desarrollo normativo, de las valoraciones sociales dominantes, de la doctrina y, desde luego, de la propia jurisprudencia constitucional (STC Exp. Nº 0895-2001-AA/TC, f.j. 21).

En esa línea jurisprudencial adoptada por el Tribunal Constitucional, para Otoya (2018, pp. 199-207); resulta natural y hasta evidente que, producto de las interacciones sociales, los avances tecnológicos y otros factores similares que producen nuevas situaciones de hecho que no fueron pensadas ni por el legislador ni por el juez constitucional, sea posible que el contenido de un derecho fundamental pueda expandirse. Lo que le permite concluir al final de su trabajo que en nuestro ordenamiento jurídico existe tácitamente el derecho fundamental de la protesta social.

2.2.4.2. El derecho a la protesta tiene contenido propio

En variada jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha podido constatar que diversos conflictos sociales que han llevado a protestas importantes por parte de la ciudadanía –casi siempre en función de demandas legítimas al Estado– han sido tratados desde el punto de

vista de derechos fundamentales explícitamente reconocidos en la Constitución (STC Exp. N° 04677-2004-AA/TC).

Autores nacionales, incluso, han ido más lejos y han señalado directamente, por ejemplo, que "una de las manifestaciones o formas de ejercer el derecho de reunión, es la denominada "protesta social" (Salcedo, 2009, p. 83) y que la misma encuentra legitimidad en dicho derecho fundamental.

El Tribunal Constitucional, por su parte, si bien omite reconocer el derecho fundamental a la protesta, si ha puntualizado que: "el derecho a la reunión es un derecho individualmente titularizado, de ejercicio temporal y en un lugar concreto, de eficacia inmediata y directa, esto es, no precisa de autorización previa alguna para su ejercicio, y que debe perseguir fines lícitos" (STC Exp. N° 04677-2004-AA/TC, f. j. 15).

A pesar, que la jurisprudencia nacional parece inclinarse por considerar que el derecho a la protesta social, está contenido en otros derechos fundamentales, como el derecho a la libre reunión, a la libertad de expresión o derecho a la huelga; es necesario dejar en claro que los derechos antes mencionados tienen un propósitos y función (contenido) diferente del que debe dotarse al derecho fundamental a la "protesta social", el cual tiene una clara connotación político social de la defensa de otros derechos fundamentales.

Finalmente, el derecho a la protesta se activa en escenarios bastante concretos, esto es, cuando otros derechos fundamentales y el andamiaje institucional que permite ejercerlos se muestran inoperantes e impotentes para canalizar legítimas demandas de los ciudadanos. En el siguiente acápite desarrollaremos más detalladamente estas características del derecho fundamental a la protesta.

2.3. Definición de términos

a) **Criminalización**

Se trata de un acto estatal y formal, esencialmente programático, pues cuando se establece que una acción debe ser sancionada, se enuncia un programa, que debe ser cumplido por entidades estatales diferentes a las que lo formulan. Por lo general, la criminalización primaria la ejercen agencias políticas (ejecutivo y congreso), en tanto que el programa que implican lo deben llevar a cabo las entidades de criminalización secundaria (policías, fiscales, jueces). Es una declaración que se refiere a conductas o actos (Zaffaroni, 2005, p. 7).

b) La política criminal

Debe ser entendida como un ámbito de la política que guarda relación con la forma de tratar a la delincuencia; este ámbito comprende un conjunto de criterios empleados o a emplear en el tratamiento de los criminales. “Además, se concibe que la política criminal tiene como misión básica: la valoración crítica, la creación, y modificación del Derecho Penal, e incluso la contribución a su elaboración dogmática. Es importante resaltar que se la entiende también

como aspecto del control penal que tiene relación con el poder del Estado para caracterizar un conflicto social como criterio criminal" (Jescheck, 1993, p. 18).

c) **Protesta.**

Es aquella manifestación de disconformidad o descontento que un individuo o grupo individuos expresa respecto de algo o de alguien. Generalmente, ese descontento tiene que ver con alguna decisión que lo toca íntimamente, ya sea en sus intereses económicos, sociales o culturales (Ibíd. p. 20).

d) **Protesta social**

Debe ser entendida como: "una manifestación creativa y política del ciudadano en una sociedad libre y democrática, y refleja la esencia concreta del derecho fundamental de la libertad de expresión, en este sentido, se podría entender en términos generales como una lucha colectiva por el reconocimiento público de los derechos que se estiman vulnerados" (Bertoni, 2012, p. 13).

e) **Restricción de derecho**

El ejercicio de los derechos fundamentales se encuentra restringido por determinadas exigencias propias de la vida en sociedad. Ello no se contrapone a la convicción de entender que el Ser Humano ha de ser el centro de toda comunidad organizada, sino, muy por el contrario, se vincula con un reforzamiento de las garantías de una existencia plena, pacífica y respetuosa por los derechos y la dignidad humana (Cfr. Lujan, 2013).

f) **Estado Constitucional de derecho**

Es un sistema normativo complejo en el que leyes están subordinadas no sólo a normas formales sobre su producción sino también a normas sustanciales, esto es, a los derechos fundamentales establecidos en la constitución. Por eso,

las condiciones de validez de las normas son también sustanciales, con el resultado de que mientras el respeto del procedimiento formal es suficiente para asegurar su existencia o vigencia, la validez de las mismas exige coherencia con los principios constitucionales (Cfr. Rosas, 2015).

g) **La criminalización de la protesta social o criminalización del activismo social**

Es utilizada por algunos investigadores y sectores sociales para referirse a la aplicación del código penal y los delitos y penas que el mismo contempla, a modalidades del activismo y de la protesta social, con el fin de debilitarla o desorganizarla. La misma se encuentra relacionada con un debate en el seno de la sociedad, sobre los límites de los actos de protesta y sobre todo las medidas de acción directa, vistos como ejercicio de la libertad de asociación y la libertad de expresión, y su posible colisión con ciertos derechos individuales de otras personas (Viegas, 2011, p. 20).

h) Criminal política del estado

Es el conjunto de medidas de las que se vale el Estado para enfrentar la criminalidad (delito-delincuente) y la criminalización (pena y función re-socializadora); especialmente en su prevención, represión y control; teniendo en cuenta que la política criminal puede ser vista como acto de control social y solución de conflictos, dirigida hacia las acciones humanas consideradas violentas o nocivas las cuales entorpecen el desarrollo armónico de una sociedad en un país determinado" (Ibidem).

i) **Derecho Penal del Enemigo**

El Derecho Penal del Enemigo constituye solo una manifestación, del fenómeno más amplio de transformación que desde hace unos años viene sufriendo el Derecho Penal y al que hiciera alusión precedentemente. Este concepto fue introducido en el debate por Günther Jakobs, en dos etapas diferentes. En 1985 se produce la primera de ellas, bastante más amplia, en la que vincula el concepto de Derecho Penal del Enemigo hacia los delitos de puesta en riesgo y delitos cometidos dentro de la actividad económica. Mientras que a partir de 1999 surge una segunda fase orientada hacia delitos graves contra bienes jurídicos individuales, especialmente los delitos de terrorismo.

j) **Endurecimiento de las penas**

Los últimos cambios legislativos en materia penal, demuestran una tendencia al endurecimiento de la represión, al endurecimiento de las penas y al tratamiento desigual de ciertos sujetos delincuentes, a los que se les aplica un régimen penológico y de ejecución penal distinta y más gravosa. Lo que habría que preguntarse es a qué responde esta tendencia legislativa, en qué se basa, dónde encuentra su fundamento y sobre todo su legitimidad.

III. METODOLOGÍA

3.1. Tipo y diseño de investigación

a) **Tipo de investigación:** Correspondió a una investigación Dogmática-Normativa y Teórica- (Solís, 2001), que permitió ampliar y profundizar conocimientos sobre el problema de investigación planteado, es decir sobre la política criminal de la criminalización de la protesta social como una expresión del derecho penal del enemigo y cómo se materializa en el código penal peruano.

b) **Tipo de diseño:** Correspondió a la denominada No Experimental (Robles, 2012, p. 34), debido a que careció de manipulación intencional de la variable independiente, además no posee grupo de control ni experimental; su finalidad es estudiar el hecho jurídico identificado en el problema después de su ocurrencia.

c) **Diseño General:** Se empleó el diseño Transversal (Hernández, 2010, p. 151), cuya finalidad fue recolectar datos del hecho jurídico en un solo momento o en un tiempo único. Su propósito es describir las variables de estudio; analizar el estado de cuestión de la misma en un momento dado.

d) **Diseño específico:** Se empleó el diseño explicativo (Ibid. p. 155), toda vez que se estudió los factores que generan situaciones problemáticas dentro de un determinado contexto y poder explicar el comportamiento de las variables de estudio del problema planteado sobre la política criminal de la criminalización de la protesta social como una expresión del derecho penal del enemigo y cómo se materializa en el código penal peruano.

3.2. Plan de recolección de la información y/o diseño estadístico

A continuación, se detallan las actividades del proceso que se seguido en la construcción de la información y/o conocimiento:

Proceso que incluye:

a) Determinación de la población o sujetos de estudio
b) Selección de la muestra
c) Diseño del instrumento
d) Aplicación del método para procesar la información

3.2.1. Población

- **Universo Físico:** Estuvo constituida por el ámbito mundial y nacional.
- **Universo Social:** La población materia de estudio se circunscribió a los juristas que han desarrollado la dogmática jurídica y a los operadores jurídicos que generado la jurisprudencia correspondiente.
- **Universo temporal:** El período de estudio correspondió al año 2017.

3.2.2. Muestra

Según el autor señalado anteriormente (Zelayaran, 2007, pp. 251- 258).

- **Tipo:** No Probabilística.
- **Técnica muestral:** Intencional.

- **Marco muestral:** Doctrina, Jurisprudencia, Normatividad.
- **Unidad de análisis:** Elementos documentales.

3.2.3. Unidad de Análisis

La unidad de análisis estuvo conformada por las fuentes documentales: Doctrina, Jurisprudencia, normatividad. Además, la unidad de análisis estuvo compuesta por:

- ✓ Unidad temática: Constituido por las variables de estudio
- ✓ Categorización del tema: En base a los indicadores se estableció las categorías de análisis.
- ✓ Unidad de registro: Documental en base al análisis de categorías e información en las fuentes del derecho, obtenidos mediante los instrumentos de recolección de datos.

3.3. Instrumentos(s) de recolección de la información

a) Para recoger la información, para validar, cuestionar y alcanzar los objetivos de la investigación se empleó la Técnica Documental, cuyos instrumentos fueron las fichas textuales, resumen y comentario, a través del cual se obtuvo información de la doctrina, con la cual se elaboró el marco teórico y la discusión.

b) También se empleó la técnica de Análisis de contenido, cuyo instrumento fue la ficha de análisis de contenido, con el cual se recojo y sistematizo la información proveniente de la jurisprudencia tanto a nivel nacional como internacional.

c) Para obtener datos y/o información de las normas jurídicas se empleó la técnica exegética, hermenéuticas, teleológica, con el cual se pudo determinar el contenido, alcances, limitaciones que presentan las normas jurídicas estudiadas.

3.4. Plan de procesamiento y análisis estadístico de la información

Para el procesamiento y análisis de los datos teóricos se empleó la técnica del análisis cualitativo (Briones, 1986, p. 43), para lograr la aprehensión de particularidades y significados aportados en la jurisprudencia y doctrina, para lo cual se empleó la argumentación jurídica para el análisis de la información. Los criterios que se siguieron en el presente proceso de investigación fueron los siguientes:

- ✓ Identificación del espacio físico donde se buscó la información.
- ✓ Identificación y registro de las fuentes de información.
- ✓ Recojo de información de la información.
- ✓ Análisis y evaluación de la información.
- ✓ Sistematización de la información.

Finalmente, los datos que se obtuvieron con los instrumentos antes indicados sirvieron para validar la hipótesis (Robles, 2014, p. 58 & Aranzamendi, 2011, pp. 112 y ss.) en base la teoría de la argumentación jurídica (Gascón & García, 2005, Alexy, 2007), debido a que el Derecho debe concebirse como argumentación (Atienza, 2006).

Partiendo que “los argumentos son las razones aducidas en la justificación de la interpretación de un texto jurídico (doctrinal o normativo)” (Huerta, 2017, p. 386). En ese sentido, se refiere a un “razonamiento mediante el cual se intenta probar o refutar una tesis, convenciendo a alguien de la verdad o falsedad de la misma” (Ferrater Mora, 1994, p. 218).

En consecuencia, la función de la argumentación en el discurso jurídico es relevante tanto en la investigación como en la toma de decisiones, por su carácter de fundamentación del significado atribuido a los enunciados normativos y las consecuencias jurídicas que de ello pueden derivarse.

IV. RESULTADOS

4.1. Los conflictos sociales y la protesta social

Según el Informe Defensorial 187 elaborada por Adjuntía para la Prevención de Conflictos Sociales y la Gobernabilidad de la Defensoría del Pueblo (2019), da cuenta de:

> **Sobre el reporte de conflictos sociales:** 184 conflictos sociales: 132 activos y 52 latentes; Casos nuevos: uno; Se resolvieron dos conflictos sociales; La mayor cantidad de conflictos sociales que se desarrollan en una sola región se ubican en los departamentos de Áncash (22 casos), Cusco (17 casos) y Loreto (15 casos); Casos en proceso de diálogo: 83 casos; Acciones colectivas de protesta: 164 y se registró 19 personas heridas (p. 1).
>
> **Sobre conflictos registrados:** 184 conflictos registrados en el mes: 132 conflictos activos (71.7%) y 52 conflictos latentes (28.3%).
>
> **Sobre hechos de violencia:** 112 casos presentaron al menos un hecho de violencia desde que iniciaron (60.9%). 51 conflictos pasaron a etapa de diálogo después de un hecho de violencia (61.4%) (p. 5).
>
> **Sobre acciones de protesta:** 164 acciones colectivas de protesta durante el mes (p. 5). (Ver: rubro 8.1. sobre acciones colectivas de protesta pp. 103-111)

Este último dato proporcionando por el informe defensorial, es de suma importancia para la presente investigación, pues nuestra con objetividad que el problema de la protesta social en nuestro país es latente y en continuó desarrollo.

De otro lado, en el informe defensorial también se aprecia el crecimiento de las acciones de protesta. La Defensoría consigna como tales a las marchas, plantones, huelgas, paros, toma de locales entre otros.

De otra parte, en el informe defensorial N° 174 (2016) la Defensoría informa que, de enero de 2006 a diciembre de 2015, se ha registrado 244 muertes y 3875 heridos a causa de conflictos sociales. Así por ejemplo en los conflictos de Bagua (2009) se registraron 15 muertos, Conga (2012) 5 muertos y Espinar (2012) 5 muertos.

Estos datos, muestran el número de fallecidos en tres de los conflictos sociales más importantes de las últimas décadas. Resulta paradójico que, a pesar de que entre los muertos se cuenten policías y civiles, las investigaciones a policías por la muerte de civiles sean archivadas en la etapa de investigación preliminar. En contraste, las investigaciones contra manifestantes y dirigentes sociales son seguidas hasta sus últimas consecuencias.

Si partimos de que esta versión antagónica de la protesta social abre un escenario de disputa por hegemonía política entre grupos dominantes y agentes de cambio, el fenómeno de la criminalización de la protesta puede ser conceptualizado como una expresión de la violencia del derecho; por ello conocer las normas vinculadas a este fenómeno y comprender sus dinámicas con

otros campos sociales resulta necesario para caracterizar con profundidad esta violencia.

4.2. Reconocimiento del derecho a la protesta social

La protesta es un derecho que se encuentra reconocido de forma implícita en la Constitución peruana de 1993 y en los tratados de derechos humanos que el Perú ha suscrito, a partir de su relación con los derechos a la libertad de expresión, a la participación y a la libertad de reunión (especialmente con este último). En un informe reciente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (2015, pp. 56-59) se ha referido a un derecho implícito a la protesta social.

Sobre la libertad de reunión (artículo 2, inciso 12 de la Constitución Política del Perú de 1993) el Tribunal Constitucional ha establecido que «puede ser definido como la facultad de toda persona de congregarse junto a otras en un lugar determinado, temporal y pacíficamente, y sin necesidad de autorización previa, con el propósito compartido de exponer y/o intercambiar libremente ideas u opiniones, defender sus intereses o acordar acciones comunes» (Exp. N° 4677-2004-PA/TC, FJ 14).

En tal sentido, aunque los elementos que configuran el derecho de reunión, determinan, sin lugar a dudas, que la libertad de expresión y la libertad de reunión, strictu sensu, gocen de un contenido constitucionalmente distinto (STC Exp. N° 0905-2001-AA), la estrecha relación reunión-manifestación, genera una singular vinculación entre ambos, al extremo de que el Tribunal Europeo de

Derechos Humanos (TEDH), ha destacado una instrumentalidad mutua, por así decirlo, "de ida y vuelta". En efecto, en el caso Rekvényi, el referido Tribunal sostuvo que "la libertad de expresión constituye uno de los medios principales que permite asegurar el disfrute efectivo del derecho a la libertad de reunión y de asociación" (Sentencia del TEDH, caso Rekvényi, del 20 de mayo de 1999, párrafo 58).

Para luego señalar, en el caso Stankov, que "la protección de las opiniones y de la libertad de expresarlas constituye uno de los objetivos de la libertad de reunión" (Sentencia del TEDH, caso Stankov, del 13 de febrero de 2003, párrafo 85).

El derecho de reunión, sin embargo, como todo derecho fundamental, no es un derecho absoluto o ilimitado. Así lo tiene expuesto el propio artículo 2° 12 de la Constitución, cuando permite a la autoridad prohibir su materialización "por motivos probados de seguridad o de sanidad públicas". Desde luego, cuáles sean esos concretos "motivos probados" o los alcances específicos de lo que deba entenderse por "seguridad pública" o "sanidad pública", deberá ser evaluado a la luz de cada caso concreto. Empero, ello no es óbice para que este Tribunal pueda desarrollar algunas pautas sobre los límites del derecho de reunión (Exp. N° 4677-2004-PA/TC, FJ 16).

A nivel internacional, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), en su artículo 21, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), en su artículo 15, reconocen el derecho a la reunión en términos semejantes.

La protesta y la libre movilización, son el ejercicio válido al derecho a manifestarse pacíficamente. El “derecho a la protesta” es relevante para la consolidación de la vida democrática de las sociedades, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos lo interpreta a partir de los artículos 13 (libertad de pensamiento y expresión) y 15 (libertad de reunión) de la Convención Americana y considera que consiste en el derecho de los ciudadanos a reunirse y manifestarse pacíficamente (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2009, párr. 254).

Asimismo, cuando nos referimos a las movilizaciones sociales, ambas dimensiones de la libertad de expresión inevitablemente se entrelazan con la libertad de reunión, de asociación y el derecho de petición. Si la libertad de expresión impacta a la comunidad, esto es, la dota de opiniones e informaciones que le permitan estar informada para ejercer sus derechos, las posibilidades de éxito de esa difusión de información se relacionan con la posibilidad de llegar al mayor número de personas (OEA, 2006, p. 129).

Por su parte Naciones Unidas (2012) en un Informe presentado ante el Consejo de Derechos Humanos ha señado que el término “reunión” abarca “manifestaciones, asambleas en el interior de locales, huelgas, procesiones, concentraciones, e incluso sentadas. De esa manera, la protesta social es una forma legítima de ejercer el derecho de reunión reconocido no solo en nuestra normativa interna sino también internacional, siempre y cuando se realicé: i) pacíficamente, ii) sin armas y iii) no afecte otros derechos fundamentales dependiendo cada caso en concreto.

4.2. Las restricciones legales y administrativas de los Estados latinoamericanos frente a la protesta social

En muchos países latinoamericanos, las protestas sociales son concebidas como aquellas que promueven las intervenciones estatales violentas, que tratan a la protesta social como si fuera una cuestión de seguridad y orden público, y no de derechos.

Las respuestas estatales que buscan restringir las protestas a través de regulaciones, de la criminalización y del uso de la fuerza afectando de manera negativa a la vida democrática, por ello, es necesario conocer cuáles son esas medidas adoptadas por los Estado para enfrentar la protesta social.

El Centro de Estudios Legales y Sociales – CELS – publico en el 2017 una investigación sobre los Estados latinoamericanos frente a la protesta social; publicación que es el resultado del trabajo colectivo de las siguientes organizaciones: Justiça Global, Brasil; Corporación Humanas, Chile; Observatorio Ciudadano, Chile; CAJAR- Colectivo de Abogados José Álvarez Restrepo, Colombia; Centro PRODH- Centro de Derechos Humanos Miguel Agustín Pro Juárez, México; Fundar- Centro de Análisis e Investigación, México; Frente por la Libertad de expresión y la protesta social, México; Codehupy- Coordinadora Derechos Humanos Paraguay, Paraguay; APRODEH- Asociación Pro Derechos Humanos, Perú; Provea- Programa Venezolano de Educación-Acción en Derechos Humanos, Venezuela; CELS- Centro de Estudios Legales y Sociales, Argentina.

Según el Centro de Estudios Legales y Sociales -CELS- (2016) considera las siguientes restricciones legales y administrativas de los Estados latinoamericanos frente a la protesta social: (Debido a la minuciosidad del texto citado, los contenidos del punto 4.2. del presente trabajo han sido tomados casi en su integridad.)

4.2.1. Penalización de acciones y conductas

Según CELS, muchas de las normas aprobadas en los últimos años intensifican la sanción de acciones o conductas relacionadas con las protestas. Este grupo de reformas implica cuestiones como: prohibir que en las protestas se realicen acciones que en otras situaciones no están prohibidas; aumentar las penas para infracciones o delitos que con frecuencia están asociados a la realización de una protesta como cortar una calle u ocupar un inmueble y crear agravantes para los delitos cuando son cometidos en una protesta, como, por ejemplo, el daño a una propiedad.

Estas reformas normativas tienen entre sus focos principales a los cortes de calles y rutas. En Venezuela una reforma al Código Penal, en 2005, estableció la ilegalidad de los cierres de calles por parte de manifestantes. En Colombia se tipificó ese delito con la “Ley de Seguridad Ciudadana” en 2011; en septiembre de 2013, el ministro de Defensa colombiano presentó un proyecto de ley para ampliar estos tipos penales.

Entre las medidas más recientes están la prohibición de conductas que antes no eran infracciones, como por ejemplo usar máscaras, y agravar las penas

cuando se cometen durante una manifestación. En Brasil, un proyecto de tipificación del delito de vandalismo pretendía aumentar considerablemente la pena para daños al patrimonio público y privado cuando ocurrieran en el marco de manifestaciones públicas. Si bien usar máscaras no es un delito, en los estados de Río de Janeiro y San Pablo fue prohibido su uso durante protestas y manifestaciones. Además de inducir a la mayor criminalización de las acciones de protesta, este tipo de normas buscan un efecto inhibidor.

4.2.2. Aviso previo

La imposición a los organizadores del deber de notificar de antemano a las autoridades el lugar, la fecha y los horarios de una protesta funciona en los hechos como límite. Con frecuencia, se intenta justificar este requisito presentándolo como un camino para ofrecer una protección mayor al ejercicio del derecho a la manifestación.

Sin embargo, muchas veces el aviso previo termina funcionando como un requerimiento de autorización encubierto. En estos casos, el procedimiento de notificación otorga a las autoridades el poder de imponer fechas y horarios y de disponer cuáles son los lugares autorizados para protestar y las condiciones para hacerlo. En algunos casos, también les da el poder de prohibir las manifestaciones y de autorizar el uso de la fuerza policial para dispersarlas si consideran que los organizadores de la protesta incumplieron las condiciones.

Este tipo de restricciones no respeta la obligación de que el derecho a la protesta se ejerza sin necesidad de autorización estatal, señalada por distintos

organismos internacionales de protección de derechos humanos (CIDH, 2015, pár. 65; ONU, 2016, pár. 21); en muchos casos, estas regulaciones también violan las constituciones nacionales.

En México, en el Distrito Federal y en Veracruz, leyes locales recientes obligan a avisar a las autoridades, sin considerar la posibilidad de que haya manifestaciones espontáneas. En Perú y en Chile se encuentran en vigor desde hace años normas que establecen procedimientos que, en la práctica, son sistemas de autorización previa. En Colombia, el recién aprobado Código Nacional de Policía establece la obligación de notificación previa de fecha, hora y recorrido de la movilización por escrito, suscrita por lo menos por tres personas.

En las favelas de Río de Janeiro, en Brasil, donde se instaló una ocupación permanente de las fuerzas militares, la situación es particularmente grave. En 2007, la Secretaría Estadual de Seguridad estableció un mecanismo de autorización previa en manos de la autoridad policial no sólo en relación con las protestas, sino también con eventos de otra naturaleza realizados en el espacio público, como las actividades culturales.

En Venezuela, en 2014 el Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) emitió una sentencia en la que considera que la protección del derecho al libre tránsito podría justificar el uso de la fuerza en manifestaciones que no hayan sido autorizadas. También han entrado en vigencia normas que prohíben protestas en determinadas zonas, como cerca de edificios públicos o en la zona céntrica de las ciudades, como ocurre en Lima y en Arequipa, Perú.

En Venezuela, desde 2002, la Ley Orgánica de Seguridad de la Nación establece “zonas de seguridad” donde están prohibidas las manifestaciones. En Paraguay, una ley de 1997 limita los horarios en los que se puede protestar en Asunción, prohíbe las reuniones de más de cincuenta personas y las manifestaciones públicas frente al Palacio de Gobierno y los cuarteles policiales y militares; y establece que las manifestaciones no pueden bloquear puentes, vías férreas, rutas o caminos públicos. En la práctica, las restricciones de horario no se aplican, las de lugar, sí.

Los cortes de calles o rutas son una forma de protesta muy difundida en toda América Latina. En distintos países se viene intentando restringirlos desde un enfoque que prioriza la circulación por sobre el derecho a protestar de los manifestantes.

En México, la ley del Distrito Federal limita el uso de ciertas vías, sin definir con claridad cuáles, y la ley del estado de Quintana Roo establece que sólo se pueden usar la mitad de los carriles. Se suelen utilizar este tipo de regulaciones para justificar la dispersión violenta y la represión a protestas sociales.

En Perú y en Chile se encuentran en vigor desde hace años normas que establecen procedimientos que, en la práctica, son sistemas de autorización previa. En Colombia, el recién aprobado Código Nacional de Policía establece la obligación de notificación previa de fecha, hora y recorrido de la movilización por escrito, suscrita por lo menos por tres personas.

4.2.3. Intervención de las Fuerzas Armadas

En algunos países se han aprobado en el último tiempo leyes que declaran el objetivo de evitar las “amenazas graves al orden público” pero que, muchas veces, surgen como reacciones del Estado a las protestas sociales. En los casos más extremos, estas normas autorizan la participación de las Fuerzas Armadas en operativos de seguridad interna, lo que deriva en una respuesta estatal más militarizada.

Es el caso de Brasil. Si bien la Constitución de ese país ya habilita la intervención de las Fuerzas Armadas en la garantía del orden público, el texto constitucional no aclara los supuestos en los que éste uso estaría permitido. A través de decretos, este rol viene siendo autorizado para un rango amplio de situaciones de seguridad interna, como la “pacificación” de las favelas y de las zonas periféricas y durante los mega-eventos deportivos, en particular para las manifestaciones y protestas en esos contextos.

En Venezuela, el Ministerio del Poder Popular para la Defensa promulgó en enero de 2015 una resolución que faculta a todos los componentes de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana a realizar tareas de control del orden público en las manifestaciones.

En Perú, un Decreto Legislativo de 2010 otorgó a las Fuerzas Armadas la potestad de apoyar a las fuerzas policiales y de considerar a los grupos sociales movilizados como “grupo hostil”; dispuso además que las prácticas represivas ilícitas se investiguen en la justicia militar.

En Paraguay, una reforma legislativa de 2013 permitió que el presidente de la República emplee a las Fuerzas Armadas en “casos de amenazas o acciones violentas contra las autoridades legítimamente constituidas que impidan el libre ejercicio de sus funciones constitucionales y legales”, una descripción abstracta que podría habilitar su aplicación en protestas.

En Brasil, el uso de las Fuerzas Armadas fue muy amplio durante los grandes eventos internacionales de fútbol en 2013 y 2014 y las olimpiadas, en 2016.

En toda la región, sin embargo, la participación de las fuerzas armadas parece ser más frecuente en las zonas rurales, periféricas o de asentamientos informales. En las favelas en Río de Janeiro, la participación de militares en los operativos realizados en el contexto de manifestaciones es consecuencia de la política de ocupación militar permanente para el “combate” al narcotráfico.

En Perú, por otra parte, en 2012, en una protesta en Cajamarca contra la imposición de un megaproyecto minero, una operación entre la policía y las Fuerzas Armadas ocasionó cinco muertes por impactos de armas de fuego.

En Colombia, si bien la Constitución diferencia las funciones policiales y militares, el contexto del conflicto armado fue utilizado para justificar la participación de fuerzas armadas en las protestas, en particular cuando el Poder Ejecutivo las acusaba de estar “motivadas” o “infiltradas” por las guerrillas. Esta presencia militar contribuye a aumentar los niveles de violencia de las respuestas

estatales a la protesta ya que las Fuerzas Armadas no están entrenadas para el uso gradual de la fuerza.

4.2.4. Leyes antiterroristas

Las leyes "antiterroristas" o la reforma de tipos penales referentes al terrorismo, que suspenden garantías procesales o generan tipos penales amplios se han extendido en muchos países de la región. La amplitud y la indefinición de estos tipos penales pueden habilitar que se los utilice para criminalizar conflictos. En general, se adoptan definiciones que involucran acciones que las hacen aplicables a las protestas, como por ejemplo el propósito de "obligar o coaccionar para realizar un acto o abstenerse de hacerlo, a (…) los órganos constitucionales o sus miembros en el ejercicio de sus funciones" (Paraguay, Ley 4024 de 2010).

En Brasil, se sancionó una "ley antiterrorista" en 2016; en años anteriores, la Ley de Seguridad Nacional, vigente desde la dictadura militar, que abarca actos "de terrorismo por inconformidad política" fue aplicada contra participantes de manifestaciones públicas. A su vez, la Ley de Organizaciones Criminales aprobada en 2013 fue modificada en 2016 para incluir también penas para grupos terroristas. En 2015, fue aplicada en una acusación del Ministerio Público del estado de Goiás contra cuatro integrantes del Movimiento Sin Tierra (MST) en el marco de una disputa de tierras y de la ocupación de una usina de caña de azúcar que según el MST posee una enorme deuda con el Estado, acumulada desde los años setenta.

En 2010, en Paraguay fue promulgada una ley “que castiga los hechos punibles de terrorismo, asociación terrorista y financiamiento del terrorismo”. Con este objetivo, la norma sanciona a quien con el fin de infundir o causar terror realice “intervenciones peligrosas en el tránsito terrestre”. El caso de Paraguay muestra cómo se logró tipificar una conducta que podría considerarse un delito menor o una simple infracción administrativa, como el corte de una vía, bajo el paraguas del delito de “terrorismo”, con una pena prevista de hasta 30 años de prisión.

En Venezuela, en abril de 2012 se aprobó la Ley Contra la Delincuencia Organizada y el Financiamiento al Terrorismo (LODOFAT) que tipifica diferentes delitos bajo los cuales se ha judicializado a personas detenidas durante manifestaciones.

En países como la Argentina, Brasil, Ecuador o México las fi guras penales de terrorismo y financiamiento del terrorismo han sido reformadas por iniciativa y presión del Grupo de Ayuda Financiera Internacional (GAFI) que incluye la adopción de normas de ese tipo, junto con las que abordan el delito de lavado de dinero, en las directrices a los países miembros. En Paraguay, la reforma fue impulsada por la Secretaría de Prevención de Lavado de Dinero.

Uno de los más graves casos de aplicación de este tipo de normas es el de Chile, donde la Ley Antiterrorista, que prevé las penas más altas del ordenamiento jurídico, opera bajo normas procesales que no se adecuan a los estándares de derechos humanos, como el uso de testigos de la acusación anónimos o “sin rostro” y la extensión de la detención preventiva.

En una sentencia sobre el uso de esta ley en contra de referentes del pueblo mapuche, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2014, Caso, Norín Catrimán y otros) concluyó que esta norma vulnera garantías procesales básicas como la presunción de inocencia y el derecho a responder en libertad, además de que su aplicación se basaba en estereotipos y prejuicios relacionados al origen étnico de los involucrados.

4.2.5. Detenciones masivas, arbitrarias y violentas

Las detenciones masivas, arbitrarias y violentas son una de las respuestas frecuentes del Estado a las protestas sociales. En algunos países, la cantidad de detenidos es enorme. Por ejemplo, en los últimos años en México, Colombia y Brasil, ha habido protestas en las que en unas pocas horas fueron arrestadas cientos de personas.

Al mismo tiempo, las detenciones también suelen caracterizarse por su violencia: la utilización del bastón policial (tonfa) y los golpes y patadas son prácticas repetidas. Las detenciones no suelen seguir un patrón ni estar planificadas. En algunos casos, como táctica para disolver la protesta los integrantes de las fuerzas de seguridad detienen a quienes están más cerca de ellos o a quienes pueden rodear; también suele haber arrestos luego de que la protesta ya se haya dispersado o en las calles aledañas.

En otros casos, las detenciones se realizan con criterios discriminatorios. Así se observa, por ejemplo, en una grabación de radiocomunicaciones que registra a un policía mexicano ordenando arrestar a “todos esos jovencitos con mochila, esos son los vándalos, detener a quienes tuvieran mochila”.

En diferentes países se han denunciado detenciones que violan preceptos constitucionales y legales como los plazos procesales, que incumplen la obligación de poner a los detenidos a disposición del Ministerio Público y de ser controladas por el Poder Judicial.

En Brasil las formas más utilizadas para justificar las detenciones son la "conducción coercitiva para averiguación", una fi gura genérica que permite a la policía requisar y detener por desacato y en flagrancia, muchas veces con base en evidencia fraguada.

En Chile, observadores del Instituto Nacional de Derechos Humanos han detectado que, aunque los protocolos que regulan la actuación de Carabineros ordenan poner en libertad a los menores de 17 años sin exigir la presencia de un adulto responsable, los agentes policiales siguen exigiendo esta condición para liberarlos.

En Colombia, la figura de "retención por protección", establecida en el Código Nacional de Policía, permite la detención de personas con alteración emocional sin orden judicial; esta norma fue utilizada contra jóvenes en las protestas del 1 de mayo de 2013.

4.2.6. Normas de bajo rango y ausencia de controles

Ante el aumento de las protestas sociales, diversas iniciativas legislativas buscaron limitar y, en algunos casos, criminalizar el ejercicio de la protesta, pero omitieron, en la mayoría de los países, regular la actuación policial. Prácticamente no existen en América Latina leyes que establezcan normas de uso de la fuerza.

En muchos casos, las resoluciones y decretos existentes, emitidos por los poderes ejecutivos, no son ni siquiera adoptados por la autoridad civil y política, sino solamente por las fuerzas policiales, quienes además se auto supervisan. En Brasil, la única norma vigente que establece criterios para la actuación policial en el contexto de manifestaciones es una resolución del Consejo de Defensa de los Derechos Humanos (CDDPH) de 2013.

Aunque establece los principios de no violencia, diálogo y la garantía de derechos como paradigma para la acción policial durante protestas y desalojos, la norma no tiene efecto vinculante para los órganos de seguridad pública.

En la Argentina, el proceso de institucionalización de los "Criterios Mínimos" fue interrumpido y no llegaron a tener carácter de ley ni dieron lugar a protocolos específicos de actuación de las fuerzas federales. En las jurisdicciones provinciales el impacto de los criterios sobre las prácticas policiales fue muy reducido.

4.2.7. Principios mínimos demasiado imprecisos

En algunos casos hubo avances en la incorporación de principios mínimos de uso de la fuerza al ordenamiento jurídico que no han tenido gran impacto sobre las prácticas de las fuerzas de seguridad.

Es el caso de Perú, donde el Decreto Legislativo 1186, adoptado en agosto 2015, puso fin al vacío legal e incorporó los principios de uso de la fuerza, la gradualidad y excepcionalidad en el empleo de armas letales, las acciones posteriores de los agentes de las fuerzas policiales -brindar asistencia médica,

comunicar los sucesos a los familiares de heridos o fallecidos, presentar un informe de los hechos a la unidad policial de procedencia- y los derechos y responsabilidades. Sin embargo, la norma permite el uso del arma letal en una "reunión tumultuaria violenta" sin detallar en qué condiciones estaría permitido.

El uso excesivo de la fuerza letal continuó luego del decreto: un mes después de su entrada en vigencia, las fuerzas policiales ejecutaron a tres comuneros que formaban parte de una masiva protesta contra el campamento minero Las Bambas, ubicado en la región andina de Apurímac.

En otros países se adoptaron nuevos protocolos para las protestas sociales que regulan de manera permisiva el uso de la fuerza. En México, legislaturas locales aprobaron normas que otorgan facultades amplias e imprecisas a las autoridades encargadas de la seguridad para que hagan uso de la fuerza pública e incluso disuelvan manifestaciones invocando supuestos ambiguos y vagos como "tranquilidad, seguridad ciudadana, orden y paz pública".

En el caso más grave, el de Puebla, una norma aprobada en mayo de 2014 permite el uso de armas letales en contexto de manifestaciones. El artículo 44 de la referida ley establece el uso de las armas como medida de legítima defensa, para repeler agresiones, para preservar la vida o evitar afectaciones a la integridad física graves de los policías o de terceros.

4.2.8. Criterios poco claros para la dispersión de las protestas

Los marcos regulatorios comparten como característica la ausencia de criterios claros para habilitar la dispersión de manifestaciones y la forma en la

que puede realizarse. A ello se suma la falta de controles y de evaluaciones posteriores: los agentes policiales no suelen ser sancionados por dar o ejecutar una orden de dispersión que no haya respetado la regulación en el caso de que la haya o que haya tenido consecuencias negativas para la vida o la integridad de los manifestantes.

En Venezuela, por ejemplo, una decisión del Tribunal Supremo de Justicia (STJ) en 2014 señaló que "cualquier concentración, manifestación o reunión pública que no cuente con el aval previo (…) podrá dar lugar a que los cuerpos policiales y de seguridad en el control del orden público a los fines de asegurar el derecho al libre tránsito y otros derechos constitucionales (…), actúen dispersando dichas concentraciones con el uso de los mecanismos más adecuados para ello". En este caso puede verse cómo los mecanismos administrativos de aviso previo se utilizan para justificar la dispersión violenta.

Otra característica común de las regulaciones sobre el uso de la fuerza en la región se vincula con la caracterización de las manifestaciones como "pacíficas" o "violentas" y las distintas acciones policiales que se permiten en cada caso. Un caso grave es el del protocolo que regula el uso de la fuerza en el Distrito Federal de México que permite la disolución de manifestaciones en función del "estado de agresividad" de quienes se manifiestan. Las fuerzas de seguridad pública actúan, en estos casos, sin distinguir una manifestación pacífica de actos de violencia aislados, en ocasiones agrediendo incluso a personas que no se estaban manifestando.

También en Chile los protocolos de actuación policial de Carabineros distinguen entre marchas autorizadas, consideradas lícitas, y no autorizadas, consideradas ilícitas y que habilitan la intervención policial. Las manifestaciones espontáneas, a su vez, están sujetas a la discrecionalidad de la autoridad policial, que determinará sus acciones con criterios como la "tranquilidad", "seguridad" y "respeto a la autoridad policial".

En Colombia, el nuevo Código Nacional de Policía establece que "toda reunión y manifestación que cause alteraciones a la convivencia podrá ser disuelta" (Artículo 53 del Código Nacional de Policía y Convivencia, Ley 1801del 2016), criterio bastante amplio que legitima la práctica generalizada de disolución de las manifestaciones por parte del Escuadrón Móvil Antidisturbios.

4.2.9. ¿De qué se acusa a quienes protestan?

Es común que el ejercicio del derecho a la protesta sea judicializado a través de figuras que existen en los códigos penales. En estos casos los manifestantes no suelen quedar detenidos durante mucho tiempo, aunque se ha llegado a aplicar prisión preventiva.

En otras situaciones, se aplican tipos penales que establecen penas más altas como la usurpación. En los casos más graves, se han aplicado tipos penales para los cuales están previstas algunas de las penas más altas del ordenamiento jurídico, como asociación ilícita, secuestro, extorsión y terrorismo.

Las principales figuras penales aplicadas por los diversos Estados en Latinoamérica son:

A. Obstrucción de vías públicas

En Perú, el Congreso durante los mandatos presidenciales de Alejandro Toledo y de Alan García, elevó las penas para las acciones colectivas de protesta que se desplazan por las vías públicas: el delito de entorpecimiento del funcionamiento de servicios públicos de transporte pasó de una pena máxima de cuatro años a una de seis en 2006 y de 8 ocho en 2010. Esta reforma, al subir las penas, habilitó la posibilidad de prisión preventiva. Como casi todas las protestas ocupan el espacio público estas normas son invocadas con frecuencia por los funcionarios judiciales.

En Venezuela, el tipo penal que se aplica a los cortes de la circulación establece que debe existir el objetivo de "preparar el peligro de un siniestro". Sin embargo, este artículo del Código Penal es utilizado por el Ministerio Público para criminalizar las protestas que utilizan el corte como estrategia, aunque no haya tal propósito.

También en Colombia el delito de obstrucción de vías públicas es usado para iniciar causas penales contra manifestantes. En marzo de 2013, 77 personas fueron detenidas y 11 de ellas procesadas, acusadas de este delito, por participar en protestas en Valle de Toledo que se oponían a la construcción de una represa. En julio de 2013, la fiscalía imputó a 70 personas que participaban de un paro minero en la vía Cali por "perturbación al servicio de transporte público".

En Paraguay, a la dirigente campesina Maguiorina Balbuena se le inició una causa por cortar una ruta en protesta por la destitución del entonces presidente

Fernando Lugo aplicando el artículo 218 del Código Penal paraguayo sobre "intervenciones peligrosas en el tránsito terrestre".

B. Resistencia a la autoridad, ultrajes y desacato

En Paraguay, el tipo penal de resistencia a la autoridad es utilizado constantemente por la Policía y el Ministerio Público. Como el delito consiste en "resistir o agredir físicamente a un funcionario u otra persona encargada oficialmente de ejecutar leyes, decretos, sentencias, disposiciones judiciales o resoluciones, y estuviere actuando en el ejercicio de sus funciones" se lo utiliza contra los manifestantes cuando reaccionan a las detenciones arbitrarias o violentas.

En Brasil sigue vigente en el Código Penal el delito de desacato, considerado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como incompatible con la Convención Americana. Este tipo penal se aplica de forma indiscriminada y es utilizado con frecuencia como respuesta a reclamos verbales a la actuación de los agentes policiales cuando interpelan a los manifestantes. Muchas veces este delito se aplica junto con otros delitos como el de amenaza, el de resistencia y el de desobediencia.

En numerosos casos, manifestantes han sido detenidos acusados de desacato por haber denunciado el accionar violento o ilegal de policías. En otras situaciones, la policía ha dado órdenes abusivas, como obligar a los manifestantes a quedarse parados en una misma posición durante una gran cantidad de tiempo amenazándolos con denunciarlos por desacato si las incumplían.

En México ocurre algo similar con la aplicación del delito de ultrajes a la autoridad. En marzo de 2016 la Suprema Corte de Justicia de ese país declaró inconstitucional este artículo del Código Penal; sin embargo, el tipo penal se mantiene y sigue siendo utilizado en contra de personas que se manifiestan.

C. Perturbación a la paz y al orden público

En Paraguay, uno de los tipos penales más utilizados en las ciudades es el de perturbación de la paz pública que busca castigar a quienes realicen o instiguen a cometer "hechos violentos". Además, también se sanciona la conducta de "aumentar la disposición" de otros manifestantes a cometer hechos violentos. A partir de la vaguedad de todas estas definiciones, el Ministerio Público y el Poder Judicial interpretan esta fi gura de una manera muy amplia, en detrimento del ejercicio del derecho a la manifestación.

En México, el 1-12-2012, en una jornada de protestas en contra del presidente Enrique Peña Nieto, se les imputó el delito de ataques a la paz pública a decenas de personas que fueron detenidas de forma arbitraria. En 2014, en las manifestaciones ocurridas en la Ciudad de México el 20-11-15 manifestantes fueron detenidos y remitidos al Ministerio Público, que les imputó los delitos de "ataques a la paz pública" y de "posesión de objetos aptos para agredir".

En Chile, tres distintas tipificaciones de "desorden público" lo definen como falta, hasta 5 años de privación de libertad, o como delito, con penas de hasta 10 años. Esta situación posibilita que los agentes públicos decidan con discrecionalidad cómo categorizar las conductas de los manifestantes.

D. Invasión de inmueble y usurpación

La ocupación de inmuebles suele ser una estrategia para demandar por el derecho a la vivienda o reclamar el uso social de una propiedad. En ese sentido, la ocupación de un edificio o terreno y la resistencia a un desalojo son formas de protesta.

Es frecuente que los participantes de este tipo de conflictos en ámbitos urbanos y rurales sean acusados del delito de usurpación y deban atravesar largos procesos penales. Un ejemplo paradigmático es el de Paraguay: a los líderes o referentes comunitarios de las comunidades campesinas desalojadas se los suele investigar por "invasión de inmueble".

Originalmente, el tipo penal exigía que las personas "se instalaran" en el inmueble, y la pena prevista era de un máximo de 2 años de prisión. En 2008 se realizó una modificación que habilitó la persecución penal desde el momento que alguien ingresa al inmueble y agrava la pena si lo hace "con el objeto de instalarse". De esta manera, se amplió su uso en la criminalización del movimiento campesino.

E. Instigación a delinquir y asociación criminal

La asociación criminal y la instigación se han aplicado en distintos países de la región a manifestantes o líderes sociales a raíz de protestas, huelgas u ocupaciones. En Venezuela, se condenó por varios delitos al secretario general del sindicato de una empresa estatal, Rubén González, tras liderar una huelga, incluido el de instigación a delinquir.

En México, luego de las manifestaciones del 20 de noviembre de 2014 por la desaparición de los estudiantes en Ayotzinapa, la Subprocuraduría Especializada en Investigación de Delincuencia Organizada inició una acción penal contra 11 jóvenes, en su mayoría estudiantes, y los acusó de asociación delictuosa; estuvieron 10 días privados de su libertad en centros de reclusión de máxima seguridad.

En Paraguay, en el caso de la Masacre de Curuguaty, se imputó a los campesinos por asociación criminal. Según la acusación, la comisión creada para solicitar la adjudicación de las tierras se formó para cometer delitos, aunque en Paraguay las comisiones vecinales son un requisito administrativo para reivindicar la entrega de tierras al Instituto Nacional de Desarrollo Rural y de la Tierra.

En Perú, entre mayo y junio de 2015, el Ministerio Público inició investigaciones por el delito de asociación ilícita para delinquir y lavado de activos a dirigentes y autoridades locales de Valle del Tambo en Arequipa que protestaron contra un proyecto minero de la empresa transnacional Southern Perú, con la hipótesis de que las organizaciones sociales que promueven las protestas son medios de comisión de delitos, y que el financiamiento de las protestas tenía un origen ilegal.

También en Brasil la fi gura de la asociación criminal se utiliza para la criminalización de la protesta. El uso de este tipo penal fue particularmente intenso en un acto de profesores de Río de Janeiro en octubre de 2013, cuando

190 personas fueron detenidas y a 84 se les decretó prisión preventiva por "asociación criminal". El delito era haber participado de la protesta.

En 2014, durante el mundial de fútbol, 19 manifestantes fueron detenidos bajo la acusación de "asociación criminal armada" por la mera posibilidad de que fueran a realizar actos de violencia: a partir de la vigilancia de quienes planificaban protestas, una jueza concluyó que había "serios indicios de que se están planificando actos de extrema violencia" y que era "necesaria la acción policial para impedir la consumación de este objetivo".

F. Extorsión

En Perú, el delito de extorsión abarca la ocupación de locales, la obstaculización de vías de comunicación y de calles y la perturbación del funcionamiento de los servicios públicos para obtener "cualquier benefi cio o ventaja" de las autoridades. Esta figura tiene una pena de prisión de entre 5 y 10 años que puede llegar hasta los 25 años si participan del hecho dos o más personas.

Este tipo penal ampliado se usa recurrentemente cuando se inician detenciones policiales o investigaciones fiscales. Su imprecisión permite que cualquier acto de protesta que obstaculice vías de comunicación o altere el desplazamiento del tránsito sea perseguido penalmente. La finalidad de obtener una ventaja de "cualquier índole" supone la posibilidad de imputar el delito a quienes protestan para reivindicar demandas o derechos. El tipo penal de extorsión contiene además sanciones a los funcionarios públicos que participen en huelgas.

De manera semejante, en Paraguay, durante las manifestaciones realizadas por comunidades campesinas, es común la aplicación de los tipos penales de coacción y coacción grave que sancionan la conducta de "constreñir gravemente" a otro a "hacer, no hacer o tolerar lo que no quiera". Cuando se realiza "mediante amenaza con peligro a la vida o integridad física" se agrava la pena.

El Ministerio Público aplica esta figura a la acción de no dejar ingresar a personas a un predio o bloquear una calle. A estos tipos penales se le suma muchas veces el tipo penal de "amenazas de hechos punibles", aplicado por ejemplo en casos en los que una comunidad amenaza con parar unas fumigaciones o exige el cumplimiento de normativas ambientales.

4.3. La "política criminal" de criminalización de protesta social en el código penal peruano

Según García León (2016). "*La "política criminal" de criminalización de protesta social en el código penal peruano"*. (pp. 99-111). Debido a la minuciosidad del texto citado, los contenidos del punto 4.3. del presente trabajo han sido tomados en su integridad, respetando las fuentes citadas por el autor.

La política criminal es entendida como un sector de la política que guarda relación con la forma de tratar a la delincuencia; este sector comprende un conjunto de criterios empleados o a emplear en el tratamiento de la criminalidad.

Además, se concibe que la política criminal tiene como misión básica: la valoración crítica, la creación, y modificación del Derecho Penal, e incluso la

contribución a su elaboración dogmática. Es importante resaltar que se la entiende también como aspecto del control penal que tiene relación con el poder del Estado para caracterizar un conflicto social como criterio criminal, pues se ocupa de cómo deba conformarse el Derecho Penal para cumplir mejor su misión de proteger a la sociedad (Jescheck, 1993, p. 18).

4.3.1. Regulación en la parte general del Código Penal

4.3.1.1. Inimputabilidad de policías y militares

Mediante el Decreto Legislativo N° 982, de fecha 21 de julio de 2007, se agregó en el inciso 11 del artículo 20 del Código Penal, considerándolo bajo el subtítulo de inimputabilidad, los siguientes términos: está exento de responsabilidad penal: "El personal de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional que, en el cumplimiento de su deber y uso de sus armas en forma reglamentaria, cause lesiones o muerte".

Esta norma se dio en el contexto de un conjunto de sucesos en los que los miembros del orden realizaron excesos en los que lamentablemente se derramó mucha sangre inocente, por mencionar solo algunos casos: La muerte de un balazo en la espalda del joven agricultor Marvin Gonzáles, quien protestaba en un paro departamental (Puno, abril 2007), también la muerte de un grupo de mineros que reclamaban por los abusos de la empresa Casapalca (Lima, junio 2007). Así mismo, la muerte del campesino Julián Altamirano cuando protestaba contra la postergación del gobierno (Apurímac, julio 2007).

Esta regulación tuvo efectos negativos, pues, por un lado, infundió en ciertos miembros de la Policía Nacional la idea de que la modificación introducida los faculta a utilizar libremente su arma reglamentaria o que los protege tras su uso, y de otro, se afirma que no procesa-ron a nadie hasta la fecha, y no se conocen de investigaciones fiscales en curso contra efectivos policiales que utilizaron sus armas contra manifestantes ocasionándoles la muerte (Gamarra, 2010, p. 192).

Un caso emblemático vinculado a la emisión de la norma en comentario lo fue el caso del "sentenciado por no matar", en el que el Tribunal Militar- Policial condenó a 18 meses de prisión condicional al general Alberto Jordán Brignole, quien se desempeñaba como jefe de la XI Dirección Territorial Policial, y que en junio de 2008 fue tomado como rehén en el "Moqueguazo" junto a otros 60 efectivos policiales por los huelguistas, al no cumplir la orden de sus superiores de desalojar el puente, pues según afirmó a los medios de comunicación, se encontraba en gran inferioridad numérica, y si se cumplía la orden hubiese ocurrido una masacre.

4.3.2. Regulación en la parte especial del Código Penal

4.3.2.1. Delito de entorpecimiento al funcionamiento de servicios públicos

Este delito está regulado en el artículo 283 de Nuestro Código Penal, que originariamente prescribía: "El que, sin crear una situación de peligro común, impide, estorba o entorpece el normal

funcionamiento de los transportes, o servicios públicos de comunicación, o provisión de aguas, electricidad o de sustancias energéticas similares, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años".

Posteriormente con fecha 18 de marzo de 2002, se emitió la Ley N° 27686 que incorpora un segundo párrafo al artículo que completa este delito, el cual señala que: "En los casos en que el agente actúe con violencia y atente contra la integridad física de las personas o cause grave daño a la propiedad pública o privada, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de seis años. Luego con fecha 21 de julio de 2006, con la dación de la Ley N° 28820 se incrementó la pena privativa de libertad del segundo párrafo de este delito en una escala no menor de seis años y no mayor de ocho años.

El contexto de la dación de la Ley N° 27686, se dio sin duda con el denominado "Arequipazo", que consistió en seis jomadas de lucha en las calles del Frente Amplio Cívico de Arequipa, una huelga de hambre del alcalde de Arequipa por la privatización de una empresa eléctrica que traería consigo despidos de trabajadores y aumento de tarifas. Esta jornada de lucha del pueblo arequipeño se extendió a Puno, Moquegua y Tacna; Arequipa fue declarada en emergencia y en ese contexto se produjo la muerte de dos estudiantes y más de 200 heridos.

En el año 2006 con la dación de la Ley N° 28820, también encontramos que el contexto de la emisión de aquella se dio en el marco

de las protestas, y estas fueron dirigidas ante la posible firma del TLC de Perú con Estados Unidos.

4.3.2.2. Delito de disturbios

La redacción original del delito de disturbios, es la siguiente: "Artículo 315.- El que toma parte en una reunión tumultuaria, en la que se haya cometido colectivamente violencia contra las personas o contra las propiedades, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años si la provocación es para cometer delito contra la seguridad o tranquilidad públicas, la pena será no menor de tres ni mayor de seis años".

La Ley N° 27686, modificó la redacción del delito de disturbios así: "Artículo 315.- El que en una reunión tumultuaria atente contra la integridad física de las personas y/o mediante violencia cause grave daño a la propiedad pública o privada será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ni mayor de seis años".

Luego, mediante la Ley N° 28820, el tipo penal de disturbios seria modificado en el primer párrafo en el extremo punitivo, esto es, una pena no menor de seis y no mayor de ocho años.

Así mismo, se incorporó un segundo párrafo que reza: "En los casos en que el agente utilice indebidamente prendas o símbolos distintivos de las Fuerzas Armadas o de la Policía del Perú, la pena privativa de la libertad será no menor de 8 años ni mayor de diez años".

En líneas anteriores se visualizó el de la emisión de las Leyes 27686 y 28820, en las que el Estado se encontraba acorralado las protestas sociales que reclamaban la postergación del Estado, el incumplimiento de las promesas electorales y la hasta hoy preocupante inclusión social; pero este tipo penal de disturbios agrega un ingrediente interesante en el segundo párrafo que es la agravante cuando el agente utilice indebidamente prendas o símbolos distintivos de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional del Perú, esta figura encierra una consecuencia peligrosa, pues los únicos que pueden usar debida o indebidamente símbolos distintivos de las FF.AA. y PNP, serían ellos mismos.

Este párrafo sería al fin de cuentas un instrumento para desanimar y callar los conocidos intentos de la Policía Nacional del Perú de realizar huelgas ante la penosa situación en que se encuentran. Así también, los alzamientos de los militares, una cuestión que no es para nada ajena a la historia presidencial de nuestro país, pues incluso el ex presidente Ollanta Húmala, que apareció en la política gracias al levantamiento de Locumba en 2000.

4.3.2.3. Delito de apología pública al delito

La redacción se encuentra en el artículo 316 y se lee: “El que, públicamente, hace apología de un delito o de la persona que haya sido condenada como su autor o partícipe, será reprimido con pena privativa de libertad no menor ni mayor de cuatro años (...). Si la apología se hace

contra la seguridad y tranquilidad pública, contra el Estado y la defensa nacional o contra los poderes del Estado y el orden constitucional, la pena será no menor de cuatro ni mayor de seis años**".**

Con fecha 20 de febrero de 2003, el artículo 1 del Decreto Legislativo N° 924, incorporaría al delito de apología el siguiente párrafo: "Si la apología se hace del delito de terrorismo o de la persona que haya sido condenada como su autor o partícipe, la pena no será menor de seis ni mayor de doce años. Además, se le impondrá el máximo de la pena de multa previsto en el artículo 42 e inhabilitación conforme a los incisos 2, 4 y 8 el artículo 36 del Código Penal".

Finalmente, el Decreto Legislativo N° 882 de fecha 22 de julio de 2007, incorporaría como primer párrafo de este delito lo siguiente: "Si la apología se hace del delito previsto en los artículos 152 al 153- A, 200, 273 al 279-D, 296 al 298, 315, 317, 318-A,325 al 333; 346 al 350 o en la Ley N° 27765, Ley Penal contra el Lavado de Activos o de la persona que haya sido condenada como su autor o partícipe, la pena será no menor de cuatro ni mayor de seis años, doscientos cincuenta días multa e inhabilitación conforme a los incisos 2 y 4 y 8 del artículo 36 del Código Penal".

El delito de apología tiene un claro matiz político. Si nosotros anteriormente bosquejábamos el contexto político de los delitos de entorpecimiento a servicios públicos y de disturbios; aquí encontramos

precisamente otro delito que penaliza la defensa o elogio a las manifestaciones de protesta social, que, dicho sea de paso, ya se encuentran penalizadas.

4.3.2.4. Delito de asociación para delinquir

La redacción original del artículo 317, es la que sigue: "El que forma parte de una agrupación de dos o más personas destinada a cometer delitos por el solo hecho, de ser miembro de la agrupación, con pena privativa de la libertad no menor de tres ni mayor de seis años (...). Cuando la agrupación esté destinada a cometer los delitos de genocidio contra la seguridad y tranquilidad públicas, contra el Estado y la defensa Nacional o contra los poderes del Estado y el Orden Constitucional, la pena será no menor de ocho años, de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días- multa e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1, 2 y 4".

Con el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 987, del 22 de julio de 2007, se incorpora a este delito en muy similares términos que el delito de apología (artículo 316 Código Penal), "[cuando la organización esté destinada a cometer los delitos previstos en los artículos 152 al 15 3-A, 200,273 al 279-D, 296 al 298, 315,317, 318- A, 325 al 333; 346 al 350 o en la Ley N° 27765 (Ley Penal contra el Lavado de Activos), la pena será no menor de ocho ni mayor de quince años, de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa e inhabilitación conforme al artículo 35 incisos 1, 2 y 4, imponiéndose además, de ser el caso, las

consecuencias accesorias del artículo 105 numerales 2) y 4), debiéndose dictar las medidas cautelares para garantizar dicho fin".

Nuevamente encontramos que la regulación curiosamente parecida casi en su integridad a la incorporada en el delito de apología, otra vez muestra la persecución de delitos con la tranquilidad pública, que son pues, los delitos de justificación para la intervención punitiva estatal, para criminalizar la protesta social.

4.3.2.5. Delito de terrorismo

El delito de terrorismo se encontraba regulado en el artículo 319 del Código Penal y su redacción era la siguiente: "El que provoca, crea o mantiene en un estado de zozobra, alarma o terror a la población o en un sector de ella, realizando actos contra la vida, el cuerpo, la salud, la libertad, la seguridad personal o la integridad física de las personas, o contra el patrimonio de estas, contra la seguridad de los edificios públicos, vías o medios de comunicación o de transporte de cualquier índole, torres de energía o de transmisión, instalaciones motrices o cualquier otro bien o servicio, empelando para tales efectos métodos violentos, armamentos, materias o artefactos explosivos o cualquier otro medio capaz de causar estragos o grave perturbación de la tranquilidad pública o afectar las relaciones internacionales o la seguridad social o estatal, será reprimido con pena privativa libertad no menor de diez años".

Luego, en el artículo 2 del Decreto Ley N° 25475, el tipo penal aumentaría el extremo mínimo de la pena que sería no menor de 20 años, así mismo solo haría una modificación en las últimas líneas del tipo respecto a la afectación de la seguridad social, se modificó por seguridad de la sociedad.

La tipificación ambigua, vaga y compleja de este delito, cobró una de sus víctimas, en un caso que generó la indignación del pueblo peruano, cuando fue capturada la estudiante de Administración de Empresas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Melissa Patiño, quien viajó a Quito, Ecuador, para participar del público segundo encuentro de la Coordinadora Continental Bolivariana, solo en representación del director del programa radial en el que laboraba; ella fue capturada al cruzar la frontera con Ecuador, acusada de terrorista, pues se le acusó de reunirse para sabotear las cumbre de jefes de Estado que estaba preparando el Perú, esta medida justamente coincidió con los escandalosos actos de corrupción del Ministerio del Interior.

4.3.2.6. Delito de extorsión

Este delito se encuentra tipificado en el artículo 200, cuya redacción original es: “El que mediante violencia amenaza, o manteniendo en rehén a una persona, obliga a esta o a otra a otorgar al agente o a un tercero una ventaja económica indebida, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de seis ni mayor de doce años. La pena será privativa de libertad no menor de doce ni mayor de veinte años”.

Mediante la Ley N° 28353, de fecha 6 de octubre de 2004, se incorporaría un párrafo que dice: “La pena será no menor de veinticinco años si el rehén es menor de edad o sufre lesiones graves en su integridad física o mental. La pena será privativa de libertad no menor de veinticinco ni mayor de treinta años y cinco años si el rehén fallece durante o a consecuencia de dicho acto”.

Asimismo, la Ley N° 28760, de fecha 14 de junio de 2006 agravaría la pena a cadena perpetua del párrafo incorporado por la Ley N° 28353, incorporando otros supuestos como el mayor de sesenta y cinco años o discapacitado o si la víctima sufre lesiones en su integridad física o mental, o si fallece a consecuencia de dicho acto”.

Pero la modificación más polémica ha sido la dada por el artículo 2 de; Decreto Legislativo N" 982, del 22 de julio de 2007, en los términos siguientes: “El que mediante violencia o amenaza obliga a una persona o a una institución pública o privada a otorgar al agente o a un tercero una ventaja económica indebida u otra ventaja de cualquier otra índole, será reprimido con pena privativa de libertad menor de diez ni mayor de quince años (...). La misma pena se aplicará al que, con la finalidad de contribuir a la comisión de la extorsión, suministra información que haya conocido por razón o con ocasión de sus funciones, cargo u oficio o proporciona deliberadamente los medios para perpetración del delito (...). El que mediante violencia o amenaza toma locales, obstaculiza vías de comunicación: o impide el libre

tránsito de la ciudadanía o perturba el normal funcionamiento de los servicios públicos o la ejecución de obras legalmente autorizadas, con el objeto de obtener cualquier beneficio o ventaja económica o de cualquier otra índole, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años (...). El funcionario con poder de decisión o el que desempeña cargo de confianza o de dirección que contraviniendo lo establecido en el artículo 42 de la Constitución Política del Perú, participe en una huelga con el objeto de obtener para sí o para terceros cualquier beneficio o ventaja económica indebida u otra ventaja de cualquier otra índole, será sancionado con inhabilitación conforme a los incisos 1) y 2) del artículo 36 del Código Penal".

Como bien se ha señalado en el texto Serios peligros para los Derechos Humanos. Los 11 decretos Gobierno de Alan García, esta modificación aparece como una constante dada en gobiernos anteriores como el de Alberto Fujimori Alejandro Toledo, pero es en el de Alan García donde se cristalizan estos dispositivos lesivos de los derechos fundamentales, pues se dan debido a la persistencia de las protestas que adquieren carácter departamental y regional, que muestran el descontento generalizado por la exclusión y el abandono, en una época que aumentaba aún más a desaprobación del presidente (Ardito, Peñafiel, & Pinedo, 2007, pp. 8-9).

4.4. La protesta social en el sistema interamericano de derechos humanos

La Corte Interamericana no ha emitido pronunciado en forma directa sobre la protesta social; sin embargo, brinda algunos alcances sobre este tema al analizar algunos derechos conexos con este, como el derecho a la libertad de expresión, libertad de tránsito, libertad de reunión entre otros.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha efectuado algunas precisiones sobre el derecho a la libertad de expresión, que pueden interpretarse de manera analógica para del derecho de protesta social, indicando que: "es la ley la que debe establecer las restricciones a la libertad de información". En este sentido, cualquier limitación o restricción debe estar prevista en la ley, tanto en sentido formal como material. Ahora bien, "si la restricción o limitación proviene del derecho penal, es preciso observar los estrictos requerimientos característicos de la tipificación penal para satisfacer en este ámbito el principio de legalidad" (Corte IDH., Caso Kimel Vs. Argentina. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177, párr. 63).

Asimismo: "La Corte no estima contraria a la Convención cualquier medida penal a propósito de la expresión de informaciones u opiniones, pero esta posibilidad se debe analizar con especial cautela, ponderando al respecto la extrema gravedad de la conducta desplegada por el emisor de aquéllas, el dolo con que actuó, las características del daño injustamente causado y otros datos que pongan de manifiesto la absoluta necesidad de utilizar, en forma verdaderamente excepcional, medidas penales. En todo momento la carga de la prueba debe recaer en quien formula la acusación. En este orden de

consideraciones, la Corte observa los movimientos en la jurisprudencia de otros Tribunales encaminados a promover, con racionalidad y equilibrio, la protección que merecen los derechos en aparente pugna, sin mellar las garantías que requiere la libre expresión como baluarte del régimen democrático (Ibídem, párr. 78).

En tal sentido podemos afirmar que, existiendo conexión entre el derecho de la libertad de expresión con el derecho a la protesta social, por ser el primero el medio que usa la sociedad para expresar su disconformidad con los sistemas de gobierno junto con el derecho a la libertad de reunión y de libre tránsito generando las manifestaciones en las vías públicas. Teniendo esto en cuenta y lo señalado por la Corte y bajo el principio de interpretación de la analogía del derecho podemos afirmar que cualquier restricción al derecho de protesta debe ser establecida por Ley y efectuarse solo bajo el principio de lesividad, es decir cuando efectivamente la protesta vulnere derechos fundamentales de otros ciudadanos. Es por ello que la Corte, precisa que en caso de las restricciones a este derecho vengan a través del derecho penal también debe respetarse el principio de legalidad, el cual establece que la norma penal debe ser clara y precisa sin dejar lugar a dudas en su interpretación.

Uno de los motivos fundamentales para criminalizar la protesta social se sustenta en la pretendida protección del llamado “orden público” que el Estado peruano no lo define de manera clara, por lo que sirve para justificar cualquier medida incluyendo la protesta social; sin embargo, la Corte Interamericana sobre este tema ha señalado que: “No escapa a la Corte, sin embargo, la dificultad de

precisar de modo unívoco los conceptos de " orden público " y " bien común ", ni que ambos conceptos pueden ser usados tanto para afirmar los derechos de la persona frente al poder público, como para justificar limitaciones a esos derechos en nombre de los intereses colectivos. A este respecto debe subrayarse que de ninguna manera podrían invocarse el " orden público " o el " bien común " como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real (ver el art. 29.a) de la Convención). Esos conceptos, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las " justas exigencias " de " una sociedad democrática " que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención" (Corte IDH, La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, Serie A No. 5, párr. 67).

Si bien como se ha indicado la Corte no se ha señalado de manera expresa sobre el derecho de protesta, pero si sobre la protección de derecho conexo a este, no es ese el caso de la relatoría de la Corte Interamericana de Derecho Humanos, ente que si ha admitido un pronunciamiento indicado que: "La Relatoría entiende que resulta en principio inadmisible la penalización per se de las demostraciones en la vía pública cuando se realizan en el marco del derecho a la libertad de expresión y al derecho de reunión. En otras palabras: se debe analizar si la utilización de sanciones penales encuentra justificación bajo el estándar de la Corte Interamericana que establece la necesidad de comprobar que

dicha limitación (la penalización) satisface un interés público imperativo necesario para el funcionamiento de una sociedad democrática. Además, es necesario valorar si la imposición de sanciones penales se constituye como el medio menos lesivo para restringir la libertad de expresión practicada a través del derecho de reunión manifestado en una demostración en la vía pública o en espacios públicos" (CIDH, Informe Anual 2005, Vol. II: "Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión". Capítulo V, párr. 96).

Como se advierte de lo antes expuesto existe un reconocimiento tácito por parte de la Corte sobre el derecho de la protesta social a través de derechos vinculados a este, en el que indica que cualquier limitación o restricción debe efectuarse, por medio de una norma que debe ser clara respecto de la restricción que se efectúa a este derecho.

Por su parte la relatoría de la Corte se ha efectuado un derecho a la protesta social indicando que su criminalización por si sola es contrario a los derechos humanos, pues constituye una garantía de la vida en democracia a través de la cual los ciudadanos pueden manifestar su disconformidad con las políticas del Estado.

4.5. El reconocimiento del derecho a la protesta social en la Jurisprudencia peruana

Según Ruiz Molleda (2019) en su artículo titulado "Aportes de la sentencia del caso El Baguazo al reconocimiento del derecho a la protesta", realiza un análisis detallado de dicho caso y nos plantea lo siguiente:

A consecuencia de las protestas sociales iniciadas en la provincia de Bagua, departamento de Amazonas, el 05 de junio del 2009 se registró un enfrentamiento entre los miembros de la Policía Nacional del Perú y nativos aguarunas, huambishas y otros grupos étnicos amazónicos, conflicto que terminó con la muerte de 33 personas, de las cuales 23 eran policías y 10 civiles, este conflicto tuvo un carácter político-económico, en razón que las protestas se iniciaron a raíz de la promulgación de los Decretos Legislativos N° 1064 y 1090, mediante los cuales el estado peruano buscaba facilitar la implementación del tratado de libre comercio suscrito con Estado Unidos, desconociendo los tratados internacionales de la consulta previa a las comunidades indígenas.

Es ese contexto se inició el proceso penal a muchos dirigentes indígenas, por los hechos de la protesta, emitiendo la Sala Penal de Apelaciones Transitoria Liquidadora de Bagua de la Corte Superior de Justicia de Amazonas la sentencia del caso del Baguazo (sentencia del Caso Baguazo: Fallo Bagua - Caso Curva del Diablo), el cual constituye un hito histórico en materia del reconocimiento del derecho a la protesta en nuestro país.

Según Ruiz Molleda (2019) varios son los aportes de la sentencia del caso del Baguazo, en favor del reconocimiento del derecho a la protesta: 1) la aplicación y la utilización del principio de proporcionalidad para examinar y evaluar la constitucionalidad de las medidas de fuerza adoptadas, en el marco de las protestas sociales contra el gobierno en el conflicto del Baguazo; 2) el reconocimiento que la finalidad de las protestas sociales en el caso del Baguazo era la defensa del territorio ancestral de los indígenas ante la inacción

administrativa; y 3) la incorporación de algunos principios jurídicos como criterios y parámetros para evaluar la razonabilidad de las medidas de fuerza adoptadas en las protestas sociales.

Agrega, que si bien en la sentencia en mención no se hace referencia expresa al derecho a la protesta social, la importancia de dicha resolución radica en que es la primera que se emite en el Perú que hace una evaluación del comportamiento que deben seguir los miembros de la policial en situaciones como esta, del mismo modo se reconoce que existe situaciones en las que es legítima que la población realice actos de protesta ante la desidia de parte del Estado antes los reclamos legítimos de la población, tal como sucedió en el caso de Bagua, donde los indígenas protestaban por la inferencia que implicaba la dación de los decretos legislativos en el manejo de sus tierras ancestrales, lo que se dio sin consulta previa (como lo prevé el derecho internacional). Criterios que, al estar acorde con los estándares internacionales sobre la defensa del derecho a la protesta, deben ser ratificados por la Corte Suprema de la Republica, cuando emita pronunciamiento respecto de la apelación planteada contra sentencia.

4.6. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional relacionados con el derecho a la protesta

Según el Instituto de Defensa Legal, Lima (2009) menciona que el ejercicio de la protesta social está vinculado con el ejercicio de la “libertad de opinión”, la “difusión del pensamiento” y otros derechos más, pues es la forma de expresar su posición política de los ciudadanos, la cual si bien puede ser subjetiva por exteriorizar el desacuerdo con las prácticas del gobierno, no por ello deja de ser

legitima, por ejemplo en el Caso del Baguazo por los graves impactos en el medio ambiente y en el territorio ancestral de la población, que tendría la aprobación de las normas aprobadas de forma inconsulta, en el marco de la implementación del Tratado de Libre Comercio con USA, se dio la protesta social contra el Estado (http://www.justiciaviva.org.pe/nuevos/2009/junio/11/1.pdf.).

De acuerdo a la Constitución, en su artículo 2.4 señala lo siguiente: "Toda persona tiene derecho: A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley." Haciendo un amplio comentario a este derecho fundamental el Tribunal Constitucional ha señalado: "En ese contexto el Tribunal ha recordado que el reconocimiento de estas libertades comunicativas no solo es concreción del principio de dignidad humana y complemento inescindible del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad, sino que también se encuentran estrechamente vinculadas al principio democrático pues, con su ejercicio, se posibilita la formación, el mantenimiento y la garantía de una sociedad democrática, al promover y garantizar la formación libre y racional de la opinión pública" (STC Exp. N° 02976-2012-PA/TC, f.j. 07).

En ese sentido, el tribunal hace un reconocimiento del derecho de la libertad de expresión no solo como un derecho fundamental de la persona humana, sino de como un derecho que hace posible la vida en democracia, al permitir que grupos

minoritarios que no estén de acuerdo con las acciones emprendidas por el Estado puedan manifestar dicha disconformidad.

El derecho a la protesta también, guarda estrecha relación con el derecho a la libertad de conciencia reconocida en el artículo 2.3 de la Constitución, que precisa: "Toda persona tiene derecho: A la libertad de conciencia y de religión, en forma individual o asociada. No hay persecución por razón de ideas o creencias".

Al respecto el Tribunal Constitucional ha indicado que "No permitirle al individuo actuar conforme a los imperativos de su conciencia, implicaría que el derecho a la formación de ésta careciera de toda vocación de trascendencia, pues sucumbiría en la paradoja perversa de permitir el desarrollo de convicciones para luego tener que traicionarlas o reprimirlas con la consecuente afectación en la psiquis del individuo y, por ende, en su dignidad de ser humano" (STC Exp. N° 00895-2001-AA/TC, f.j. 6).

Este derecho autoriza a los ciudadanos a no quedarse inactivos respecto de sus ideas o convicciones, sino que permite que cada ciudadano actúe de acuerdo a su libertad de conciencia, la cual indudablemente puede ser discrepante con la posición adoptada por los entes estatales; claro está que dicha actuación o manifestación no pude vulnerar los derechos fundamentales de terceras personas.

El derecho a la protesta guarda una estrecha relación con el derecho establecido en el artículo 2° inciso 17 de la Constitución, que señala: "Toda persona tiene derecho: A participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación. Los ciudadanos tienen,

conforme a ley, los derechos de elección, de remoción o revocación de autoridades, de iniciativa legislativa y de referéndum."

El Tribunal Constitucional, en jurisprudencia emitida respecto a este tema ha señalado: "El hecho de que la gobernabilidad implique la generación de consensos no significa que en la democracia resulte proscrito el disenso. Por el contrario, la democracia implica el consenso de las mayorías, con pleno respeto frente al disenso de la minoría. Aunque el gobierno democrático es un gobierno de mayorías, éste pierde sustento constitucional si no se encuentran plenamente garantizados los derechos fundamentales de las minorías. De ahí la necesidad del establecer distintos mecanismos de control al gobierno que, inevitablemente, se presentan como vías, por así decirlo, "contra mayoritarias". Sólo así se encuentra plenamente asegurada la libertad (en igualdad) de todas las personas al interior del Estado social y democrático de derecho" (STC Exp. N° 00030-2005-AI/TC, f.j. 15).

Teniendo en cuenta que la protesta social es una manifestación política, en el entendido que permite exteriorizar el sentir de la población respecto de los problemas que se producen con las entidades del estado; resulta de vital importancia el reconocimiento que efectúa en términos tan amplios el TC, sobre el derecho que tienen las minorías de poder expresarse frente a las políticas del Estado.

La Constitución Política del Perú en su artículo 2°, inciso 20 reconoce que: "Toda persona tiene derecho: A formular peticiones, individual o colectivamente, por escrito ante la autoridad competente, la que está obligada a dar al interesado una respuesta también por escrito dentro del plazo legal, bajo responsabilidad".

Conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el derecho de petición implica un conjunto de obligaciones o mandatados a cumplir por la administración: a) “Facilitar los medios para que el ciudadano pueda ejercitar el derecho de petición sin trabas absurdas o innecesarias. b) Abstenerse de cualquier forma o modo de sancionamiento al peticionante, por el solo hecho de haber ejercido dicho derecho. c) Admitir y tramitar el petitorio. d) Resolver en el plazo señalado por la ley de la materia la petición planteada, ofreciendo la correspondiente fundamentación de la determinación. e) Comunicar al peticionante la decisión adoptada” (STC Exp. Nº 1042-2002-AA/TC, f.j. 2.2.4).

De la jurisprudencia citada es de resaltar el literal b), que impone una limitación importante al Estado, al establecer la prohibición de sancionar al peticionante por el solo hechos de haber ejercido dicho derecho; lo cual es contrario a la política de criminalización de la protesta social, que buscada sancionar penalmente a las personas por el solo hechos de expresar de modo abierto y publico su insatisfacción.

Finalmente debemos indicar que La Constitución Política del Perú en su artículo 2°, inciso 12 reconoce que: “Toda persona tiene derecho: A reunirse pacíficamente sin armas. Las reuniones en locales privados o abiertos al público no requieren aviso previo. Las que se convocan en plazas y vías públicas exigen anuncio anticipado a la autoridad, la que puede prohibirlas solamente por motivos probados de seguridad o de sanidad públicas”.

Sobre este derecho fundamental el Tribunal Constitucional, a través de su jurisprudencia ha establecido que: “En todo caso, los motivos que se aleguen para

prohibir o restringir el derecho de reunión, deben ser 'probados'. No debe tratarse, en consecuencia, de simples sospechas, peligros inciertos, ni menos aún de argumentos insuficientes, antojadizos o arbitrarios, sino deben ser razones objetivas, suficientes y debidamente fundadas" (STC Exp. Nº 06165-2005-HC/TC, f.j.8).

El tribunal constitucional al establecer que las limitaciones al derecho de reunión deben ser establecidas de manera expresa y ante situaciones de objetiva y probadas de peligro; teniendo en cuenta lo antes mencionado y que el derecho de protesta tiene como uno sus elementos el ejercicio del derecho de reunión y bajo el principio de interpretación por analogía, se puede afirmar que las protestas *per se* no puede ser objeto de criminalización, sino que la imposición de las sancionas deben darse únicamente cuando estas afecten derechos fundamentales como la vida, la integridad de las personas o el derecho de propiedad, entre otros.

En conclusión, si bien no existe un reconocimiento expreso por parte del Tribunal Constitucional del derecho a la protesta en nuestro sistema jurídicos, podemos indicar que si existe lineamientos generales de cómo debe definirse o conceptuarse dicho derecho; lo que se da a través de los diversos pronunciamientos que se ha emitido respecto a los derechos conexo con el derecho de la protesta, en los que se pone de manifiesto que cualquier limitación de dicho derecho deber debidamente fundamentado, y ante la existencia de un peligro concreto. Pues de proceder de ese modo implicaría una restricción indebida al ejercicio de dicho derecho.

V. DISCUSIÓN

5.1. Derecho penal del enemigo y protesta social

Tal como ha quedado demostrado en el capítulo IV de la investigación los Estado vienen tomando una serie de medidas tanto administrativas como judiciales para enfrentar las protestas sociales, donde dichas medidas se encuentran justificadas en la teoría del Derecho Penal del Enemigo, con lo cual se demuestra la estrecha relación que existe entre dicha concepción del derecho penal defendida por Günter Jakobs y las medidas autoritarias, excepcionales, de punibilización, de vulneración de derechos y garantías.

Así, Rodríguez y Arciniegas (2012, pp. 62-63) se refieren respecto a esta relación que:

> "Es así, como la historia ha mostrado, que con el objeto de aplacar el movimiento social y las luchas populares herramienta democrática y legitima del pueblo, los gobernantes a cargo del Estado responden sin reparos, haciendo uso indiscriminado de la coacción, tergiversando los fines de las normas penales, al igual que con el incremento de penas y con la supresión de las garantías procesales, cuando los hechos que ocasionan la afectación del orden público se desprenden de acciones que se originan en las manifestaciones que integran la protesta social".

De hecho, esta extralimitación del poder punitivo del Estado se fundamenta en la convicción errada de que la implementación continua de

medidas fuertes y punitivas para aplacar las protestas sociales y de esa forma debilitar el movimiento social. En consecuencia, lo que se busca con la criminalización de la protesta social es intimidar a las personas que ejercen un legítimo derecho, a través de la amenaza de la imposición de penas privativas de la libertad y de la estigmatización como sujetos delincuentes o en este caso "enemigos".

> (…) este tipo de tendencias en la dinámica estatal hacen parte de una concepción que en el mundo jurídico se conoce como Derecho Penal del Enemigo, del cual su mayor exponente es el profesor Alemán Ghünter Jakobs, el cual en términos generales planteó la necesidad de la existencia de normas, "especiales" y con un alto contenido de represión, las cuales indiscutiblemente se imponen fuera del marco legal del derecho penal garantista o del ciudadano, ideal objetivo del Estado Social de Derecho, a personas o grupos sociales que se les han identificado como enemigos de la sociedad, y que está igualmente, considera peligrosos, por el simple hecho de debatir y oponerse a las premisas del orden preestablecido" (Rodríguez y Arciniegas (2012, p. 64).

Por su parte Castro Diaz (2018, p. 75) refiere sobre el Derecho penal del enemigo citando a Günther Jakobs, que

> la aplicación de una pena ya implica que el sujeto a esta es un enemigo, y en esta medida, su relación no está configurada por el derecho. Para ubicar su pensamiento en la tradición política moderna, Jakobs sostiene, en términos generales, que los que violan

el contrato constitutivo de un orden determinado pierden el derecho a sus beneficios (Gunter & Cancio, 2006).

En este orden de ideas, Jakobs (2000) sostiene que existen rebeldes que se comportan permanentemente como “enemigo” y que pueden, y deben ser tratados, como no personas, incluso deberían ser tratadas como animales. Para estos rebeldes no deberán existir garantías penales ni procesales, y que no solamente debería imponérseles penas por lo que hayan hecho, sino por lo que pueden hacer.

Agrega Jakobs que la sociedad necesita que los individuos respeten la norma, y que la imposición de penas severas a quienes llama no personas; es decir, enemigos, debe tener un mensaje simbólico para la sociedad, en el sentido de que el delito no tiene relevancia y que se restablece la cognición de la norma.

En consecuencia, el empleo del derecho penal del enemigo en la protesta social implica una criminalización excesiva de las conductas punibles, y extralimitando la dimensión de la sanción de la norma penal, a los actos que aún no se han materializado, encuadrando así, los fines del derecho penal en un modelo eminentemente violento, represivo y punitivo.

Ello, implica, que esta teoría es muestra de la negación de la persona humana y de una creciente deshumanización del sistema económico y social neoliberal, generando un derecho penal diferenciador sustentado en el Derecho Penal del Enemigo, es decir la existencia de un derecho penal del ciudadano y un derecho penal del enemigo.

En ese sentido, el derecho penal del enemigo se ha convertido en una herramienta, como ha quedado demostrado en el capítulo IV del trabajo, para que los gobiernos propongan una legislación punitiva y anti-garantista, que se caracteriza por el relajamiento y desprecio por los derechos y garantías.

En ese sentido, el Derecho penal del enemigo justifica que las personas que no respetan la vigencia de la norma se convierten en enemigos del sistema y, en consecuencia, no se puede tratar a los enemigos como a seres humanos, por lo permite la no aplicación de las tradicionales garantías procesales a los sindicados como "enemigos".

Por último, los rasgos que definen al Derecho penal del enemigo, justificados en el simbolismo de la vigencia o restablecimiento de la norma, en realidad lo que busca es generar miedo en las personas de caer en las manos del Estado y de su Derecho Penal de emergencia y excepcional, mirando el castigo que se impone al no ciudadano -rebelde, al enemigo-.

En ese sentido, consideramos oportuno lo señalado por Muñoz (2005) quien se refiere que este derecho:

> cae en la intuitivamente inaceptable tesis de que no se puede tratar a los enemigos como a seres humanos, expediente que permite la no aplicación de las tradicionales garantías procesales a los sindicados. Lo peligroso del enfoque de este penalista español es que no toma en cuenta que muchas veces se rechaza un orden precisamente porque atenta contra la dignidad humana. Este enfoque, indignante

> en grado sumo, hace posible que la sociedad rechace a los que protestan en su favor, considerándolos como enemigos de la misma colectividad. Los disidentes, o los sospechosos de serlo, por lo tanto, corren el peligro de no encontrar reconocidos sus derechos humanos. Al final de cuentas, estas personas se proponen la tarea de transformar el sistema; el problema, sin embargo, radica en las faltas del sistema, no en las personas.

Finalmente, para cerrar el tema de la relación del Derecho Penal del Enemigo con la protesta social, Rodríguez y Arciniegas (2012, p. 64) plantea los aspectos más preocupantes, en el siguiente sentido:

> el aspecto que preocupa más, refiere a la agravación de penas y la persecución indiscriminada de los principales actores de las movilizaciones públicas, tratando con esto, de frenar la lucha de los movimientos sindicales de la clase obrera, de los maestros, de los campesinos, de los estudiantes, los indígenas, etc. llegando al extremo de señalar y procesar por delitos de alta carga punitiva como el de terrorismo a quienes se les ha vinculado como como dirigentes de grupos sociales y promotores de movilizaciones populares, conducta que se considera delito, puesto que no conviene a la clase dirigente que fortalezcan los líderes que impulsan las justas exigencias de los ciudadanos.

5.2. La criminalización de la protesta social como expresión del derecho penal del enemigo

La criminalización de la protesta social se basa en el sistema de justicia penal para responder a los conflictos sociales. Con frecuencia, las personas que lideran o participan en manifestaciones para expresar oposición o disenso deben enfrentar detenciones arbitrarias y procesos penales.

En ese sentido, "La criminalización no solo es la represión, es una política más compleja, que incluye el entramado político, jurídico, social y hasta el cerco mediático comunicacional que permite que la protesta sea mirada como un factor del delito" (Viegas, 2011, p. 15).

Según Saldaña y Portocarrero (2017, pp. 317-318) refieren que la protesta social presenta las siguientes características:

En primer lugar, la criminalización de la protesta como una consecuencia de la implementación de las políticas neoliberales en América Latina y de una creciente demanda por seguridad... En segundo lugar, se conoce también que la represión estatal se produce a través de distintos medios como la persecución, la brutalidad, las detenciones arbitrarias, las desapariciones forzadas, el hostigamiento y las amenazas, así como a través de la apertura de procesos penales en contra de líderes sociales…En tercer lugar, la apertura de procesos penales en contra de dirigentes sociales... En cuarto lugar, el análisis de los discursos construidos a través del periódico

Por su parte, el Centro de Estudios Legales y Sociales -CELS- (2016, p. 37), considera que esta persecución penal a manifestantes y a referentes sociales es una tendencia histórica que tiene ciertos patrones comunes a toda América Latina:

> En primer lugar, el repertorio de tipos penales usados para criminalizar a la protesta es semejante en los diferentes países. Además, proliferaron en la región reformas legales que incluyeron la creación de nuevos tipos penales, el aumento de las penas, la creación de agravantes y la flexibilización de las garantías procesales. Otro patrón común en la región es la selectividad judicial a la hora de acusar y la asimetría en el avance de las causas. Esto se ve con claridad cuando se comparan los resultados de las investigaciones judiciales contra quienes participaron de marchas, ocupaciones, piquetes o acampes con los de las causas que investigan las responsabilidades policiales por los desalojos violentos, las represiones y las muertes. Un tercer patrón que se identifica en numerosos casos es la violación de las garantías procesales. Las detenciones arbitrarias, las imputaciones colectivas sin individualización de conductas y la desproporcionalidad de las penas que pretenden imponerse a los manifestantes son algunos de los aspectos más graves de este patrón. El uso creciente de tácticas de inteligencia, como la infiltración de agentes policiales en reuniones y marchas y la vigilancia de las comunicaciones, agrava este cuadro y es una amenaza adicional a los derechos civiles y políticos.

En la gran mayoría de los casos, se criminaliza a los manifestantes por conductas legítimas, propias de las protestas sociales. La utilización del derecho penal para criminalizar a la protesta tiene como principal efecto el de desarticular organizaciones sociales, generarles un egreso adicional de recursos financieros, estigmatizar a las personas procesadas y desalentar acciones que buscar exigir el cumplimiento de derechos.

En los puntos precedentes se han descrito con profundidad los diversos aspectos que conforman el fenómeno social de la protesta, pero resulta oportuno hacer mención de algunas reflexiones sobre la criminalización de la protesta social en el Perú como expresión del derecho penal del enemigo, apuntando que cuando se busca cuestionar o criticar el tema de la criminalización de la protesta social, no se busca que se forme una sentimiento de aprobación y beneplácito respecto de cualquier conducta que se produzcan a consecuencia de las movilizaciones populares; pues eso, sería buscar justificar de manera errada la ilegalidad del comportamiento de personas que mediante la agresión a terceros o dañando los bienes ajenos creen estar ejerciendo legítimamente el derecho a la protesta.

Por lo que, en un intento por desarticular estas protestas y mantener la expansión económica, el Estado y los sectores más privilegiados del país han recurrido a la criminalización de la protesta, entendida como "[…] la tipificación en las leyes penales, que realizan los Estados, de diversas modalidades de protesta, con el objetivo de combatirla, debilitarla o desorganizarla." (Salcedo, 2009, p. 93).

Por ello, consideramos oportuno mostrar lo inapropiado que resulta la implementación de la teoría del derecho penal del enemigo, como medio para procesar y sancionar a las personas, por el solo hechos que se relacionen con actos de protesta social, entendiendo esta manifestación social como una expresión libre y pacífica, dentro de un Estado democrático de derecho.

A fin de reforzar los planteamientos antes expuestos, se hace oportuno señalar el criterio de Bertoni, sobre este tema, cuando advierte que:

> si bien resulta admisible la penalización de actos de protesta violenta, debe estar estrictamente definida por la ley y operar de conformidad con criterios de proporcionalidad y bajo la premisa de que lo que puede ser objeto de reproche penal es el uso de la violencia, no el acto de protestar. Además, es preciso que la respuesta penal sea proporcional a la entidad del derecho afectado porque, de lo contrario, se genera una criminalización ilegítima de la protesta" (Bertoni, 2012, p. 48).

Efectuada la reflexión anterior, se deduce que la política de criminalización de la protesta social en el Perú:

> es consecuencia principalmente de la implementación de la política económica neoliberal que ejecuta el Estado para favorecer la actividad extractiva y de este modo satisfacer los intereses de la clase social dominante. Ante ello la sociedad se organiza espontáneamente para manifestar su disconformidad con este tipo de políticas, frente a ello el Estado busca mecanismos que justifiquen la represión

abusiva que efectúa contra los ciudadanos, encontrando en la dogmática del derecho penal del enemigo, los argumentos legales para sancionar actos resultantes de la protesta social que no constituyen en realidad un peligro para el sistema de gobierno y sus políticas económicas y mucho menos para la sociedad (Ibidem).

5.3. La criminalización de la protesta social como mecanismo de restricción de los derechos fundamentales

En el contexto de las diversas observaciones que se han realizado, sobre la política criminal de criminalización de la protesta social como expresión del derecho penal del enemigo, cristalizada a través de políticas de populismo penal, bajo la justificación de la protección del derecho a la seguridad ciudadana, que se manifiesta también en la restricción de derechos fundamentales.

En ese sentido, la Corte Constitucional Colombiana indica que: “no se puede considerar el derecho de reunión y manifestación como sinónimo de desorden público para restringirlo per se” (456 de 1992), posición que es coincidente con los emitidos por el Tribunal Constitucional Peruano, en el sentido que el libre ejercicio de los derechos a reunión y libertad de expresión no puede ser objeto de penalización, sino que debe existir una regulación de tipo administrativa, a fin de evitar la imposición de penas privativas de la libertad las cuales son excesivas, para sancionar el solo hecho de expresar disconformidad con las políticas estatales.

Por ello, Bertoni señal que: “en todo caso para que las limitaciones a este derecho sean constitucionalmente aceptables deben estar orientadas a evitar perturbaciones graves e inminentes en materia de orden público” (Bertoni, 2012, p. 48). Lo que es congruente con el principio de Ultima Ratio que inspira el derecho penal garantista, pues las sanciones penales no pueden ser tomadas como un instrumento de control más, debido a las graves consecuencias derivadas de su aplicación, las cuales constituyen una respuesta demasiado drástica para los ciudadanos y la sociedad. Resumiendo, este principio se condensa en la idea global de que sólo deben sancionarse a través del derecho penal, las lesiones más insoportables a los bienes jurídicos más importantes.

La preocupación por el uso de la violencia y amenaza por parte del Estado, como mecanismos para desincentivar los actos de protesta social, es motivo de preocupación por parte de diversas instituciones, nacionales como internacionales, en ese sentido podemos indicar que la Corte Constitucional de Colombia, ha resaltado que el uso de este tipo de actos es inaceptable en el marco de un Estado social de derecho, indicando expresamente:

> Tal uso elude el camino abierto por los mecanismos institucionales previstos para permitir la participación popular y canalizar los reclamos de los ciudadanos. Según la Corte, “en el marco constitucional de un Estado donde existen instrumentos idóneos para expresar la inconformidad como son el estatuto de la oposición, la revocatoria del mandato, el principio de soberanía popular, el control de constitucionalidad, la acción de tutela, las acciones de

> cumplimiento y las acciones populares, entre otros, no hay motivo razonable para señalar que es legítima la confrontación armada y mucho menos actitudes violentas de resistencia a la autoridad" (Corte Constitucional. Sentencia C-009 de 1995 y C-127 de 1993).

En ese sentido, García León (2016, pp. 98-111) considera que la política de criminalización de la protesta social vulnera los siguientes derechos fundamentales de la constitución: el derecho a libertad de expresión (artículo 2, inciso 4); el derecho a la libertad de reunión y asociación (inciso 12 artículo 2°).

5.4. Endurecimiento de las leyes penales relativas al orden público

Saldaña y Portocarrero (2017, pp. 335 -338) consideran que existe un endurecimiento de las leyes penales en relación con los actos de protesta social, siendo un claro ejemplo de esta tendencia creciente a tratar penalmente las protestas sociales, presentando las siguientes características:

En primer lugar, el delito de disturbios (artículo 315 del Código Penal) ha pasado de tener una tipificación limitada y una pena máxima de dos años a una tipificación cada vez más abarcadora y penas más drásticas. En el año 2002 se corrigieron algunas deficiencias del tipo penal y se elevaron las penas a un rango de entre tres y seis años (ley 27686). En el año 2006, las penas se elevaron a seis y ocho años (ley 28820) el año 2013 se incorporó un agravante que establece que, si durante la ocurrencia de disturbios, ocurren ataques a la integridad seguidos de muerte, el hecho será considerado como un asesinato, es decir, como un delito de

máxima gravedad penado con no menos de veinticinco años de prisión (ley 30037).

Además, en el año 2015 se han incorporado agravantes del delito de disturbios: a) en caso de que los participantes de los disturbios usen distintivos de fuerzas policiales o militares, la pena sería entre ocho y diez años; b) si el atentado a la integridad física es seguido de lesiones graves, entre ocho y diez años; y c) si es seguido de muerte, no menor a quince años (decreto legislativo 1237).

Este delito ha servido como herramienta para procesar a diferentes personas que estaban ejerciendo du derecho a la protesta. Tal es el caso de Herbert Huamán Ilave, Sergio Huamaní y Oscar Mollohuanca Cruz, dirigentes sociales procesados a raíz de las protestas en la provincia de Espinar; Walter Aduviri Calizaya, procesado y condenado por este delito a siete años de pena privativa de libertad (véase la sentencia del caso Estado peruano y otros c. Walter Aduviri Calizaya y otros), entre otros casos.

En segundo lugar, el delito de entorpecimiento de servicios públicos (artículo 283 del Código Penal) ha pasado de un tipo específico y una pena en un rango de dos a cuatro años, a un rango de cuatro a seis años en su tipo base y un supuesto agravado que va de seis a ocho años.

En 2002 se incorporó un párrafo que establece lo siguiente: En los casos en que el agente actúe con violencia y atente contra la integridad física de las personas o cause grave daño a la propiedad pública o privada, la pena privativa de la libertad será no menor de tres ni mayor de seis años (ley 27686).

En el año 2006, se incorporó en la redacción del tipo base lo siguiente: «[…] quien entorpece el normal funcionamiento […] de la provisión de hidrocarburos […]» (ley 28820), lo cual está directamente relacionado con protestas socioambientales, y se elevaron las penas al rango de entre cuatro y seis años. En el año 2010, la pena del supuesto agravado se elevó al rango de entre seis y ocho años (ley 29583).

En 2016 se incluyó en la redacción del tipo base «el gas y los productos derivados de los hidrocarburos» (decreto legislativo 1245) como parte de los servicios públicos que no pueden ser impedidos, estorbados o entorpecidos en su funcionamiento. Este delito ha sido uno de los más usados para procesar a personas que ejercieron su derecho a la protesta, pues ha sido utilizado en prácticamente todos los procesos penales abiertos como consecuencia de conflictos sociales en la última década.

En tercer lugar, el delito de atentado contra la seguridad común (artículo 281 del Código Penal) establecía, en su redacción inicial, penas de tres a ocho años. En el año 2006 se elevaron las penas, ahora van de seis a diez años (ley 28820), y en 2010 se modificó el artículo, castigando a quienes atentan contra infraestructura de electricidad, gas, etcétera (ley 29583).

Recientemente, en el año 2016, se incluyó también la infraestructura para la producción de hidrocarburos (DL 1245). Este tipo penal fue uno de los usados para procesar a los dirigentes sociales por las protestas ocurridas en la provincia de Espinar.

Finalmente, en los delitos contra la integridad física y contra el patrimonio, también se pueden identificar modificaciones que guardan relación con protestas socioambientales de los últimos años. El delito de lesiones graves (artículo 121 del Código Penal) establece como agravante que el sujeto pasivo sea miembro policial o militar desde una modificación realizada en el año 2006 (ley 28820). Luego, en 2013 se amplía el supuesto, incluyendo a autoridades elegidas por mandato popular (ley 30054) y en el año 2015 se incluye el supuesto de lesiones seguidas de muerte que, en el caso de policías y militares, se sanciona con una pena de entre doce y quince años (DL 1237).

El delito de hurto agravado (artículo 186 del Código Penal) ha incluido un supuesto nuevo desde el año 2010 que agrava la pena cuando se trate de bienes, infraestructura o instalaciones de uso público, o relacionados a servicios públicos como saneamiento, electricidad, gas o telecomunicaciones (ley 29583). Asimismo, en 2016 se estableció también la agravante que se refiere a hurtos cometidos sobre infraestructura e instalaciones públicas o privadas que sean utilizadas para toda la cadena productiva de gas, hidrocarburos o derivados (DL 1245).

En el año 2016, el delito de extorsión (artículo 200 del Código Penal) incorporó una modificación que incluye el siguiente supuesto: El que mediante violencia o amenaza, toma locales, obstaculiza vías de comunicación o impide el libre tránsito de la ciudadanía o perturba el normal funcionamiento de los servicios públicos o la ejecución de obras legalmente autorizadas, con el objeto de obtener de las autoridades cualquier beneficio o ventaja económica indebida u otra ventaja

de cualquier otra índole, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años (Decreto Legislativo 982).

La nueva redacción del delito es tan amplia que es fácilmente atribuida a una acción de fuerza en el marco de protestas sociales, pues se puede entender que los manifestantes efectivamente quieren obtener un «beneficio» de las autoridades. Incluso, algunas acciones de protesta serían supuestos de extorsión agravada, ya que participan más de dos personas, por lo que la pena sería entre quince y veinticinco años.

Con lo que se muestra la tendencia hacia una política criminal más represiva frente a la protesta social, que además no es un fenómeno exclusivo o propio de nuestro país, sino se trata de un fenómeno regional antes que nacional únicamente, caracterizado por el trato diferenciado que reciben las distintas clases de delitos que ocurren alrededor de los conflictos, basados en un sistema de justicia penal arbitrario y selectivo.

Para Zaffaroni, la selectividad parte del hecho de que el sistema penal solo puede castigar efectivamente una ínfima cantidad de delitos cometidos en una sociedad debido a la gran cantidad de casos que ocurren y a su limitada capacidad de respuesta (1998). Por razones estructurales, esto deviene en un «ejercicio de poder que se orienta a la contención de grupos bien determinados y no a la represión del delito» (Zaffaroni, 1998, p. 27), un mecanismo que sirve para la marginación de sectores excluidos.

Por otro lado, dicho endurecimiento en contrario al modelo de un Estado Constitucional de Derecho, caracterizado por el respeto de los derechos y las garantías constitucionales, que tal como hemos presentado son vulnerados por eta política de criminalización de la protesta social.

Además, en el marco de un derecho penal garantista (Ferrajoli, 2005), bajo un sistema de garantías constitucionales, el derecho penal debe ser aplicado siguiendo el principio de ultima ratio, es decir, solo cuando sea estrictamente necesario para proteger los bienes jurídicos de mayor relevancia. Por ello, es importante lo que la CIDH dice al respecto:

> En varios países de la región se emplea el poder punitivo no con el fin de prevenir y sancionar la comisión de delitos o infracciones a la ley, sino con el objeto de criminalizar la labor legítima de defensoras y defensores de derechos humanos. El uso indebido del derecho penal se da por ejemplo cuando se les imputa indebidamente a las y los defensores la comisión de supuestos delitos por las actividades que promueven, privándoles de libertad en momentos cruciales para la defensa de sus causas, así como sometiéndoles a procesos sin las debidas garantías (2015, p. 50).

La CIDH muestra que los delitos más recurrentes de este patrón de criminalización son los relacionados al orden público como entorpecimiento de servicios públicos, disturbios, sedición, motín, daños, entre otros. Los Estados no han seguido las reiteradas recomendaciones respecto de la necesidad de derogar o reformular la tipificación de varios de estos delitos por ambiguos y demasiado

amplios. Es decir, los estados persisten en implantar su política de Criminalización de la protesta social, justificando su actuar en la doctrina denominada "derecho penal del enemigo".

5.5. Validación de la hipótesis

La hipótesis formulada: *"La criminalización de la protesta social como expresión del derecho penal del enemigo se funda en una política criminal punitiva caracterizada por la estigmatización, la persecución judicial y la sobrepenalización constituyéndose en una negación y atentado contra derechos y libertades ciudadanas, por lo que, no sólo se atenta contra el Estado democrático de Derecho, sino con los principios del Derecho Penal garantista.*", ha quedado validada en merito a los siguientes fundamentos:

5.5.1. Impacto del derecho penal del enemigo

Tomando en consideración las características del Derecho Penal del enemigo que han sido sistematizadas en tres elementos: en primer lugar, éste se concreta por un amplio adelantamiento de la punibilidad (que alcanza a los actos preparatorios, previos a la lesión del bien jurídico; el hecho futuro, en lugar del habitual punto de referencia en el hecho). En segundo lugar, las penas previstas son «desproporcionadamente» elevadas (penas como medida de contención sin proporción con la lesión realmente inferida). En tercer lugar, determinadas garantías procesales son relativizadas o incluso suprimidas (Jakobs y Cancio Meliá, 2003, pp. 90-91); podemos determinar que las medidas adoptadas tanto administrativas como legales para enfrentar la protesta social, son propias del derecho penal del enemigo.

Sustentamos esta afirmación, en las siguientes razones: “El Derecho Penal del enemigo sólo se puede legitimar como un Derecho penal de emergencia” (JAKOBS, 1996, p. 238); así emerge según Gracia (2005) el Derecho penal del enemigo como un ordenamiento jurídico diferente, excepcional y autónomo con respecto al Derecho Penal ordinario, de la normalidad o del ciudadano.

La distinción entre ambos, gira en torno a la diferencia entre el restablecimiento de la “vigencia de la norma” como fin esencial de la pena (prevención general positiva), y la “eliminación de peligros futuros”. Así, el Derecho penal del ciudadano tendría como fin el mantenimiento de la vigencia de la norma, mientras que el Derecho penal del enemigo se dirige al combate de peligros.

De acuerdo a Mondolell (2006) expresa que:

> Únicamente en relación a la “persona”, a quien habría que tratar dentro del llamado Derecho penal del ciudadano, se puede cumplir el fin que Jakobs atribuye a la pena de restablecer la vigencia normativa. Por el contrario, frente al enemigo, el fin de la pena trataría de “sacar de circulación” al delincuente, es decir de “inocuizarlo” pero no como las teorías moderadas de prevención especial negativa, que predican que no puede utilizarse al delincuente como medio para un fin, sino como “incorregibles”, “desobedientes habituales”, al margen del Estado de Derecho.

Por su parte, Silva (2001, p. 163) expresa sobre los rasgos que características del enemigo, lo siguiente:

> en primer lugar, porque rechazan la legitimidad del ordenamiento jurídico y persiguen la destrucción de ese orden; y, segundo, a consecuencia de ello, por su especial peligrosidad para el orden jurídico, dado que no ofrecen la mínima seguridad cognitiva de un comportamiento personal. En virtud de lo anterior, se vuelven un problema que no puede ser resuelto por el Derecho penal ordinario (del ciudadano).

En consecuencia, este tipo de derecho penal represivo se ajusta al surgimiento de las perspectivas que se enfocan en la victimización de la sociedad, donde la sociedad está en guerra con los delincuentes, con los inmigrantes, con los que afectan negativamente el orden público de la nación, con los que se dedican a protestar, afectando el normal desenvolvimiento de la sociedad, etc.; por lo que, de acuerdo a Arroyo, Mireille y Acale (2015) en este clima de rechazo contra los que atacan al sistema, se calculan los riesgos, esto es, la "peligrosidad" que conllevan los enemigos, desviados que deben ser tratados por el derecho penal, sin que se repare en las dimensiones sociales del delito.

Por lo que, una persona no puede estar detenida sin que se le respeten sus garantías -como por ejemplo la presunción de inocencia, debido proceso - con base tan sólo en su presunta peligrosidad. Pero, lamentablemente, al reducir las garantías, la sociedad pierde en su conjunto, porque se verá sometida entonces a los designios de aquéllos que controlan el poder punitivo del Estado.

En síntesis, para cerrar este primer argumento de la validación de la hipótesis, debemos de considerar lo expresado Dozo (26 de julio 2016) en una entrevista que le realizara el diario de la Nación de argentina, expresando que

“para el alemán, especialista en teoría del derecho, no existe la igualdad ante la ley”:

> Es un fenómeno que se da en todos los ordenamientos jurídicos de los países occidentales, y consiste en sancionar la conducta de un sujeto peligroso en una etapa muy anterior a un acto delictivo, sin esperar a una lesión posterior tardía. Se sancionan la conducta y la peligrosidad del sujeto, y no sus actos. El mismo fenómeno se da en el ámbito procesal, especialmente con la restricción de algunos ámbitos privados. Por ejemplo, la posibilidad de allanamiento de morada con fines investigativos, la posibilidad de registro de viviendas o la instalación de micrófonos o instrumentos para escuchas telefónicas. En esencia, el concepto de derecho penal del enemigo es una noción descriptiva que define algo existente en los ordenamientos democráticos actuales y designa aquellos supuestos de especial peligrosidad para distinguirlos de aquellos otros supuestos en los que se produce una relación jurídica entre ciudadanos.

Con ello, se configura el modelo penal llamado derecho penal del autor (o del enemigo), aquel que vincula la pena con la peligrosidad del autor, pero a diferencia del anterior, el sujeto no es sancionado por el hecho que realiza, sino por su condición de persona “peligrosa” o enemigo.

5.5.2. Sobre la protesta social

Si bien es cierto el derecho a la protesta social no tiene un reconocimiento expreso en nuestra Constitución, consideramos que existe un consenso en considerarlo como una de las manifestaciones o formas de ejercer el derecho de

reunión. Ahora bien, aunque hay otros derechos fundamentales, como las libertades de expresión o de asociación, que pueden relacionarse con la protesta social, consideramos que es la libertad de reunión su principal fundamento de legitimidad.

Por otro, lado, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos reconoce el derecho a la manifestación y a la protesta social a través de la protección armónica del derecho a la libertad de expresión y opinión, la libertad de reunión y la libertad de asociación, tal como ha quedado demostrado en su jurisprudencia.

Según la Federación Internacional de los Derechos Humanos (2006, p. 5) precisa que la protesta social:

> (…) ha sido el motor de muchas reformas transitorias o estructurales. De la Revolución Francesa a la abolición de la esclavitud, de movimientos de independencia nacional a combates por el reconocimiento de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, la protesta social es un instrumento que le permite a la sociedad civil renovar, reformar o inclusive derribar las viejas estructuras opresivas y avanzar hacia un mejor equilibrio de los derechos individuales y colectivos.

De allí, la importancia que tenga este derecho para la vida democrática del país, siendo considerada la protesta social como "una manifestación creativa y política del ciudadano en una sociedad libre y democrática, y refleja la esencia concreta del derecho fundamental de la libertad de expresión" (Rodríguez, y Arciniegas, 2012, p. 24).

En particular, su ejercicio se presenta mediante la interrupción de carreteras, o piquetes, es decir, personas que de manera meditada se agrupan o juntan para obstruir total o parcialmente el tránsito vehicular por calles o carreteras, durante un lapso que puede ser breve o extenso, y que lo hacen buscando obtener algún tipo de atención o respuesta por parte de las autoridades de los diversos niveles del Estado; en general se trata de personas desventajadas, excluidas y apremiadas por las circunstancias. Como no es difícil de imaginar, los cortes generan situaciones por demás conflictivas que involucran a las personas que llevan a cabo la medida, a las personas que pretenden utilizar o circular en la calle o carretera, y a las autoridades que buscan destrabar la situación.

De hecho, la mayoría de los disturbios en las protestas suceden cuando intervienen las autoridades policiales con el objetivo de desbloquear las calles para dar paso vehicular.

Cuando se presentan estos casos estamos hablando de la colisión entre derechos. Un argumento a favor de la penalización de la protesta afirma que los manifestantes pueden protestar, siempre y cuando no vulneren los derechos de los demás.

Por tanto, se hacen llamados a la no obstaculización de vías o del sistema público de transporte. Demandas que muchas veces resultan contrarias a la esencia del ejercicio de la protesta, puesto que ésta siempre lleva consigo un "desafío colectivo", esto es, la alteración de las rutinas y de la cotidianidad de terceros. En ese sentido, tal como lo refiere Tarrow (1997) "si esto no fuera así, difícilmente podría la protesta ser un medio notorio de exigibilidad de derechos".

Por ello, que la Federación Internacional de los Derechos Humanos (2006) plantea que, en casos de colisión entre derechos, se pueden establecer regulaciones de tiempo, modo y lugar, siempre y cuando estas no afecten el derecho a la protesta y sean claramente estipuladas en la ley.

Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos (2009, párrafo 193) ha dicho que: Los estándares internacionales establecen que la libre circulación vehicular no debe anteponerse automáticamente a la libertad de reunión pacífica, y por tanto, las instituciones competentes del Estado tienen el deber de diseñar planes y procedimientos operativos adecuados para facilitar el ejercicio del derecho de reunión, incluido el reordenamiento del tránsito de Peatones y vehículos en determinada zona. Todo esto teniendo en cuenta que en una sociedad el espacio público no es solo un ámbito de circulación sino también un espacio de participación. El acceso al espacio público significa concretamente que las y los organizadores y las y los manifestantes deberían poder utilizar las plazas, carreteras y calles públicas para celebrar reuniones pacíficas, ya sea estáticas o en movimiento.

Por ello, que según la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2009, p. 91, párr. 198), considerara que:

> Al momento de hacer un balance entre el derecho de tránsito, por ejemplo, y el derecho de reunión, corresponde tener en cuenta que el derecho a la libertad de expresión no es un derecho más sino, en todo caso, uno de los primeros y más importantes fundamentos de toda la

> estructura democrática. Estas alteraciones son parte de la mecánica de una sociedad plural, donde conviven intereses diversos, muchas veces contradictorios y que deben encontrar los espacios y canales mediante los cuales expresarse.

Sin embargo, como lo afirma la Federación Internacional de los Derechos Humanos (2006) muchas veces predomina la preocupación por el orden público sobre la salvaguarda del derecho a la protesta. En la colisión de derechos (protesta vs movilidad, trabajo, reunión, etc.), los gobiernos han optado claramente por sacrificar el derecho a la protesta. Sin embargo, el ejercicio de la manifestación pacífica guarda una estrecha relación con múltiples derechos, o los complementa, entre ellos los derechos a la libertad de expresión, reunión pacífica, libertad de asociación y el derecho de participar en la conducción de los asuntos públicos. Por tanto, al limitarla o suspenderla, no sólo se está sacrificando la protesta social, sino otros derechos fundamentales.

Por las razones expuestas, la protesta social es una forma o expresión que permiten dimensionar o medir como el ciudadano haciendo uso de sus derechos constitucionalmente reconocidos se organiza y decide salir a la calle y elevar su voz de protesta, o como expone Magrini: “es hacer la democracia en la vida pública. Protestar públicamente es ejercer colectivamente la libertad de expresión y la ciudadanía” (Rabinovich, Magrini y Rincón, 2011, p. 12).

Convirtiendo de esta manera a la protesta social en una herramienta fundamental de la vida en democracia, mediante el cual los ciudadanos hacer saber a los gobernantes de turno su disconformidad con las políticas de Estado; todo

esto con base, en los principios del alcance y significado de la Constitución Política de 1993, el modelo democrático y del Estado social de derecho.

5.5.3. Criminalización de la protesta social

Cuando se busca describir el tema de la criminalización de la protesta social, no se busca que se genere una impresión de aceptación y permisividad de cualquier conducta que se desprenda de las movilizaciones populares, puesto que sería buscar justificar de finalidades de este ejercicio de la democracia, lo que se quiere, es exponer la manera correcta como se debe dar tratamiento penal a las personas que se busquen procesar ante las autoridades judiciales, frente a delitos que se relacionen con la protesta social.

En este orden de ideas, para tener mayor claridad, se hace oportuno señalar el criterio de Bertoni cuando advierte que:

> si bien resulta admisible la penalización de actos de protesta violenta, debe estar estrictamente definida por la ley y operar de conformidad con criterios de proporcionalidad y bajo la premisa de que lo que puede ser objeto de reproche penal es el uso de la violencia, no el acto de protestar. Además, es preciso que la respuesta penal sea proporcional a la entidad del derecho afectado porque, de lo contrario, se genera una criminalización ilegítima de la protesta" (Bertoni, 2012, p. 13).

En esa misma línea interpretativa, la doctrina penal internacional, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la doctrina advierten sobre los efectos nocivos que trae consigo la criminalización de la protesta social, de acuerdo a la postura de Zaffaroni "Los constitucionalistas y los

organismos no gubernamentales han llamado derecho a la protesta social la que se ejercería con esta modalidad de reclamo y al fenómeno de su represión criminalización de la protesta social" (citado por Pisarello, 2007, p. 56).

De acuerdo a lo expresado, el planteamiento que efectúa el citado jurista, está destinada a señalar que la criminalización del derecho a la protesta social, no es más que la concretización de la política criminal que adopta el estado basado en la doctrina jurídico penal del derecho penal del enemigo, contra el derecho que tiene los ciudadanos a la libertad de expresión, de reunión y oponerse a las políticas estatales sobre las cuales existe consenso que son negativas para la población.

En concordancia con lo antes expuesto podemos indicar, que la judicialización de los conflictos sociales, la renuncia al diálogo, tolerancia y la radicalización de la política criminal estatal, en contra de cualquier posibilidad de conciliar con los manifestantes que buscan reivindicar derechos colectivos que se cree lesionado, es la más clara expresión de la política criminal de la criminalización de la protesta social.

Contrario a la postura de Zafaroni, es el planteamiento de Gargarella, quien desde un enfoque del derecho penal más genérica y extensa, se permite señalar que: "Criminalizar la protesta social significa despolitizar, deshistorizar, sacar de contexto a los conflictos sociales, llevarlos al campo jurídico apostando al desgaste de los actores sociales descontentos con el actuar del Estado" (Gargarella, 2008, p. 56).

En tal sentido, el planteamiento que propone el tratadista, es un enfoque socio-político de la criminalización de la protesta social, pues lo considera como un hecho que despolitiza y saca del contexto histórico el ejercicio de derechos constitucionales, llevando los conflictos sociales al campo penal, con miras a reprimir y sancionar con pena privativa de libertad a los actores sociales.

5.5.4. Política de Represión y Criminalización de la Protesta Social

En nuestro medio refiere Caballero (2011, pp. 384 – 386) que se ha estudiado el problema de la violencia estatal contra quienes protestan principalmente con ocasión de los conflictos sociales, concentrándose sobre todo en dar cuenta del tipo de violencia (muertes, contra la integridad física, contra la propiedad, etc.) y del lugar donde surge; donde las vías institucionales de participación son ineficaces por lo que los protestantes se ven obligados a radicalizar sus manifestaciones.

Son varios los estudios que demuestran la política de criminalización de la protesta social, entre los que podemos mencionar la realizada por la Coordinadora Nacional De Derechos Humanos (2011), el Instituto de Defensa Legal – Justicia Viva (2013) y el desarrollado por Ardito (2010), para quienes la criminalización de la protesta social y que hace énfasis en tres aspectos:

En la violencia de tipo legal en la investigación policial (persecución, brutalidad, detenciones arbitrarias, aprovechamiento de estados de emergencia, convenios privados con empresas extractivas).

En la actividad fiscal (acusaciones graves por delitos que no corresponden, solicitud de penas altas, falta de individualización penal, denuncias manifiestamente infundadas).

Y el proceso y sanción a cargo de los jueces (competencias territoriales modificadas arbitrariamente, mandatos de detención preventiva sin fundamento, sanciones abusivas). Además, los reportes de estos organismos dan cuenta de la presión a la que se ven sometidos los fiscales y jueces cuando juzgan dirigentes de protestas sociales.

En los cuales, se presentan problemas tales como el prolongamiento irrazonable de los procesos penales, las detenciones arbitrarias y la prisión preventiva excesiva, entre otros.

En otra investigación realizada por Gamarra (2010) se da cuenta de que el Estado peruano enfrenta las protestas sociales de forma desproporcionada y con métodos poco democráticos tales como la represión violenta sobre la base de normas legales que autorizan el uso desproporcionado de la fuerza, convenios que ponen a la Policía Nacional a servicio de las empresas privadas, la participación de las Fuerzas Armadas en los conflictos sociales y, por último, la aplicación excesiva de sanciones penales. Para este último punto en concreto se toman en cuenta múltiples acusaciones fiscales y sentencias judiciales como las de los casos Rondas de Parcoy en 2004, el paro de Yurimaguas y la protesta en Bagua, ambas de 2009, entre otros.

Gamarra concluye que los fiscales y jueces no contemplan razonablemente la concurrencia de eximentes de responsabilidad penal por ejercicio legítimo de la libertad de reunión o por la existencia de un estado de necesidad justificante; por el contrario, inciden directamente en la actividad probatoria e invocan regularmente la ocurrencia de dos o más tipos penales amplios.

En ese sentido, la criminalización de la protesta social se ubica dentro de las estrategias políticas y jurídicas que tratan de mantener el orden dentro de un

sistema económico, social y jurídico determinado, para lo cual se emplean políticas basadas en el enfoque de la tolerancia cero, el derecho penal del enemigo, el recurso del miedo y la sobre criminalización, burorrepresión (uso de herramientas del derecho administrativo para obstruir el ejercicio de los derechos de libre expresión, resistencia y cambio democrático). Estas modalidades de erradicación del descontento social se integran con los intentos por establecer la hegemonía neoliberal a través de la manipulación y el miedo.

Por lo que, la política de represión y criminalización de la protesta social implica acciones represivas a través de los efectivos policiales llegando incluso a usarse a las fuerzas armadas y al mismo tiempo implica hacer legal la injusticia y hacer uso del derecho penal, en especial del Código Penal para sancionar con penas privativas de la libertad a quienes se enfrentan al Estado en la lucha por sus derechos.

En este sentido, la criminalización de la protesta social implica el deseo de clasificar a este tipo de manifestaciones como "delitos atentatorios contra el orden público" (Gamarra, 2010, p. 183), lo cual justificaría no solo su represión, sino también la investigación penal de sus promotores o participantes. Algunos de los mecanismos mediante los cuales se manifiesta la criminalización de la protesta social serían: a) recurrir a la represión violenta, b) la expedición de normas que permiten el uso des- proporcionado de la fuerza, d) la participación de las Fuerzas Armadas en el control de los conflictos sociales, e) recurrir al derecho penal para sancionarla, f) recurrir a la detención, investigación y procesamiento penal de manifestantes, y h) el hostigamiento hacia organizaciones o grupos que promuevan o lleven a cabo protestas sociales (Gamarra, 2010).

VI. CONCLUSIONES

1. La criminalización de la protesta social como expresión del derecho penal del enemigo se encuadra en las acciones de la política criminal del Estado, que ha optado por tipificar como delitos que supuestamente afectan al orden público y ha orientado la radicalización de la política criminal estatal, en contra de cualquier posibilidad de conciliar cuando se reclama un derecho colectivo que se cree lesionado, legitimando la intervención represiva por parte de la policía o de las fuerzas armadas.

2. La criminalización de la protesta es una de las manifestaciones de la judicialización de la política, la posibilidad de transformar los conflictos sociales en litigios judiciales; de leer la realidad bajo la lupa del código penal. Criminalizar, entonces, será despolitizar y, por añadidura, deshistorizar, sacar de contexto a los conflictos sociales, emplazar a otras instituciones como interlocutores de los problemas sociales.

3. La política de criminalización de la protesta social constituye una afectación a la protesta como derecho y como ejercicio de defensa de derechos, que han permitido visibilizar las condiciones de opresión, pobreza, marginación y discriminación en que vive una parte importante de la sociedad; por ello que la criminalización de la protesta afecta los contenidos a la libertad de expresión, manifestación, reunión, asociación, información, petición, constituyéndose en una garantía de estos.

4. La criminalización de la protesta en el Perú se manifiesta en la tipificación, modificación y agravación de delitos en el Código Penal peruano. Los

principales delitos en los que encontramos la criminalización de la protesta son: el delito de entorpecimiento de servicios públicos (artículo 283 CP), delitos de disturbios (artículo 315 CP), delito de apología (artículo 316 CP), delito de asociación para delinquir (artículo 317 CP), delito de terrorismo (Ley N° 25475), delito de extorsión (artículo 200 CP).

5. El Derecho Penal del Enemigo como expresión de la criminalización de la protesta social constituye una negación especifica de la vigencia del Estado Constitucional y los derechos constitucionales, que busca la implementación arbitraria de modelos de política criminal que se materializan en un ejercicio directo de pura coacción e instrumentalización de la persona humana y que se manifiesta en el persistente giro autoritario del Estado, de la inflación legal y el aumento de las penas, el debilitamiento del derecho penal de garantías y el desentendimiento de los derechos humanos.

VII. RECOMENDACIONES

1. El gobierno debe tener presente que hay supuestos razonables e irrazonables del proceso expansivo del derecho penal, por lo que tal razonabilidad se encuentra circunscrita a los principios constitucionales e internacionales en materia de derechos humanos que está obligado a cumplirlo. Caso contrario, el fenómeno expansivo como negación de lo expuesto en materia de requisitos constitucionales debe presumirse ilegítimo en abstracto, y necesario de ponderación en concreto conforme al imperativo de superar las cargas de definición, argumentación y demostración respecto los mismos.

2. A los legisladores, a fin de considerar que el único escenario de respecto por la dignidad humana y los derechos y garantías que le son propios al ser humano en su condición de tal debe ser el marco en el cual se debe desarrollar el ejercicio de la fuerza estatal, de lo contrario, estaría tensionando de tal manera estas premisas fundamentales, que re direccionaríamos el actuar estatal a una posición en la cual se convertiría al Estado en una "fuente de peligro" para el respeto y libre ejercicio de garantías y derechos reconocidos constitucionalmente, situación que nos lleva a deslegitimar toda manifestación legislativa que apunte en esta dirección.

3. A las autoridades judiciales considerar en la medida posible que el modelo de coerción estatal no destruya los motivos racionales de obediencia al derecho. Es decir, el derecho coercitivo no puede forzar a sus destinatarios a renunciar de cuando en cuando al ejercicio de su libertad comunicativa y a dejar de tomar postura frente a la pretensión de legitimidad del derecho, situación que se pasa

absolutamente por alto en la dinámica del derecho penal del enemigo. Así mismo a los jueces hacer uso del test de proporcionalidad como herramienta para examinar la constitucionalidad y la legitimidad de las medidas de fuerza realizadas por los ciudadanos como ejercicio del derecho a la protesta social, teniendo presente que dicho derecho está relacionado con otros derechos constitucionales.

4. De igual manera, se debe tener en cuenta las recomendaciones que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) hace al gobierno del Estado peruano frente al tema de poner fin a las judicializaciones sin fundamento, aspecto que se relaciona directamente con la criminalización de la protesta social desde los contenidos del Estatuto de seguridad ciudadana, a esto señala que: "Que se garantice que la protesta social pueda ejercerse como un derecho ciudadano y no sea criminalizada o vinculada con los actores armados del conflicto mediante, entre otros, la derogación o modificación de las disposiciones legales que facilitan esta criminalización.

5. Desde una perspectiva respetuosa de los estándares de derechos humanos implica que los Estados establezcan regulaciones para garantizar el derecho a la protesta, es importante que el sistema internacional de protección de derechos humanos precise el contenido y alcance de estas obligaciones positivas de los Estados.

6. Una respuesta democrática de los Estados a los conflictos y las protestas sociales implica el compromiso de garantizar los derechos de reunión, de petición, de expresión y de participación. Este principio de legitimidad de la

protesta requiere dos pilares: Por un lado, en los casos de protestas que articulan demandas específicas que pueden ser satisfechas por el Estado o por particulares, el reconocimiento del derecho de los peticionantes a hacer reclamos debe dar lugar a habilitar canales de gestión política, capaces de dar respuestas a los problemas de fondo.

VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alcócer, E. (2004). *"El derecho penal del enemigo ¿realización de una opción político criminal o de una Criminal política de estado?"*. En: www.incipp.org.pe/archivos/publicaciones/derechopenaldelenemigoalcocer.pdf.

Alegre, M. (2005). *"Protestas sociales: ¿violación o reivindicación del derecho?*" En: Gargarela. Roberto. El derecho a resistir el derecho. Madrid: Miño y Dávila Editores.

Alvarado, P. (2015). *Criminalización Política mediante el uso selectivo de la estrategia antiterrorista del Estado chileno (2000-2014).* Tesis. Departamento de Sociología Universidad de Chile.

Aranzamendi, L. (2011). *Fundamentos Epistemológicos de la Investigación básica y aplicada al Derecho*. Lima: Grijley.

Ardito, W. (2010). "*Perú: Criminalización de la protesta en el gobierno de Alan García"*. Disponible en: www.servindi.org.

Ardito, W.; Peñafiel, R. y Pinedo, K. (2007). *Serios peligros para los derechos humanos. Los 11 decretos del Gobierno de Alan García*. Lima: Asociación Peruana de Derechos Humanos, APRODEH.

Arroyo, L., Mireille, J. y Acale, M. (2015). *Securitismo y derecho penal: por un derecho penal humanista*. Toledo: Universidad de Castilla-La Mancha.

Artese, M. (2009). *La construcción de representaciones sociales en torno protesta social y a la represión institucional*. Facultad de Ciencias Sociales. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires.

Atienza, M. (2011). *El derecho como argumentación*. Barcelona: Ariel.

Basile, S. (1980). "*Los valores superiores, los principios fundamentales y los derechos y libertades públicas",* En: La Constitución Española de 1978, Madrid: Civitas.

Becker, H. (2009) *Outsiders.* Buenos Aires: Siglo XXI Editores.

Bernales, E. (1997). *La Constitución Política de 1993: Análisis Comparado*. Lima: RAO.

Bertoni, E. (2012). (Compilador). *¿Es legítima la criminalización de la protesta social?: Derecho Penal y libertad de expresión en América Latina*. Buenos Aires: Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Universidad de Palermo.

Bertoni, E. (2012). "¿Es legítima la criminalización de la protesta social? Derecho Penal y libertad de expresión en América Latina". Buenos Aires: Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Universidad de Palermo.

Briones, G. (1986). *Métodos y Técnicas de Investigación para las Ciencias Sociales*. México: Trillas.

Caballero, V. (2011). *"Descentralización, Conflictos Sociales y Violencia*". En: Perú ante los desafíos del Siglo XXI. Lima: Fondo Editorial PUCP.

Callata, C. (2007). "*El Derecho Penal del Enemigo y la Protesta Popular".* Coordinadora Primero de Mayo - mayo de 2007. Disponible: http://www.paginalibre.org/asociacionPeru/Textos/Actualidad/2008/05_08_derecho_penal_enemigo.html.

Callegari, A. (2009). *Control social y criminalidad organizada*. Lima: ARA Editores.

Cancio Meliá, M. y Jakobs, G. (2005). *Derecho Penal del enemigo.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Carbonell, M. (2016). *La libertad de asociación y reunión en México*. Ciudad de México. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Disponible en: https://revistas-colaboracion-juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derecho-/article/view/30332/27378.

Castillo, J. (2005). *Asociación para delinquir*. Lima: Grijley.

Comblin, J. (1978). *El poder militar en América Latina.* Salamanca: Sígueme.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2009)., *"Democracia y Derechos Humanos en Venezuela". Disponible en:* https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2016/10498.pdf

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2010). *Una agenda hemisférica para la defensa de la libertad de expresión*. Washington: Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Consejo de Derechos Humanos de la ONU (2016). *"Informe Conjunto de los Relatores Especiales para la Libertad de Reunión y Asociación y las Ejecuciones Extrajudiciales, Sumarias o Arbitrarias",* En: A/HRC/31/66. En: https://www.ohchr.org/SP/Issues/AssemblyAssociation/Pages/AnnualReports.aspx

Coordinadora Nacional de Derechos Humanos (2011). "*Informe Anual: Un año del gobierno de Ollanta Humala". Disponible en:* www.derechoshumanos.pe.

Cornejo, A. (1992). *Asociación ilícita.* Buenos Aires: Ad-Hoc.

Cornejo, A. (2001). *Asociación ilícita y delitos contra el orden público*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (1985). "*La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos")*, Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, Serie A No. 5. San José.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2009). "*Informe Anual de la Relatoría para la Libertad de Expresión"*, Vol. II: *"*Capítulo III. Disponible: http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/anuales/Informe%20Anual%202009%201%20ESP.pdf.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2009). *"Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos"*, En: OEA/Ser.L/V/II., Doc. 57, 31 de diciembre de 2009. Disponible en: https://www.cidh.oas.org/pdf%20files/seguridad%20ciudadana%202009%20esp.pdf.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2014). *"Norín Catrimán y otros dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena Mapuche Vs. Chile".* En: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_279_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2015). *"Informe Anual 2015, capítulo IV A, "Uso de la Fuerza",* Disponible en: http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2015/doc-es/InformeAnual2015-p4A-fuerza-ES.pdf.

Courtis, C. (2006). "*Memoria del Seminario sobre Estrategias de Exigibilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales"*, realizado del 13 al 15 de noviembre de 2006. Disponible en: https://dialnet.unirioja.es › servlet › extaut.

Creus, C. (1997). *Derecho Penal Parte Especial*. Tomo I, 6a edición, Buenos Aires: Astrea.

Defensoría del Pueblo (2008). *Análisis de los decretos legislativos promulgados al amparo de las facultades otorgadas por la ley 29009*, Series Defensoriales. Informe 129, Lima.

Díez, J. (2002). *"El Derecho Penal simbólico y los efectos de la pena".* En: Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Nueva serie, Año XXXV, N° 103, México.

Dozo, S. (2016). *"El enemigo tienen menos derechos".* En: Diario la Nación, 26 de julio. Disponible en : http://www.lanacion.com.ar/826258-el-enemigo-tiene-menos-derechos-dice- gunther-jakobs.

Faraldo, P. y Brandariz, J. (2004). *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Federación Internacional de los Derechos Humanos (2006). *"La protesta social pacífica: ¿Un derecho en las Américas?"* (Informe Nº 460/3), octubre de 2006. Disponible en: <http://www.servindi.org/pdf/FIDH_ProtestaSocial.pdf>.

Ferrater, J. (1994). *Diccionario de filosofía*, t. A-D, Barcelona: Ariel.

frente a la protesta social. Buenos Aires: Centro de Estudios Legales y Sociales – CELS.

Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos (2011). *Criminalización de los Defensores y Defensoras de Derechos Humanos en Ecuador*. Serie de investigación # 22. Primera Edición. Quito.

Gamarra, R. (2010). "*Libertad de expresión y criminalización de la protesta social".* En: Bertolini, E. (Comp.). ¿Es legítima la criminalización de la protesta social? Derecho Penal y libertad de expresión en América Latina. pp. 183-208. Buenos Aires: Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Universidad de Palermo.

García, A. (1977). *Asociaciones ilícitas en el Código Penal*. Barcelona: Bosch.

García, G. (2016). "*La política criminal" de criminalización de protesta social en el código penal peruano"*. En: Actualidad Penal y Procesal Penal, N° 269, abril, Lima: Gaceta Jurídica.

García, J. (2006). "*El obediente, el enemigo, el derecho penal y Jakobs".* En: Revista Nuevo Foro Penal, No. 69 enero – junio. Colombia: Escuela de Derecho de la Universidad EAFIT.

García, L. (2008). *"La relación entre el derecho a la protesta y las teorías deliberativas de la democracia en la obra de R. Gargarella"* En: Revista Coherencia, Vol. 5, Núm. 8. Colombia: Universidad EAFIT. En:

García, P. (2006). *¿Existe y debe existir un Derecho Penal del Enemigo?* Madrid: Marcial Pons.

Gargarella, R. (2008). *"Un diálogo sobre la ley y la protesta social".* En: Jurídicas Vol. 2 No. 1, Manizales: Universidad de Caldas, CIS.

Gargarella, R. (2011). *"Entre el Derecho y la protesta social"*. Ecuador debate. Revista especializada en ciencias sociales. Quito.

Gargarella, R. (2014). *"El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos".* En: GARGARELLA, Roberto. Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.

Gargarella, R. (2015). "*El Derecho frente a la protesta social".* En: Gargarella, Roberto. *Teoría y crítica del Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Gargarella, R. (2005). *"Cómo argumentar (y, sobre todo, ¿cómo no hacerlo) frente a situaciones de conflicto social?"* La Argentina frente a la protesta. En AA.VV., El derecho a la protesta: el primer derecho. Buenos Aires: Ad hoc.

Gascon, M. y Garcia, A. (2005). *La argumentación en el derecho.* Lima: Palestra.

Gracia, M. (2005) "*Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado "Derecho Penal del enemigo"*. En: Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología. Disponible en: htt://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf.

Gracia, M. (2005). *"Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado "Derecho Penal del enemigo"".* En: Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología" Disponible en: htt://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf.

Grosso, S. (2006). *"¿Qué es y qué puede ser el derecho penal del enemigo? Una aproximación crítica al concepto".* En: Cancio Meliá, M., Goméz, C., y Jara, D. (Coords.). Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión. vol. 2. Madrid: Edisofer/Bdef.

Guillamondegui, L. (2015*). "Los discursos de emergencia y la tendencia hacia un derecho penal del enemigo".* En: https://www.clubensayos.com/Historia/los-discursos-de-emergencia-y-la-tendencia-hacia/2270186.html.

Habermas, J. (2005). *Facticidad y Validez: Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Traducción de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta.

Hassemer, W. y Muñoz, F. (1995). *Responsabilidad por el producto en Derecho Penal*. Valencia: Tirant b Blanch.

Hernández, R. et al (2010). *Metodología de la Investigación*. México: McGraw-Hill.

Huerta, C. (2017). "*Interpretación y argumentación en el derecho",* En: Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho, núm. 11, enero-diciembre de 2017, pp. 379-416 México: Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Instituto de Defensa Legal – Justicia Viva (2013). *"Informe: La criminalización de las protestas sociales durante el primer año del gobierno de Ollanta Humala "De la Gran Transformación a la Mano Dura".* Pp. 31 – 38. Disponible en: www.justiciaviva.org.pe.

Instituto de Defensa Legal (2009). *"Cuál es el tema de fondo en el conflicto entre los pueblos amazónicos y el estado? Razones que sustentan la inconstitucionalidad de los Decretos Legislativos 994, 1081, 1064, 1079, 1089, 1090 y 1085*". Disponible en: http://www.justiciaviva.org.pe/nuevos/2009/junio/11/1.pdf.

Jakobs, G. (1996). *Sociedad, norma y persona.* Madrid: Civitas.

Jakobs, G. (1997) *"Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico".* En: Estudios de Derecho penal, trad. Enrique Peñaranda Ramos. Madrid: Civitas.

Jakobs, G. (1997). *"Criminalización en el Estadio Previo a la lesión de un bien jurídico"* En: Jakobs, G. *Estudios de Derecho Penal*. Madrid: Civitas.

Jakobs, G. (2003). *"El Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo"*. En: Derecho penal del enemigo, Trad. Cancio Meliá, M. Madrid: Civitas.

Jakobs, G. (2004). *Dogmática del Derecho penal y configuración normativa de la sociedad,* trad. Teresa Manso Porto, Madrid: Civitas.

Jakobs, G. y Cancio Meliá, M. (2003). *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Civitas.

Jan Marc Rottenbacher, J. y Schmitz, M. (2013) *"Condicionantes ideológicos de la criminalización de la protesta social y el apoyo a la democracia en una muestra limeña"* En: Revista De Psicología, N° 31(2), pp. 371-394. Disponible en: http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/psicologia/article/view/7624

Jescheck, H. (1993). *Derecho Penal Parte General*. 4a edición, Granada: Comares.

Lalinde, S. (2019). *Elogio a la bulla. Protesta y democracia en Colombia.* Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, de Justicia.

Lecours, A. (2007). *"Ley patriota de los EE.UU. (USA PATRIOT ACT) Efectos extraterritoriales de la Ley Patriota de los EE.UU. – Derechos de Privacidad de ciudadanos norteamericanos"*. 2007. Disponible: http://ponce.inter.edu/cai/bv/ley-patriota-de-los-ee-uu-usa-patriot- act.pdf.

Lujan, M. (2013). *Diccionario Penal y Procesal Penal.* Lima: Gaceta Jurídica.

Magrini, A., Rabinovich, E. y Rincón, O. (2011). *Vamos a portarnos mal. Protesta social y libertad de expresión en América Latina*. Bogotá: Centro de Competencia en Comunicación para América Latina, Friedrich Ebert Stiftung.

Maia, C., Tordini, X. y Pol, L. (Coord.) (2016). *Los Estados latinoamericanos frente a la protesta social.* Buenos Aires: Centro de Estudios Legales y Sociales. Disponible en: https://www.cels.org.ar/protestasocial_AL/.

Mariaca, M. (2010). *"Kant y el Retribucionismo penal"*, En: http://jorgemachicado.blogspot.com/2010/04/krp.html

Marín, F. (2006). *"Derecho penal del enemigo"* En: http://correalex.blogdiario.com/1141495980/derecho-penal-del-enemigo/

Mesia, C. (2004). "*Comentario al artículo 2, inciso 13. Libertad de reunión en locales públicos y privados*". En: La Constitución Comentada, tomo I, Lima: Gaceta Jurídica.

Mikkelsen-Lóth, J. (2001). *"Asociación ilícita"*. Buenos Aires: La Ley.

Mondolell, J. (2006) *"El Derecho Penal del enemigo. Evolución (¿ambigüedades?) del concepto y su justificación".* En: Revista CENIPEC. Disponible en: http://www.saber.ula.ve/bitstream/123456789/23565/2/articulo11.pdf

Montaño, F. (2017). *"Pepe Julio Gutiérrez seguirá en prisión hasta el 2018".* En: Diario *La República*, 10 de agosto de 2017. Disponible en: http://larepublica.pe/sociedad/1071973-pepe-julio-gutierrez-seguira-prision-hasta-el-2018.

Organización de las Naciones Unidas (2012). "Informe del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación". Disponible en: http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session20/A-HRC-20-27_sp.pdf

Organización de los Estados Americanos (2006) *"Informe anual sobre la libertad de expresión 2005"* - Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. En: http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=662&lID=2

Otoya, VÍCTOR (2018). *"El derecho a la protesta como derecho fundamental no enumerado. Algunas anotaciones preliminares".* En: Gaceta Constitucional, Tomo 126, junio, Lima: Gaceta Jurídica.

Parra, W. (2006). *"La actual política criminal en Colombia, vista desde la perspectiva del derecho penal del enemigo de Günther Jakobs".* En:

Peña, A. (2010). *Derecho Penal Parte Especial*. Tomo II. Lima: Idemsa.

Pestana, E. (2009). *"La configuración constitucional de los derechos no enumerados en la cláusula abierta de derechos y libertades".* En: L. Sáenz Dávalos. Derechos constitucionales no escritos reconocidos por el Tribunal Constitucional. Lima: Gaceta Jurídica.

Piña, J. (2008). *Rol social y sistema de imputación: una aproximación sociológica a la función del derecho penal.* Barcelona: J.M Bosch Editor. En:

Piqué, M. y Soberano, M. (2008). "*El Derecho Penal y la Protesta Social*", En: Gargarella, Roberto (coordinador), Teoría y crítica del derecho constitucional Tomo II, Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Pisarello, G. (2007). *Los Derechos Sociales y sus Garantías. Elementos para una Reconstrucción.* Madrid: Trotta.

Polaino–Orts, M. (2006). *Derecho penal del enemigo. Desmitificación de un concepto.* Lima: Grijley.

Quiroga, J. (2012). *"Tensiones democráticas: la garantía de la seguridad ciudadana vs. la criminalización de la protesta mediante el ius puniendi".* Bogotá. En: http://www.reiniciar.org/taxonomy/term/2.

Rabinovich, E. (2011*). "Protesta, derechos y libertad de expresión",* En: Rabinovich Eleonora, MagrinI, Ana Lucía y Rincón, Omar (Editores). *"Vamos a portarnos mal" [Protesta social y libertad de expresión en América Latina]*. Bogotá: *Centro de Competencia en Comunicación para América Latina* - Friedrich Ebert Stiftung.

Ramos, C. (2011). *Cómo hacer una Tesis y no envejecer en el intento*. Lima: Grijley.

Rawls, J. (1995). *Teoría de la justicia*. México: Fondo de Cultura Económica.

Revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/download/.../931.

Rial, J. (1990). *"Los intereses de las Fuerzas Armadas de América Latina en sostener regímenes democráticos",* En: Los militares y la Democracia. Montevideo: Peitho.

Robles, L. (2014). *Guía metodológica para la elaboración del proyecto de Investigación Jurídica*. Lima: Ffecaat.

Robles, L. et al (2012). *Fundamentos de la investigación científica y jurídica*. Lima: Fecatt.

Rodríguez, E. (2007). *"El derecho a la protesta, la criminalización y la violencia institucional".*en: http://www.territoriodigital.com/nota.aspx?c=423672503046172

Rodríguez, M. y Arciniegas, J. (2012). *La criminalización de la protesta social como expresión del derecho penal del enemigo materializada en el estatuto de seguridad ciudadana, ley 1453 del año 2011 en Colombia.* Tesis. Bucaramanga: Escuela de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Industrial de Santander.

Rosas, J. (2015). *El derecho constitucional y procesal constitucional en sus conceptos claves.* Lima: Gaceta Jurídica.

Roxin, C. (2003*). Derecho Penal. Parte General.* Trad. Diego – Manuel Luzón Peña y otros. T.I., Madrid: Civitas.

Salcedo, C. (2009). *"El derecho constitucional de reunión y la protesta social"*. En: Gaceta Constitucional, N° 19, junio, Lima: Gaceta Jurídica.

Saldaña, J. y Portocarrero, J. (2017) "*La violencia de las leyes: el uso de la fuerza y la criminalización de protestas socioambientales en el Perú"* En: Derecho

PUCP, N° 79), pp. 311-352. Lima: PUCP. *Disponible en: https://doi.org/10.18800/derechopucp.201702.013*

Salinas, R. (2007). *Derecho Penal Parte Especial*. 2a edición, Lima: Grijley.

Schuster, F. (2005). *"Las protestas sociales y el estudio de la acción colectiva"*. En Tomar la Palabra. Estudios sobre la protesta social y a acción colectiva en la Argentina contemporánea. Buenos Aires: Prometeo Libros.

Silva, A. (2012). *La criminalización de la protesta social como mecanismo de restricción de los derechos humanos.* Tesis. Colombia. En: http://alexsilvacalle.blogspot.com/2012/04/tesis-la-criminalizacion-de-la-protesta.html

Silva, J. (2001). *La expansión del Derecho Penal.* 2ª edición. Madrid: Civitas.

Solís, A. (2001). *Metodología de la Investigación Jurídico. Social*. Lima.

Sosa, J. (2017). "*Los derechos sociales, su exigibilidad y el activismo judicial dialógico".* En AA.VV., Igualdad, derechos sociales y control de políticas públicas en la jurisprudencia constitucional. Lima: Palestra.

Sotello, I. (1996). *Filosofía Política II. Teoría del Estado.* Madrid: Trotta.

Tarrow, S. (1997). *El poder en movimiento. Los movimientos sociales, la acción*. Madrid: Alianza.

Tilly, C. y Tarrow, S. (2015). *Contentious Politics* (2 ed.). New York: Oxford University Press.

Vásquez, M. (2015). *"La criminalización de la protesta social como estrategia de desarticulación del movimiento social en el Perú*". Documento de Trabajo Elaborado GRUFIDES. Disponible en: http://www.grufides.org/sites/default/files/documentos/documentos/Criminalizaci%C3%B3n%20de%20la%20Protesta%20ult.pdf

Vega, Y. (2004). *"Derecho de asociación. Constitución de fundaciones y otras formas de organización jurídica"*. En: La Constitución Comentada, tomo I, Lima: Gaceta Jurídica.

Viegas, F. (2011*). "La protesta criminalizada"*. Editorial Académica Española – España, Disponible en: En http://es.scribd.com/doc/La-Protesta-Criminalizada-

Zaffaroni, E. (2005). *Derecho Penal Parte General.* Buenos Aires: Ediar.

Zaffaroni, E. (2008). *"La protesta social es un derecho que no puede ser criminalizado"*. En: Pitrola, N. (2008). *La criminalización de la protesta social. El debate Zaffaroni-Pitrola.* Buenos Aires: Rumbos.

Zaffaroni, E. (2002) *"El derecho penal y la protesta social"*. En: Revista Jurisprudencia Argentina, IV-384. Buenos Aires.

Zaffaroni, E. (2007). *"Derecho penal y protesta social*", En AA. VV. Modernas tendencias de dogmática penal y política criminal. Libro homenaje al Dr. Juan Bustos Ramírez, Lima: Idemsa.

Zambrano, A. (2007). *"Derecho penal del enemigo y la impronta del terrorismo".* En: *Revista Latinoamericana de Derecho Penal y Criminología. Buenos Aires,* Argentina. Disponible: www.iuspenalismo.com.ar.

Zelayaran, M. (2007). *Metodología de la investigación jurídica*. Lima: Ediciones Jurídicas.

VI. ANEXO

MATRIZ DE CONSISTENCIA LÓGICA

TITULO: LA POLÍTICA CRIMINAL DE LA CRIMINALIZACIÓN DE LA PROTESTA SOCIAL COMO EXPRESIÓN DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO

PROBLEMAS	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	VARIABLES	ASPECTOS METODOLÓGICO
GENERAL: ¿Por qué la política criminal de la criminalización de la protesta social constituye una expresión del derecho penal del enemigo y cómo se materializa en el código penal peruano? **ESPECÍFICOS:** a) ¿Cuál es la justificación dogmática y aspectos político-criminales que llevaron a la criminalización de la protesta social en el código penal peruano? b) ¿Cuáles son las manifestaciones de la política criminal de la criminalización de la protesta social como expresión del derecho penal del enemigo en el código penal peruano? c) ¿Cuáles son las críticas y cuestionamientos a los dispositivos legislativos de criminalización de la protesta social en el código penal peruano? d) ¿Cuáles son los fundamentos filosóficos y constitucionales que justifican el reconocimiento derecho de la protesta social como derecho fundamental)?	**GENERAL:** Determinar el por qué la política criminal de la criminalización de la protesta social constituye una expresión del derecho penal del enemigo y cómo se materializa en el código penal peruano. **ESPECÍFICOS:** a) Explicar la justificación dogmática y aspectos político-criminales que llevaron a la criminalización de la protesta social en el código penal peruano. b) Describir las manifestaciones de la política criminal de la criminalización de la protesta social como expresión del derecho penal del enemigo en el código penal peruano. c) Analizar las críticas y cuestionamientos a los dispositivos legislativos de criminalización de la protesta social en el código penal peruano. d) Determinar los fundamentos filosóficos y constitucionales que justifican el reconocimiento derecho de la p rotesta social como derecho fundamental. .	"La criminalización de la protesta social como expresión del derecho penal del enemigo se funda en una política criminal punitiva caracterizada por la estigmatización, la persecución judicial y la sobrepenalización constituyéndose en una negación y atentado contra derechos y libertades ciudadanas, por lo que, no sólo se atenta contra el Estado democrático de Derecho, sino con los principios del Derecho Penal garantista."	Variable Independiente (X): El derecho penal del enemigo Indicadores: • Fundamentos político criminales • Fundamentos penales • Agravamiento de penas • Endurecimiento del derecho penal • Relajamiento de las garantías penales • Debilitamiento de los derechos y libertades. • Dicotomía ciudadano-enemigo Variable Dependiente (Y): La política criminal de criminalización de la protesta social Indicadores: • Política criminal punitiva • Criminalización de la protesta social • Radicalización de la política criminal • Estigmatización • Persecución judicial • Sobrepenalización • Limitación de derechos • Afectación de principios	TIPO DE INVESTIGACIÓN: Dogmática TIPO DE DISEÑO: No Experimental DISEÑO GENERAL: Transversal DISEÑO ESPECÍFICO: Explicativa UNIDAD DE ANALISIS: Estará será Documental conformada por la Doctrina, Normatividad y jurisprudencia. PLAN DE RECOLECCIÓN, PROCESAMIENTO Y ANALISIS ▪ Identificación del lugar donde se buscó la información. ▪ Identificación y registro de las fuentes de información. ▪ Recojo de información en función a los objetivos y variables. ▪ Análisis y evaluación de la información. ▪ Sistematización de la información Para el análisis de la información se empleará la técnica de análisis cualitativo: Triangulación de teorías. INSTRUMENTO(S) DE RECOLECCIÓN DE LA INFORMACIÓN Recojo de información: Técnica documental Instrumentos: Fichas y la técnica de análisis de contenido cuyo instrumento es la ficha de análisis de contenido. ANALISIS DE LA INFORMACIÓN Para el análisis de la información se empleó la técnica cualitativa y la triangulación de teorías. VALIDACIÓN DE LA HIPOTESSIS: Método de la argumentación jurídica.