"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres"
"Año del Fortalecimiento de la Soberanía Nacional"
"Año del Bicentenario del Congreso de la República del Perú"

Firma Digital
Firmado digitalmente por LOLI ESPINOZA Silvia Rosario FAU 20159981216 soft
Cargo: Jefe De Gabinete De Asesores
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 17.10.2022 06:55:23 -05:00

Lima, 17 de Octubre del 2022

INFORME N° 000315-2022-GA-P-PJ

A : **Elvia Barrios Alvarado**
Presidenta del Poder Judicial

De : **Silvia Rosario Loli Espinoza**
Jefa de Gabinete de Asesores

Asunto : Informe técnico del Proyecto de Ley N.° 2811-2022-PE, que busca modificar los artículos 54 y 58 del Decreto Legislativo N.° 1350-Decreto Legislativo de Migraciones; así como el artículo 368 del Código Penal.

Referencia : EXPEDIENTE 038877-2022-TDA-SG
HOJA DE ENVIO 001263-2022-GA-P (27-9-2022)

Tengo el agrado de dirigirme a usted, en atención al asunto y en relación con el documento de la referencia, para informarle lo siguiente:

1. Antecedentes

1.1. Con el Oficio P. O. N.° 0077-2022-2023-CJYDDHH/CR, el presidente de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República solicitó a la Presidencia de este Poder Judicial se sirva emitir opinión sobre el Proyecto de Ley N.° 2811/2022-PE.

1.2. Este pedido fue derivado a la Secretaría General del Poder Judicial, quien, mediante el Oficio N.° 004155-2022-SG-CS-PJ, lo remitió al presente Gabinete de Asesores para emitir el pronunciamiento respectivo en atribución a nuestras funciones técnicas y especializadas.

2. Propuesta legislativa

A través de la iniciativa legislativa, ejercida por el Poder Ejecutivo (en mérito de lo dispuesto por el artículo 107 de la Constitución Política del Perú), se propone modificar los artículos 54 y 58 del Decreto Legislativo N.° 1350, Decreto Legislativo de Migraciones; así como el artículo 368 del Código Penal.

3. Objeto de la ley

El objeto del presente proyecto de ley busca modificar el Decreto Legislativo N.° 1350 y el Código Penal para ampliar los alcances de la expulsión de migrantes, sanciones

Firma Digital
Firmado digitalmente por BARRIOS ALVARADO Elvia FAU 20159981216 soft
Motivo: Doy V° B°
Fecha: 14.10.2022 13:57:47 -05:00

administrativas y penales, con la finalidad de fortalecer la seguridad ciudadana en la afectación al orden interno por parte de ciudadanos extranjeros.

4. Análisis

4.1. Acerca de la sobrecriminalización y la necesidad de una adecuada política criminal

a. En primer lugar, se debe señalar que, en el Perú, como consecuencia de la creciente inseguridad ciudadana, la criminalización primaria se ha manifestado en una tendencia a la sobrecriminalización en la legislación penal. Una experiencia, en este sentido, estuvo representada por la decisión del Congreso de la República de delegar facultades legislativas en el Poder Ejecutivo a través de la Ley N.° 26950, la misma que originó la expedición de once decretos legislativos que creaban delitos, aumentaban las penas y otros más de la misma índole, que, en general, debilitaban el debido proceso.[1]

b. Al respecto, no debemos olvidar que la criminología, la política criminal y la dogmática penal son autónomas en cuanto a campos científicos, más ligados a una unidad funcional en el complejo del procedimiento de realización del derecho penal. En este proceso decisivo, la criminología aporta el conocimiento empírico sobre el surgimiento de la criminalidad y la lucha contra ella. La política criminal busca transformar la experiencia criminológica en opiniones y estrategias concretas asumibles por el legislador y los poderes públicos. La dogmática penal presenta las posibilidades de configuración del derecho para fines políticos criminales. Una vez que la decisión ha obtenido vigencia jurídica por obra del legislador, la sistematización y la interpretación son tarea de la dogmática penal.[2]

c. De este modo, la política criminal se ocupa, en primer término, de efectuar el estudio crítico y prospectivo de las normas penales y de las institucionales que se encargan de la oportuna y eficaz aplicación preventiva y represiva. Para ello, promueve las reformas legislativas adecuadas a las nuevas situaciones sociales; es decir, examina si corresponde o no tales mecanismos a las exigencias de la sociedad y propone las reformas correspondientes. Así, surge un derecho penal dinámico, que va renovándose de acuerdo con los avances de la ciencia. También, otorga a los poderes públicos las programaciones científicas concretas, que elabora en la lucha contra la delincuencia, más adecuadas para el eficaz control del delito.[3]

---

[1] Villavicencio Terreros, F. (2019). *Derecho penal. Parte general*. (p. 23). Grijley.

[2] Óp. cit., p. 25.

[3] Óp. cit., p. 28.

Firma Digital
Firmado digitalmente por BARRIOS ALVARADO Elvia FAU 20159981216 soft
Motivo: Doy V° B°
Fecha: 14.10.2022 13:57:47 -05:00

d. Así, podemos establecer que una respuesta a la criminalidad no parte necesariamente de una sobrecriminalización de conductas o con el aumento de las penas, sino que esta necesariamente merece un estudio más detallado y fundamentado por parte de todos los actores que intervienen antes, durante y después de la elaboración de una norma específica.

4.2. Respecto de la modificación de los artículos 54 y 58 del Decreto Legislativo N.° 1350, Decreto Legislativo de Migraciones

a. En primer lugar, se debe recordar que un decreto legislativo es una norma con rango y fuerza de ley expedida por el Poder Ejecutivo, pero que emana de una autorización previa, expresa y delegada por el Congreso, la cual se circunscribe a la materia específica y debe dictarse dentro del plazo determinado por la ley autoritativa respectiva.

b. De este modo, se tiene que, mediante la Ley N.° 30506, del 6 de octubre de 2016, se emitió la ley que delega en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar en materia de reactivación económica y formalización, seguridad ciudadana, lucha contra la corrupción, agua y saneamiento y reorganización de Petroperú SA.

c. Asimismo, el literal f) del numeral 2 del artículo 2 de la citada ley autorizó al Poder Ejecutivo legislar en materia de seguridad ciudadana, a fin de dictar normas para mejorar la política migratoria interna y externa, la Superintendencia Nacional de Migraciones, así como la regulación de seguridad fronteriza, respetando los derechos de las niñas, niños y adolescentes, sin que ello implique la expulsión de uno o los dos progenitores por infracciones de carácter administrativo.

d. En mérito de ello, se expidió el Decreto Legislativo N.° 1350, del 6 de enero de 2017, en cuyo **artículo 5**, señala lo siguiente:

> La Superintendencia Nacional de Migraciones - MIGRACIONES, en su calidad de organismo técnico especializado adscrito al Ministerio del Interior - MININTER, es la autoridad en materia migratoria interna. El Ministerio de Relaciones Exteriores - RREE es la autoridad en materia migratoria externa de acuerdo a lo dispuesto en el presente Decreto Legislativo, además de ejercer competencias en materia migratoria interna según la normativa vigente.

Asimismo, en su **artículo 6**, refiere que “MIGRACIONES y el Ministerio de Relaciones Exteriores, de conformidad con los instrumentos internacionales suscritos por el Perú y normativa nacional, establecen el conjunto de normas, procedimientos, técnicas e instrumentos que regulan su función migratoria, en el marco de sus competencias”.

Firma Digital
Firmado digitalmente por BARRIOS ALVARADO Elvia FAU 20159981216 soft
Motivo: Doy V° B°
Fecha: 14.10.2022 13:57:47 -05:00

e. En tal sentido, podemos concluir que la regulación, aplicación y modificación de las disposiciones en materia de migraciones o relacionadas con el decreto legislativo antes señalado depende de la Superintendencia Nacional de Migraciones (que depende, a su vez, del Ministerio del Interior) y del Ministerio de Relaciones Exteriores; **por lo tanto, no es competencia de este Poder Judicial emitir pronunciamiento sobre dichas materias, en tanto no se refieren a cuestiones del ámbito jurisdiccional o de normativa penal o procesal penal *per se***.

4.3. Sobre la propuesta de modificación del artículo 368 del Código Penal

a. En este extremo, coincidimos que la misma colisiona con el ámbito de atribuciones de este Poder Judicial al tener los jueces penales la función de hacer cumplir la ley sustantiva contenida en el Código Penal mediante sus sentencias emitidas, por lo que sí corresponde emitir pronunciamiento respectivo.

b. Conforme con la exposición de motivos del proyecto de ley materia de autos, este se fundamenta principalmente en la necesidad de regular y controlar a la población extranjera, quienes representarían una significativa cantidad de ciudadanos no nacionales responsables de conductas ilícitas en nuestro territorio nacional y que, tras ser expulsados u ordenados a salir del país por autoridad competente, luego reingresan por vías subrepticias para seguir perjudicando la estabilidad del país.

c. En ese sentido, se propone una agravante para el delito de resistencia o desobediencia a la autoridad para regular los casos puntuales de ciudadanos extranjeros que incumplan con las órdenes impartidas por los funcionarios de migraciones de nuestro país.

d. Al respecto, debemos recordar que nuestro Código Penal, en el artículo 368, contiene el delito de resistencia o desobediencia a la autoridad base; el artículo 368-A, el de ingreso indebido de equipos o sistema de comunicación, fotografía y/o filmación en centros de detención o reclusión; el artículo 368-B, el de ingreso indebido de materiales o componentes con fines de elaboración de equipos de comunicación en centros de detención o reclusión; el artículo 368-C, el de sabotaje de los equipos de seguridad y de comunicación en establecimientos penitenciarios; el artículo 368-D, el de posesión indebida de teléfonos celulares, o armas, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos en establecimientos penitenciarios; y el artículo 368-E, el de ingreso indebido de armas, municiones, o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos en establecimientos penitenciarios.

Firma Digital
Firmado digitalmente por BARRIOS ALVARADO Elvia FAU 20159981216 soft
Motivo: Doy V° B°
Fecha: 14.10.2022 13:57:47 -05:00

e. De este modo, resulta claro que los artículos 368-A al 368-D son tipos penales específicos que regulan circunstancias particulares sobre desobediencia o resistencia a la autoridad en centros penitenciarios, pero que derivan principalmente del tipo base contenido en el artículo 368 del Código Penal, por lo que su configuración y morfología básica siempre dependerá primero de este ilícito genérico.

f. Así, el jurista Rojas Vargas[4], sobre el delito de resistencia o desobediencia a la autoridad, señala lo siguiente:

- El bien jurídico protegido es la administración pública y el objeto específico de la tutela penal busca garantizar penalmente la eficacia que deben poseer los mandatos de autoridad que emanen de un funcionario público en ejercicio de sus atribuciones.

- Es sujeto activo cualquiera, un particular, otro funcionario público o un servidor público, contra quien vaya dirigida la orden y esté obligado a cumplirla, también un colegiado o colectivo de personas.

- El tipo penal contiene dos modalidades delictivas integradas en u solo tipo penal: a) la desobediencia a una orden impartida por funcionario público y b) la resistencia a una orden impartida por funcionario público. Para ambas modalidades, es requisito esencial la existencia de una orden dada en el ejercicio de las atribuciones propias del cargo de funcionario.

- La orden impartida es el requisito fundamental para que los actos del sujeto activo del delito sean reputados y subsumidos en la tipicidad del delito en modalidad desobediencia o resistencia; esta es una orden y no una simple citación, declaración, petición o notificación no conminatoria. Asimismo, es un mandato de carácter intimidatorio de cumplimiento obligatorio que debe ser acatado y observado. Tiene que ser legal, no importa que sea justa o injusta, según las interpretaciones del destinatario, pero debe ser impartida por el funcionario en virtud a las facultades o atribuciones de las que goza por su cargo o función. La orden debe ser expresa, concreta, sin ambigüedades; debe estar dirigida y puesta en conocimiento a un destinatario preciso individual o colectivo, al que se le conmina hacer o dejar de hacer algo, y poseer un contenido posible de realización, en el marco de las relaciones jurídicas. Puede ser verbal o escrita y su publicidad no es un requisito del tipo penal, pues basta que sea notificada y su contenido sea requerido legalmente.

[4] Rojas Vargas, F. *Delitos contra la Administración Pública*. (4.ª edición, pp. 1005-1010). Editorial Grijley.

Firma Digital
Firmado digitalmente por BARRIOS ALVARADO Elvia FAU 20159981216 soft
Motivo: Doy V° B°
Fecha: 14.10.2022 13:57:47 -05:00

- En cuanto a la primera modalidad, se tiene que desobedecer una orden impartida significa no aceptar, negarse a admitir, incumplir el mandato (de hacer o no hacer) dictado por la autoridad competente en ejercicio de sus funciones. Supone la voluntad de no cumplir por parte del destinatario la orden, lo cual afecta el bien jurídico protegido. El ámbito de aplicación de las órdenes de funcionarios abarca tanto el ámbito de la administración público como el civil común.

- Respecto de la desobediencia, se tiene que el sujeto, no solo se limita a no cumplir, sino que se resiste; es decir, trata de impedir el cumplimiento de la orden que está siendo aplicada o concretada; se opone a ella a través de actos de resistencia (hostilidad o fuerza) que no deben de llegar a la violencia o a la intimidación (resistencia activa).

g. Lo señalado precedentemente resultaría subsumible a las conductas de ciudadanos extranjeros que, tras recibir una orden de la autoridad de migraciones para salir del país (ser expulsados y/o prohibir su reingreso), decidan dolosamente incumplir con dicha decisión de autoridad competente, sin que, para ello, se haga necesario crear un tipo penal específico que cumpla con la misma finalidad o incluirlo como agravante del tipo base.

h. En ese sentido, de la lectura del proyecto de ley y de su exposición de motivos, no se aprecia alguna motivación por más mínima que justifique la necesidad de crear una agravante independiente para este tipo de hechos cuando estos tranquilamente se pueden subsumir a la normatividad que ya tenemos vigente.

i. Más aún, tampoco se explicaron las razones que acrediten la necesidad de que estos hechos tengan un marco punitivo mayor que el tipo penal base. Al respecto, y sobre las penas, debemos señalar lo siguiente:

- Una explicación crítica de la pena parte de considerar a esta como un mal, y plantea la negación de su fundamento y la utilidad de la pena. Otras explicaciones parten de la misma premisa, pero admiten la posibilidad de comprobar cierta eficacia de la pena. Ello, dependiendo de si, en la realidad, respecto del ejercicio del poder penal, es posible demostrar la eficacia de los fines preventivos de la pena (prevención general y especial); entonces, podrá ser posible aceptar o negar políticamente la legitimidad de la pena.[5]

- El Código Penal de 1991 introdujo a la legislación penal peruana normas sobre la finalidad de la pena y un nuevo sistema de penas. En este sentido,

[5] Óp. cit., p. 69.

Firma Digital
Firmado digitalmente por BARRIOS ALVARADO Elvia FAU 20159981216 soft
Motivo: Doy V° B°
Fecha: 14.10.2022 13:57:47 -05:00

el artículo I del título preliminar declara que "este código tiene por objeto la prevención de delitos y faltas como medio protector de la persona humana y de la sociedad", y el artículo IX del título preliminar expresa que "la pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora". Por ello, podemos considerar que el Código se inscribe en la línea de una teoría unitaria aditiva de la pena y como función de esta.[6]

- De modo tal que la pena tiene una mezcla de proporcionalidad (como respuesta inmediata frente al delito): prevención general (reinstaurando la norma vulnerada y demostrando su importancia frente a la sociedad) y de prevención especial; en tal sentido, se considera dar mayor énfasis en esta última variante por la necesidad de rehabilitación del penado, a fin de reincorporarlos a la sociedad.

- Ahora bien, se aprecia que los límites del poder penal actúan tanto en la creación de las normas penales (criminalización primaria) como en su aplicación (criminalización secundaria), pero se les suele clasificar en límites materiales o garantías penales y límites formales o garantías procesales, de persecución de ejecución. Así, dentro de los límites materiales o garantías penales, debemos destacar para el presente caso lo siguiente:

  - ✓ Principio de racionalidad y humanidad de las penas: en la actualidad, se ha considerado como el pensamiento central de la ejecución penal y uno de los límites primordiales en un Estado democrático. Asimismo, se rechazan aquellas sanciones penales que buscan mantenerse hasta la muerte de la persona. Toda consecuencia jurídica debe terminar en algún tiempo, pero nunca debe rebasar más allá de la vida del penado ni ser perpetua, ya que implicaría admitir la existencia de una persona innecesaria.[7]

  - ✓ Principio de respuesta no contingente: refiere a que la Ley Penal es una respuesta a conflictos sociales. El procedimiento para determinar los límites de la respuesta estatal debe exigir un cuidado debate parlamentario, análisis a través de instituciones representativas y una adecuada discusión pública, de forma tal que se ejercite una contención a la llamada administrativización del derecho penal, entendida como la proliferación incontrolada y no planificada de normas penales. La Ley Penal no puede ser una respuesta inmediata frente a todo tipo de conflicto

[6] Óp. cit., p. 72.
[7] Óp. cit., p. 107.

Firma Digital
Firmado digitalmente por BARRIOS ALVARADO Elvia FAU 20159981216 soft
Motivo: Doy V° B°
Fecha: 14.10.2022 13:57:47 -05:00

social; sin embargo, esta práctica es usual en la respuesta que el Estado peruano suele realizar ante el aumento de la criminalidad.[8]

- Por ello, resulta importante generar correctos ámbitos de discusión, para que, sobre las bases de la investigación obtenida a través del análisis desde la óptica de la política criminal, se pueda establecer la pertinencia o no de la medida propuesta por el proyecto de ley analizado.

- Igualmente, se debe tomar en cuenta lo señalado, a continuación, por los fundamentos jurídicos 15 y 16 de la Sentencia Plenaria Casatoria N.º 01-20018/CIJ-433, del 18 de diciembre de 2018:

> 15. ° [...] La pena, pues, debe responder conjuntamente a la gravedad del injusto cometido (responsabilidad por el propio hecho) y a las necesidades sociales de pena que pueda existir al momento de su imposición y durante su ejecución; y, al confirmar los valores de convivencia que dan lugar a la norma de conducta infringida, expresa un reproche de contenido ético-social [...].
>
> 16. ° Entonces, metodológicamente, como se precisó, por ejemplo, en la STCE 136/1999, de veinte de julio, cabría examinar la proporcionalidad de una reacción penal desde tres perspectivas: 1. Desde su idoneidad, el tipo penal ha de procurar la preservación de bienes o intereses que no estén constitucionalmente proscritos ni sean socialmente irrelevantes, y cuando la pena sea instrumentalmente apta para dicha persecución. 2. Desde su necesidad, la pena ha de permitir alcanzar fines de protección –una pena será innecesaria, entonces, cuando a la luz del razonamiento lógico, de datos empíricos no controvertidos y del conjunto de sanciones que el mismo legislador ha estimado necesarias para alcanzar fines de protección análogos, resulta evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo de derechos para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador. 3. Desde su estricta proporcionalidad, la norma debe guardar equilibrio entre la entidad del delito y la entidad de la pena; no lo será, desde luego, cuando concurra un desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma a partir de las pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles y de su concreción en la propia actividad legislativa.

j. Sin embargo, y como se indicó precedentemente, de la exposición de motivos, no se aprecia un análisis mínimo (o alguno siquiera) para justificar el incremento de pena en este extremo. Por lo tanto, al no coincidir con el análisis efectuado en el proyecto de ley analizado y al no verificar una correcta motivación suficiente, se deberá rechazar el mismo y devolver para su mejor análisis y planteamiento.

5. Conclusión

[8] Óp. cit., p. 121.

Firma Digital
Firmado digitalmente por BARRIOS ALVARADO Elvia FAU 20159981216 soft
Motivo: Doy V° B°
Fecha: 14.10.2022 13:57:47 -05:00

En mérito de las consideraciones y los argumentos precedentes, la propuesta legislativa contenida en el Proyecto de Ley N.° 2811/2022-PE **no resulta viable** y debe regresar al Poder Ejecutivo para su mejor análisis y propuesta, de ser el caso.

6. Recomendación

Se recomienda remitir el presente informe a la Secretaría General de la Corte Suprema, para que se brinde respuesta al Congreso de la República.

Es todo cuanto informo a usted para los fines pertinentes.

Atentamente,

Documento firmado digitalmente

SILVIA ROSARIO LOLI ESPINOZA
Jefa de Gabinete de Asesores
Presidencia del Poder Judicial

SLE/ran

Firma Digital
Firmado digitalmente por BARRIOS ALVARADO Elvia FAU 20159981216 soft
Motivo: Doy V° B°
Fecha: 14.10.2022 13:57:47 -05:00