

**UNIVERSIDAD NACIONAL**  
**“SANTIAGO ANTÚNEZ DE MAYOLO”**  
**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**  
**ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**



**EL DERECHO PENAL SIMBÓLICO FRENTE A LA**  
**VULNERACIÓN DE LAS NORMAS SANITARIAS EN EL**  
**MARCO DEL COVID-19 EN EL PERÚ**

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

**AUTORA:**

**BR. JHULISSA JHESSSENIA JARA SÁNCHEZ**

**ASESOR:**

**Dr. LUIS WILFREDO ROBLES TREJO**

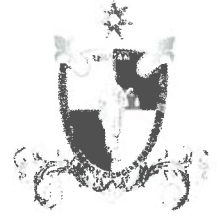
**HUARAZ, PERÚ**

**2022**





**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS**  
**SECCION DE GRADOS Y TITULOS**



**ACTA DE SUSTENTACION PARA OPTAR EL TITULO DE ABOGADO**  
**TOMO I - FOLIO 009 - AÑO 2022 - FDCCPP**

MODALIDAD: TESIS

En la ciudad de Huaraz, siendo las dieciocho horas del día lunes ocho de agosto del dos mil veintidós. Se reunieron en la Sala de Audiencia de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas el Jurado Calificador, integrado por los siguientes docentes:

Dr. ELMER ROBLES BLACIDO	:	PRESIDENTE
Mag. ARMANDO CORAL RODRIGUEZ	:	SECRETARIO
Dr. LUIS WILFREDO ROBLES TREJO	:	VOCAL

Con el objeto de examinar la Sustentación de Tesis, titulada: “EL DERECHO PENAL SIMBÓLICO FRENTE A LA VULNERACIÓN DE LAS NORMAS SANITARIAS EN EL MARCO DEL COVID 19 EN EL PERÚ” de la bachiller JARA SANCHEZ JHULISSA JHESSENIA, para OPTAR el Título Profesional de Abogado.

Acto seguido, la bachiller fue llamada por su nombre e invitada a ocupar el podio a efectos de su exposición, luego de lo cual, fue examinada en relación a la tesis sustentada. Culminado el acto, el Presidente invitó a los asistentes a retirarse para la deliberación. Obteniéndose la siguiente calificación:

PROMEDIO : ..... *Dieciséis (16)* .....  
 RESULTADO : ..... *Aprobado por unanimidad* .....

En mérito de lo cual, el **Jurado Calificador la Declara:** ..... *Apto* .....  
 para que se le otorgue el Título Profesional de Abogado. Con lo que concluye el Acto, siendo las *20:00* horas del mismo día. Firman por cuadruplicado los Miembros del Jurado en señal de conformidad.

  
\_\_\_\_\_  
Dr. ELMER ROBLES BLACIDO  
PRESIDENTE

  
\_\_\_\_\_  
Mag. ARMANDO CORAL RODRIGUEZ  
SECRETARIO

  
\_\_\_\_\_  
Dr. LUIS WILFREDO ROBLES TREJO  
VOCAL

NOMBRE DEL TRABAJO

**Tesis Jara Sanchez - Revisada y corregida.docx2023.docx**

RECUENTO DE PALABRAS

**19547 Words**

RECUENTO DE PÁGINAS

**89 Pages**

FECHA DE ENTREGA

**May 6, 2023 6:35 AM GMT-5**

RECUENTO DE CARACTERES

**106730 Characters**

TAMAÑO DEL ARCHIVO

**176.4KB**

FECHA DEL INFORME

**May 6, 2023 6:36 AM GMT-5****● 18% de similitud general**

El total combinado de todas las coincidencias, incluidas las fuentes superpuestas, para cada base de datos.

- 17% Base de datos de Internet
- Base de datos de Crossref
- 7% Base de datos de trabajos entregados
- 2% Base de datos de publicaciones
- Base de datos de contenido publicado de Crossref

**● Excluir del Reporte de Similitud**

- Material bibliográfico
- Material citado
- Bloques de texto excluidos manualmente
- Material citado
- Coincidencia baja (menos de 10 palabras)

## DEDICATORIA

*A Dios, que me ha dado la vida.  
A mis padres, por ser el pilar fundamental en  
todo lo que soy, y por toda mi educación,  
tanto en lo académico, como en la vida, por  
su incondicional apoyo perfectamente  
mantenido a través del tiempo.*



## AGRADECIMIENTOS

A Dios, por ser el soporte fundamental de mi vida y de mis proyectos.

A mi madre, por sus lecciones de vida y su sabiduría para aconsejarme en los momentos más difíciles.

A mis maestros, que continuaron depositando su esperanza en mí y nunca desistieron al enseñarme.



## ÍNDICE

AGRADECIMIENTOS .....	iii
RESUMEN.....	vii
ABSTRACT .....	viii
INTRODUCCIÓN .....	1

### CAPÍTULO I

#### EL PROBLEMA Y LA METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

1.1 Descripción del problema .....	3
1.2 Formulación del problema .....	4
1.2.1 Problema general.....	4
1.2.2 Problemas específicos .....	4
1.3 Importancia del problema .....	5
1.4 Justificación y viabilidad.....	6
1.4.1 Justificación teórica.....	6
1.4.2 Justificación práctica .....	7
1.4.3 Justificación legal.....	8
1.4.4 Justificación metodológica.....	8
1.4.5 Viabilidad.....	9
1.5 Formulación de objetivos.....	9
1.5.1 Objetivo general .....	9
1.5.2 Objetivos específicos .....	9
1.6 Formulación de hipótesis .....	10
1.7 Variables .....	10
1.7.1 Variable independiente.....	10
1.7.2 Variable dependiente.....	11
1.8 Metodología .....	11
1.8.1 Tipo y diseño de investigación.....	11
1.8.2 Plan de recolección de la información .....	12
1.8.2.1 Población.....	12
1.8.2.2 Muestra .....	12
1.8.3 Instrumento(s) de recolección de la información.....	13

1.8.4 Plan de procesamiento y análisis de la información .....	13
1.8.5 Técnica de análisis de datos y/o información .....	14
1.8.6 Validación de la hipótesis .....	14

## CAPÍTULO II MARCO TEÓRICO

2.1 Antecedentes .....	15
2.2 Bases teóricas .....	17
2.2.1 El populismo punitivo y el simbolismo penal.....	17
2.2.1.1 Populismo punitivo .....	20
2.2.1.2 Derecho penal simbólico.....	21
2.2.1.3 Aproximaciones científicas sobre el abordaje del populismo punitivo y derecho penal simbólico .....	22
2.2.2 Derecho penal y pandemia de covid-19 .....	24
2.3 Definición de términos.....	31

## CAPÍTULO III RESULTADOS Y ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN

3.1 El derecho penal en tiempos del coronavirus o covid-19. Violación de medidas sanitarias y propagación de enfermedades contagiosas según el Código Penal ...	35
3.1.1 Ideas iniciales .....	35
3.1.2 Delitos contra la salud pública .....	36
3.1.3 Descripción del tipo penal previsto en el artículo 289 del Código Penal. Propagación de enfermedad peligrosa o contagiosa .....	37
3.1.4 Descripción del tipo penal previsto en el artículo 292 del Código Penal. Violación de medidas sanitarias.....	40
3.2 Eficacia de las sanciones sanitarias frente a la propagación de enfermedades contagiosas según el Código Penal .....	44



CAPÍTULO IV  
DISCUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

4.1 Sobre la violación de medidas sanitarias .....	47
4.2 Análisis del tipo penal previsto en el artículo 289 del Código Penal. Propagación de enfermedad peligrosa o contagiosa .....	51
4.3 Análisis del tipo penal en el caso del art. 292 en la enfermedad del coronavirus o covid-19 .....	54
4.4 Expresión del derecho penal simbólico: ¿el mero incumplimiento de las medidas sanitarias constituye delito? .....	56
4.5 Tendencia interna trascendente .....	61
4.6 Sobre la inconstitucionalidad del Decreto Supremo N° 008-2021-PCM, que prorroga el estado de emergencia nacional por la segunda ola de contagios de la covid-19.....	67
4.7 Los derechos fundamentales en el ámbito del estado de emergencia sanitaria	69
4.7.1 Algunas ideas iniciales .....	69
4.7.2 La declaración del estado de emergencia sanitaria .....	70
4.7.3 Las limitaciones de derechos y sanciones a los infractores .....	72
4.8 El derecho penal y vulneración de normas sanitarias .....	74
CONCLUSIONES .....	76
RECOMENDACIONES .....	78
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	79



## RESUMEN

El propósito de la presente tesis fue determinar la influencia del derecho penal simbólico frente a la vulneración de las normas sanitarias en el marco del covid-19 en el Perú. La investigación es de tipo dogmático, no experimental, transversal y descriptivo, donde la unidad de análisis estuvo constituida por las fuentes formales del derecho: doctrina, jurisprudencia y normatividad. Las técnicas que se emplearon fueron el fichaje, el análisis de contenido, el análisis cualitativo y la argumentación jurídica. Se concluye que la influencia negativa del derecho penal simbólico frente a la vulneración de las normas sanitarias en el marco del covid-19 en el Perú se manifiesta en la instrumentalización del derecho penal durante la emergencia sanitaria, y la afectación de los principios del derecho penal, como *ultima ratio* y lesividad, expresándose como una aparente e ineficaz solución al problema de las personas que incumplen el estado de emergencia sanitaria. Además, ante la poca eficacia y efecto disuasivo de las detenciones de los infractores, sumado al aumento del contagio en las comisarías, el Gobierno optó por expedir el Decreto Legislativo N° 1458, que contempla la posibilidad de inhabilitar a los infractores para la celebración de contratados de cualquier tipo, así como su salida del país, pese a que la esencia y finalidad de la sanción no es generar tales impedimentos sino la imposición de una multa, por lo que estamos ante una clarísima vulneración a los derechos fundamentales.

**Palabras clave:** Derecho penal simbólico, vulneración, normas sanitarias, covid-19.

## ABSTRACT

The purpose of this thesis was to determine the influence of symbolic criminal law against the violation of sanitary regulations in the framework of covid-19 in Peru; For which a dogmatic, non-experimental, transversal, descriptive investigation was carried out, where the unit of analysis was constituted by the formal sources of law: doctrine, jurisprudence and regulations; using the technique of signing, content analysis, qualitative analysis and legal argumentation. It is concluded that the negative influence of symbolic criminal law in the face of the violation of sanitary norms in the framework of covid-19 in Peru, is manifested in the instrumentalization of criminal law during the sanitary emergency, and the affectation of the principles of law criminal, such as: ultimum and injury, expressing itself as an apparent and ineffective solution to the problem of people who fail to comply with the state of health emergency. And that given the lack of effectiveness and dissuasive effect of the arrests of offenders, coupled with the increase in contagion in the police stations, the government chose to issue Legislative Decree No. 1458 which contemplates the possibility of disqualifying offenders from holding contracts of any kind and also to leave the country, despite the fact that the essence and purpose of the sanction is not to generate such impediments but to impose a fine, so we are facing a very clear violation of fundamental rights.

**Keywords:** Symbolic criminal law, Violation, Sanitary regulations, Covid-19.

## INTRODUCCIÓN

En los últimos días, se han reportado numerosas intervenciones a ciudadanos a lo largo del país. Incluso, recientemente, se intervino a un conocido exfutbolista, debido a que se encontraba en una reunión en pleno toque de queda y aislamiento social obligatorio, por incumplir las normas sanitarias del estado de emergencia implementadas a raíz de la pandemia del coronavirus, como el Decreto Supremo N° 044-2020-PCM, que limita la libertad de tránsito y reunión.

La imposición de la medida tiene su sustento en las graves circunstancias que vienen afectando la vida de todos los peruanos a consecuencia del brote del virus del coronavirus. Es importante señalar, además, que el decreto supremo antes mencionado dispuso también una serie de medidas para prevenir la propagación del virus, dentro de ellas la limitación al ejercicio del derecho a la libertad de tránsito de las personas.

El artículo 4 del Decreto Supremo N° 044-2020-PCM señala que, durante la vigencia del estado de emergencia y la cuarentena, los ciudadanos solo podrán circular por las vías de uso público para la prestación de algunos servicios y bienes esenciales, como —por ejemplo— la adquisición, producción y abastecimiento de productos de primera necesidad, la asistencia a centros, servicios y establecimientos de salud, prestaciones laborales, profesionales o empresariales que garanticen el acceso a los servicios públicos y bienes y servicios esenciales: agua, combustible, energía eléctrica, telecomunicaciones, entre otros.

Finalmente, respecto a la estructura del trabajo de investigación, este ha sido estructurado en cuatro capítulos: el Capítulo I está referido al problema y la metodología de la investigación; asimismo, en este capítulo se expone el

planteamiento del problema, la formulación del problema, los objetivos, hipótesis y la metodología empleada. En el Capítulo II, referido al marco teórico, se presenta el sustento teórico-doctrinario de la investigación, y en él se plantean los antecedentes, las bases teóricas y la definición de términos de la investigación, los cuales se elaboraron con base en la técnica del fichaje. El Capítulo III está referido a los resultados de la investigación, los cuales se obtuvieron luego del análisis de la información sobre las variables de investigación con base en la técnica del análisis cualitativo. Finalmente, en el capítulo IV, referido a la discusión y análisis de la información, basada en la técnica de análisis cualitativo y la argumentación jurídica, se justifican las hipótesis planteadas, y, en función de los resultados obtenidos, se plantean los fundamentos que justifican su validez de forma coherente y argumentativa.

## CAPÍTULO I

### EL PROBLEMA Y LA METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

#### 1.1 Descripción del problema

En el Perú, durante la pandemia de la covid-19 se produjeron cierres de empresas de “Call Center” por existir una presunta violación a las medidas de salud dispuestas por el Gobierno con el DS 44. Este hecho originó, además, que los gerentes generales o representantes legales de las empresas sean investigados por la presunta comisión del delito de violación de medidas sanitarias, regulado en el artículo 292 del Código Penal (CP). De esta manera, frente a la reiterada conducta de desacato de diversos ciudadanos, el Estado optó por implementar mayores restricciones. En estos hechos radica el origen del problema de investigación que se aborda en este trabajo, siendo la salud un bien jurídico colectivo, cuya titularidad le corresponden a un número ilimitado de individuos, más aún en una situación de pandemia como la que ha atravesado el Perú.

A nivel práctico, se viene planteando si las vulneraciones a las normas sanitarias deben ser investigadas y, eventualmente, sancionadas por el delito de resistencia o desobediencia a la autoridad previsto en el artículo 368 del Código penal, o el de violación de medidas sanitarias con regulación expresa en el artículo 292 del referido cuerpo normativo.

Podemos arribar al consenso de que el mero incumplimiento de las disposiciones sobre emergencia sanitaria (Decreto Supremo 008-2020-SA) y el estado de emergencia nacional (Decreto Supremo 044-2020-PCM) no invoca la aplicación del delito de desobediencia previsto en el artículo 368 del Código Penal, pues la desobediencia a la ley no se identifica con la desobediencia a una orden

impartida por una autoridad en ejercicio funcional. Afirmar lo contrario implicaría que la comisión de todos los delitos llama a concursar de forma ineludible a uno de desobediencia, pues la comisión del ilícito siempre implica el incumplimiento de la ley penal.

Sin embargo, descartada la configuración del tipo legal de desobediencia, nos enfrentamos a la fórmula legislativa del delito de violación de medidas sanitarias, previsto en el artículo 292 del Código Penal, por el que las intervenciones policiales son cada vez más usuales. El supuesto de hecho de la fórmula legal tiene la siguiente lectura: “El que viola las medidas impuestas por la ley o por la autoridad para la introducción al país o la propagación de una enfermedad o epidemia o de una epizootia o plaga”.

## **1.2 Formulación del problema**

### ***1.2.1 Problema general***

¿Cuál es la influencia del derecho penal simbólico frente a la vulneración de las normas sanitarias en el marco del covid-19 en el Perú?

### ***1.2.2 Problemas específicos***

- a) ¿Es necesario recurrir al derecho penal en esta situación de emergencia sanitaria frente al covid-19?
- b) ¿Cuáles son los bienes jurídicos que se pretende garantizar con la intervención del derecho penal en tiempos de la pandemia del covid-19?
- c) ¿Las vulneraciones a las normas sanitarias impuestas por el Estado deben solucionarse en el ámbito del derecho penal?

- d) ¿Por qué las medidas que viene imponiendo el Estado por vulneración a las normas sanitarias impuestas constituyen una manifestación del derecho penal simbólico?

### 1.3 Importancia del problema

El covid-19 ha afectado todas las esferas de nuestra vida cotidiana y el derecho penal no escapa de ello. Durante estos meses en el que nos hemos visto obligados a un confinamiento obligatorio prolongado y a un distanciamiento social al cual no estamos acostumbrados, la criminalidad se ha ido transformando y acomodando a esta nueva realidad. En esta medida, en este *newsflash* pondremos de presente los distintos delitos que han cobrado relevancia en relación directa con la pandemia, y algunos delitos que están incrementándose como consecuencia indirecta de esta nueva normalidad.

Aunque es cierto que la justicia del país se encuentra en gran parte frenada, el aparato judicial penal ha continuado trabajando con relativa normalidad. Esto, en la medida que la persecución de la delincuencia nunca se puede suspender, y los asuntos relacionados con la libertad de los individuos tampoco dan espera. A la fecha se ha reportado la apertura de más de 150 investigaciones penales iniciadas por delitos directamente relacionados por violaciones a la normativa sanitaria y, en consecuencia, resulta necesario poner de presente cuáles son estos tipos penales, y sus medidas de prevención.

Los delitos en cuestión son los de violación de medida sanitaria (artículo 368, Código Penal) y propagación de una epidemia (artículo 369, Código Penal). En relación con el primer delito, este ha sido aplicado en contra de aquellos que han

violados las medidas sanitarias y de bioseguridad impuestas por el Gobierno. Por ejemplo, viajeros internacionales que han violado la cuarentena, o personas que han organizado fiestas o reuniones clandestinas con independencia de que estas se den en áreas rurales o urbanas.

No obstante, este delito también puede ser aplicable para los administradores de empresas que incumplan con los requisitos de bioseguridad impuestos por el Gobierno y las correspondientes alcaldías. Ahora bien, es de anotar que, aunque en principio las empresas no son sujetos de responsabilidad penal, sí pueden llegar a responder por los daños causados por sus empleados o administradores como terceros responsables en el incidente de reparación integral.

## **1.4 Justificación y viabilidad**

### ***1.4.1 Justificación teórica***

La realización del presente trabajo de investigación se justificó en la teoría del garantismo penal (Ferrajoli, 1997), toda vez que a través de sus postulados se hará un cuestionamiento al uso del derecho penal simbólico frente a las vulneraciones a las normas sanitarias en el marco del covid-19 en el Perú.

Para Ferrajoli (2008), el garantismo es una ideología jurídica, es decir, una forma de representar, comprender, interpretar y explicar el derecho. Se trata también de una serie de postulados en construcción que conforman una teoría general, donde se explica la lógica del Estado de derecho, vinculada estrechamente con la teoría del Estado constitucional (desde el punto de vista normativo), y con el llamado neoconstitucionalismo (desde el punto de vista teórico).



“El garantismo en materia penal corresponde con la idea de un derecho penal mínimo” (Ferrajoli, 2006, p. 38) con fuertes y rígidos límites a la actuación del poder punitivo del Estado. Asimismo, conforme con las palabras del mismo autor:

Esta vertiente del garantismo se proyecta en garantías penales sustanciales y procesales. Entre las garantías sustanciales se encuentran los principios de estricta legalidad, taxatividad, lesividad, materialidad y culpabilidad. Entre las garantías procesales están los principios de contradicción, la paridad entre acusación y defensa, la separación rígida entre juez y acusación, la presunción de inocencia, la carga de la prueba para el que acusa, la oralidad y la publicidad del juicio, la independencia interna y externa de la judicatura y el principio del juez natural. (Ferrajoli, 2006, p. 38)

Así, mientras que las garantías penales sustantivas “tienen como objetivo la averiguación de la verdad jurídica, a partir de la verificabilidad y refutabilidad en abstracto de las hipótesis de la acusación. Las garantías penales procesales tienen como objetivo la averiguación de la verdad fáctica” (Ferrajoli, 2006, p. 39).

#### ***1.4.2 Justificación práctica***

La justificación práctica de la investigación consistió en evaluar que la forma como se viene afrontando el problema de las personas que vulneran las normas sanitarias en el marco del covid-19 en el Perú, recurriendo al derecho penal, no solo es una manifestación del derecho penal simbólico, ya que se lo emplea como *prima ratio* y no como *ultima ratio*, que es el rasgo característico que derecho penal liberal.

Y es que desde el derecho penal —en tanto un derecho que pretende asegurar libertades, en especial, frente a los avances del poder estatal sobre aquéllas— también se lucha en definitiva por dicho objetivo, si se tiene en cuenta que lo que en el plano individual constituye el afianzamiento de las garantías constitucionales y el cumplimiento de la ley, en el plano social no es otra cosa que la consolidación de los valores democráticos de libertad, dignidad, tolerancia e igualdad: “No puede haber autonomía del derecho —afirma Habermas (1986)— sin democracia realizada”.

#### ***1.4.3 Justificación legal***

Las normas legales que amparan la investigación son:

- Constitución Política del Perú
- Ley Universitaria N° 30220
- Estatuto de la UNASAM
- Reglamento de Grados y Títulos de la FDCCPP- UNASAM.

#### ***1.4.4 Justificación metodológica***

El paradigma metodológico que se empleó en la presente investigación fue el del enfoque cualitativo, toda vez que se recogieron datos sin medición numérica, sino a través de valoraciones y apreciaciones jurídicas con el propósito de describir los objetos que se estudia, la interpretación y la comprensión; es decir, se abordó el problema de investigación desde una perspectiva teórica.

### ***1.4.5 Viabilidad***

Respecto a la viabilidad de la presente investigación, se contó con la viabilidad tanto económica, bibliográfica y metodológica. Es decir, se contó con los recursos económicos para afrontar los gastos que ocasionó el desarrollo de la investigación, los que fueron cubiertos con recursos propios.

Existió información bibliográfica, tanto en formato físico como digital, disponible en las bibliotecas tanto del suscrito como de la universidad, así como en el internet, la misma que sirvió de soporte para el desarrollo del marco teórico de la investigación.

Para la viabilidad metodológica, se contó con el asesoramiento del asesor de la tesis —especialista en metodología jurídica— y también se contó con el apoyo de algunos especialistas en la materia, con quienes se tendrá el contacto necesario en la investigación.

## **1.5 Formulación de objetivos**

### ***1.5.1 Objetivo general***

Determinar la influencia del derecho penal simbólico frente a la vulneración de las normas sanitarias en el marco del covid-19 en el Perú.

### ***1.5.2 Objetivos específicos***

- a) Explicar si es necesario recurrir al derecho penal en esta situación de emergencia sanitaria frente al covid-19.
- b) Describir los bienes jurídicos que se pretende garantizar con la intervención del derecho penal en tiempos de la pandemia del covid-19.

- c) Analizar si las vulneraciones a las normas sanitarias impuestas por el Estado deben solucionarse en el ámbito del derecho penal.
- d) Evaluar si las medidas que viene imponiendo el Estado por vulneración a las normas sanitarias impuestas por el Estado constituyen una manifestación del derecho penal simbólico.

## 1.6 Formulación de hipótesis

El derecho penal simbólico presenta una influencia negativa frente a la vulneración de las normas sanitarias en el marco del covid-19 en el Perú, debido a que el derecho penal viene siendo instrumentalizado durante esta emergencia sanitaria, empleándose como *prima ratio* y no como *ultima ratio*, y planteando una aparente e ineficaz solución al problema de las personas que incumplen el estado de emergencia sanitaria.

## 1.7 Variables

### 1.7.1 Variable independiente

El derecho penal simbólico.

### Indicadores:

- Populismo penal
- Simbolismo penal
- Legislación penal de emergencia
- Tipos penales.

### **1.7.2 Variable dependiente**

Vulneración a las normas sanitarias en el marco del covid-19.

#### **Indicadores:**

- Estado de emergencia
- Emergencia sanitaria
- Normas sanitarias
- Penas

## **1.8 Metodología**

### **1.8.1 Tipo y diseño de investigación**

**a. Tipo de investigación:** Correspondió a una investigación jurídico-dogmática: teórica y normativa, cuya finalidad fue ampliar y profundizar los conocimientos sobre el derecho penal simbólico y la vulneración de las normas sanitarias en el marco del covid-19 en el Perú. En este tipo de investigación se evalúan las estructuras del derecho y visualiza el problema jurídico solo a la luz de las fuentes formales, desarrollándose una investigación teórica.

**b. Tipo de diseño:** Correspondió al diseño denominado no experimental, donde el investigador no puede manipular las variables de manera intencional, tampoco posee grupos de control ni experimental; solo observa el fenómeno jurídico después de su ocurrencia; esto es, el derecho penal simbólico y la vulneración de las normas sanitarias en el marco del covid-19 en el Perú.

**c. Diseño general:** El diseño fue transversal. Con este diseño, se recolectó datos en un solo momento de tiempo, en un tiempo único (año 2020) sobre el

derecho penal simbólico y la vulneración de las normas sanitarias en el marco del covid-19 en el Perú.

**d. Diseño específico:** Se empleó el diseño descriptivo; su propósito fue describir situaciones problemáticas, es decir, cómo es y cómo se manifiesta determinado fenómeno, para especificar sus características, aspectos, dimensiones o componentes sobre el derecho penal simbólico y la vulneración de las normas sanitarias en el marco del covid-19 en el Perú.

### *1.8.2 Plan de recolección de la información*

#### **1.8.2.1 Población**

- a. Universo espacial:** Ámbito nacional, de alcance general.
- b. Universo social:** La población materia de estudio se circunscribió al aporte de los juristas a nivel dogmático y los magistrados a nivel jurisprudencial.
- c. Universo temporal:** Correspondió al periodo del 2020, espacio temporal donde se ejecutó la investigación.

#### **1.8.2.2 Muestra**

- a. Tipo:** No probabilística
- b. Técnica muestral:** Intencional
- c. Marco muestral:** Doctrina, jurisprudencia y norma.
- d. Unidad de análisis:** Documental.

### ***1.8.3 Instrumento(s) de recolección de la información***

- a. Fichaje.** Se empleó para recopilar información de las fuentes bibliográficas y hemerográficas sobre la doctrina sobre el problema de investigación, y se utilizaron fichas textuales, de resumen y de comentario.
- b. Ficha de análisis de contenido.** Se utilizó para el análisis de la jurisprudencia y determinar sus fundamentos y posiciones dogmáticas.
- c. Electrónicos.** Para recabar la información de las distintas páginas web que se ofertan en el ciberespacio sobre el problema de investigación, se empleó las fichas de registro de información.
- d. Fichas de información jurídica.** Es un criterio para recolectar la información, a fin de almacenarla y procesarla adecuadamente de forma coherente y sistemática, para lo cual se empleó un programa informático como soporte técnico.

### ***1.8.4 Plan de procesamiento y análisis de la información***

El plan de recojo de la información, por la naturaleza teórica de la investigación, comprendió la selección de las fuentes de información y los instrumentos de recolección de datos, en ese sentido se emplearon las siguientes:

Para las fuentes bibliográficas, hemerográficas y virtuales, se utilizó las fichas bibliografías, literales, de resumen y comentario. Para la jurisprudencia, se empleó la ficha de análisis de contenido, con la que se recogieron los datos para la construcción del marco teórico y la discusión, lo que hizo posible, a su vez, la validación de las hipótesis planteadas. Asimismo, el estudio de la normatividad se realizó a través de los métodos exegético y hermenéutico, y con ello se logró una

visión sistemática del problema de estudio. Por último, para la sistematización de la información de la investigación, se empleó la técnica de la argumentación jurídica, a fin de justificar las proposiciones y enunciados jurídicos de forma clara, coherente y racional.

#### ***1.8.5 Técnica de análisis de datos y/o información***

Se empleó la técnica del análisis cualitativo, toda vez que en la investigación jurídica dogmática no se admiten las valoraciones cuantitativas. Este enfoque recoge, recopila, analiza y comprende información explicativa, causal, argumentativa. Es uno de los enfoques más usados en las ciencias sociales y del Derecho, por su capacidad argumentativa y de comprensión del hecho del impacto e importancia del control constitucional de las normas y actos jurídicos en el sistema penal peruano.

#### ***1.8.6 Validación de la hipótesis***

Por la naturaleza de la investigación desarrollada, se empleó el método de la argumentación jurídica (Alexy, 2007), en el 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, 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.



## CAPÍTULO II

### MARCO TEÓRICO

#### 2.1 Antecedentes

Realizada la búsqueda de los antecedentes de investigación, se han podido encontrar los siguientes trabajos:

Cabanillas-Rojas (2020), en su investigación titulada “Conducta y propagación del covid-19 en el Perú: marco de referencia para el diseño de intervenciones conductuales de salud pública”, concluye que:

La conducta humana influye de manera decisiva en la transmisión del covid-19 y debe tener un rol protagónico en los esfuerzos nacionales de salud pública. Este artículo analiza variables de intervención psicosocial que han mostrado relación con la realización de conductas de protección en contextos de pandemia. Estas variables se han organizado en función de los siguientes objetivos de intervención: incrementar la percepción de riesgo y la autoeficacia, reducir el sesgo de invulnerabilidad, gestionar la ansiedad y la incertidumbre, promover normas sociales promotoras de salud, promover el capital social, promover conductas prosociales, y generar confianza en las autoridades y la ciencia. Finalmente, se propone un marco de referencia para el diseño e implementación de intervenciones conductuales de salud pública para reducir la propagación del covid-19 en el Perú. (p. 1)

León (2017), en su tesis *La influencia del derecho penal del enemigo en el delito de marcaje*, para optar el título profesional de abogado en la Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo, cuyo objetivo fue determinar la influencia del derecho penal del enemigo en el delito de marcaje, concluye que:

Con la criminalización desde los actos preparatorios dirigidos por personas que realizan actos de acopio de información, actos de vigilancia o seguimiento de personas y la incorporación de agravantes, el endurecimiento de las penas y la flexibilización de los principios constitucionales, son manifestaciones del derecho penal del enemigo, por tanto, contrarias al Estado democrático de derecho. La investigación ha demostrado que la incorporación del delito de marcaje o reglaje al Código Penal no ha sido suficiente para combatir la delincuencia e inseguridad ciudadana, por lo cual debe ser derogada porque la incorporación al Código Penal no ha surtido los efectos esperados. (p. ix)

Castro (2018), en su investigación de tesis *La legitimación de los discursos de emergencia y la tendencia hacia un derecho penal del enemigo en el Perú*, para optar el grado de maestro en Ciencias Penales en la Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo, tuvo como resultado que:

La legislación vigente en su afán de enfrentar la inseguridad ciudadana viene empleando el derecho penal como *prima ratio* y no como *ultima ratio*, endureciendo el mismo, creando tipos penales abstractos, aumentando las penas; donde el recrudecimiento del sistema punitivo ha sobrepasado, en mi opinión, el equilibrio que entre seguridad general y garantías personales debe prevalecer en todo Estado de derecho. Y las críticas que quepa hacer a toda esta situación trascienden con mucho las meras disquisiciones teóricas o la declaración de principios. Concluyéndose que el problema de la inseguridad ciudadana y creciente tasa de la criminalidad justifica y legitima los discursos de emergencia y la tendencia hacia un derecho penal del

enemigo en el Perú que se caracteriza por una rebaja de las barreras de afectación de las garantías fundamentales, endurecimiento de las penas, un adelantamiento de las barreras de punibilidad, y un marcado rigor punitivo. (p. viii)

Yánac (2015), en su tesis *Ineficacia del derecho penal como medio de control social en la lucha contra la delincuencia en el Perú*, para optar el título profesional de abogado en la Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo, tuvo el objetivo de determinar y analizar los factores que contribuyen a la ineficacia del derecho penal como medio de control social en la lucha contra la delincuencia en el Perú. En su investigación se demuestra que:

Existen factores jurídicos-normativos, político-criminales y de control social, que contribuyen a la ineficacia del derecho penal como medio de control social en la lucha contra la delincuencia en el Perú; en consecuencia, los mecanismos de lucha que viene empleando el derecho penal resultan ineficaces, evidenciándose esta ineficacia en el incremento de la delincuencia y la inseguridad ciudadana, y mostrándose con ello el fracaso del derecho penal como medio de control social de la delincuencia.

## **2.2 Bases teóricas**

### ***2.2.1 El populismo punitivo y el simbolismo penal***

El populismo punitivo es un concepto que ha tomado mucha fuerza en los últimos años. Varios estudiosos del derecho penal y criminología, como Larrauri (2006), lo han definido como la utilización del derecho penal por parte de políticos que buscan sacar réditos electorales defendiendo tesis político-criminales, tales

como la de que el incremento en las penas conllevaría automáticamente una reducción de las tasas del delito o el postulado de que las penas refuerzan determinados consensos morales esenciales para la vida en sociedad (p. 18).

Para otros autores, este concepto va mucho más allá de la política, y se centra en aquellos sectores, grupos poblacionales o gente común que se siente excluida de las decisiones políticas y pretende inyectar su voluntad al proceso de tomas de decisiones, relacionado con la cultura de control (Uribe, 2012, p. 81). Esta última se ve exteriorizada en la emergencia social, la cual se manifiesta en sentimientos de angustia y desesperación en el público.

Estas circunstancias son aprovechadas por la clase política del momento para obtener beneficios electorales o populares; así, por ejemplo, un análisis de la evolución legislativa desde la expedición del Código Penal vigente, revela muchos tipos penales que han incrementado gradualmente las sanciones. Estas sanciones compiten con otros bienes jurídicos de mayor impacto en la sociedad, por lo que ameritan ser tutelados con mayor firmeza y sin ningún beneficio. Como afirma Toro (2014), es precisamente la crítica o denotación al tipo penal donde se contempla una pena elevada para una situación de defensa personal, en medio de una sociedad con altos índices de delincuencia común.

Por otra parte, el derecho penal simbólico, según Van (2017) es definido como:

aquel que resulta ser meramente instrumental, ya que las funciones ocultas, las que obedecen al fin falaz, prevalecen sobre las reales, logrando otros objetivos distintos a los que debe perseguir una norma penal democrática.  
(p. 125)

De esta manera, el derecho penal simbólico guarda una relación directa con todas las transformaciones sociales y sobre las cuales la política criminal de cada Estado no puede ignorar. El ejemplo más concreto lo podemos obtener en el creciente protagonismo de los medios de comunicación social en un doble sentido, como lo afirma Diez (2003):

Por un lado, se encuentran la difusión de noticias a través de diferentes medios de comunicación, que se encargan de mediatizar los hechos un poco más allá de como en realidad sucedieron y del otro lado por medio las redes sociales, que se encargan de darle una amplia difusión. Tratando de crear de uno u otra forma un tipo de presión mediática ante los administradores de justicia. (p. 149)

Así, por un lado, se relaciona el derecho penal simbólico, precisamente, con la forma como se representa el derecho penal ante la sociedad. En otras palabras, se muestra la potestad sancionadora del Estado *ius puniendi* por medio de la creación, modificación o reforma del catálogo de tipos penales en el ordenamiento jurídico penal interno y su efectiva aplicación. Y, por otro lado, haciendo visible el derecho, mediante el simbolismo de la defensa de la legalidad entendida como normatividad positiva, lo que, según Jiménez (s. f.), utilizar el derecho y el campo jurídico como instrumento de dominación.

Para profundizar en estos dos conceptos es necesario analizarlos respecto a las funciones de la pena, contempladas por la legislación jurídico-penal, como la prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado.

### 2.2.1.1 Populismo punitivo

*Populism punitiveness* es un término implementado por primera vez en el año 1995 por Anthony Bottoms. El autor atribuye el populismo punitivo a las elevadas tasas de criminalidad y a las inseguridades, ansiedades e incertidumbres relacionadas con lo que Garland (2001) denomina modernidad tardía.

Bajo esta denominación se pretendía explicar por qué los gobiernos adoptan políticas represivas y por qué las mismas son bien recibidas por el público, como si el aumento de las penas fuera a garantizar de una u otra forma el cumplimiento de las condenas (Torres, 2010); en realidad, solo se termina creando en muchas ocasiones nuevos delitos o aumentando las sanciones impuestas en los mismos. De este modo, medidas de este tipo son implementadas por sectores políticos que utilizan al derecho penal para efectos electorales, sin mirar más de la efectividad de la medida o sus consecuencias, y dejando de lado en muchas ocasiones el carácter de *ultima ratio* del derecho penal, y sin realizar estudios previos político-criminales de la necesidad o eficacia del aumento de una determinada pena.

Asimismo, con medidas de esta naturaleza, con consecuencias de alarma mediática en la sociedad, buscan aprovecharse de ese contexto para dar respuesta por medio de proyectos de ley a las justas reclamaciones de la sociedad, asediada por múltiples violencias, como diría Fernández (2017). Para concluir, en palabras de Uribe (2012), el populismo penal es la estrategia desplegada por actores políticos y funcionarios del sistema penal, encaminada aparentemente a remediar los problemas que se deriven del crimen y la inseguridad.

### 2.2.1.2 Derecho penal simbólico

Diez (2003) define el derecho penal simbólico como un reproche hacia el legislador, donde este se aprovecha sin ningún tipo de fundamentos justificadores para tomar decisiones legislativas, haciendo uso ventajista del derecho penal. Este fenómeno no se puede entender como un problema de desajuste entre los efectos que se pretenden (fin) o se creen (función) conseguir, y los que realmente se pretenden u obtienen (Voss, como se cita en Diez, 2003, p. 163).

El mayor cuestionamiento al derecho penal simbólico no radica en la pretensión de garantizar la coherencia entre los programas de decisión, por lo general legislativos, y los resultados logrados, sino en las dudas sobre la legitimidad de la producción de ciertos efectos socio personales, puesto que no se sabe hasta qué punto la intervención del derecho penal evitará comportamientos lesivos que se estén tutelando. Esto tiene lugar porque, precisamente, se amplía el catálogo de tipos penales sin realizar previamente un análisis de la política criminal e impactos sociales, no adecuándose a las funciones político-criminales que fundamentan la pena. Así, se criminalizan situaciones que, previamente, ya habían sido declaradas como injustos penales. Un ejemplo claro es el tipo penal de feminicidio, que no es más que dar muerte a una mujer, bajo ciertas circunstancias previamente descritas en el artículo 108-B del Código Penal.

En ese contexto, se ha aumentado la pena mínima del tipo base de feminicidio de 15 a 20 años. Por lo tanto, esta será ahora la menor pena a imponerse en los casos de feminicidio por violencia familiar, coacción, hostigamiento o acoso sexual, abuso de poder, confianza o de cualquier otra posición o relación que le confiera autoridad al agente; y cualquier forma de discriminación contra la mujer,

independientemente de que exista o haya existido una relación conyugal o de convivencia con el agente.

Igualmente, se ha aumentado de 25 a 30 años la pena mínima en las formas agravadas de feminicidio, esto es, cuando la víctima sea menor de edad o adulta mayor, o se encontraba en estado de gestación o presentaba alguna discapacidad, o fue previamente objeto de violación o sometida a trata de personas, entre otros supuestos. En la circunstancia agravante de cometerse el delito estando presente cualquier niña, niño o adolescente, se ha eliminado la expresión “a sabiendas”.

Para Gunther Jakobs (como se cita en Lozada, 2013), cuando se usa en sentido crítico el concepto de derecho penal simbólico, lo que se pretende es destacar que determinados agentes políticos tan solo persiguen el objetivo de dar la impresión tranquilizadora de un legislador atento y decidido.

La definición de derecho penal simbólico roza en muchos aspectos con las fronteras de la acepción del populismo punitivo, hasta el punto de perder el norte de la finalidad del derecho penal, aprovechándose de sentimientos generalizados de la sociedad para la creación de nuevos tipos penales y aumentos en las penas de los ya existentes (Bergalli & Bodelon, 1992).

### **2.2.1.3 Aproximaciones científicas sobre el abordaje del populismo punitivo y derecho penal simbólico**

Desde que fue implementado el concepto de populismo punitivo, muchos autores han hablado del mismo. Uribe (2012) concluyó, por ejemplo, que en Colombia no existe populismo punitivo, existe más bien un populismo hobbesiano, un populismo que arrastra no ya las actitudes de los colombianos frente al crimen y



al castigo, sino, además de ellos, todo el cuerpo de actitudes bélicas de los mismos frente a sus enemigos (p. 104). Lo que el autor encontró como resultado de su investigación consistió precisamente no en negar la implementación de este concepto, sino más bien la utilidad del mismo; toda vez que sostiene que existe baja densidad democrática; por tal razón, propone la existencia de líderes autoritarios en el contexto colombiano, que ofrecen acabar con el conflicto a como dé lugar.

Por su parte, Claus Roxin sostiene que es una tendencia errada que existen no solo en Colombia, sino en todos los países, incluida Europa (Justicia, 2017). Para esta autoridad importante y contemporánea del derecho penal en el mundo, el aumento de las penas en determinado Estado no es lo que va a garantizar la disminución de la criminalidad; afirma que lo que se necesita es atacar el génesis y las distintas causas en las que se originan estos comportamientos. El ejemplo más preciso citado por el maestro es la pobreza; así, el aumento de la inseguridad ciudadana, la delincuencia común y el número de hurto en las calles es producto de que las personas no tienen un empleo y necesitan satisfacer sus necesidades básicas insatisfechas. Por ello, el Estado como garante, en vez de atacar el problema lanzando una amenaza con un aumento de las penas (prevención general negativa), debe buscar alternativas para el fomento de disminuir el desempleo y estrategias para una adecuada política criminal.

En ese contexto, autores como Hassemer (1991) y Diez (2010) concluyen, respecto al Derecho penal simbólico, que el legislador no puede permitir que se superen los límites utilitarios del principio de teleología de la sanción penal, puesto que, aunque los efectos satisfagan los objetivos, no son necesarios para mantener el orden social básico.

Además, lo que se busca con este importante principio es el restablecimiento del orden externo de la sociedad, que es la función propia de la pena, que impone el Estado al trasgresor de la ley penal, representado en la persona del juez (Velásquez, 2013, p. 58). Por esta razón, no se pueden permitir que las garantías ciudadanas peligren y que se vea menoscabada la seguridad jurídica.

### ***2.2.2 Derecho penal y pandemia de covid-19***

El covid-19 ha afectado todas las esferas de nuestra vida cotidiana y el derecho penal no escapa de ello. Durante estos casi dos años, en los que nos hemos visto obligados a un confinamiento obligatorio prolongado y a un distanciamiento social al cual no estamos acostumbrados, la criminalidad se ha ido transformando y acomodando a la nueva realidad o nueva normalidad.

En ese sentido, la pandemia del covid-19, el aislamiento social obligatorio determinado en la mayoría de países latinoamericanos como consecuencia de ella, ha puesto en relieve diversas falencias estructurales en la regulación laboral, penitenciaria, de salud y de gobernabilidad. En este contexto, existen determinados tipos penales que merecen especial reflexión, especialmente, aquellos productos del confinamiento, de las decisiones que se toman desde los órganos detentadores de poder y dentro del ámbito comercial.

Así, la llegada de la pandemia, a consecuencia del covid-19, ha significado un verdadero desafío para casi todos los países del mundo, no solo por lo inédito de la situación, sino por la agresividad con que se presenta el virus en la mayoría de los casos. Paradójicamente ninguna nación ha podido enfrentarlo con la contundencia y efectividad necesarias, trayendo consigo decenas de miles de

muerres y el colapso de los servicios sanitarios más sólidos y avanzados del planeta (Pestana, 2020, p. 103).

En consecuencia:

Haciendo frente a este sombrío panorama, la gran mayoría de gobiernos se ha visto en la necesidad de hacer uso de los estados de excepción para conjurar la crisis, declarando en la mayoría de los casos el estado de emergencia sanitaria o el estado de desastre, teniéndose en casi todos los casos que decretar la inmovilización de la población ante la evidencia de que el covid19 se trasmite por el contacto entre las personas. Para ello, se ha tenido que restringir algunos derechos fundamentales como los de libre tránsito, reunión, inviolabilidad del domicilio o de no ser detenido sino por mandato judicial o flagrante delito. (Pestana, 2020, p. 104)

En ese sentido, el 15 de abril del 2020, el presidente de la República anunció el estado de emergencia sanitaria por un periodo de 15 días para enfrentar el avance de la pandemia del covid-19. En edición extraordinaria del diario oficial “El Peruano” se publicó el Decreto Supremo N° 044-2020-PCM. De este modo, apelando al artículo 137 inciso 1 de la Constitución, el Gobierno suspendió el ejercicio de los derechos relativos a la libertad y seguridad personales, de libre tránsito, de reunión, inviolabilidad del domicilio y de no ser detenido sino por mandato judicial o en caso de flagrante delito. Para tal efecto, se dispuso el aislamiento social obligatorio, suspendiendo las actividades en el sector público y privado, excepto las destinadas a garantizar el abastecimiento de alimentos, medicinas, así como la continuidad de los servicios de agua, saneamiento, energía

eléctrica, gas, combustible, telecomunicaciones, limpieza, recojo de residuos sólidos, servicios funerarios, entre otros.

Es indiscutible que las limitaciones a los derechos fundamentales a que se refiere el Decreto Supremo N° 044-2020-PCM se enmarcan dentro de lo que establece el 137.1 de la Constitución. Sin embargo, el tema en discusión radica en las eventuales consecuencias del desacato a las medidas adoptadas por el Gobierno que supondrían una vulneración a la inmovilización social decretada con la finalidad de evitar que se propale el virus del covid-19.

Así, durante las primeras semanas de la cuarentena pudimos ver cómo miles de ciudadanos eran en algunos casos retenidos y en otros detenidos por circular en las calles sin cumplir con las condiciones impuestas por el Poder Ejecutivo. De este modo, a quienes se les encontraba fuera de sus viviendas sin justificar que estaban atendiendo una emergencia médica o yendo a abastecerse de alimentos, eran retenidos y conducidos a las comisarías por un tiempo máximo de 4 horas, tras lo cual eran puestos en libertad, no sin antes haberlos consignado en una especie de registro de infractores de la cuarentena, que, según se explicó luego, era con el fin de establecer quiénes eran reincidentes.

En otros casos, a quien se le encontraba prestando servicios no permitidos o realizando reuniones o actividades sociales, se le detenía hasta por 24 horas (pese a que la Constitución autoriza a hacerlo hasta por 48 horas), luego de lo cual podía retornar a su casa, no sin antes haberlo puesto a disposición del Ministerio Público para las acciones penales que correspondan.

El dilema viene por el hecho de que, en estricto, el Código Penal no contempla un delito específico por desacato a las medidas restrictivas

durante un estado de emergencia. Suponemos entonces que los únicos ilícitos penales atribuibles a los infractores sería el de violación de medidas sanitarias, recogido en el artículo 292 del Código Penal, que establece una pena máxima de tres años de privación de la libertad, y en todo caso el de resistencia y desobediencia a la autoridad contemplado en el artículo 368 del Código Penal, cuya pena más elevada es de seis meses de pena privativa de la libertad, aunque en algunos casos difundidos a través de los medios de comunicación, los infractores llegaban al extremo de agredir a las autoridades policiales y militares. En esas situaciones el delito sería el de violencia y resistencia a la autoridad (art. 366 C.P). En tal consideración, si las detenciones efectuadas no se sustentaron en la supuesta comisión de tales delitos, estaríamos ante la vulneración del principio *nullum crimen nulla poena sine praevia sine lege*, que además se encuentra consagrado en el artículo 2 inciso 24 literal d. de la Constitución en cuanto establece que “Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley” (Pestana, 2020, p. 113).

A nivel práctico, se viene planteando si las vulneraciones a las normas sanitarias deben ser investigadas y, eventualmente, sancionadas por el delito de resistencia o desobediencia a la autoridad previsto en el artículo 368 del Código penal o el de violación de medidas sanitarias con regulación expresa en el artículo 292 del referido cuerpo normativo.

Así, Vinelli (2020) es de la opinión de que no se puede aplicar el delito de resistencia o desobediencia a la autoridad (Reátegui, 2015, p. 165), debido a que se encuentra ausente el elemento típico del injusto, es decir, la orden legalmente impartida a un destinatario concreto. Es evidente que la vulneración del Decreto Supremo 44-2020-PCM que prohíbe la circulación de personas no se dirige a una persona determinada sino a una colectividad, con lo cual ante el incumplimiento de esta no se configura una resistencia a la autoridad en el sentido de la tipicidad objetiva y subjetiva del delito en mención.

Siendo ello así, y bajo el criterio de especialidad, el tipo penal aplicable a las personas que vulneran las medidas sanitarias impuestas por el Ejecutivo es el previsto en el artículo 292 del Código penal, que señala:

El que viola las medidas impuestas por la ley o por la autoridad para la introducción al país o la propagación de una enfermedad o epidemia o de una epizootia o plaga, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis meses ni mayor de tres años y con noventa a ciento ochenta días-multa.

Para Vinelli (2020), este delito es de mera actividad y de peligro abstracto, es decir, el agente deberá realizar actos que vulneren las medidas sanitarias impuestas por el Gobierno para evitar la propagación de una enfermedad (Coronavirus). Los casos evidentes son aquellos en los que las personas acuden a reuniones sociales, desarrollan actividad deportiva y/o los que transitan por la calle sin la necesidad de abastecimiento de alimentos durante el estado de emergencia.

Por ello, nos encontramos ante una norma penal en blanco, pues el tipo penal requiere complementariedad administrativa, es decir, conocer cuáles son las

medidas sanitarias vulneradas que remitan a normas de inferior o similar categoría, como, por ejemplo, un Decreto Supremo, o una Resolución Ministerial (Vinelli, 2020).

Con el mensaje normativo al ciudadano de la respuesta punitiva ante la violación de medidas restrictivas sanitarias y en situaciones de peligro generalizado, se pretende evitar un posible riesgo o peligro inminente (abstracto) la salubridad de la sociedad, esto es, el estándar regular y controlable de la situación favorable de los integrantes de la población. Esto se desprende del artículo 7 de la Constitución Política: “Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad así como el deber de contribuir a su promoción y defensa”. Téngase presente que el artículo 9 de la Constitución señala que “el Estado determina la política nacional de salud. El Poder Ejecutivo norma y supervisa su aplicación”. En tal sentido, podríamos indicar que se tutela un bien jurídico de carácter supraindividual, cuyo interés rebaza la simple implicancia de afectaciones particulares y llega a un interés colectivo (García, 2020, p. 1)

Dentro de este contexto, según Fernández (2021), el derecho penal, en específico el derecho penal de emergencia sanitaria debe encontrar su ubicación, a fin de no caer en un derecho penal con espiral hacia el vacío (Parma, 2005). Es claro que lo que busca el derecho penal a través de los delitos contra la salud pública, y en específico, los delitos de propagación de enfermedades peligrosas y violación de medidas sanitarias, es no restringir totalmente la autorregulación o capacidad de libre actuación de los ciudadanos en marco de una emergencia sanitaria, entendida esta desde un plano axiológico constitucional, como la garantía del Estado hacia el ciudadano de desarrollar libremente su personalidad a través del otorgamiento de

parcelas de libertad (Exp. 0032-2010-PI del Tribunal Constitucional, Fundamento N° 17).

En palabras de Tassara (2019), ello no significaría un elemento inmunizador frente a pretensiones estatales de limitar la autonomía de acción y elección, sino solamente intervenir cuando estas acciones “libres” afecten o pongan en peligro bienes jurídicos de terceros o de carácter difuso.

El derecho penal de emergencia sanitaria actúa siempre en el marco de una función de protección de bienes jurídicos, de control social y bajo una perspectiva de “minimización cuantitativa de la intervención penal” (Polaino, 2004, p. 215). No puede intervenir sin límites o restricciones en aras de proteger bajo cualquier forma la salud pública, ya que el Estado garantiza la capacidad de libertad de acción de los ciudadanos como fundamento de un Estado postmoderno liberal.

El miedo de contagio como producto de un estado de emergencia sanitaria no puede ser un factor valorativo determinante en un derecho penal de emergencia sanitaria, ya que “el miedo paraliza a sociedades enteras y es caldo de cultivo de los autoritarismos” (Parma, 2015, p. 355). No obstante, en ciertas situaciones “es necesario la intervención del derecho penal a fin de proteger la sociedad ante los nuevos riesgos. Esta intervención es incluso un deber ético del Estado” (Pariona, 2016, p. 234).

En dicho contexto, el Estado debe generar una política criminal adecuada en los delitos contra la salud pública a fin de establecer una intervención penal racional y proporcional, pero sin dejar su labor tuitiva y de reforzamiento ante acciones potencialmente peligrosas, a fin de no caer en un derecho penal simbólico (Villavicencio, 2019).



Una vez hechas ya las precisiones necesarias sobre el marco de movimiento del derecho penal de emergencia sanitaria, es importante definir este como una subparcela del derecho penal conformada por delitos que tutelan la salud pública como bien jurídico colectivo o supraindividual y que alcanza vigencia y eficacia en determinados intervalos de tiempo en que la salud de toda una región o país se ve gravemente comprometida, por lo que, según García (2020), se les debe denominar delitos de contexto, ya que, “conforme a un tiempo determinado o temporada precisada por la norma penal, es viable la configuración del tipo penal” (p. 02).

### **2.3 Definición de términos**

Previo al estudio del derecho penal simbólico frente a la vulneración de las normas sanitarias en el marco del covid-19 en el Perú, es necesario definir algunos conceptos básicos:

#### **Derecho penal simbólico**

Constituye un mecanismo o dispositivo de engaño, de inexistente efectividad y eficacia como cualidad objetiva de la norma. Por ello, resulta ser meramente instrumental, ya que las funciones ocultas, las que obedecen al fin falaz, prevalecen sobre las reales, logrando otros objetivos distintos a los que debe perseguir una norma penal democrática (Van, 2017).

#### **Normas sanitarias**

Las Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (MSF) son todas aquellas leyes, reglamentos, prescripciones y procedimientos, establecidos por los países,

necesarias para proteger la vida y la salud de las personas y los animales o para preservar los vegetales, previendo que no se introduzcan en sus territorios, plagas o enfermedades que atenten contra el bienestar nacional (OMS; 2020).

### **Covid-19**

La covid-19 es la enfermedad infecciosa causada por el coronavirus que se ha descubierto más recientemente. Tanto el nuevo virus como la enfermedad eran desconocidos antes de que estallara el brote en Wuhan (China) en diciembre de 2019. Los coronavirus (CoV) son una amplia familia de virus que pueden causar diversas afecciones, desde el resfriado común, hasta infecciones respiratorias graves (OMS, 2020).

### **Emergencia sanitaria**

Es una declaración formal de la Organización Mundial de la Salud (OMS) de «un evento extraordinario que se determina que constituye un riesgo para la salud pública de otros Estados a través de la propagación internacional de la enfermedad y que potencialmente requiere una respuesta internacional coordinada», formulada cuando surge una situación que es «grave, repentina, inusual o inesperada», que «conlleva implicaciones para la salud pública más allá de la frontera nacional del Estado afectado» y «puede requerir una acción internacional inmediata» (OMS; 2020).

## **Constitución**

La Constitución es la fuente suprema dentro del ordenamiento, que conforma el orden jurídico fundamental del Estado y de la sociedad. En cuanto norma suprema del ordenamiento, la Constitución prevalece sobre todas las demás y, en ese sentido, condiciona el resto de las normas, por cuanto determina la invalidez de aquellas que formal o materialmente contradigan las prescripciones constitucionales. Es por ello que la Constitución termina convirtiéndose en el fundamento de validez de todo el ordenamiento instituido por ella (STC Exp. 0041-2004-PI/TC, FJ. 10).

## **Derechos fundamentales**

El concepto de derechos fundamentales comprende:

tanto los presupuestos éticos como los componentes jurídicos, significando la relevancia moral de una idea que compromete la dignidad humana y sus objetivos de autonomía moral, y también la relevancia jurídica que convierte a los derechos en norma básica material del Ordenamiento, y es instrumento necesario para que el individuo desarrolle en la sociedad todas sus potencialidades. Los derechos fundamentales expresan tanto una moralidad básica como una juridicidad básica. (Peces-Barba, 1999, p. 37)

## **Garantías**

La primera acepción formulada explícitamente por el profesor florentino concibe el garantismo como un modelo normativo de derecho o un esquema que asegura los derechos frente al poder y establece límites a este.). Una segunda

acepción se refiere al garantismo como teoría del derecho y crítica del derecho, es decir, una teoría de la validez y de la efectividad de las normas jurídicas que sirve de base para legitimar o deslegitimar las funciones que el derecho desempeña. Esta perspectiva es interna y estimula el espíritu crítico entre la validez de las normas y sus aplicaciones (Torres, 2017).



## CAPÍTULO III

### RESULTADOS Y ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN

#### **3.1 El derecho penal en tiempos del coronavirus o covid-19. Violación de medidas sanitarias y propagación de enfermedades contagiosas según el Código Penal**

##### **3.1.1 Ideas iniciales**

Para el desarrollo de este ítem de la investigación, se han tomado los planteamientos de Chávez (2020), quien realiza un análisis minucioso de la violación de las normas sanitarias y propagación de enfermedades contagiosas según el Código Penal.

En la actualidad, considera Chávez (2020), nuestro país atraviesa un momento complicado por la presencia de la enfermedad del coronavirus o covid-19. Esta situación ha puesto a nuestro país en una situación de emergencia sanitaria, razón por la cual el presidente de la República decretó emergencia sanitaria por 90 días, 15 días de inamovilidad domiciliaria e incluso inmovilización social obligatoria desde las 8:00 p.m. a 5:00 a.m. Estas medidas responden a la necesidad de que no se siga propagando más el coronavirus o covid-19, y, en consecuencia, al cuidado de la salud de la población.

Sin embargo, a pesar de las medidas promulgadas por parte del Poder Ejecutivo, se siguen observando comportamientos indebidos por parte de algunos ciudadanos, quienes vienen desacatando las disposiciones establecidas, poniendo en riesgo la salud de la población. Ante esta situación, nuestro Código Penal ha tipificado diversos delitos que buscan hacer frente a situaciones que pongan en

peligro la salud de la población. Por ello, ante dichos comportamientos es necesario analizar la aplicación del derecho penal.

En ese sentido, los tipos penales comprendidos en los artículos 289 (Propagación de enfermedad peligrosa y contagiosa) y 292 (Violación de medidas sanitarias) son los tipos a los que haremos referencia para entender el problema de investigación.

### ***3.1.2 Delitos contra la salud pública***

La salud pública “es un bien con dimensión social más allá de la suma de saludes individuales” (Finocchiaro, s.f., p. 4) y podemos entenderla como un “conjunto de condiciones que posibilitan o garantizan la salud de todos y cada uno de los miembros de la colectividad” (Pérez, 1991, p. 82); o, si se quiere, responde a “condiciones mínimas de salubridad e higiene que permitan, por un lado, garantizar ciertos mínimos para la salud de cada persona y, por otro, incrementar el grado de bienestar del colectivo humano” (Ruiz, 2016, p. 6).

En tal sentido, podríamos señalar que la salud pública es un conjunto de políticas que tienen como objetivo garantizar de manera íntegra la salud de la población, esto a efecto de poder mejorar las condiciones de salud de la ciudadanía y de esta manera evitar que se propaguen enfermedades, alargar la vida de la población y fomentar de manera adecuada la salud de todos los ciudadanos. En ese sentido, la legislación peruana busca proteger la salud pública como bien jurídico tutelado con la aplicación de artículos que buscan prohibir conductas que atenten contra la salud de la población, protegiendo de esta manera los derechos colectivos.

Por ello, el Código Penal sanciona las conductas que ponen en peligro este bien jurídico, sea de manera abstracta o concreta. Ello traerá consecuencias importantes, tanto para la imputación objetiva como para la consumación del delito.

### ***3.1.3 Descripción del tipo penal previsto en el artículo 289 del Código Penal.***

#### ***Propagación de enfermedad peligrosa o contagiosa***

Según Chávez (2020) y Fernández (2021), el Código Penal realiza una descripción de este tipo penal de la siguiente manera:

El que, a sabiendas, propaga una enfermedad peligrosa o contagiosa para la salud de las personas será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de diez años. Si resultan lesiones graves o muerte o el agente pudo prever estos resultados, la pena será no menor de diez ni mayor de veinte años.

Esta descripción del tipo penal realiza también una descripción de la modalidad agravada del tipo penal, que acarrea mayor penalidad. En ese sentido, realizaremos un análisis de este tipo penal desde la óptica de la teoría del delito.

#### **a. Bien jurídico protegido**

El bien jurídico protegido en el tipo penal previsto en el artículo 289 del Código Penal es la salud pública.

#### **b. Sujeto activo**

Es sujeto activo en este delito cualquier persona; no requiere una condición especial.

### c. Tipicidad objetiva

El contenido del tipo penal previsto en el art. 289 del Código Penal tiene como referencia el verbo rector “propagar”.

### d. Modalidad de propagar

Se configura el delito cuando el agente, a sabiendas, es decir con conocimiento y voluntad (dolo), propaga una enfermedad peligrosa o contagiosa.

El verbo rector *propagar*, empleado por el legislador en la fórmula legislativa es sinónimo de ‘extender, difundir, dispersar, transmitir’ la enfermedad, en este caso el coronavirus o covid-19. El primer párrafo de la descripción de este tipo penal hace referencia a un delito de peligro abstracto, en razón a que no es necesario comprobar que el agente haya contagiado la enfermedad a las demás personas, siendo suficiente que haya propagado la enfermedad y en consecuencia puesto en riesgo la salud pública. En cambio, en el caso de la modalidad agravada, sí es necesario que esa propagación ocasione una lesión al bien jurídico tutelado salud pública, causando con ello una lesión grave o muerte en el sujeto pasivo.

### e. Tipicidad subjetiva

La redacción del artículo 289 del Código Penal nos hace ver que se trata de un delito netamente doloso, la modalidad culposa no se encuentra expresamente prevista en el tipo penal, es decir, no cabe la comisión del delito de forma culposa (*numerus clausus*).



#### **f. Antijuridicidad**

Después de que se verifique en la conducta analizada la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos de la tipicidad, considero que existiría una causa de justificación prevista en el artículo 20 del Código Penal.

#### **g. Culpabilidad**

Luego de analizar si concurre alguna causa de justificación, debe verificarse si la conducta típica y antijurídica puede ser atribuida al agente, para así determinar si el sujeto activo es imputable; para lo cual debe tenerse en cuenta, entre otros, si el agente es mayor de 18 años de edad y no sufre alguna anomalía que lo haga inimputable al momento de propagar una enfermedad contagiosa o peligrosa.

De igual modo, es importante verificar que el agente al momento de actuar conozca la antijuridicidad de su conducta, es decir si tenía conocimiento de que su conducta era contraria a derecho y se encontraba prohibida, y que pudo actuar y adecuar su comportamiento a las normas.

#### **h. Consumación**

Según se encuentra establecido en el primer párrafo del artículo 289 del Código Penal, el delito se consuma con la sola propagación de la enfermedad peligrosa o contagiosa para la salud de las demás personas. En ese sentido, será suficiente que el sujeto activo tenga conocimiento de que posee la enfermedad peligrosa o contagiosa que pudiera poner en peligro la salud de la población, y a sabiendas lo propague.

## **i. Penalidad**

Después de un debido proceso y cuando se halle culpabilidad en la persona, esta tendrá una pena privativa de libertad no menor de tres, ni mayor de diez años.

## **j. Agravante**

El tipo penal del artículo 289 del Código Penal tiene una agravante y esta se configura cuando el agente teniendo conocimiento de que posee una enfermedad peligrosa o contagiosa, contagia a otro u otras personas y, a consecuencia de ese contagio, ocasiona lesiones graves o la muerte de la persona contagiada.

### ***3.1.4 Descripción del tipo penal previsto en el artículo 292 del Código Penal.***

#### ***Violación de medidas sanitarias***

Según Chávez (2020) y Fernández (2021), el otro tipo penal que se describirá será el comprendido dentro del artículo 292 del Código Penal, el cual establece: “El que viola las medidas impuestas por la ley o por la autoridad para la introducción al país o la propagación de una enfermedad o epidemia o de una epizootia o plaga, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis meses ni mayor de tres años y con noventa a ciento ochenta días-multa”

En el contexto actual, se observa que se han dado medidas de cumplimiento para poder proteger la salud de la población; así, el presidente de la República ha emitido el Decreto Supremo N° 008-2020-SA del 11 de marzo del 2020 que Declara Emergencia Sanitaria a nivel nacional por el plazo de noventa (90) días calendario y dicta medidas de prevención y control del covid-19.

Asimismo, el presidente de la República, Martín Vizcarra, anunció que el Consejo de Ministros aprobó el Decreto Supremo N° 044-2020-PCM, de fecha 15 de marzo del 2020, que declaró el Estado de Emergencia Nacional por un plazo de 15 días calendario debido a las graves circunstancias que afectan a la nación a consecuencia del coronavirus o covid 19; y finalmente el Decreto Supremo N° 044-2020-PCM fecha 18 de marzo.

En ese sentido, teniendo conocimiento de las medidas impuestas por la autoridad pasemos a realizar el análisis del tipo penal comprendido en el art. 292 del Código Penal.

**a. Bien jurídico protegido**

El bien jurídico protegido en el delito tipificado en el art. 292 del Código Penal viene a ser, al igual que el artículo 289, la salud pública.

**b. Sujeto activo**

El sujeto activo de este tipo penal puede ser cualquier persona; no se requiere de una condición especial, al igual que el art. 289 del Código Penal.

**c. Tipicidad objetiva**

El contenido del tipo penal previsto en el art.292 del Código Penal tiene como referencia dos verbos rectores “introducir” al país y “propagar”.

#### **d. Modalidad de “introducir al país”**

Se configura el delito cuando el agente introduce al país una enfermedad, epidemia, epizootia o plaga.

El verbo rector *introducir* al país, empleado por el legislador en la fórmula legislativa hace referencia a enfermedad, epidemia, epizootia o plaga. Enfermedad es una alteración más o menos grave de la salud. Epidemia es una enfermedad que se propaga durante algún tiempo por un país, acometiendo simultáneamente a un gran número de personas. Epizootia es una enfermedad infectocontagiosa de los animales que determina un aumento notable y relativamente rápido del número de casos en una región o territorio determinados.

Plaga viene a ser la aparición masiva y repentina de seres vivos de la misma especie que causan graves daños a poblaciones animales o vegetales, como, respectivamente, la peste bubónica y la filoxera. El agente introduce a territorio nacional por medio aéreo, marítimo, terrestre u otro la enfermedad, epidemia, epizootia o plaga, quebrantando las normas sanitarias establecidas para proteger la salud de la población.

#### **e. Modalidad de “propagación”**

Se configura el delito cuando el agente, teniendo conocimiento de las medidas impuestas por la ley o por la autoridad, propaga una enfermedad, epidemia, epizootia o plaga. El segundo verbo rector es *propagar*, empleado por el legislador en la fórmula legislativa es sinónimo de *extender*, *difundir*, *dispersar*, *transmitir* la enfermedad, en este caso del coronavirus o covid-19. Este tipo penal hace referencia también al conocimiento de la existencia del peligro de poner en riesgo la salud de

la población, por ello a efecto de poder frenarlo se plantean medidas que deben ser respetadas y no quebrantadas.

#### **f. Tipicidad subjetiva**

La redacción del artículo 292 del Código Penal hace ver que se trata de un delito netamente doloso, la modalidad culposa no se encuentra expresamente prevista en el tipo penal; es decir, no cabe la comisión del delito de forma culposa (*numerus clausus*).

#### **g. Antijuridicidad**

Después que se verifique en la conducta analizada la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos de la tipicidad, considero que no existiría una causa de justificación prevista en el artículo 20 del Código Penal.

#### **h. Culpabilidad**

Al verificarse que en la conducta descrita del art. 292 no concurre ninguna causa de justificación, el operador jurídico continuará con el análisis para determinar si la conducta típica, antijurídica puede ser atribuida a su autor. Así que en esta etapa se tendrá que analizar si el agente es inimputable, es decir, si es mayor de 18 años de edad y no sufría alguna anomalía al momento de la comisión del hecho delictivo.

### **i. Consumación**

Este tipo penal es un delito de peligro, el cual se consuma con la introducción al país o la sola propagación de una enfermedad o epidemia o de una epizootia o plaga, habiéndose violado las medidas impuestas por la ley o una autoridad.

### **j. Penalidad**

Después de un debido proceso y cuando se halle la culpabilidad en el agente, la pena que se le tendrá que imponer de conformidad con el art. 292 será no menor de seis meses ni mayor de tres años.

## **3.2 Eficacia de las sanciones sanitarias frente a la propagación de enfermedades contagiosas según el Código Penal**

En la actualidad, como es de público conocimiento, el presidente de la República ha decretado y ampliado el estado de emergencia ante la propagación de la covid-19 en todo el territorio de la República del Perú a efectos de impedir la propagación del referido virus, medida que implica la restricción y afectación de los derechos fundamentales a la libertad personal, de reunión, a la libertad de tránsito y la inviolabilidad de domicilio en favor de la vigencia de otros derechos fundamentales como a la salud y a la vida conforme al mencionado artículo, para lo cual dispuso que las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional del Perú asuman el orden interno.

La decisión adoptada por el Gobierno tiene pues un sustento constitucional y racional que sin duda alguna tiene consenso no solo en la mayoría de la ciudadanía

sino en la clase política del Perú, pues se tiene la esperanza y existe la posibilidad de mitigar y desaparecer finalmente el virus tan letal, como resulta ser el covid-19. Por ello, ante, por ejemplo, el incumplimiento de las reglas que determinaron el confinamiento y la restricción de derechos resulta válida por ejemplo la intervención y detención del infractor por parte de efectivos policiales o militares, su conducción a la comisaría del sector, la anotación de su nombre en el registro y la apertura del inicio de la investigación correspondiente a cargo del Ministerio Público. Sin embargo, la imposición de multas a los transgresores de las normas de confinamiento resulta ser una medida polémica, pues muchos de nuestros compatriotas no tienen recursos económicos para su sustento (Sevilla, 2020, p. 166).

Posteriormente, ante la poca eficacia y efecto disuasivo de las detenciones de los infractores, sumado al aumento del contagio en las comisarías, el Gobierno optó por expedir el Decreto Legislativo N° 1458, mediante el cual se establecieron sanciones pecuniarias contra quienes infringieran las medidas restrictivas contenidas en la declaratoria del estado de emergencia sanitaria.

No obstante, si analizamos las infracciones objeto de sanción, podemos advertir que algunas de ellas escapan al ámbito de los derechos restringidos o suspendidos por la declaratoria del estado de emergencia, como por ejemplo “desarrollar actividades económicas no consideradas de prestación y acceso esencial previstas en el artículo 4 del Decreto Supremo N° 044-2020-PCM”.

Como ya lo dijéramos previamente, realizar actividades industriales o comerciales de bienes o servicios en estricto no están dentro de la esfera de los derechos constitucionales que fueron objeto de restricción, aunque podría alegarse

que al realizarlos se estaría afectando la emergencia sanitaria y poniendo en riesgo a la población, lo cual es indudablemente bastante controversial.

Lo que sí resulta bastante cuestionable es que en la segunda disposición final de la referida norma sancionadora se establezca que quien no cumpla con pagar la multa impuesta se encontrará impedido de realizar trámites civiles, tales como: suscripción de cualquier tipo de contrato civil, trámites ante las entidades bancarias, cualquier acto notarial o ante la Superintendencia Nacional de Registros Públicos (SUNARP), y realizar viajes al exterior.

Aquí nuevamente nos encontramos con disposiciones que, a nuestro juicio, de ser aplicadas, afectarían derechos fundamentales como la libertad de contratación garantizada en los artículos 2 inciso 14 y 62 de la Constitución y el derecho a entrar o salir libremente del territorio nacional, recogido en el artículo 2 inciso 11 de la Norma Fundamental.

Debe entenderse que la Administración pública dispone de los medios coactivos necesarios para procurarse el cobro de la sanción, sin necesidad de conculcar derechos constitucionalmente protegidos. En cualquier caso, habrá que esperar la futura reacción de los afectados y las eventuales decisiones judiciales que se produzcan a consecuencia de las medidas restrictivas aquí comentadas. Sin embargo, creemos que, en efecto, lo dispuesto en la norma analizada constituye una clarísima violación de al menos dos derechos fundamentales que de ningún modo pueden ser afectados mediante normas administrativas sancionadoras, aun cuando estas tengan rango de ley (Pestana, 2020, p. 115).



## CAPÍTULO IV

### DISCUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

#### 4.1 Sobre la violación de medidas sanitarias

Según Senisse (2020), la violación de medidas sanitarias se manifiesta en los casos en que, i) empresarios, sin respetar las prohibiciones de las autoridades, hacen trabajar a empleados en el centro laboral, y dan atención al público en establecimientos comerciales; ii) los comerciantes informales salen a vender sus productos; o, iii) las personas no permitidas permanecen fuera de sus hogares. Para estos supuestos en la legislación se ha previsto el delito de violación de medidas sanitarias (art. 292 Código Penal).

Asimismo, de acuerdo con Senisse (2020), este delito se configura como un delito de peligro abstracto. Esto quiere decir que la violación de las normas extrapenales presupone ya un riesgo para el bien jurídico, sin la necesidad de que se concrete un peligro de lesión para una persona determinada. Recordemos pues que se protege un bien jurídico en función de la colectividad, cuyo interés trasciende a lesiones individuales. Ello no quiere decir que se sancione el incumplimiento de cualquier norma. Mediante este delito se sanciona solo a todo aquel que viola o incumple —activa o pasivamente— las medidas impuestas por ley para frenar la propagación de una enfermedad o epidemia.

Ahora bien, aquí surge una concurrencia aparente con el delito de desobediencia a la autoridad (art. 368, Código Penal):

Artículo 368: Resistencia o desobediencia a la autoridad

El que desobedece o resiste la orden legalmente impartida por un funcionario público en el ejercicio de sus atribuciones, salvo que se trate de

la propia detención, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

Así, en este delito también existe la omisión del cumplimiento de una orden. Sin embargo, en el delito de violación de medidas, el comportamiento requerido o prohibido es dictado mediante normas generales o particulares que deben ser acatadas por una pluralidad —a veces indeterminada— de habitantes (Zanazzi, 2002, p. 6); a diferencia del delito de desobediencia, en el que la orden es específicamente dirigida al destinatario (Rojas, 2007, p. 1008), y busca tutelar directamente la efectividad de la función pública. Dicha diferencia es la más trascendente, ya que, si se considerara solo la relación de especialidad y generalidad de la orden, ello resultaría incluso incoherente, dado que la pena para el delito genérico resulta más grave que para el delito que protege un bien específico.

Las medidas destinadas a la evitación de la propagación del covid-19 son el aislamiento obligatorio, la inamovilidad social obligatoria y la prohibición de vehículos particulares, así como la de suspensión de actividades laborales. La circunstancia que la autoridad permita el trabajo de otros sectores o la circulación de personas en otros días no afecta la tipicidad, puesto que las medidas sanitarias que prohíben ciertas actividades están destinadas a la disminución de casos para lo cual están son idóneas. Recordemos que se trata de un delito de peligro abstracto y las actividades autorizadas deben considerarse dentro del riesgo permitido.

Para que alguna de las violaciones a dichas medidas configure delito, en primer lugar, es necesario que el requerimiento de la norma sea de posible cumplimiento; por lo tanto, no se puede sancionar a las personas que de acuerdo con las circunstancias se encuentren impedidas de cumplir con la norma. Por

ejemplo, si una persona que laboraba en una actividad permitida sale de su trabajo con tiempo para llegar a casa antes de la hora de la orden de inamovilidad, pero en el camino el vehículo en el que se transporta sufre una avería y producto de ello permanece en la calle fuera del horario permitido, no puede ser sancionado penalmente bajo este delito ni ningún otro.

Por el contrario, sí comete el delito en mención el empleador que hace que sus trabajadores acudan a laborar pese a que su actividad se encuentra prohibida por ley o permite que clientes ingresen a su establecimiento y consuman; pues, de este modo, omite o incumple el mandato legal que le prohíbe realizar actividades comerciales, pudiendo cumplirlo, por lo que, por tratarse de un delito de peligro abstracto, basta la mera realización de una conducta distinta a la ordenada para que se consuma.

Del mismo modo, cometen el delito los comerciantes que salen a las calles a vender alimentos pese a que está prohibido o los vecinos que salen de sus domicilios a pasear con sus perros, así como las personas que no respetan el toque de queda.

Será necesario en todos estos casos que el agente sepa de la existencia y vigencia de la norma, por lo que en lugares alejados de la ciudad pueden presentarse casos de desconocimiento que configuren un supuesto de error y, por ende, signifiquen que la conducta sea atípica. Los cuestionamientos a la legitimidad o necesidad de la norma no tienen relevancia típica, ya que recordemos incluso que están fuera del control judicial constitucional vía *habeas corpus*.

Cabe recordar que la intervención de otras personas configurará coautorías o complicidades, según la modalidad de la violación de la medida lo permita y la importancia del aporte prestado al incumplimiento.

Ahora bien, los motivos que se presenten para el incumplimiento de la norma como causas de justificación deben ser trascendentes y no debe existir otra alternativa jurídica a la cual se pueda recurrir antes de la transgresión. Así, en el ejemplo del empleado exigido a trabajar indebidamente, se advierte que esta exigencia ilegal puede ser suprimida mediante el aviso a las autoridades laborales o las que están encargadas del control del cumplimiento de las medidas sanitarias; por lo que no se configura una autoría mediata por coacción; más bien, los trabajadores son responsables por el incumplimiento de la norma, aunque la responsabilidad deberá ser disminuida en atención a la menor exigibilidad que se debe tener hacia ellos, debido a las ya conocidas deficiencias de la Administración pública para supervisar las situaciones de abusos en que los empleadores puedan incurrir. Tampoco pareciera haber justificación en los casos de aquellas personas que salen a pasear pese a las restricciones.

La mera tutela del derecho a trabajar es insuficiente para justificar un incumplimiento de las normas sanitarias. De igual modo, deben ser rechazados los argumentos referidos al derecho al libre tránsito, pues estos justamente han sido limitados con autorización constitucional.

Sin embargo, en los casos de los comerciantes ambulantes que trabajan siempre para el día a día y, por lo tanto, los días de impedimento de trabajar es grave para la salud alimenticia propia y de su familia, deberá analizarse caso por caso si se presenta un estado de necesidad. Esto, en virtud a que existe una contraposición

—si así se acredita— entre un interés concreto e inminente frente a uno colectivo y abstracto. Siendo imaginables los casos en que sin duda dicha actividad no podrá ser calificada como contraria al derecho.

Finalmente, en la práctica es posible que se presenten casos de violación de medidas impuestas en concurso real o ideal con el delito de resistencia y desobediencia a la autoridad según el caso específico, pues al momento de la intervención de la autoridad se configurarán supuestos de requerimientos directos y específicos al agente, quien sin diferenciar escenarios también puede rehuir o resistirse a su cumplimiento. Un claro ejemplo es el requerimiento de mostrar a la autoridad el documento de identificación o licencia de conducir. Incluso se presentan casos de violencia contra la autoridad para la cual la diferenciación entre la intensidad de la violencia o de las lesiones causadas será vital para distinguir el delito de violencia a la autoridad de los delitos de lesiones o de las faltas contra la autoridad.

#### **4.2 Análisis del tipo penal previsto en el artículo 289 del Código Penal.**

##### **Propagación de enfermedad peligrosa o contagiosa**

Según Chávez (2020), en la legislación peruana, para que se configure este tipo penal de propagación de enfermedad peligrosa o contagiosa (art. 289), es necesario que el sujeto activo tenga conocimiento que posee la enfermedad del coronavirus o covid-19; para ello, el agente debe haberse efectuado la prueba del hisopado, para saber si efectivamente tenía la enfermedad del coronavirus. Si el agente tiene conocimiento que tiene la enfermedad, debe encontrarse en cuarentena,

para que no contagie a otras personas con el coronavirus o covid-19. En ese sentido, el comportamiento del sujeto activo siempre será con conocimiento (dolo).

El sujeto activo que sabe que tiene la enfermedad del coronavirus o covid-19 tiene que guardar cuarentena y no podrá salir por ningún motivo, a efecto de que se garantice la salud de la población y no se propague el covid-19 a las demás personas. Sin embargo, se podrían presentar algunas situaciones en las cuales se tendría que analizar de qué manera se va subsumir este tipo penal: Cuando el agente, sabiendo que tiene la enfermedad del coronavirus o covid-19, decide salir del lugar donde está cumplimiento el aislamiento, por ejemplo, decide ir a comprar, pasear, y, así, podría contagiar a las demás personas; es decir, sabe que puede ocasionar como resultado que las demás personas pueden contagiarse, sin embargo, lo hace; este accionar se estaría subsumiendo dentro del art. 289 del Código Penal.

No es necesario que se configure el contagio; es suficiente con que se haya incumplido con la normativa de guardar cuarentena y poner en riesgo el contagio con las demás personas. Es decir, por ejemplo, en el caso de que una persona, con conocimiento de que tiene el covid-19, no quiere contagiar a otras personas, esto no constituye una atenuante, puesto que, como se ha señalado, es suficiente con que tenga conocimiento de padecer de esta enfermedad y ponga en peligro a salud de la población. Para que se configure este tipo penal, no resulta necesario que se contagie a otras personas; es suficiente que se exponga y, de esta manera, ponga en peligro la salud de las demás personas. Por ello, no es medio de defensa que una persona investigada por este tipo penal sustente, por ejemplo, que no tenía la intención de contagiar, esto en razón a que es un tipo penal de peligro, por lo que el ciudadano que sabe que tiene el coronavirus o covid-19 debe guardar el debido

cuidado, porque si no lo hace podría ser investigado por el tipo penal subsumido en el artículo 289 del Código Penal.

Este tipo penal tiene una agravante, y esta se configuraría cuando el agente propaga la enfermedad a otras personas y a consecuencia de ello ocasiona una lesión grave o la muerte de otra persona. Asimismo, es necesario analizar que esta enfermedad del coronavirus o covid-19 es sumamente contagiosa existiendo una población vulnerable que podría ser más propensa a poder contagiarse de esta enfermedad, siendo la población más vulnerable la de los niños y adultos mayores, o persona con enfermedades previas (cardiovasculares, respiratorias, diabetes, etc.); por lo que, si el agente propaga una enfermedad a estos sectores, podría ocasionar un resultado lesivo en dicha población vulnerable.

En ese sentido, el solo hecho de que salga una persona contagiada ya genera un riesgo; por ello, está obligado a quedarse en casa.

No se debe olvidar que para que se configure este tipo penal es necesario que el sujeto activo tenga conocimiento de que posee la enfermedad del covid-19; la existencia de sospecha no podría configurar este delito. Por ejemplo, si una persona conoce que alguien posiblemente tiene esta enfermedad, sin ninguna prueba que pudiera corroborar que efectivamente tiene esa enfermedad, ello no podría dar lugar a la imputación del tipo penal. En ese sentido, la mera sospecha no haría que se configure el tipo penal de prolongación de enfermedad peligrosa o contagiosa.

### **4.3 Análisis del tipo penal en el caso del art. 292 en la enfermedad del coronavirus o covid-19**

De acuerdo a Chávez (2020), en la legislación peruana, para que se configure el tipo penal en relación con la propagación de enfermedad peligrosa o contagiosa, es necesario que el sujeto activo tenga conocimiento de la existencia de alguna medida interpuesta por la ley o por la autoridad. En el caso de la pandemia del coronavirus o covid-19, se promulgó el Decreto Supremo N° 044-2020-PCM de fecha 15 de marzo del 2020, en cuyo artículo 1, se señala lo siguiente: “Declárese el Estado de Emergencia Nacional por el plazo de quince (15) días calendario, y dispóngase el aislamiento social obligatorio (cuarentena), por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del brote de covid-19”. Asimismo, el presidente de la República, con fecha 18 de marzo, promulgó el Decreto Supremo N° 044-2020-PCM que declara en estado de emergencia nacional, por las graves circunstancias que afectan la vida de la nación a consecuencia del brote del covid-19, el cual señala en el numeral 4.1, lo siguiente:

Se dispone la inmovilización social obligatoria de todas las persona en sus domicilios desde las 20.00 horas hasta las 05:00 horas del día siguiente, excepto del personal estrictamente necesario que participa en la prestación de los servicios de abastecimientos de alimentos, salud, medicina, la continuidad de los servicios de agua, saneamiento, energía eléctrica, gas, combustibles, telecomunicaciones, limpieza y recojo de residuos sólidos, servicios funerarios y trasportes de carga y mercancías, y actividades conexas, según lo estipulado por el Ministerio de Transporte y Comunicaciones. (Decreto Supremo N° 044-2020-PCM)



En ese sentido, se advierte que existe al menos dos decretos supremos promulgados por el Poder Ejecutivo con la finalidad de frenar el avance del coronavirus o covid-19, los cuales han sido informados a la ciudadanía a través de los medios de comunicación y promulgados a través del Diario oficial El Peruano, por lo que estos decretos resultan de estricto cumplimiento por parte de la población peruana.

De este modo, cuando, por ejemplo, un ciudadano a pesar de tener conocimiento de la medida impuesta en el Decreto Supremo N° 044-2020-PCM, sigue transitando por las calles, saliendo a comprar, paseando a sus mascotas y exponiendo a la propagación de esta enfermedad, puede ser detenida o denunciada, y se le iniciará investigación preliminar por la presunta comisión del delito de violación de medidas sanitarias, tipificado en el artículo 292 del Código Penal. En otra situación, cuando el ciudadano, conociendo que es portador de esta enfermedad, así como de la promulgación del Decreto Supremo N° 044-2020-PCM, decide salir a dar unas vueltas o incluso sacar la basura dentro del horario de 08:00 p.m. a 5:00 a.m., y es detenido, es posible que se le inicie investigación preliminar por el delito comprendido en el artículo 292 del Código Penal.

Como se puede analizar, en ambos casos, existe conocimiento por parte del agente de la existencia de los decretos de urgencia promulgados, sin embargo, se omiten. En ese sentido, existe la voluntad del agente de quebrantar las normas prohibitivas, poniendo en riesgo el bien jurídico tutelado salud pública.

Por otro lado, la descripción de la norma también hace referencia a la introducción al país de una enfermedad o epidemia. En ese sentido, también a través del decreto de urgencia, emitido por el presidente de la República, se ha previsto

que, en lo que dure esta medida, se encuentran prohibidos los ingresos de aeronaves a nuestro país a efecto de que no se propague la enfermedad, las fronteras están cerradas. Así, si a pesar de la existencia de la norma prohibitiva, se permite que alguna aeronave ingrese a país con personas contagiadas con el covid-19, tal conducta se subsumiría en el art. 292 del Código Penal.

#### **4.4 Expresión del derecho penal simbólico: ¿el mero incumplimiento de las medidas sanitarias constituye delito?**

El Decreto Legislativo 1458 y el Decreto Supremo 044-2020-PCM y sus normas ampliatorias o modificatorias establecieron las medidas sanitarias a cumplir para enfrentar el coronavirus. Pero, ¿el solo hecho de incumplir alguna de esas medidas ya constituye delito? La respuesta es, como siempre, depende.

Depende del cumplimiento del principio de lesividad establecido en el artículo IV del título preliminar del Código Penal (CP), que establece que “la pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley”. En ese sentido, Barrientos (2015) considera que:

Una de las funciones asignadas al derecho penal es la protección de bienes jurídicos, debiendo entenderse que la intervención penal tiene como presupuesto la afectación de esa realidad denominada bien jurídico. Solo en ese caso y de acuerdo a criterios de imputación jurídica de un hecho a su autor, se legitima la intromisión del *ius puniendi* estatal en la esfera de libertad de acción del posible infractor de la ley penal. (p. 92)

Por ello, la actividad penal debe buscar como finalidad la protección de los derechos de las personas que son víctimas de un delito ocasionado por los sujetos

activos que infringen la ley y, por otra parte, las afectaciones del bien objeto de delito deben estar protegidas.

El título preliminar de nuestro Código Penal menciona varios principios generales. El artículo IV de la normativa penal establece que la pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley. Nuestro ordenamiento normativo advierte que, si se lesiona el bien jurídico o se pone en el peligro dicho bien jurídico, se aplicarán sanciones punitivas a los responsables.

En el principio de lesividad se prescinde de la referencia a la peligrosidad o al peligro concreto y se castiga una conducta por su peligrosidad abstracta o general, sin serlo en el caso concreto, se vulnera, la exigencia de real eficacia lesiva de la acción como presupuesto de la antijuricidad material ... En estos delitos no existiría ni desvalor de resultado, ni desvalor objetivo de acción. (Rodríguez, 2009, p. 247)

La peligrosidad abstracta se desarrolla en varias legislaciones. Al respecto, Rojas (2016) señala que “el derecho penal no puede sancionar comportamientos que no impliquen lesiones o peligro real de lesión ... El principio de lesividad se encuentra relacionado con los principios de *ultima ratio* y mínima intervención, debiendo concretarse con penas exactas o concretas” (p. 94).

En consecuencia, el principio de lesividad es básico para la determinación de la existencia o no de un hecho delictivo, ya que, si no se cumple el mínimo requerimiento de “puesta en peligro” (concreto o abstracto) de un interés jurídico tutelado, entonces será un hecho no justiciable penalmente.

Según Trujillo (2020) y Caro (2004), el principio de lesividad u ofensividad enseña que nadie debe ser perseguido por conductas que no afecten o arriesguen bienes jurídico penales individuales o colectivos, esta premisa constituye un límite material al ejercicio del poder punitivo pues proscribire la punición de:

- «Meras desobediencias» carentes de un bien jurídico penal pasible de lesión o riesgo; en efecto, los tipos penales de lesión, como el homicidio [106 CP], exigen que la conducta afecte la vida humana y los tipos penales de peligro concreto, como la producción de peligro común [273 CP], requieren que el comportamiento genere un riesgo concreto para la seguridad pública; sin embargo, los tipos penales de peligro abstracto, como la apología base y apología terrorista [316 CP y 316-A CP], no lesionan ni arriesgan bien jurídico penal alguno, pues el dispositivo no exige la creación concreta de una situación riesgosa para la tranquilidad pública simplemente se castiga la desobediencia normativa.
- «Conductas inmorales» que no afecten derechos de naturaleza constitucional; ciertamente, el sistema jurídico ha positivizado determinados valores democráticos que permiten la convivencia dentro del modelo del Estado constitucional de derecho; por tanto, solo la lesión o peligro de aquellos valores amerita intervención del poder punitivo, piénsese en el magistrado que cita a solas a la litigante, en locales discretos, apartados, donde se consume licor, luego de tocamientos de mano y presuntos besos en la mejilla le propone ir a un lugar más privado, sin que durante todo ese lapso haya formulado solicitud de

favores sexuales a cambio de favorecerla en su pretensión cautelar; sin lugar a dudas, tamaño comportamiento no ofende el bien jurídico penal correcto ejercicio de la función pública —mas sí los deberes éticos del magistrado—; por lo que no ameritaba persecución penal alguna.

- «Bienes jurídicos individuales o colectivos no verdaderamente penales»; en efecto, el carácter fragmentario y la naturaleza subsidiaria exige seleccionar los bienes más importantes y los ataques más intolerables, de manera tal que si el conflicto tiene tratamiento especializado en materia civil, familiar, administrativa, tributaria, etc. carece de sentido que la conducta extrapenal sea trasladada a la *ultima ratio*, máxime si el tiempo generalmente mitiga la disputa, por ejemplo la penalización de la violencia psicológica adscrita por Ley 30364, Ley 30819 y Decreto Legislativo 1323 contiene como bien jurídico el «ámbito psíquico de la salud» (Acuerdo Plenario 2-2016/CJ-116: Lesiones y faltas por daño psíquico y afectación psicológica, f. j. 8.); que es idéntico al interés consagrado por la Ley de protección frente a la violencia familiar (Ley 26260 del 24 de diciembre de 1993); luego en materia penal se sanciona las conductas de «causar daño grave en la salud mental» (Artículo 121 del CP), «causar lesiones en la salud mental» (Artículo 122 del CP) y «causar algún tipo de afectación psicológica, cognitiva o conductual» (Artículo 122-B del CP), que en esencia constituye el mismo acto proscrito por el TUO de la Ley 26260 que castigaba el comportamiento de «causar daño psicológico» (Artículo 2 del TUO de la Ley 26260), máxime que es un contrasentido

no sancionar delitos patrimoniales entre familiares por estrictas razones de política criminal que buscan evitar mayores conflictos a sus integrantes, empero sí perseguirlos por afectaciones psicológicas causando mayor nocividad en el núcleo familiar que recompone el conflicto usualmente con el transcurso del tiempo.

En consecuencia, solo las conductas que afecten o arriesguen bienes jurídicos penales individuales o colectivos ameritan persecución penal, mas no así las desobediencias, inmoralidades u ofensas no penales, de ahí que resulta plenamente exigible la “neutralidad moral, ideológica y cultural del Derecho que garantiza la laicidad de las instituciones públicas y la que, al mismo tiempo, permite fundar la autenticidad de la ética laica” (Ferrajoli, 2012, p. 109).

En ese contexto, Bustos (1999) señala que:

El principio de lesividad complementa al principio garantista *nullum crimen sine lege*, de tal forma que “no basta con la presencia de una conducta formalmente típica para fundamentar un castigo, sino que es necesario que esa conducta sea constitutiva de un desvalor por su capacidad de riesgo para el bien jurídico. (p. 38)

Con la exigencia de afección al bien jurídico para la constatación del injusto, se excluye toda posibilidad de castigar basados únicamente en el desvalor de la acción, cuando esta no lesiona o pone en peligro (inminente) un bien jurídico tutelado.

Al respecto, Bacigalupo (2020) propone un ejemplo. Qué pasaría si circulamos por la vía pública sin usar mascarilla (DL 1458, Art. 5), pero nosotros no estamos contagiados ni portamos el coronavirus. ¿Será posible que propaguemos

la enfermedad si no estamos contagiados?, y de esta manera, al no ser posible propagar la enfermedad, ¿será posible poner en peligro el bien jurídico de salud pública?

Como se ve, para Bacigalupo (2020) este hecho no cumple con el principio de lesividad, ya que será imposible que con esa conducta se pueda llegar a propagar el virus por no ser transmisores o portadores, no obstante esto a que se puedan ejercitar las medidas administrativas correspondientes como la imposición de una multa.

Bacigalupo (2020) propone otro ejemplo. Nosotros sí estamos contagiados del coronavirus e incumplimos la medida de no respetar la inmovilización social obligatoria durante todo el domingo, pero nos encontramos en un lugar alejado y sin gente que viva por la zona, ¿será posible que propaguemos la enfermedad si no estamos en contacto con alguien? Y al no poder propagar así el virus, ¿será posible poner en peligro el bien jurídico de salud pública?

Nuevamente, este es un hecho, que no cumple con el principio de lesividad, ya que constituye un acto inocuo e inidóneo para poder generar un peligro, debido a que en la zona no transita gente y no hay posibilidad de propagación.

Entonces, concluye Bacigalupo (2020), es imprescindible que, para este delito, como para cualquier tipo penal, se cumpla con el principio de lesividad.

#### **4.5 Tendencia interna trascendente**

Refiere Bacigalupo (2020) que la siguiente duda recae en saber si es que estamos ante un delito de tendencia interna trascendente, ya que el tipo penal incluye la preposición “para”, típica de los también llamados delitos de intención.

En estos delitos, la finalidad va más allá de la sola realización de la conducta típica, es decir, la conducta típica no es en sí lo que busca el sujeto activo, más bien lo que busca es un elemento subjetivo adicional. De esta manera, se pueden separar en dos elementos: conducta típica y finalidad.

Conducta típica + Finalidad = Delito

Por ejemplo, en el delito de hurto la conducta típica es la sustracción de un bien mueble total o parcialmente ajeno del lugar donde se encontraba; pero la finalidad en sí no es dicha conducta, sino el provecho económico o *animus lucrandi*.

Conducta típica + Finalidad = Delito

Sustracción del bien mueble + Provecho económico = Hurto simple

Por eso, si es que incurrimos en la conducta típica pero no existe la finalidad determinada por el mismo tipo penal, será un hecho atípico ya que no se está cumpliendo con la tipicidad subjetiva adicional que exigen los delitos de intención.

Teniendo claro estos dos elementos, hagamos el mismo ejercicio con el delito que nos atañe.

Conducta típica + Finalidad = Delito

Violar las medidas sanitarias impuestas por la ley o por la autoridad  
+ Para la propagación de una enfermedad, epidemia, plaga o epizootia  
= Violación de medidas sanitarias

Vemos entonces, que la finalidad del sujeto activo no es el mero incumplimiento de las medidas sanitarias; más bien, su finalidad será la de propagar



la enfermedad; es decir, el agente tiene la intención de que al incumplir las medidas vaya a contagiar a sus similares y lesionar la salud pública.

Sin embargo, esta no es la única forma en la que se ha entendido este tipo penal, ya que existen posiciones (artículos, videos en YouTube, información radial y televisiva) que no incluyen como requisito la intención de propagar el virus, debido a algunos problemas que podría traer, como son:

- a) Dificultad probatoria: Sería necesario probar dentro del proceso penal que la persona tenía la intención de propagar la enfermedad, lo cual generaría una actividad probatoria mayor.
- b) Aplicación de la norma: La puesta en práctica de este delito se vería reducida considerablemente, ya que la tendencia interna trascendente debe probarse, y serían contados los casos que cumplan con dicho requisito.
- c) Razón de ser de la norma: No se obtendría el objetivo principal de la norma la cual es evitar la propagación de la enfermedad, ya que al tener una alta dificultad probatoria y su ámbito de aplicación muy reducido, no se generaría la conciencia social para la que está destinada.

De esta manera, las posiciones que no lo toman como un delito de tendencia interna trascendente consideran que la preposición “para” debe ir acorde con la finalidad o el *ratio legis* (razón de ser) de la norma, la cual es evitar la propagación del virus, no refiriéndose así a la intención del agente de propagar la enfermedad. Entonces, esta interpretación (se quiera o no) modificaría al tipo penal quedando así:

El que viola las medidas impuestas por la ley o por la autoridad para evitar la introducción al país o la propagación de una enfermedad o epidemia o de una epizootia o plaga, será reprimido con pena privativa de libertad.

Entonces, ya no es la finalidad del agente de propagar la enfermedad, sino es la finalidad de la norma de evitar su propagación.

Esta última posición se lograría realizando una interpretación teleológica de la norma, es decir, buscando cuál es el objetivo de la misma. Para esto, tomemos en cuenta que estamos frente a una ley penal en blanco, que necesita de una norma extra penal para funcionar y estará sujeta a sus estipulaciones y finalidades; una de esas normas extra penales es el DL 1458 que menciona en su parte introductoria lo siguiente:

Que, las limitaciones al ejercicio de la libertad de tránsito a nivel nacional de las personas, dispuestas en el marco del estado de emergencia nacional, tienen por objeto evitar la propagación del virus covid-19, que pone en riesgo la vida, la salud y la integridad de las personas, dado sus efectos y alcances nocivos.

Vemos que la finalidad de las medidas sanitarias es evitar la propagación del coronavirus. Entonces, la finalidad de la ley penal en blanco en cuestión deberá ser la misma.

La pregunta que nos hacemos entonces es: ¿es conveniente una interpretación literal o una teleológica de este delito?, ¿Qué va más acorde con la finalidad de estas medidas sanitarias? Posiblemente, la interpretación teleológica, ya que con esta será más fácil generar conciencia social para cumplir las medidas

sanitarias, porque abarca un mayor ámbito de aplicación y una menor actividad probatoria.

Sin embargo, al realizar la interpretación teleológica, por más conveniente que parezca, se estará incurriendo en un error muy grave que es la vulneración del principio de legalidad. El principio de legalidad está contemplado en el art. II del título preliminar del CP y en el artículo 2.24 literal d) de nuestra Constitución, que implica el derecho de toda persona de no ser procesado ni condenado por acto u omisión no prevista previamente por ley. Dos de las exigencias que acarrea este principio son:

- 1) La ley es la única fuente de creación de tipos penales y de sus componentes (*lex scripta*), por lo que se tiene que respetar el contenido literal de la norma, sin la posibilidad de añadir elementos adicionales (como la palabra “evitar”), sino solo por ley.
- 2) La aplicación estricta de la norma (*lex stricta*), quedando prohibida la aplicación de la analogía en perjuicio del reo. Por lo que solamente se podrá utilizar la analogía en determinados casos.

Y ¿cuándo se puede aplicar la analogía? Solamente en casos de vacío de la ley, en los que del enunciado normativo se pueda evidenciar un defecto o ambigüedad. Pero de la redacción del tipo penal de violación de medidas sanitarias no se logra evidenciar alguna ambigüedad ni defecto sustantivamente hablando.

Quiero resaltar lo siguiente. Un tema muy diferente es que procesalmente y probatoriamente hablando se puedan generar dificultades (dificultad probatoria o ámbito de aplicación reducido), pero no tiene nada que ver la interpretación

sustantiva con sus efectos procesales, ya que el derecho sustantivo y el derecho adjetivo cumplen funciones totalmente diferentes.

Entonces, no podríamos aplicar la analogía en el aspecto sustantivo del delito de violación de medidas sanitarias utilizando las consecuencias procesales que podrían generarse por el hecho de considerarla como uno de tendencia interna trascendente, y mucho menos se le pueden agregar o modificar elementos de los ya establecidos.

Por ejemplo, si es que se suscita un caso por este delito, en el que el juez tenga que dictar un fallo, deberá decidir entre dos cosas: primera, aplicar la norma de manera estricta y tomar este delito como uno de tendencia interna trascendente; o segunda, aplicar la analogía *in malam partem* para interpretar la norma de manera que no tenga que probarse la intención de propagar la enfermedad.

Si es que el juez toma la segunda decisión, estará vulnerando gravemente el principio de legalidad establecido legal y constitucionalmente, ya que la analogía solamente se puede aplicar en favor del reo y en casos de vacío legal.

La misma opinión sostiene Reynaldi (2020):

La interpretación de la preposición *para*, como finalidad de la medida impuesta por la ley o la autoridad, no solo resulta irrazonable, sino que no puede ser entendida de forma coherente sin modificar o alterar el tipo legalmente previamente escrito por el legislador. En otras palabras, para llegar a una conclusión coherente, se tendría que recurrir a técnicas de adición de elementos objetivos no previstos en el tipo legal, facultad de la que obviamente carece el operador intérprete.

#### **4.6 Sobre la inconstitucionalidad del Decreto Supremo N° 008-2021-PCM, que prorroga el estado de emergencia nacional por la segunda ola de contagios de la covid-19**

El 27 de enero del año 2021 fue publicado el Decreto Supremo N° 008-2021-PCM, el cual prorroga el estado de emergencia nacional por la segunda ola de contagios de la covid-19, durante el plazo de 28 días calendario, el cual inició el 1 de febrero. También se dispuso restringir el ejercicio del derecho a la libertad y seguridad personal, la inviolabilidad de domicilio y la libertad de reunión.

Dentro de las medidas que dispuso el Poder Ejecutivo para evitar el impacto negativo a la salud de las personas, estableció en el artículo 10 del decreto antes mencionado que durante la vigencia del estado de emergencia los ciudadanos que incumplan las disposiciones sanitarias deberán pagar una multa. El texto es el siguiente:

##### **Artículo 10.- Infractores a las disposiciones sanitarias**

Los infractores a las disposiciones sanitarias y las relativas al estado de emergencia nacional, que no hayan cumplido con pagar la multa impuesta por las infracciones cometidas durante el estado de emergencia nacional y demás normas emitidas para proteger la vida y la salud de la población por el contagio de la covid-19, estarán impedidos de realizar cualquier trámite ante cualquier entidad del Estado; así como, de ser beneficiarios de cualquier programa estatal de apoyo económico, alimentario y sanitario, salvo que exista causa justificada en cualquiera de los casos; supuestos en los cuales, la autoridad atenderá la solicitud mediante decisión motivada.

(Decreto Supremo N° 008-2021-PCM)

Del artículo citado se aprecia que aquellos ciudadanos infractores que no cumplan con el pago de la multa no podrán realizar trámites ante entidades del Estado y tampoco podrán gozar de los beneficios que ofrecen programas estatales en materia económica, sanitaria o alimentaria.

La medida dispone que los infractores no puedan ejercer sus derechos fundamentales que le son inherentes y tampoco puedan acceder a los beneficios que otorga el Estado, los cuales son esenciales durante la pandemia y estado de emergencia en que se encuentra la ciudadanía para salvaguardar la vida e integridad de los peruanos.

Dicha medida afecta nuestro modelo Constitucional, pues es contraria al deber que tiene el Estado de no vulnerar, no colocar en grave riesgo o impedir el goce efectivo de los derechos fundamentales. Asimismo, se debe cumplir con el mandato instaurado en el primer artículo de la Constitución Política del Perú de salvaguardar la dignidad de la persona; sin embargo, la norma mencionada desprotege a los ciudadanos que no puedan realizar el pago de la multa (La Ley - 28 de enero de 2021).

Por otro lado, se debe recordar que el Estado debe respetar el principio de legalidad, y la medida adoptada se ha consagrado en un decreto supremo, no mediante una ley en sentido formal o decreto legislativo, que resultan los adecuados para regular el ejercicio y protección de los derechos fundamentales (STC Exp. N° 00005-2013-PI/TC). En este sentido, se debe recordar que el artículo 137 de la Constitución Política impone un listado taxativo de derechos susceptibles de restricción vía decreto supremo por el presidente de la República durante el estado de emergencia; sin embargo, la norma emitida interviene en el núcleo duro de

derechos humanos que no se pueden restringir, tal y como lo dispone el artículo 27 de la Convención Americana. En ese sentido, la norma emitida por el Ejecutivo es inconstitucional.

En opinión del constitucionalista Joseph Campos, la medida dada por el Ejecutivo es desproporcional e innecesaria, ya que existen otros mecanismos de sanción que no vulneran los derechos fundamentales de la salud y de la vida. Como bien indica el especialista, la norma es imprecisa y no delimita un campo de acción claro. Los más afectados por esta decisión serán las personas de recursos escasos que salen a trabajar por necesidad y son multadas. Quitarles apoyo a estas personas es exponer su integridad.

## **4.7 Los derechos fundamentales en el ámbito del estado de emergencia sanitaria**

### ***4.7.1 Algunas ideas iniciales***

La llegada de la pandemia a consecuencia del covid-19 ha significado un verdadero desafío para casi todos los países del mundo, no solo por lo inédito de la situación, sino por la agresividad con que se presenta el virus en la mayoría de los casos. Paradójicamente, ninguna nación ha podido enfrentarlo con la contundencia y efectividad necesarias, trayendo consigo decenas de miles de muertes y el colapso de los servicios sanitarios más sólidos y avanzados del planeta.

Haciendo frente a este sombrío panorama, la gran mayoría de gobiernos se han visto en la necesidad de hacer uso de los estados de excepción para conjurar la crisis, declarando en la mayoría de los casos el estado de emergencia sanitaria o el estado de desastre, teniéndose en casi todos los casos que decretar la inmovilización

de la población ante la evidencia de que el covid19 se trasmite por el contacto entre las personas. Para ello, se ha tenido que restringir algunos derechos fundamentales como los de libre tránsito, reunión, inviolabilidad del domicilio o de no ser detenido sino por mandato judicial o flagrante delito.

Lo ocurrido en las últimas semanas en el Perú ha dejado en evidencia que existe muy poco civismo entre la población, a tal punto que se ha buscado cualquier medio disponible para burlar las medidas de confinamiento obligatorio dispuestas por el gobierno.

Como respuesta a ello, se tuvo que proceder a retener y en algunos casos detener a los infractores para ponerlos a disposición del Ministerio Público que, dicho sea de paso, se ha encontrado con un Poder Judicial prácticamente paralizado y con un Instituto Nacional Penitenciario que se niega a aceptar nuevos reclusos en las cárceles del país, pues éstas se encuentran hacinadas y peor aún, se han convertido en un foco de infección incontrolable.

#### ***4.7.2 La declaración del estado de emergencia sanitaria***

El pasado 15 de abril, el presidente de la República anunció que su gobierno declarararía el estado de emergencia sanitaria por un periodo de 15 días para enfrentar el avance de la pandemia del covid-19. En edición extraordinaria del diario oficial “El Peruano” se publicó el Decreto Supremo N° 044-2020-PCM. De este modo, apelando al artículo 137 inciso 1 de la Constitución, el Gobierno suspendió el ejercicio de los derechos relativos a la libertad y seguridad personales, de libre tránsito, de reunión, inviolabilidad del domicilio y de no ser detenido sino por mandato judicial o en caso de flagrante delito. Para tal efecto, se dispuso el



aislamiento social obligatorio, suspendiendo las actividades en el sector público y privado, excepto las destinadas a garantizar el abastecimiento de alimentos, medicinas, así como la continuidad de los servicios de agua, saneamiento, energía eléctrica, gas, combustible, telecomunicaciones, limpieza, recojo de residuos sólidos, servicios funerarios, entre otros.

Según Pestana (2020), nunca antes en la historia del país se había dispuesto una medida tan severa y de esa magnitud, lo que supone una fuerte contracción de las actividades productivas, excepto aquellas que se consideran esenciales. No cabe, sin embargo, cuestionar la idoneidad de la decisión adoptada por el gobierno en tanto se trata de una prerrogativa prevista expresamente por nuestra Constitución, y corresponde a las autoridades del Poder Ejecutivo determinar las razones que la justificaron. Anota luego “que esto ha traído consigo una serie de complicaciones de todo tipo, que de uno u otro modo terminan afectando a un mayoritario sector de la población, y desde luego también la restricción de sus derechos y libertades personales” (p. 112).

Asimismo, refiere Pestana (2020) que aun cuando la declaratoria del estado de emergencia solo limita determinados derechos y libertades, en la práctica se han afectado otros atributos como, por ejemplo, la libertad de empresa, de comercio y de contratación al no permitirse —ni siquiera a distancia— el intercambio de bienes y servicios que no se consideran “esenciales”, pese a que tales libertades se encuentran contempladas en los artículos 59 y 62 de la Constitución.

### ***4.7.3 Las limitaciones de derechos y sanciones a los infractores***

De acuerdo con Pestana (2020), es indiscutible que las limitaciones a los derechos fundamentales, a que se refiere el Decreto Supremo N° 044-2020-PCM, se enmarcan dentro de lo que establece el 137.1 de la Constitución. Sin embargo, el tema en discusión radica en las eventuales consecuencias del desacato a las medidas adoptadas por el Gobierno que supondrían una vulneración a la inmovilización social decretada con la finalidad de evitar que se propale el virus del covid-19.

Así, durante las primeras semanas de la cuarentena pudimos ver cómo miles de ciudadanos eran en algunos casos retenidos y en otros detenidos por circular en las calles sin cumplir con las condiciones impuestas por el Poder Ejecutivo. De este modo, a quienes se les encontraba fuera de sus viviendas sin justificar que estaban atendiendo una emergencia médica o yendo a abastecerse de alimentos, eran retenidos y conducidos a las comisarías por un tiempo máximo de 4 horas, tras lo cual eran puestos en libertad, no sin antes haberlos consignado en una especie de registro de infractores de la cuarentena, que según se explicó luego, era con el fin de establecer quiénes eran reincidentes.

En otros casos, a quien se le encontraba prestando servicios no permitidos o realizando reuniones o actividades sociales, se le detenía hasta por 24 horas (pese a que la Constitución autoriza a hacerlo hasta por 48 horas), luego de lo cual podía retornar a su casa, no sin antes haberlo puesto a disposición del Ministerio Público para las acciones penales que correspondan.

El dilema viene por el hecho de que en estricto el Código Penal no contempla un delito específico por desacato a las medidas restrictivas durante un estado de emergencia. Suponemos entonces que los únicos ilícitos penales

atribuibles a los infractores sería el de violación de medidas sanitarias, recogido en el artículo 292 del Código Penal, que establece una pena máxima de tres años de privación de la libertad, y en todo caso el de resistencia y desobediencia a la autoridad, contemplado en el artículo 368 del Código Penal, cuya pena más elevada es de seis meses de pena privativa de la libertad, aunque en algunos casos difundidos a través de los medios de comunicación, los infractores llegaban al extremo de agredir a las autoridades policiales y militares (p. 113).

En esas situaciones el delito sería el de violencia y resistencia a la autoridad (art. 366 C.P). En tal consideración, si las detenciones efectuadas no se sustentaron en la supuesta comisión de tales delitos, estaríamos ante la vulneración del principio *nullum crimen nulla poena sine praevia sine lege*, que además se encuentra consagrado en el artículo 2 inciso 24 literal d. de la Constitución en cuanto establece: “Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley”.

Posteriormente, ante la poca eficacia y efecto disuasivo de las detenciones de los infractores, sumado al aumento del contagio en las comisarías, el Gobierno optó por expedir el Decreto Legislativo N° 1458, mediante el cual se establecieron sanciones pecuniarias contra quienes infringieran las medidas restrictivas contenidas en la declaratoria del estado de emergencia sanitaria.

No obstante, refiere Pastana (2020) que si analizamos las infracciones objeto de sanción, podemos advertir que algunas de ellas escapan al ámbito de los derechos restringidos o suspendidos por la declaratoria del estado de emergencia, como, por ejemplo, “Desarrollar actividades económicas no consideradas de prestación y

acceso esencial previstas en el artículo 4 del Decreto Supremo N° 044-2020-PCM” (p. 113).

Como ya lo dijéramos previamente, realizar actividades industriales o comerciales de bienes o servicios en estricto no están dentro de la esfera de los derechos constitucionales que fueron objeto de restricción, aunque podría alegarse que al realizarlos se estaría afectando la emergencia sanitaria y poniendo en riesgo a la población, lo cual es indudablemente bastante controversial (p. 114).

Lo que sí resulta bastante cuestionable es que en la segunda disposición final de la referida norma sancionadora se establezca que quien no cumpla con pagar la multa impuesta se encontrará impedido de realizar trámites civiles, tales como suscripción de cualquier tipo de contrato civil, trámites ante las entidades bancarias, cualquier acto notarial o ante la Superintendencia Nacional de Registros Públicos (SUNARP), y realizar viajes al exterior.

Aquí nuevamente nos encontramos con disposiciones que, a nuestro juicio, de ser aplicadas, afectarían derechos fundamentales, como la libertad de contratación garantizada en los artículos 2 inciso 14 y 62 de la Constitución y el derecho a entrar o salir libremente del territorio nacional, recogido en el artículo 2 inciso 11 de la Norma Fundamental (p. 115).

#### **4.8 El derecho penal y vulneración de normas sanitarias**

Según Vinelli (2020) nadie puede sostener que actualmente nos encontramos ante una situación de amenaza a la salud pública y que necesitamos que la gente se quede en sus casas como indican las normas sanitarias, pero de ello no se puede inferir que necesariamente las respuestas punitivas del Estado deban

ser no solo desproporcionadas —considerando que la privación de libertad debería ser excepcional—, sino también (lo que es peor aún) ineficaces.

Considera Vinelli que es necesario recurrir al derecho penal en esta situación de emergencia, pues se busca proteger la salud pública, siendo un bien jurídico colectivo, cuya titularidad le corresponden a un número ilimitado de individuos, más aún en una situación de pandemia como en la que nos encontramos en el Perú.

A nivel práctico, se viene planteando si las vulneraciones a las normas sanitarias deben ser investigadas y, eventualmente, sancionadas por el delito de resistencia o desobediencia a la autoridad previsto en el artículo 368 del Código penal, o el de violación de medidas sanitarias con regulación expresa en el artículo 292 del referido cuerpo normativo.

Agrega que diversos estudios criminológicos señalan que el incremento en la severidad de la pena no disuade. “Ningún cuerpo consistente de literatura ha sido desarrollado durante los últimos veinticinco a treinta años que indique que las sanciones duras disuadan” (Doob & Webster, 2003, p. 28). Es decir, dentro del derecho penal —que ya es de *ultima ratio*— pretender privar de libertad entre seis meses y tres años es la opción menos plausible y efectiva.

Siendo ello así, es válido pensar que un acuerdo reparatorio entre la Fiscalía y el investigado en el que se fije un monto elevado de reparación civil, así como el pago de los días multa que establece el tipo penal puede cumplir la misma finalidad preventiva general que la imposición de una pena privativa de libertad, generando además una descarga procesal, pues a la fecha tenemos muchísimas intervenciones policiales que devengarán en una investigación por el delito materia de comentario.

## CONCLUSIONES

1. La influencia negativa del derecho penal simbólico frente a la vulneración de las normas sanitarias en el marco del covid-19 en el Perú se manifiesta en la instrumentalización del derecho penal durante la emergencia sanitaria, y la afectación de los principios del derecho penal, como *ultima ratio* y lesividad, expresándose como una aparente e ineficaz solución al problema de las personas que incumplen el estado de emergencia sanitaria.
2. El derecho penal de emergencia sanitaria actúa siempre en el marco de una función de protección de bienes jurídicos, de control social y bajo una perspectiva de minimización cuantitativa de la intervención penal. No puede intervenir sin límites o restricciones en aras de proteger bajo de cualquier forma la salud pública, ya que el Estado garantiza la capacidad de libertad de acción de los ciudadanos como fundamento de un Estado constitucional.
3. Ante la poca eficacia y el efecto disuasivo de las detenciones de los infractores, sumado al aumento del contagio en las comisarías, el Gobierno optó por expedir el Decreto Legislativo N° 1458, que contempla la posibilidad de inhabilitar a los infractores la celebración de contratados de cualquier tipo, así como el impedimento de la salida del país, pese a que la esencia y finalidad de la sanción no es generar tales restricciones, sino la imposición de una multa, por lo que estamos ante una clarísima vulneración a los derechos fundamentales.
4. El Código Penal ha tipificado diversos delitos relacionados con el peligro a la salud de la población, comprendidos en los artículos 289 (Propagación de enfermedad peligrosa y contagiosa) y 292 (Violación de medidas sanitarias). En el marco de la pandemia, en estos tipos penales el castigo se sustenta en una

ausencia de descripción de la conducta sancionada, pues la expresión “poner en peligro la salud pública” tiene como contenido un resultado. En otras palabras, se trata de un delito que carece de conducta, por lo que produce un factor o elemento derivado: una norma inconstitucional en el caso concreto, por vulnerar el principio de taxatividad.

5. La aplicación del derecho penal, en situaciones actuales, y con la redacción actual del artículo 292 del Código Penal, puede generar —si es que no lo ha hecho ya— la aplicación e imposición de sanciones excesivas y sobredimensionadas a los ciudadanos, cuando el derecho administrativo sancionador puede llegar a ser más eficaz y motivador en la población, a efectos de prevenir conductas de riesgo que puedan provocar la propagación de la enfermedad.

## RECOMENDACIONES

1. A los legisladores, evitar la sobrecriminalización de conductas y la manipulación innecesaria del derecho penal en la regulación de comportamientos humanos, en donde el derecho administrativo sancionador puede ser más eficaz; por lo que se debe acudir al derecho penal solo en situaciones extremas, justamente, por su carácter sumamente gravoso para los derechos fundamentales de las personas sobre quienes recaerá la sanción.
2. Toda infracción a las medidas sanitarias no supone en sí misma la configuración del ilícito penal, por lo que el operador jurídico deberá valorar la conducta en cada caso en particular a fin de verificar si efectivamente el agente, al infringir las medidas sanitarias, puso o no en riesgo el bien jurídico protegido; por ello, deben descartarse aquellas conductas que no trascienden la esfera penal, a fin de evitar excesos por parte del derecho penal, puesto que muchas conductas podrían ser simples infracciones de carácter administrativo o de otra naturaleza, las cuales no merecen ser protegidas por el derecho penal.
3. El contexto actual, de manera preventiva, genera un espacio de reflexión en el legislador y los operadores jurídicos, para determinar cuáles serán aquellas conductas que merezcan, indefectiblemente, una sanción penal y cuáles una sanción administrativa; de esta manera, una sanción deberá ser proporcional en relación con la magnitud de la lesividad o gravedad de la puesta en peligro que una persona puede generar con el incumplimiento de determinada medida sanitaria.



## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Barrientos, D. (2015). Lesividad en los bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro. Análisis del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones. *Revista Nuevo Foro Penal*, 11(84), 90-135. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5235020>
- Busto, J. (1999). *Lecciones de derecho penal. Volumen II*. Editorial Trotta.
- Cabanellas, G. (1993). *Diccionario jurídico elemental* (10.<sup>a</sup> ed.). Heliasta.
- Cabanillas-Rojas, W. (2020). Conducta y propagación del covid-19 en el Perú: marco de referencia para el diseño de intervenciones conductuales de salud pública. *SciELO Preprints*. <https://doi.org/10.1590/SciELOPreprints.868>
- Caro, D. (2004). *Principio de lesividad de bienes jurídicos penales en Código Penal comentado*. Gaceta Jurídica.
- Castro, W. (2018). *La legitimación de los discursos de emergencia y la tendencia hacia un derecho penal del enemigo en el Perú* [Tesis de posgrado, Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo]. Repositorio institucional. <http://repositorio.unasam.edu.pe/handle/UNASAM/2753>
- Chávez, S. (2020). *El derecho penal en tiempos del coronavirus o covid-19*. Escuela de Gestión Pública y Derecho. <https://www.egepud.edu.pe/noticias/el-derecho-penal-en-tiempos-del-coronavirus-o-covid-19/199/>
- Diez, J. L. (2003). El derecho penal simbólico y los efectos de la pena. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 35(103), 149-172.
- Fernández, M. (2020, 17 de marzo). Estado de emergencia, coronavirus y derecho penal. *La Ley*. <https://laley.pe/art/9367/estado-de-emergencia-coronavirus-y-derecho-penal>
- Fernández, M. (2021, 5 de julio). Derecho penal de emergencia sanitaria: hermenéutica jurídica de los delitos de propagación de enfermedades

peligrosas y violación de medidas sanitarias. *La Ley*.  
<https://cutt.ly/e0QDMjZ>

Fernández, W. (2017, 30 de octubre). Populismo punitivo. *Ámbito jurídico*.  
<https://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/Penal/noti-121030-01-populismo-punitivo.html>

Ferrajoli, L. (1997). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Trotta.

Ferrajoli, L. (2006). *Sobre los derechos fundamentales y sus garantías* (M. Carbonell, A. de Cabo & G. Pisarello, Trads.). Comisión Nacional de Derechos Humanos.

Ferrajoli, L. (2008). *Democracia y garantismo*. Trotta.

Ferrajoli, L. (2012). El principio de lesividad como garantía penal. *Revista Nuevo Foro Penal*, 8(79), 100-114. <https://bit.ly/3jqtPwh>

Finocchiaro, E. (s.f.). Delitos contra la seguridad pública. *Asociación Pensamiento Penal*. <https://bit.ly/3BV1Uuq>

García, E. (2020). Violación de medidas restrictivas sanitarias como delito. *Estudio Oré Guardia Abogados*. <https://oreguardia.com.pe/violacion-de-medidas-restrictivas-sanitarias-como-delito/>

Gascón, M. & García, A. (2005). *La argumentación en el derecho*. Palestra.

Hassemer, W. (1991). Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. *Nuevo Foro Penal*, (51) 17-31.  
[https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasportales/op\\_20130708\\_01.pdf](https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasportales/op_20130708_01.pdf)

La Ley. El Ángulo Legal de la Noticia (2021, 28 de enero). *Vulnerará derechos fundamentales. Disponer muerte civil de infractores de la cuarentena es*

*inconstitucional*. <https://laley.pe/art/10569/disponer-muerte-civil-de-infractores-de-la-cuarentena-es-inconstitucional>

Laurrauri, E. (2006). Populismo punitivo, y cómo resistirlo. *Jueces por la Democracia*, (55), 15-23.

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1960479>

León, M. (2017). *La influencia del derecho penal del enemigo en el delito de marcaje* [Tesis de pregrado, Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo]. Repositorio institucional.

<http://repositorio.unasam.edu.pe/handle/UNASAM/1910>

Lujan, M. (2013). *Diccionario penal y procesal penal*. Gaceta Jurídica.

Pariona, R. (2016). El derecho penal ‘moderno’, sobre la necesaria legitimidad de las intervenciones penales. En C. Hanco (Coord.), *Dogmática penal aplicada a cuestiones actuales del derecho penal económico y de la empresa* (pp. 207-234). Grijley

Parma, C. (2015). Violencia, seguridad y miedos en el universo del derecho penal. En A. Gaspar & R. Martínez (Coords.), *Estudios de política criminal y derecho penal. Actuales tendencias. Tomo I* (pp. 353-664). Gaceta Jurídica.

Peces-Barba, G. (1999). *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*. Universidad Carlos III de Madrid; Boletín Oficial del Estado.

Pérez, F. (1991). *Protección penal del consumidor. Salud pública y alimentación*. Praxis.

Pestana, E. (2020). Constitucionalidad de la restricción de derechos fundamentales en el ámbito del estado de emergencia sanitaria por el covid-19. En E. Blume & L. Sáenz (Eds.), *Emergencia sanitaria por covid-19: retos al*

- constitucionalismo peruano* (pp.103-116). Asociación Peruana de Derecho Constitucional; Adrus D&L Editores.
- Polaino, M. (2004). *Derecho penal. Modernas bases dogmáticas*. Grijley.
- Ramírez, R. (2010). *Proyecto de investigación. Cómo se hace una tesis*. UNMSM.
- Reátegui, J. (2015). *Delitos contra la Administración pública en el Código Penal*. Jurista Editores.
- Robles, L. (2014). *Guía metodológica para la elaboración del proyecto de investigación jurídica*. Ffecaat.
- Robles, L., Robles, E., & Sánchez, R. (2012). *Fundamentos de la investigación científica y jurídica*. Fecatt.
- Rojas, F. (2007). *Delitos contra la Administración pública* (4.<sup>a</sup> ed.). Grijley.
- Rojas, F. (2016) *Código Pena. Parte general*. Editorial RZ.  
<http://www.oreguardia.com.pe/media/uploads/derecho-penal/Sobre-la-Relevancia-delvalor-del-bien-mueble.pdf>
- Ruiz, L. (2016). La reforma penal de los delitos contra la salud pública como respuesta a las innovaciones científicas y tecnológicas. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (18-19), 1-23.  
<http://criminet.ugr.es/recpc/18/recpc18-19.pdf>
- Senisse, C. (2020). Violación de medidas sanitarias y propagación de enfermedades contagiosas. *La Ley. El Ángulo Legal de la Noticia*.  
<https://laley.pe/art/9410/violacion-de-medidas-sanitarias-y-propagacion-de-enfermedades-contagiosas>
- Sevilla, G. (2020). Restricción de los derechos fundamentales durante el estado de emergencia sanitaria por el covid-19. En E. Blume & L. Sáenz (Eds.),

- Emergencia sanitaria por covid-19: retos al constitucionalismo peruano* (pp.163-172). Asociación Peruana de Derecho Constitucional; Adrus D&L Editores.
- Tassara, V. (2019). El liberalismo como fundamento material del Estado constitucional. En E. Sotomayor (Ed.), *La teoría y la filosofía del Derecho en el Estado constitucional. Problemas fundamentales* (pp. 200-210). Zela.
- Torres, N. C. (2010). *Populismo punitivo en Colombia: una aproximación a la política legislativa de las recientes reformas de los delitos sexuales*. Universidad EAFIT. <https://cutt.ly/V0QFqEa>
- Trujillo, J. (2020, 19 de mayo). Principio de lesividad u ofensividad: ‘nullum crimen sine iniuria’. *lp. Pasión por el Derecho*. <https://lpderecho.pe/principio-lesividad-ofensividad-nullum-crimen-sine-iniuria/>
- Uribe, J. P. (2012). ¿Puede hablarse en Colombia de *populismo punitivo*? *Revista Nuevo Foro Penal*, 7(78), 70-106. <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/4136925.pdf>
- Van, L. Z. (2017). El derecho penal simbólico y la ineficacia del estado de emergencia constitucional para combatir la criminalidad. *Vox Juris*, 1(33), 123-133. <https://www.aulavirtualusmp.pe/ojs/index.php/VJ/article/view/970>
- Velásquez, F. V. (2013). *Manual de derecho penal. Parte general*. Jurídicas Andrés Morales.
- Villavicencio, F. (2019). *Derecho penal. Parte general*. Grijley.
- Vinelli, R. (2020, 1 de abril). Derecho penal y estado de emergencia: ¿cómo frenar a quienes incumplen la cuarentena? *Enfoque Derecho*.

<https://www.enfoquederecho.com/2020/04/01/derecho-penal-y-estado-de-emergencia-como-frenar-a-quienes-incumplen-la-cuarentena/>

Yánac, A. (2015). *Ineficacia del derecho penal como medio de control social en la lucha contra la delincuencia en el Perú* [Tesis de pregrado, Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo]. Repositorio institucional. <http://repositorio.unasam.edu.pe/handle/UNASAM/831>

Zanazzi, S. (2002). Violación de medidas contra epidemias. *Asociación Pensamiento Penal*. <https://cutt.ly/R0QFjhG>

