

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



“DEROGACIÓN DEL DELITO DE MARCAJE O REGLAJE EN EL PERÚ”

TESIS

**PARA OBTENER EL TÍTULO PROFESIONAL
DE ABOGADO**

AUTOR:

Bachiller. Segundo Alvin Díaz Huarcaya

ASESOR:

Ms. Guillermo Alexander Cruz Vegas

Trujillo – Perú

2019

N° Reg.: _____

DEDICATORIA

A Dios por darme la sabiduría y entendimiento. A mis padres, Luis y Domitila. A mis hijos; Jared, Alvin y Braulio. Por ser el motor y motivo de seguir tan apasionante profesión.

AGRADECIMIENTO

A Eloya por su comprensión, paciencia y apoyo, a mis hermanos Luis, Iris, Henry y Fiorella por su apoyo incondicional y alentador en la culminación de la profesión.

Al Ms. Guillermo Alexander Cruz Vegas mi asesor temático, por ser paciente y ayudarme en el desarrollo del tema.

PRESENTACIÓN

Señores miembros del Jurado calificador:

De forma cordial y con mucho respeto me presento ante sus dignas personas con la finalidad de poner a su consideración mi investigación Trabajo de tesis: “**Derogación del delito de Marcaje o Reglaje en el Perú**”, realizado en esta prestigiosa universidad, con el fin de optar por **el título profesional de abogado**.

Por lo expuesto, espero con atención que luego de la sustentación de este trabajo de investigación, cumpla con los objetivos trazados y se pueda contribuir para el mejoramiento en la legislación penal sustantiva sobre todo en la parte especial del derecho penal.

Trujillo, mayo de 2019

Atte.

Segundo Alvin Díaz Huarcaya
Bachiller en Derecho

CONTENIDO

Dedicatoria.....	i
Agradecimiento.....	ii
Presentación.....	iii
Resumen.....	6
Abstract.....	7

CAPÍTULO I EL PROBLEMA

1. El Problema.....	9
1.1. Realidad Problemática	9
1.2. Enunciado del Problema	19
1.3. Hipótesis	19
1.4. Objetivos.....	19
1.4.1. Objetivo General.....	19
1.4.2. Objetivos Específicos	20
1.5. Variables.....	20

CAPÍTULO II MARCO TEORICO

Sub capítulo I El tipo penal de marcaje o reglaje

1. Conducta típica.....	22
2. Su relación con el incremento de la criminalidad	22
3. La sociedad de riesgo como presunta justificación	26
4. Marcaje o Reglaje y derecho penal de acto	30
5. El delito de marcaje o reglaje y sus presupuestos típicos.....	33
5.1. Definición de marcaje o reglaje.....	33
5.2. Los delitos fines del marcaje o reglaje.....	34
5.3. La penalización de los actos preparatorios	36
5.4. Actos de acopio de información.....	37
5.5. Posesión de armas, vehículos, teléfonos y otros instrumentos	38
5.6. Circunstancias agravantes.....	43
5.7. Análisis de las modificatorias- ley 30076.....	45
5.8. Tipo subjetivo del injusto.....	50

Sub capítulo II El principio de legalidad, conductas neutras y lesividad penal

1. Principio de legalidad y determinación de los tipos penales	51
1.1. Fundamento constitucional	51
1.2. Función.....	52
1.3. Manifestaciones	52

2. Conductas neutras	56
2.1. El riesgo penalmente relevante	56
2.2. Las conductas neutras	60
3. El principio de lesividad	62
3.1. Definición	62
3.2. La protección de bienes jurídicos como finalidad del derecho	63
3.3. Momentos de análisis del bien jurídico	73

Sub Capítulo III

Fundamentos jurídicos para derogar el marcaje o reglaje en el Perú

1. Adelantamiento de la barrera de punibilidad	76
2. Puede ser confundido con conductas neutras	78
3. En realidad no protege ningún bien jurídico	81

CAPÍTULO III MARCO METODOLÓGICO

1. Materiales	85
2. Métodos de investigación	85
3. Técnicas e Instrumentos	85
3.1. Técnicas	85
3.2. Instrumentos	86

CAPÍTULO IV CONCLUSIONES

CONCLUSIONES	88
BIBLIOGRAFÍA	90

RESUMEN

En el presente trabajo de investigación (tesis) se pone sobre el tapete un tipo penal de nuestra parte especial, que se encuentra ubicado en el artículo 317-A del Código penal; sometiéndolo a un test de constitucionalidad a partir de los principios de legalidad y de lesividad, para poder indicar que este tipo penal es contrario a estos postulados; en ese sentido, se formuló el siguiente enunciado del problema: ¿Cuál es el fundamento jurídico para que el delito de marcaje o reglaje regulado en el código penal peruano (artículo 317-A) sea derogado? ”, ante tal cuestión, se estableció como respuesta tentativa que “El fundamento para derogar el delito de marcaje o reglaje regulado el código penal peruano (artículo 317-A) está dado, porque este constituye un adelantamiento de la barrera de punibilidad que no permite diferenciar actos permitidos de los prohibidos; vulnera el principio de determinación de los tipos penales, al no delimitar de forma exhaustiva la conducta típica; y, no protege la tranquilidad pública, sino que genera inseguridad jurídica; en ese sentido, nos trazamos como objetivo general: “determinar cuál es el fundamento jurídico para que el delito de marcaje o reglaje regulado en el código penal peruano (artículo 317-A) sea derogado”. Luego de emplear el método exegético y análisis de los materiales llegamos a comprobar que nuestra hipótesis de esta investigación simple y dogmática se demostró.

ABSTRACT

In the present research work (tesis) a penalty type of our special part is placed on the table, which is located in article 317-A of the Penal Code; subjecting it to a test of constitutionality based on the principles of legality and of lesividad, to be able to indicate that this criminal type is contrary to these postulates; in that sense, the following statement of the problem was formulated: What is the legal basis for the crime of regulation and marking regulated by the Peruvian penal code (article 317-A) to be repealed? ", In response to this question, it was established as a tentative response that "The basis for repealing the offense of regulated regulation and marking of the Peruvian criminal code (article 317-A) is given, because this constitutes an advancement of the punitive barrier that does not allow differentiate allowed acts from those that are prohibited; it violates the principle of determination of the criminal types, by not exhaustively defining the typical conduct; and, it does not protect public tranquility, but it generates legal uncertainty; in that sense, we set ourselves as a general objective: "to determine what the legal basis is for the crime of regulation and marking regulated by the Peruvian penal code (article 317-A) to be repealed". After using the exegetical method and analysis of the materials we come to verify that our hypothesis of this is simple and dogmatic research was demonstrated.

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA

1. EL PROBLEMA:

1.1. Realidad Problemática:

El delito de marcaje o reglaje se encuentra regulado en el artículo 317-A y aunque ha sufrido algunas modificaciones, es importante realizar una breve cronología de los proyectos de ley que se dieron para la tipificación de esta figura penal. Este delito entró en vigencia pero con una redacción distinta a la propuesta por el congreso de la república en el **proyecto de ley N° 103-2011- CR**, este señalaba lo siguiente:

“ el que para cometer los delitos de homicidio, robo, extorsión o secuestro, realiza actos de acopio de información y obtiene nombres de personas, lista de directorios, direcciones domiciliarias, números telefónicos; o realiza actos de vigilancia y seguimiento de personas; o tiene en su poder armas, vehículos teléfonos u otros instrumentos para facilitar la comisión de los delitos de homicidio, robo, extorsión o secuestro, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de diez años”.

Este proyecto de ley es importante tenerlo en consideración para efectos de la presente investigación, debido a que en el encontramos el fundamento que según el legislador legitima la incorporación de tal figura delictiva en nuestro Código Penal. Así pues, si se lee detenidamente su exposición de motivos- que a la postre después de las modificaciones que hiciera la comisión de Justicia y Derechos Humanos vio la luz a partir de la ley 29859 que incorpora el delito de marcaje o reglaje en el Perú- sostenía que era necesario sancionar el acto preparatorio de marcaje o reglaje que tengan como delito fin el delito de robo y extorsión debido a que la gravedad de estos delitos causan grave temor a la sociedad; se señalaba también

en esta exposición de motivos, que el mismo fundamento que se usó en su momento para la sanción como delito de terrorismo a los actos de tenencia de planos de distribución e información al detalle del Congreso de la República, así como para penar como tráfico de drogas tóxicas a la posesión de insumos para elaboración de drogas; se usaba esta vez para justificar la sanción del marcaje o reglaje.

Posteriormente, Peligroso, en su momento, fue la intención de los legisladores de ampliar la aplicación del marcaje o reglaje a cualquier delito de la parte especial, con lo cual este delito se extendía como sanción de un acto preparatorio de todos los delitos que existen en nuestro catálogo penal y leyes especiales¹; por suerte, esta no fue la versión que se publicó como tipo penal, lo cual hubiera sido nefasto para los derechos de los ciudadanos y una extralimitación del Estado de su poder de *ius puniendi*; así mismo, con el **proyecto de ley 2100-2012-PE**, se pretendió sancionar a los trabajadores de las empresas financieras que puedan brindar información sobre los ingresos y operaciones financieras de la víctima²; esto último, en la actualidad se encuentra recogido en nuestro código penal como una agravante donde la pena va desde los seis hasta los diez años de pena privativa de libertad; pero la cual también trae consigo el problema, y aún en mayor medida, de muchas veces estar ante la imposibilidad de diferenciar actos legítimos o permitidos de actos prohibidos, lo cual puede originar la injerencia abusiva del Estado en las libertades y garantías fundamentales de la personas.

¹ Véase exposición de motivos del proyecto de ley N° 2056-2012-CR.

² Véase exposición de motivos del proyecto de ley N° 2100-2012-PE.

Finalmente con fecha 03 de mayo del año 2012 se incorpora en el código penal peruano el delito de marcaje o reglaje³; el mismo que actualmente señala que:

*“Artículo 317°-A.- **Marcaje o reglaje:** Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años el que para cometer o facilitar la comisión de cualquiera de los delitos previstos en los artículos 106°, 107°, 108°, 108°-A, 121°, 152°, 153°, 170°, 171°, 172°, 173°, 173°- A, 175°, 176°, 176°-A, 177°, 185°, 186°, 188°, 189° o 200° del Código Penal, acopia o entrega información, realiza vigilancia o seguimiento, o colabora en la ejecución de tales conductas mediante el uso de armas, vehículos, teléfonos u otros instrumentos idóneos (...).”*

Con respecto al análisis de la redacción del tipo penal vigente en nuestro país (luego de las modificaciones) debemos describir el delito de marcaje o reglaje como aquellos actos o conductas que consisten en vigilancia, seguimiento, acopio de información tendiente a la realización de un posterior delito de los tipificados como delitos contra la vida, el patrimonio, delitos contra la libertad personal, delitos contra la libertad sexual entre otros; siendo por tanto, en esencia un acto preparatorio sancionado, o en general un adelanto de la barrera de punibilidad. En suma, **lo que se sanciona con este delito es un acto preparatorio, un verdadero adelantamiento de las barreras de punibilidad.** Decimos que es un adelantamiento de las barreras de punibilidad, debido a que el camino para la comisión de un delito, según la dogmática penal, contiene una fase interna y una etapa externa; dentro de la primera fase, se encuentra la ideación, la deliberación y la resolución o decisión

³ Este fue introducido por la ley N° 29859, y que posteriormente fue modificado por la ley 30076, del 19 de agosto de 2013.

de la comisión del hecho delictivo; en esa fase del delito aún no hay responsabilidad penal debido a que el pensamiento no delinque. La fase externa, está dada por los actos preparatorios y los actos de ejecución, donde la conducta puede llegar consumarse o puede ejecutarse solo hasta el grado de tentativa. Como es sabido, los actos preparatorios- siempre dentro de la fase externa del “*iter criminis*”- por regla no son punibles, salvo que la ley lo establezca; así pues, de forma gradual en el tiempo, el legislador ha ido incorporando en el catálogo penal peruano algunos delitos en donde se ha adelantado las barreras de punibilidad y se han sancionado actos preparatorio como delitos y dentro de ellos al marcaje o reglaje⁴.

Tal y como está configurado este tipo penal en el país, cabe mencionar que en el ámbito del derecho comparado el delito de “marcaje o reglaje”, no ha sido considerado un hecho típico por otras legislaciones, salvo el caso de Cuba, en la que se refiere, en su artículo 214, a la sanción de actos preparatorios de tenencia de arma blanca, cuando de las circunstancias se infiera que tales armas se usaran en la comisión de delitos; regulación que es aún más extensa y peligrosa que la nuestra. Otras legislaciones, han preferido, adelantar la barrera de la punibilidad a partir de la creación de la figura de la “conspiración”, ya sea utilizándola en la parte general, como cláusula aplicable a los delitos de la parte especial, ello sucede por ejemplo en España; o, en la parte especial para algunos

⁴ También son actos preparatorios punibles, la tenencia ilegal de arma de fuego, la conspiración al sicariato, la conspiración para el tráfico ilícito de drogas, fabricación o importación de instrumentos o insumos con fines de falsificación de monedas y billetes, tráfico de insumos para la elaboración de drogas, conspiración para la rebelión o sedición.

delitos específicamente, tal es el caso de Chile⁵ y el caso Peruano⁶.

Ahora bien, una vez entendido los antecedentes (proyecto de ley original), su tratamiento en el ámbito del derecho comparado, y algunos alcances básicos de este delito; es necesario destacar que, en definitiva, no está exento de algunos cuestionamientos⁷:

Primero, si bien es cierto, el marcaje o reglaje necesita para su configuración de un elemento de tendencia interna, de finalidad o de proyección delictiva⁸, es decir, no basta que se esté acopiando información o que se esté efectuando un seguimiento, pues hasta ese momento no se afectará la tranquilidad pública, ni mucho menos algún bien jurídico del delito fin, pues los actos de marcaje o reglaje deben estar destinados a la comisión de los delitos específicamente señalados en el artículo 317-A del Código Penal, caso contrario serán atípicos; surge el gran problema de que la redacción del tipo penal **no permite hacer diferencia entre los actos neutros o conductas estereotipadas, (conductas permitidas) con las conductas dañinas o socialmente desaprobadas**; así por ejemplo, podría procesarse y sancionarse el seguimiento de un periodista a un funcionario público con la finalidad de investigar ciertos actos de corrupción o el desarrollo de una actividad de acopio de

⁵ Cfr. Prado Saldarriaga, Víctor. "Nuevo proceso penal, reforma y política criminal", Idemsa, Lima, 2009, p. 507 y ss.

⁶ Así tenemos la conspiración al Tráfico ilícito de drogas, la conspiración al sicariato y la conspiración a la sedición.

⁷ Como la crítica que se establece al tener menor sanción penal que el que tiene el delito fin en el caso del delito de hurto simple. O la determinación de un concurso real de delitos o de un concurso aparente de leyes penales en el caso de la utilización de un arma de fuego para ayudar al reglaje y marcaje.

⁸ Núñez Pérez, Fernando. El acto preparatorio de marcaje o reglaje elevado a la categoría de delito consumado mediante ley N° 29859, en Gaceta Penal & Procesal Penal N° 35 mayo 2012, Gaceta Jurídica, Lima, p. 151 y ss.

información por parte de un detective privado⁹. Esto puede llevar a que en el ámbito procesal, dada la deficiente configuración del tipo penal objetivo de este delito que, “el solo acopio de información por parte de un sujeto, o la posesión de vehículos o teléfonos, podría servir de argumento para afirmar la configuración de un supuesto de flagrancia del delito materia de comentario (marcaje o reglaje)”¹⁰, en estos caso, no sería posible desde la tipicidad objetiva, dada la deficiente redacción del tipo penal poder saber si estamos frente a un acto permitido o uno prohibido, debiendo acudir al plano subjetivo con la finalidad de averiguar la especial intensión del sujeto activo, ocasionándose una difícil distinción entre comportamientos que en el plano objetivo son muy similares y que podrían encontrarse insertos dentro del marco general de actuación”¹¹; además de ello rompería la metodología de abordaje de los tipos penales, ya que primero se tendría que analizar el ámbito subjetivo y posteriormente lo objetivo, cuando la imputación objetiva, es decir, la creación de un riesgo penalmente relevante y la realización del riesgo en el resultado son aspectos que deben analizarse en primer orden, a ello hay que sumarle que si objetivamente la conducta no entraña un comportamiento peligroso a un bien jurídico, y se analiza lo subjetivo, entonces se rompe el principio que establece que “nadie debe ser castigado por sus pensamientos” (fase interna del *iter criminis*), es decir, se estaría simplemente sancionado el pensamiento, sin la existencia de actos objetivamente peligrosos¹².

⁹ Palomino Ramírez, Walter. El delito de marcaje o reglaje como expresión de un “sistema de exclusión” comentarios a propósito de los proyectos de ley N° 2056-2012 CR. y 2100-2012 PE, Lima, Perú, p. 5. Disponible en <http://www.oreguardia.com.pe/media/uploads/opinionjuridica/EL-DELITO-DE-MARCAJE-COMO-EXPRESION-DE-UN-SISTEMA-PENAL-DE-LA-EXCLUSION.pdf> (consultado 26 enero 2019)

¹⁰ *Ibíd*em, p. 5.

¹¹ *Ibíd*em, p. 7

¹² Como sostiene Robles Planas “lo que el sujeto conozca, piense o desee queda en su ámbito privado siempre que no exista una manifestación externa que además sea objetivamente

Segundo, la redacción actual del tipo penal lesiona el principio de legalidad, en su manifestación de prohibición de indeterminación de los tipos penales, ya que el legislador no ha sido exhaustivo para redactar el tipo penal, siendo contrario a lo mandado por la constitución que en su artículo 2 inciso 24 literal d) de nuestra carta fundamental, que indica que la tipificación previa de la ilicitud penal sea expresa e **inequívoca** (*lex certa*)¹³; “este principio exige al legislador dictar leyes penales exhaustivas, esto es, que los tipos legales sean descritos taxativamente y que las sanciones se encuentren claramente caracterizadas”¹⁴, o, como lo ha dicho nuestro Tribunal Constitucional, las conductas prohibidas deben estar claramente delimitadas en la ley, esto es, lo que se conoce como el mandato de determinación de las leyes penales¹⁵, que prohíbe la promulgación de leyes penales indeterminadas, imponiendo al legislador la obligación de dotar de una significación precisa e inequívoca en la formulación de tipos penales (delitos y faltas) para que ello posibilite un juicio de tipicidad o juicio de subsunción de la conducta en el tipo de forma sencilla alejándola de algún atisbo de duda, sino más bien de forma certera; ello porque, el principio de determinación de la leyes penales tiene como fundamento el principio de seguridad jurídica, es decir, en palabras del profesor Olaechea “la codificación penal cubre las ansias de seguridad jurídica, en la medida que, una vez formulada la norma penal el ciudadano sabe que conducta no debe realizar

peligrosa” Robles Planas, Ricardo. La participación en el delito: fundamentos y límites, Marcial Pons, Madrid, 2003. p.67.

¹³ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expedientes N° 010-2002-AI/TC

¹⁴ Urquiza Olaechea, José. Principio de determinación de la ley penal. En “Homenaje al Dr. Merino Barbero santos, ediciones Universidad Salamanca, Cuenca, 2001, p. 1341. Disponible en <http://www.cienciaspenales.net/files/2016/07/3principio-de-determinacion-de-la-ley-penal.pdf> [revisado 12 noviembre de 2018]

¹⁵ “el principio de determinación es el último y más refinado fruto de la evolución del principio de legalidad” Romano, Mario; Comentario Sistemático del código pénale, milano, Giufre editore 1995 2° TI; p, 4.

al encontrarse amenazadas con una pena estatal”¹⁶. En el caso del delito de marcaje o reglaje se observa que no se atiende tal exigencia, pues resulta sumamente complejo poder diferenciar cuáles son los comportamientos realmente considerados como penalmente relevantes en atención a su especial lesividad, en comparación a otros, que no serían otra cosa que la expresión de la libertad jurídicamente reconocida¹⁷. La redacción actual es aún mucho más peligrosa de cara a las garantías del derecho penal (principio de *lex certa*) que el proyecto de ley inicialmente presentado (proyecto de ley N° 103-2011- CR), el cual, por lo menos, era más estricto en su descripción legal: se aplicaba a cuatro delitos y era específico en señalar los actos de información.

Tercera, es la determinación de si este delito armoniza con la protección del bien jurídico tranquilidad pública; entendida como un estado en la que se encuentra una persona a consecuencia de la existencia o no de paz, es decir, la sensación de sosiego de las personas integrantes de la sociedad, nacida de la confianza de que pueden vivir en una atmosfera de paz social¹⁸, o definida también como estado de calma, quietud o reposo, que se pueden encontrar en un ambiente de paz interna o externa¹⁹. Para saber si el delito de marcaje o reglaje es idóneo para el fin que quiere perseguir, se debe realizar el test de proporcionalidad; esto es, aquella técnica de ponderación que nuestro Tribunal Constitucional ha desarrollado y donde para que se satisfaga la proporcionalidad se debe realizar tres sub-test: el de idoneidad, el de necesidad

¹⁶ Urquiza Olaechea, José. Principio de determinación de la ley penal. En “Homenaje al Dr. Merino Barbero santos, ediciones Universidad Salamanca, Cuenca, 2001, p. 1335. Disponible en <http://www.cienciaspenales.net/files/2016/07/3principio-de-determinacion-de-la-ley-penal.pdf> [revisado 12 noviembre de 2018]

¹⁷ Palomino Ramírez, Walter. OB. Cit., p. 9.

¹⁸ Creus, Carlos. Derecho penal parte especial, tomo II, Buenos Aires, Astrea, 1996, p. 101.

¹⁹ Morales Saravia, Francisco. Derecho a la paz y tranquilidad. Constitución comentada, Gaceta Jurídica, Lima, 2005, p. 234.

y el de proporcionalidad en sentido estricto²⁰, este test debe ser seguido en el ámbito de creación y de aplicación de los tipos penales, es decir, como señala Cesar San Martin Castro, la plena vigencia y aplicación del principio de proporcionalidad opera tanto para el legislador como para el juez al momento de enjuiciar²¹; en ese orden de ideas, el test de proporcionalidad, en el juicio de idoneidad, lo que busca es saber si la medida es adecuada al fin que constitucionalmente persigue proteger; trasladando ello al delito de marcaje o reglaje, tendríamos que analizar si la medida (el delito de marcaje o reglaje 317- A del Código penal) es adecuada para lograr su finalidad (proteger el bien jurídico tranquilidad y paz pública); de lo dicho podemos advertir que este tipo penal no protege la tranquilidad pública, sino que por el contrario, crea inseguridad jurídica ya que el ciudadano, no sabe con certeza y exactitud cuál es la conducta que se prohíbe no pudiendo saber de forma fehaciente que conductas están prohibidas y cuales permitidas. Deslegitimando la vigencia del fin motivador y garantizador de los tipos penales.

Por último, desde el enfoque político criminal, es necesario indicar que el marcaje o reglaje al ser un adelanto de las barreras de punibilidad constituye una expresión más del derecho penal del enemigo, “denominación con la que se hace referencia al trato de los infractores como un enemigo, esto es, como meras fuentes de peligro que deben ser neutralizadas del modo que sea”²² y que lo que pretende es flexibilizar los principios rectores del derecho penal y las reglas de imputación²³, obviándose con ello que el Estado tiene la

²⁰ Por todas léase STC recaída en el expediente N° 597- 2008- AA/TC

²¹ San Martin Castro, César. “Proceso penal, Constitución y principios procesales; en libro Homenaje a Hurtado Pozo, Idemsa, Lima, 2013, p. 849.

²² García Caveró, Percy. ¿existe y debe existir un derecho penal del enemigo?, Derecho Penal y Sociedad. Estudios sobre las obras de Gunther Jakobs y Claus Roxin, y sobre estructuras modernas de la imputación; Bogotá, 2007, p. 179.

²³ Villavicencio Terreros, Felipe. Derecho Penal Parte General, Grijley, 2006, p. 35.

facultad de establecer delitos y sanciones, pero siempre bajo el límite del respeto a los principios que legitiman el derecho penal, pues el Estado no puede pretender sostener el principio de autoridad soslayando el respeto de las garantías penales materiales²⁴. El marcaje o reglaje, no hace más que poner en evidencia la corriente sobre-criminalizadora de política criminal que sigue el Estado, para mediante un derecho penal populista y simbólico sancionar actos previos al inicio de la ejecución del delito e intentar dar la apariencia de que se está enfrentando eficazmente el fenómeno delictivo en el Perú²⁵.

Si bien es cierto, lo que se busca es reforzar la seguridad ciudadana, combatiendo de manera adelantada los homicidios, lesiones, secuestros, extorsiones, violaciones, hurtos o robos; o dicho en otros términos, lo que se pretende, con este delito, es combatir aquella sensación de miedo y temor que aqueja a la población fortaleciendo la seguridad ciudadana, sancionando de forma anticipada delitos como lesiones, homicidios, extorsiones, violaciones sexuales, robos o hurtos; sostenemos que es equivocada la concepción político criminal que se sigue para la solución a estos problemas, ya que no se puede so pretexto de la búsqueda de la seguridad ciudadana, soslayar los principios rectores del derecho penal, pues no olvidemos que, el *ius puniendi* estatal tiene un límite, los principios del derecho penal, que se encuentran en el título preliminar y en nuestra propia Constitución Política.

En suma, no nos parece correcto, aquella opción de política criminal de adelantar la barrera de punibilidad, ya que

²⁴ En ese sentido Alberto Binder, sostiene que “para evitar esta distorsión del uso de poder punitivo existe el principio de lesividad, que orienta el uso de ese poder hacia finalidades exclusivamente sociales y evita el uso de instrumentos violentos para mantener la pura autoridad del Estado”. Binder, Alberto. Introducción al derecho penal, Ad-hoc, Buenos Aires, 2004, p. 157.

²⁵ Cabe indicar que este delito fue modificado mediante ley 30076 el 20 de agosto de 2013 en el marco de la lucha contra la criminalidad en el país.

técnicamente lo que se está haciendo es reprimir actos preparatorios que son equívocos, y donde aún no hay certeza si estamos frente a la creación de riesgo relevante; no existe aún ni lesión ni puesta en peligro de los bienes jurídicos; además que, lejos de proteger el bien jurídico tranquilidad pública, lo que hace es generar inseguridad, ya que según la deficiente redacción del tipo (principio de determinación de los tipos penales) el ciudadano no sabe cuándo está realizando una conducta prohibida o permitida; en ese sentido este delito debe derogarse.

1.2. Enunciado del problema:

¿Cuál es el fundamento jurídico para que el delito de marcaje o reglaje regulado el código penal peruano (artículo 317-A) sea derogado?

1.3. Hipótesis

El fundamento para derogar el delito de marcaje o reglaje regulado el código penal peruano (artículo 317-A) está dado, porque este constituye un adelantamiento de la barrera de punibilidad que no permite diferenciar actos permitidos de los prohibidos; vulnera el principio de determinación de los tipos penales, al no delimitar de forma exhaustiva la conducta típica; y, no protege la tranquilidad pública, sino que genera inseguridad jurídica.

1.4. Objetivos:

1.4.1. Objetivo General:

- Determinar cuál es el fundamento jurídico para que el delito de marcaje o reglaje regulado el código penal peruano (artículo 317-A) sea derogado.

1.4.2. Objetivos específicos:

- Analizar los alcances del delito de marcaje o reglaje.
- Explicar los alcances de los principios de lesividad y legalidad.
- Explicar el fundamento para la derogación del delito de marcaje o reglaje.

1.5. Variable:

- Fundamentos para la derogación del delito de marcaje o reglaje.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

Sub capítulo I

El tipo penal de marcaje o reglaje

1. Configuración típica:

Art. 317-A.- será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis el que para cometer o facilitar la comisión de los delitos previstos en los artículos 106, 107, 108, 108-A, 121, 152, 153, 170, 171, 172, 173, 173-A, 175, 176, 176-A, 177, 185, 186, 188, 189 o 200 del Código Penal, acopia o entrega información, realiza vigilancia o seguimiento, o colabora en la ejecución de tales conductas mediante el uso de armas, vehículos, teléfonos u otros instrumentos idóneos.

La pena restrictiva de libertad será no menor de seis ni mayor de diez años cuando el agente:

- 1. Es funcionario o servidor público y aprovecha su cargo para la comisión del delito.*
- 2. Mantiene o mantuvo vínculo laboral con la víctima u otro vínculo que la impulse a ésta última a depositar su confianza en el agente.*
- 3. Utilice a un menor de edad.*
- 4. Labora, pertenece o está vinculado a una empresa del sistema financiero y, por razón de su cargo y oficio, tiene conocimiento de los ingresos económicos, operaciones bancarias u otros datos sobre el patrimonio de la víctima.*
- 5. Actúen en condición de integrante de una organización criminal*

2. El marcaje o reglaje y su relación con el incremento de la criminalidad

Nuestro país padece en la actualidad de una creciente e irrefrenable criminalidad, que se manifiesta día a día en nuestras urbes y zonas rurales, tomando lugar acciones delictivas que manifiestan una fuerte dosis de violencia: -Robos, secuestros, extorsiones, violaciones y otras manifestaciones delictuales emparentadas. Todo ello genera un clima de

inseguridad ciudadana, al caer en la fatalidad en constituirnos en víctimas potenciales de esta demencial criminalidad, que pone en riesgo los bienes jurídicos fundamentales de la persona humana; las estadísticas muestran un notable ascenso en la comisión de los delitos convencionales, aquellos que atacan las bases existenciales de todo individuo, v. gr., la vida, el cuerpo, la salud y la libertad personal, etc.

Por otro lado, aparecen datos criminológicos, que se proyectan por los medios de comunicación social y los órganos de persecución penal, indicándose la imposibilidad de detener a estos malhechores al no encontrárseles evidencias objetivas de la comisión de un hecho punible, lo que propicia un ambiente de impunidad. Es sabido, que el hampa se caracteriza hoy en día por marcar a sus “víctimas”, de hacer todo un seguimiento (reglaje), en cuanto a lugares de desplazamiento del sujeto pasivo, como bancos, centros comerciales, financieros y otros, con el evidente afán de perpetrar un robo, un secuestro hasta un delito contra la Libertad sexual. Es decir, como todo plan criminal subyace todo un proceso, nos referimos al <<iter críminis>>, que trasunta desde el plano estrictamente ideológico hasta el fenoménico (fáctico), esto quiere decir, desde que el ser delincuente idea el programa criminal hasta su exteriorización en el mundo exterior, plasmado en una concreta lesión y/o puesta en peligro de un bien jurídico -penalmente tutelado-. Por otro lado, se tiene que el concepto de <<seguridad ciudadana>>, trasvasa un contenido meramente ideológico y/o doctrinario, para penetrar en políticas de gestión sectoriales, esto quiere decir, que la sensación de miedo e inseguridad en la población, genera actuaciones pro-activas, de quienes ostentan el poder penalizador, quienes definen las conductas como “delictivas”.

Al respecto, **(BRANDARIZ, 2013)**, escribe que el relanzamiento de una línea dura (de mayor punitividad objetiva) en materia de control social formal constituye un mecanismo de gestión ciudadana e institucional de la emergencia de la sensación social de inseguridad; es así, que el Derecho Penal se convierte en la panacea del legislador, como

instrumento que despliega efectos psico-cognitivos en la mente del ciudadano, visto como la herramienta predilecta para la solución de toda conflictividad social; de manera, que el poder represivo se constituye en un arma potente de réditos **(BRANDARIZ, 2013)**, y a su vez, en fuente fecunda de ingresos dinerarios, para los privados, al aprovecharse de una situación marcada por la necesidad de seguridad.

Así, asistimos a un discurso de solventación del cada vez más acentuado ejercicio del <<ius puniendi>>. En efecto, la realidad nos enrostra, día a día, que el poder punitivo no resuelve sino que agudiza los conflictos. Algo más, los incrementa **(PEÑA CABRERA, R, 1998)**

Por consiguiente, la descripción de la <<sociedad del riesgo>>, como apunta RAMOS VÁZQUEZ **(RAMOS, 2010)**, la cuestión del “Derecho penal del riesgo” es, (...), una de las que más ocupan a la doctrina actual, dentro de una más compleja “lucha teórica” (...); *Del otro lado del espejo: Reflexiones desordenadas acerca del Derecho Penal en la sociedad actual*, cit., p.], proyecta una directriz de política criminal, que aleja a la normativa penal de sus principios legitimadores -según el ideal democrático-, para imbricarse en variables perceptivos, simbólicos y comunicativos, en tanto la norma *jurídico-penal*, se estanca en un nivel socio-cognitivo; En ese sentido, MIRANDA ESTRAMPES al sostener que nuestras sociedades postindustriales se caracterizan por una mayor demanda de seguridad por parte de los ciudadanos para conjurar o minimizar tales riesgos **(PEÑA CABRERA, 2008)**.

Es tal el efecto, que juristas como Zaffaroni, postulan la importancia actual de la contención jurídica, tarea que cobra especial importancia, pues en las últimas décadas del siglo pasado han debilitado a los estados de bienestar y polarizado la riqueza en países desarrollados (y detenido el desarrollo de los subdesarrollados), potenciando la conflictividad violenta y creando una sensación que genera de seguridad existencial, que se pretende compensar con una falta sensación de seguridad mediante una mayor represión punitiva que no conoce obstáculos a su irracionalidad,

manipulando a la opinión pública a través de un discurso único de medios de carácter mundial **(ZAFFARONI, 1998)**.

El objetivo político ha sufrido una mutación sustancial, pues las estrategias públicas ya no se encaminan a reducir tasas de delitos en una sociedad, sino a reducir los niveles de miedo o ansiedad que experimenta la ciudadanía. De esta forma la inseguridad y el miedo se convierten en promotores de cambios en la legislación penal y procesal penal **(MIRANDA, 2016)**

En otras palabras, dicho: no interesa el real rendimiento de la norma jurídico-penal en la realidad social, en cuanto a una verdadera contención y prevención de la criminalidad, sino únicamente sus efectos inmediatos hacia los comunitarios, sobre todo en coyunturas de alta conmoción pública. A tal efecto, los medios de comunicación social se constituyen en la plataforma ideal de esta irracional legislación penal, al magnificar y sobredimensionar la noticia criminal. Como expresa SILVA-SÁNCHEZ, (...) la reiteración y la propia actitud (dramatización, morbo) con la que se examinan determinadas noticias actúa a modo de multiplicador de los ilícitos y las catástrofes, generando una inseguridad subjetiva que no se corresponde con el nivel de riesgo objetivo, provocando el miedo, temor, la angustia en todos los miembros del colectivo social **(SILVA-SÁNCHEZ, 2012)** al escribir que nuestra sociedad puede definirse todavía mejor como la sociedad de la <<inseguridad sentida>> (o como la sociedad del miedo). En efecto, uno de los rasgos más significativos de las sociedades de la era postindustrial es la sensación general de la inseguridad, esto es, la aparición de una forma especialmente aguda de vivir el riesgo, quienes demandarán una enérgica respuesta punitiva, encontrando en el legislador proclive y dispuesto a temperar dichas exigencias, incidiendo en una expansión desmedida del Derecho Penal. Así, **(BRANDARIZ 2009)**, al apuntar que (...) la creciente sensación social de inseguridad genera demandas de seguridad que, debido a la centralidad del sistema penal en esta interacción social, se convierten en incrementos del poder

punitivo que, al no responder las expectativas, redoblan la sensación de inseguridad y las demandas sociales.

3. Las sociedades de riesgo como presunta justificación del tipo de marcaje o reglaje.

Siguiendo a SILVA-SÁNCHEZ, diremos que la sociedad postindustrial, es (...) además de la <<sociedad del riesgo>> tecnológico, una sociedad con otros caracteres individualizadores, que convergen en su caracterización como una sociedad de <<objetiva inseguridad>> (**SILVA-SANCHEZ, 2012**)

El estado apocalíptico de la cuestión criminal, reclama mayores cuotas de intervención del Derecho Penal , lo cual ha de ser explicado desde un plano sociológico (criminológico), político y cognitivo, identificando por una descripción referencial, donde aparecen en el escenario nuevas interacciones de los individuos (incesante cambio de bienes y servicios), generadores de nuevos riesgos e intensificación de los riesgos ya conocidos; como bien se señala en la doctrina española, la profunda interrelación de la esfera de organización individual incrementa la posibilidad de que alguno de esos contactos sociales redunden en la producción de consecuencias lesivas (**SILVA-SANCHEZ, 2012**). Ello conlleva a reconocer un decaimiento significativo de los mecanismos de solidaridad social, pues los individuos están cada vez menos dispuestos a sacrificar espacios de seguridad personal, afectando la corresponsabilidad de la sociedad en el delito y por otro lado, una mayor amenaza a los bienes jurídicos fundamentales, surge como consecuencia de la adscripción del crimen organizado, que adquiere ribetes de mayor lesividad para la co-existencia pacífica de toda sociedad. Se incide, por tanto, en los factores preventivos del derecho punitivo, en el sentido de no esperar que se produzcan concretos estados de lesión, sino que la función ahora del sistema punitivo, ha de tener por función la contención de los riesgos jurídicamente-penalmente desaprobados. [Un Derecho penal orientado a la realización de los fines sociales y aun máximo de racionalidad, importa asumir nuevos ámbitos de intervención, que se

construyen a partir de las nuevas descripciones conductivas del hombre en una sociedad caracterizada por una multiplicidad de interrelaciones sociales, cuya realización puede propiciar riesgos no permitidos para la integridad de los bienes jurídicos individuales y para la vitalidad de los bienes jurídicos supraindividuales]. Dicha situación debe ser entendida desde un doble plano a saber: -primero, con la modernización del Derecho penal según la imagen socio-referencial de la sociedad del tercer milenio, mediando la construcción normativa de nuevos bienes jurídicos, de naturaleza *supraindividual*, de substrato espiritual, como el medio ambiente, el orden económico y financiero, etc., lo cual ha supuesto el empleo de categorías dogmáticas como el delito de peligro abstracto, aparejado a los delitos de comisión por omisión y a las modalidades delictivas imprudentes, lo cual avizora un cierto relajamiento de los criterios de imputación jurídico-penal, indispensable para hacer frente a estas nuevas manifestaciones de criminalidad empresarial y económica y, segundo, una evidente degradación de las garantías materiales y procesales, ante la inclusión de categorías conceptuales con los criterios legitimantes del *ius puniendi* estatal, que desbordan todo umbral de legitimidad, al hacer uso de convenciones penales vagas, difusas y ambiguas, que ponen el acento en el perfil personal del autor, en su forma de vida, en su enemistad hacia el Derecho, decidiendo por estados de sospecha, bajo el rótulo del <<enemigo>>, entonces sobre ellos puede recaer la violencia penal institucionalizada, desprovista de todo margen de racionalidad y ponderación.

Una cosa es la flexibilización de los criterios de imputación jurídico-penal y, otra muy distinta es el desmantelamiento de sus garantías fundamentales, propias del Estado Constitucional de Derecho.

Así, en la doctrina española, cuando se señala que la disminución de las garantías del acusado en el proceso penal, la creación de nuevas figuras delictivas de márgenes pocos precisos y la exasperación de los marcos punitivos de las infracciones ya presentes en Código Penal parecen ser la nota más distintiva del moderno Derecho Penal y procesal penal en la

lucha emprendida contra la delincuencia organizada en general, y contra el terrorismo como forma particularmente grave de actividad criminal organizada (**SILVA-SANCHEZ, 2012**)

Un sector de la doctrina especializada, señala con razón, de que paradójicamente el discurso de la modernización o expansión del Derecho Penal, (...), ha sido utilizado por los partidarios del modelo de seguridad ciudadana para intensificar la intervención penal en el núcleo de la delincuencia clásica, especialmente patrimonial, alejada de aquellos ámbitos en donde se producen nuevos riesgos que caracterizan a nuestras sociedades postindustrializadas (**MIRANDA, 2016**)

Se maneja entonces, un doble discurso político criminal, en la medida que el crimen corporativo y empresarial, que perpetra una cantidad grande de perjuicios a los consumidores y a los principios de la libre competencia. Es enfrentada con mecanismos de control social, carentes de toda eficacia disuasiva (Derecho administrativo sancionador), mientras que el núcleo duro del Derecho Penal es objeto de una intensa dureza punitiva. No existe en realidad una política penal encaminada a combatir los nuevos riesgos, que genera fenómeno de la criminalidad organizada, pues se sigue perfilando la respuesta punitiva en los delitos convencionales; ello comporta la carencia de una estrategia en pureza preventiva e integral, capaz de propiciar verdaderos estados de contención. Así, DIEZ RIPÓLLES, al indicar que el concepto de <<expansión>> ha dejado ya de referirse primordialmente a las nuevas formas de criminalidad propias de la sociedad de riesgo, las cuales pasan a ocupar, dentro del nuevo concepto de expansión, un lugar marginal, tanto cuantitativa como cualitativamente. La expansión ha dejado de ser extensiva para pasar a ser intensiva, concentrando sus esfuerzos en el incremento de punición de ciertos tipos de delincuencia clásica (**DIEZ RIPÓLLES, 2014**)

A partir del ataque terrorista a las torres gemelas, en el 2001 en New York, se ha introducido en el lenguaje jurídico-Tecnocrático (política criminal),

la idea del <<control criminal>>, es decir lo que más interesa ahora es el orden, por ende, ante las manifestaciones del control tradicional y convencional, se aplica la regla de <<tolerancia cero>>, lo cual significa una máximo de intervención en la esfera de la libertad ciudadana y una gradual e intensa relatividad de las garantías fundamentales **(BRANDARIZ , 2010)**

Conforme a la línea anotada, la huida ciega al Derecho penal, incide a su vez en la escenificación del llamado <<populismo penal>>, es decir, la utilización política del Derecho penal, en cuanto a la obtención de objetivos políticos-sectoriales, los cuales son sobre-exaltados en coyunturas de particular conmoción pública.

La socióloga peruana Lucía Dammert, en una entrevista en el diario La República, ante la pregunta ¿Cuáles son las soluciones simples que no funcionan, en el problema de la seguridad ciudadana? La entrevistada, señaló lo siguiente: “Las que no funcionan son todas las que tienen que ver con el “populismo penal”. No funciona aumentar los castigos, no funciona meter a los inocentes mientras esperan castigo, no funciona tratar a la cárcel a aquellos que son consumidores de droga. No funcionan tampoco los partidos de futbol para prevenir el delito. Hay miles de cosas que no funcionan. No funciona decirle a la Policía que salga a caminar a la calle si no tienen medianamente una estrategia de adonde ir, qué hacer. En ese sentido mucho de las cosas que se escucha y recoge, sobre todo en las discusiones electorales durante los procesos electorales, son cosas que ya han sido probadas como equivocadas, inefectivas, ineficientes incluso” **[En: La República, domingo 20 de mayo del 2012, cit., p. 16.]**.

En palabras de MIRANDA ESTREMPES, para erradicar esta utilización populista, toda propuesta nueva de criminalización debería someterse a un test de efectividad; esto es, debería acreditarse, como criterio decisonal, el plus de utilidad que en cada caso reportará esta llamado al Derecho Penal frente a todo tipo de intervenciones **(MIRANDA, 2016)**. A nuestro entender, el asunto pasa por someter los proyectos de Ley -en

materia penal-, a filtros programáticos y racionalidad, tomando en cuenta los criterios legitimantes de un Derecho Penal democrático, los cuales requieren de toda una discusión dogmática y criminológica.

Debe manifestarse, por tanto, que las medidas estrictamente *punitivistas* no tendrán rendimiento alguno en la práctica, pues para nada sirve una legislación penal extremadamente draconiana, si tienes que perseguir y prevenir el delito, no cuentan con los mínimos elementos e instrumentos para contener efectivamente la imparable criminalidad de hoy, sin una verdadera estrategia de inteligencia, sin la dotación de equipos modernos basados en la nueva tecnología y sin Policías bien pagados, lo que a se produce a la postre es un <<Derecho Penal Simbólico>>, sin comprobación contra-fáctica.

4. El marcaje o reglaje y el derecho penal de acto:

Dentro de las conquistas más importantes de la ciencia jurídico-penal en los últimos decenios, es haber centrado la materialidad sustantiva del injusto penal en el desvalor del acto, en cuanto una conducta que lesione y/o ponga en peligro un bien jurídico -penalmente tutelado-, dejando de lado estimaciones personales apriorísticas del agente culpable, basados en una visión etiológica del crimen.

Convenimos entonces, en señalar que la intervención del *ius puniendi* estatal ha de sujetarse a los dictados de un orden democrático de derecho y, así fue, cuando el legislador en la sanción de la codificación penal de 1991, sentó las bases de la punibilidad en base al <<acto>>; sentándose las bases programáticas de un <<Derecho Penal del Acto>>. Ello en simples palabras significa que a un individuo sólo se le puede atribuir responsabilidad penal por lo que hizo y nunca por lo que es, si es que con su quehacer conductivo no ha exteriorizado en el mundo fenoménico un estado de lesión y/o puesta en peligro de un interés jurídico -penalmente tutelado-, no puede ser objeto de represión, como garantía de un Derecho Penal Democrático y Humanista (**PEÑA CABRERA, 2016**).

Lo que debe ser objeto de punición en un orden democrático de derecho es lo que el hombre hace, en cuanto a mutación de la realidad social (material y/o espiritual), y no el hombre como tal, en cuanto a una pura manifestación de su personalidad frente al colectivo. Así, cuando se postula en la doctrina nacional, todo el fundamento del Derecho penal - particularmente de la teoría jurídica del delito- se apoya en la realización de un acto **(PEÑA CABRERA, 2011)**.

Conforme lo anotado, únicamente los actos típicamente ejecutivos del delito de su eventual consumación, pueden ser objeto de punición, cuando la conducta del agente denota una evidente peligrosidad objetiva para la indemnidad del bien jurídico tutelado; *por mor*, la fase de ideación del delito, así como los actos preparatorios no resultan siendo punibles y, ello resulta fundamental en un orden democrático, que pretende tutelar al máximo las libertades fundamentales.

No obstante lo dicho, sabemos también, que por motivos de política criminal, los <<actos preparatorios>>, son también penalizados, cuando de bienes jurídicos *supraindividuales* se trata, tal como se desprende en los delitos de Tráfico Ilícito de drogas (Salud Pública), cuando se penaliza el cultivo de la hoja de coca, de adormidera, etc., y cuando se advierte la posesión de máquinas destinadas a la falsificación de billetes y monedas, en la titulación de los delitos monetarios **(PEÑA CABRERA, 2011)**..

En tal entendido, la represión de los actos preparatorios ha de tomar lugar de forma excepcional, cuando razones de política criminal así lo aconsejen, empero, si es que apuntalamos la intervención del Derecho penal bajo derroteros únicamente <<eficientistas>> e <<utilitaristas>>, ansiamos en una norma penal abierta incompatible con sus postulados legitimantes.

Siendo que en el presente caso, los actos que son constitutivos de esta figura penal *sui generis*, desde una mayor amplificación de la configuración objetiva, pueden ser subsumidos perfectamente en las

figuras delictivas, que se encuentran fijadas como delito <<fin>>, en el presente articulado; por ello convenimos en resaltar, que la solución pasa más por un tema persecutorio que sustantivo, mas son en definitiva, los efectos socio-cognitivos, los que definen la orientación de política criminal.

Esta forma de proyectar la política criminal, bajo variables estrictamente eficientistas, propone un expansionismo del Derecho Penal, por senderos que no se condicen con su plataforma legitimante y, ello se avizora claramente con las permanentes modificaciones, agregados e inclusiones, que han tomado lugar en los últimos años en el CP de 1991, restituyendo la vigencia de instituciones propias del Positivismo Criminológico, como la Reincidencia y la Habitualidad **(VILLA STEIN, 2010)** así como de una intensificación de la respuesta punitiva contenida en los marcos penales, propia de la Neo-criminalización y, ahora bajo los estados de sospecha, de la rotulación, del estigma y del estereotipo del delincuente, venido a mas por el desdichado programa del Derecho Penal del Enemigo. Esto es lo que nos venden hoy en día, la falaz idea de que el adelantamiento significativo y sustancial de la intervención del derecho punitivo, es que se podrá reducir al máximo las cifra de criminalidad en el país, no dándose cuenta que al maximizar la participación del Derecho Penal, lo que se degradan son las libertades fundamentales, ello conlleva la dialéctica irreconciliable de un Estado Constitucional de Derecho con un Estado Policial, éste último caracterizado por sobredimensionar las actuaciones de los agentes policiales, y de permitir una mayor intervención en la esfera de actuación ciudadana (“control de identidad”).

Parafraseando a RAMOS VÁZQUEZ, diremos que la relación dialéctica entre Seguridad y Libertad, que siempre es fuente de profundas tensiones, es uno de los campos para excelente de la actividad comunicativa del Poder, de suerte que, en más de una ocasión, la sensación de inseguridad para el conjunto de la ciudadanía, convenientemente amplificadas por los más media, se encuentra en cierto modo propulsada por éste último motor inmóvil (por realizar un símil aristotélico) que es el propio poder **(RAMOS VÁZQUEZ, 2015)**.

En palabras del recordado penalista nacional RAÚL PEÑA CABRERA, para nosotros los penalistas finiseculares nos encontramos en una situación espiritual de difícil trance, pues debemos extraer fuerzas para alimentar el optimismo de un discurso pese a todas sus limitaciones es mejor que la zapa siempre amenazante del autoritarismo jurídico **(PEÑA CABRERA, 1998)**. Conforme lo expone correctamente Delmas-Marty, en cuanto a la corriente autoritario, escribiendo que (...) la exaltación y en ocasiones la sacralización del valor nacional considerados como valor supremo del orden político: voluntad de instaurar un Estado fuerte haciendo prevalecer su autoridad sobre los derechos y las libertades de las personas; estrecha integración y sumisión del individuo a la colectividad; estructura fuertemente centralizada y jerarquizada, frecuentemente militar, en la que la autoridad dimana de un jefe único **(PEÑA CABRERA, 2011)**

En tiempos agazapados por la violencia cotidiana, que cunde nuestro país, resulta empresa *fácil* acogerse a estos vientos reformistas, de corte esencialmente *punitivista*, sobre todo cuando vienen respaldados por el clamor popular, más difícil es defender las convicciones o postulados de un Derecho Penal Democrático; el jurista de hoy no puede hipotecar su conciencia y dogmas, al servicio del gobernante de turno, pues ello significa traicionarse a sí mismo y, a su vez, a los principios que deben gobernar todo el orden jurídico y político, que pretenda adscribirse a un orden democrático y respetuoso de los derechos y libertades fundamentales.

5. El delito de marcaje o reglaje y sus presupuestos típicos:

5.1. Definición de marcaje o reglaje:

Primero, hemos de definir el concepto de <<reglaje>>; ello de connotar el seguimiento continuo y permanentes que efectúan ciertos agentes delictuales, sobre personas y cosas, con la finalidad de acopiar información y/o datos relevantes, que les

permita ejecutar su plan criminal con toda garantía en su ejecución; sea para identificar trayectos de desplazamiento de la víctima, con el objetivo de secuestrarla o de conocer de retiros dinerarios en bancos y otras instituciones financieras, con el afán de apoderarse del objeto material del delito. **(PEÑA CABRERA, 2011)**

5.2. Los delitos fines en el marcaje o reglaje:

Punto importante a saber, son el listado de delitos que el agente pretende preparar, merced a los actos de reglaje, estos son: <<homicidio simple, parricidio, homicidio calificado, lesiones graves, lesiones culposas, lesiones al feto, secuestro, trata de personas, violación sexual, violación de persona en estado de inconsciencia o en la imposibilidad de resistir, violación sexual de menores, seducción, actos contra el pudor, hurto simple, hurto agravado, robo, robo agravado y extorsión>>, conforme a los hechos punibles enumerados en la redacción normativa del tipo, se hace alusión a injustos como las lesiones culposas, seducción y hurto simple, que en realidad no constituyen ilícitos penales que ameritan la realización de actos, como los que se describen en el articulado; veámoslo con ejemplos, suena racional que una persona se encamine a acopiar información o a seguir a su víctima, para luego lesionarla de forma imprudente, esto quiere decir; sin ser consciente del riesgo jurídicamente desaprobado creado por su conducta, de tener en su poder un arma de juego o un celular, para poder seducir al sujeto pasivo (engañarla para poder obtener su consentimiento al acceso carnal, a persona menor de 14 años de edad) o de recolectar datos en el centro de labores del ofendido, para sustraerle bienes de un valor de 700 soles.

Consideramos, que actos considerados como *reglaje* han de tener lugar únicamente en el marco de la criminalidad violenta, es decir, en el caso de: Robos, secuestros, Asesinatos, Lesiones graves dolosas, Violaciones sexuales (contra la libertad e intangibilidad

sexual) y Extorsiones; es ahí, que observamos un evidente equívoco en la comprensión de los delitos que el agente pretende cometer y así estar incurso en esta tipificación penal de autor.

Ahora bien, en la redacción normativa que *el que para la comisión de hechos punibles mencionados <<realiza actos de acopio de información; o realiza actos de vigilancia o seguimiento de personas; o tiene en su poder armas, vehículos, teléfonos u otros instrumentos para facilitar la comisión del delito...>>*. Primer elemento a saber, es que estamos ante la figura de un concurso medial de delitos, ante la perpetración de un delito, para alcanzar la realización típica de otra figura delictiva, con la particularidad, que el primero hace alusión a los actos preparatorios del mismo delito que se pretende perpetrar; es decir, si es que se evidencia que el injusto penal fue cometido en toda su faz descriptiva, estaríamos frente a dos actos, que no obstante estar integrados en un mismo *iter-criminis*, se encuentra fraccionado en su secuencia delictiva, con la manifiesta probabilidad que se pueda punir dos veces a un autor por un mismo hecho. En primera línea, por encontrársele armas en su vehículo (propósito de cometer un Asesinato) y, segundo, por la perfección delictiva del Homicidio agravado; cuando, conforme al principio de absorción, se debe optar por el estadio delictivo más intenso. Dicha circunstancia paradójica, de seguro que el legislador ni siquiera lo previó y/o estimó, por lo que ante ello, los principios de razonabilidad y proporcionalidad, aconsejarían que la acriminación se sostenga únicamente por el delito consumado o tentado; empero, creemos que la *ratio* de la norma, si es que la queremos ajustar a los fines de política criminal que la justifican, sería que la penalización tiene el afán de evitar que los delitos enumerados en la norma, no se lleguen a cometer, donde el adelantamiento de las barreras de intervención punitiva, a estadios muy lejanos a la idea de lesión, tiendan a neutralizar probables perpetraciones de dichos injustos penales. Desde un punto de vista puramente operativo

(persecutorio), que los efectivos policiales cuenten con un amparo legal, para proceder a aprehensiones de presuntos sospechosos, que ni siquiera han dado comienzo a los actos ejecutivos del delito que han planteado cometer; tomando en cuenta, que ya la posesión del arma o el acopio de la información, es un acto constitutivo de delito, cuya detectación por parte de los órganos de persecución, importaría un estado de *flagrancia*.

5.3. La penalización de los actos preparatorios:

Así vemos, que la realización de <<actos de acopio de información de estos delitos o realiza actos de vigilancia o seguimiento de personas, o tiene en su poder armas, vehículos, teléfonos u otros instrumentos posibles para posibilitar la comisión del delito, será sancionado con pena privativa de la libertad no menos de tres ni mayor de seis años>> **(VILLA STEIN, 2010)**.

Dicha regulación jurídico-penal significa dos cosas a saber: - primero la equiparación de actos preparatorios de un delito a un acto típicamente delictivo, pues al agente que se le aprehende o sorprende con tales objetos o instrumentos se le hará responsable penalmente, por su sola tenencia, sin necesidad de que ,os haya empleado en la perpetración concreta de un acto delictivo de secuestro por ejemplo y, segundo, se estaría configurando legalmente un Concurso Medial de delitos, pues primero se tiene los actos preparatorios del delito y luego, el delito que se llega a cometer. Podría darse el caso, que a un individuo se le encuentra en su poder armas (que ya es delito de tenencia ilegal de armas) y luego se encuentra evidencias que fue utilizada para la comisión del robo de un banco. La pregunta sería: ¿Se le podría reprender por ambos hechos? De plano la respuesta será negativa, ya estando los actos preparatorios subsumidos en la realización típica del delito, habrá que privilegiar la tipificación por el delito consumado **(HURTADO POZO, 2005)**.

Lo paradójico a todo esto, es que el delito fin podría tener una pena menor con el delito medio, como es el caso a las Lesiones al feto, lo que vulnera los principios de proporcionalidad y culpabilidad de forma flagrante.

Convenimos en señalar, que la penalización de las conductas contenidas en el artículo 317-A, comporta un desvalor en pureza artificial, pues se encuentran ya comprendidos en las conductas típicas regladas en los delitos convencionales, que son proyectados en el propósito ulterior del agente. Como bien lo asevera ZAFFARONI, pretender considerarlos tipicidades independientes -clonando bienes jurídicos- es inconstitucional en muchos casos, aunque se insiste legislativamente en ella en los últimos tiempos **(ZAFFARONI, 1996)**

5.4. Actos de acopio de información:

Ingresando a los elementos constitutivos del tipo penal, se tiene que la conducción típica toma lugar cuando el agente realiza primero: <<actos de acopio de información de estos delitos>>, ello importa el acopio de datos relevantes, necesarios para poder asegurar el éxito de la operación criminal; en realidad supone una descripción fáctica propia de *participación delictiva*, pues quien se encarga de estas tareas, por lo general, no interviene en la etapa ejecutiva del delito, a menos que se trate de una organización delictiva, por lo que un emprendimiento así concebido, se eleva a nivel de autoría. Consecuentemente, se quiebran los principios de proporcionalidad y culpabilidad.

En cuanto a los <<actos de vigilancia o seguimiento de personas>>, estamos frente a comportamientos muy próximos a la etapa ejecutiva del injusto penal, necesarios para la perpetración de figuras delictivas, como el Robo, el secuestro y/o extorsión. Sin duda, estas son conductas típicas de reglaje, donde el agente acomete y asecha a su víctima, ora para contar con condiciones

óptimas para la realización típica del delito que pretende cometer, como un Secuestro, viendo las rutas que emprende el ofendido de su casa a su centro de trabajo o, cuando toma información que el sujeto pasivo efectuará un retiro de dinero significativo de una entidad bancario y/o financiera. Este seguimiento podrá ser prolongado o de tiempo escaso, dependiendo de la complejidad del caso; en circunstancias como las descritas, si se apreciara que el agente participará en la etapa ejecutiva del delito, ya no será factible la acriminación por este singular delito, sino en grado de tentativa y/o consumación, por el delito, cuyo emprendimiento ha adquirido ya concreción en el mundo fenoménico **(PEÑA CABRERA, 2011)**.

Por lo general, una modalidad delictiva sí concebida, podrá aplicarse a través del empleo de cámaras de video vigilancia y/o de seguridad, así como en seguimientos escrupulosos del personal policial; esto a tomar lugar en lugares, donde se sabe que se mueve ingentes sumas de dinero, como emporios comerciales y bancarios, así como en vías de comunicación pública, donde se pretenda perpetrar actos típicos de Secuestro y/o extorsión.

5.5. Posesión de armas, vehículos, teléfonos u otros instrumentos

Finalmente dice la redacción normativa: o <<tiene en su poder armas, vehículos, teléfonos u otros instrumentos para posibilitar la comisión del delito>>; en este supuesto del injusto penal, se hace alusión a la mera posesión de instrumentos, objetos o herramientas, que cuentan con la idoneidad y/o aptitud, para poder perpetrar el delito fin; sobre todo cuando se menciona las armas, principalmente las de fuego u otras semejantes.

Es en esta hipótesis delictiva, donde se deberá tomar mucho cuidado, cuando se proceda a una afirmación positiva de realización típica, en la medida que la sola tenencia de un arma de fuego, no siempre vendrá seguida por la deliberación delictiva a

cometer un determinado hecho punible; piénsese en aquel agente que recién ha comprado el arma, pero no tiene aún un plan concreto de criminalidad, acá solo habrá posesión ilegal de armas, mas no un delito de reglaje. Así también, cuando el agente ya cometió el Robo agravado, y tiempo después en un operativo policial, es detectado con dicho objetivo, en este último caso, no se puede hablar de reglaje, en tanto y cuanto, para ello se requiere que la tenencia del arma sea para posibilitar la comisión de un delito a futuro y; no el que cometió en tiempos pretéritos.

Sobre este punto nos detendremos un momento, en tanto la posesión de un arma de fuego, puede constituir en ciertas oportunidades, la configuración del tipo penal contenido en el artículo 279° del texto punitivo; lo que podría llevar algunos, a postular que la conducta típica contenida en dicho articulado se encuentra ya subsumida en el artículo 317-A, por lo que se estaría ante un <<conflicto aparente de normas penales>> y no ante un <<concurso delictivo>>, en sujeción al principio ne bis in ídem.

Por nuestros estudios por la Parte General, se sabe que, para poder estimar la concurrencia de un concurso delictivo, se debe identificar una sola acción y/o una pluralidad de acciones u omisiones, que a su vez, contravengan el mínimo precepto jurídico-penal o varios tipos legales. En todas esas situaciones el autor ha realizado más de un tipo de delito, además ha vulnerado más de un bien jurídico, trasgrediendo más de una norma penal, y por lo tanto en estos casos estamos ante un concurso real o efectivo normas infringidas (**QUINTERO, 2008**). Mientras, que el conflicto aparente de normas penales, toma lugar, cuando una sola conducta, puede ser encajada y/o cobijada por un solo comportamiento del injusto típico, siempre que se tutele el mismo bien jurídico. Es en este alud, donde se debe hacer la distinción, al observarse que el listado de la codificación penal comprende figuras delictivas, caracterizadas con elementos (descriptivos y

normativos) similares, a veces muy difícil de distinguir, por el empleo casi idéntico de sus elementos de composición típica; a tal efecto, debemos identificar el objeto de tutela jurídica.

Convenimos por tanto, que para poder dilucidar el entre en cruzamiento normativo entre el delito de Tenencia ilegal de armas, debemos remitirnos al principio de <<subsidiaridad>>, acerca de sus límites, Romero Soto, apunta que para que exista este tipo de relación entre dos disposiciones penales, se necesita que en ambos casos el sujeto activo sea el mismo, que sea también idéntico el objeto material, que se trata del mismo sujeto pasivo y que haya unidad del episodio criminoso **(ROMERO , 2016)** donde a nuestro entender, la identidad del bien jurídico tutelado es un factor esencial para la configuración de dicho principio **(PEÑA CABRERA, 2011)**; lo cual inclusive podría dejarse de lado, en pos de afirmar la presencia de un Concurso delictivo, como veremos líneas adelante. Conforme a él, indica MAQUEA ABREU, pudiera afirmarse que cuando una acción amenaza o lesiona más de un bien jurídico, el concurso aplicable será normalmente el de delitos pues con sus reglas -atentas a la valoración de las afecciones producidas sobre los objetos de protección concurrentes- se alcanza una valoración más completa de su contenido de injusto **(MAQUEDA , 1994)**

A decir de BACIGALUPO, para ello es preciso tener en cuenta que la relación entre un tipo penal y otro deben ser de tal naturaleza que la relación de ambos mediante una única acción no debería dar lugar a la aplicación de las reglas del concurso ideal **(BACIGALUPO, 2000)**

Siguiendo la línea argumental descrita, se tiene que el delito de Marcaje tiende a tutelar el bien jurídico - <<Paz Pública>>, por lo que al proteger objetos jurídicos distintos, la Solución correcta es el Concurso Ideal del Delitos y, no el conflicto aparente de normas

penales, como un sector respetable de la doctrina nacional lo postula (**NUÑEZ PÉREZ, 2012**); como siempre y cuando, quien es detectado con el arma de fuego, no cuente con la autorización estatal respectiva, pues si esto no es así, la negación concursal será una inferencia inevitable. Lo que debe subrayarse es también la mayor penalidad que conmina el delito del artículo 279°; en comparación con el delito de Reglaje (**NUÑEZ PÉREZ, 2012**); lo que implicaría en la posición del Conflicto a aparente de normas, que se penalice con una pena en realidad muy tenue, hechos de tal gravedad, con la manifiesta incongruencia y falta de toda razonabilidad, de que aquel agente, que sólo es penalizado por el delito de Tenencia ilegal de armas, sea reprimido con una pena de contornos de punición más intensos, lo que es salvado con toda propiedad, con la tesis del Concurso delictivo, que asumimos a toda consecuencia. Es en tal virtud, que, en conflictos normativos semejantes, como es el caso del delito de Robo agravado, bajo el supuesto de <<mano armada>>, ingresa en concurso delictivo con el tipo penal de Tenencia ilegal de arma. En el delito de Robo agravado, se tutela el patrimonio, constituyendo una figura pluriofensiva, mientras que, en el delito de Tenencia ilegal de armas, protege la Seguridad Pública (**PEÑA CABRERA, 2011**).

Cuestión particular sucede en el entrecruzamiento normativo, entre el delito de Organización a delinquir, con el tipo penal -in comento, pues de un rápido vistazo, se diría que ambas figuras no pueden ingresar a un Concurso Delictivo, al tutelar el mismo bien jurídico, la <<Paz Pública>>; empero, es esta hipótesis donde el principio de subsidiariedad ha de ser relativizado, en el entendido que el tipo penal previsto en el artículo 317° del CP, importa un injusto de efectos permanentes en el tiempo, por lo tanto la afectación -inmaterial-, al bien jurídico toma lugar, mientras no se disuelva el aparato criminal; por su parte, el delito de Reglaje es de consumación instantánea. Así, cuando se estima en la doctrina, que puede suceder, en efecto, que pese a la existencia de un único

objeto de protección en los tipos concurrentes -en tanto que todos tutelan el mismo, v. gr., unos en forma de peligro otros de lesión-, resulte obligada la apreciación de un concurso de delitos **(MAQUEDA , 1994)**.

Sería un tremendo privilegio, que quien realiza actos de marcaje, y a su vez, sea miembro de una organización delictiva constituida para cometer graves crímenes, solo sea penalizado por el artículo 317°-A, dejándose de lado, el factor criminológico (dañoso por tanto), de pertenecer a una estructura delictiva de andamiaje tan extendido; de no ser así, quien comete Robos, Secuestros y Extorsiones, si sería responsable por un concurso delictivo, por el solo dato del bien jurídico tutelado. Lo que escapa a la razonabilidad que debe guiar la interpretación de las normas penales. Lo dicho, puede ser sostenido, tanto por las razones dogmáticas aludidas, como por consideraciones de estricta política criminal.

En consuno, todas estas variantes del injusto típico, no pueden acreditar con la mera tenencia del instrumento riesgoso, sino que debe aparejarse datos objetivos, que indiquen con suficiente solvencia probatoria, que el agente tenía la plena intención de cometer el Robo, el Secuestro o la Extorsión; de no ser así, se estaría dando carta de ciudadanía, a una configuración típica basada en la subjetividad, lo que precisamente sustenta la sanción de un delito de sospecha, donde será la apreciación personal y la estigmatización del órgano de persecución, la que definirá dicha cualidad típica. Si la afirmación típica de este delito, se encuentra desprovista de toda objetividad probatoria, anclamos en el infortunio del abuso y la arbitrariedad, de manera que no bastará que se advierta al agente con la mera posesión del arma o del vehículo, sino debe acreditarse que estaba en posibilidad de cometer el delito, cuando por ejemplo, se produce la intervención policial, ante la proximidad del autor de su víctima potencial y, no

cuando se le encuentra con un arma en un lugar alejado a un lugar, donde se tiene dicha posibilidad delictiva.

(PEÑA CABRERA, 2011) En lo concerniente a la posesión de un teléfono celular, se debe ser muy receloso, en el sentido de que su empleo, sirva en realidad para el planeamiento de un hecho punible y no para otro tipo de actividades, que no tienen incidencia delictiva alguna; véase así el ejemplo de la esposa desconfiada de su marido, que contrata a un investigador privado, para conocer de todos sus movimientos y así encontrar evidencias de una probable traición infiel de su consorte. Siendo así, el investigador privado realizará actos de seguimiento y a su vez comunicará telefónicamente con su contratante, de manera que será el propósito que impulsa dicho comportamiento, lo que determinará un juicio positivo de tipicidad penal, lo que tal vez no sea a veces, fácil de distinguir.

5.6. Circunstancias agravantes:

Según el profesor PEÑA CABRERA, al examinar las agravantes señala que **(PEÑA CABRERA, 2011)** Constituye circunstancia agravante: <<si el sujeto activo es funcionario o servidor público o mantiene o hubiese mantenido vínculo laboral con el sujeto pasivo o mantiene o hubiese mantenido con este último vínculo que lo impulsa a depositar en él su confianza o utilice para su realización a un menor de edad>>.

La descripción normativa contenida en la circunstancia de agravación mencionada, nos indica dos variantes a saber; primero, por la específica posición institucional del autor del delito, en cuanto a la cualidad *funcionarial* de funcionario o servidor público siempre que se acredite el aprovechamiento de las ventajas del cargo para la comisión del injusto penal, en cuanto el empleo de información propia de la función desempeñada, para así acometer el delito en cuestión. Segundo, cuando el agente ostenta un vínculo con la

víctima, inclusive que lo haya tenido, siempre que el sujeto pasivo haya depositado su confianza en el agente; para tal efecto, debe manifestarse una relación laboral de tan importancia, que le permita al autor contar con cierta información, que precisamente hace uso, para la perfecta realización típica del delito que se pretende materializar; v. gr., la secretaria o asesor del empresario, que se aprovecha de la confianza depositada por este último, para conocer con todo detalle la entidad bancaria a la cual acudirá para retirar una fuerte suma de dinero, el lugar donde se coloca los capitales de la empresa o la ruta que el sujeto pasivo utiliza para desplazarse a su domicilio y así proceder al secuestro que ha planeado con una banda de secuestradores. No puede referirse a un cargo menor, dígame a una relación laboral que no le otorga cercanía alguna con la víctima, como por ejemplo el agente de seguridad de la persona jurídica, que a duras penas se cruza con el sujeto pasivo. Es justamente el vínculo laboral que le otorga al sujeto activo una estrechez con la víctima, de tal naturaleza, que este último le confía una serie de aspectos que involucran el manejo económico y/o financiero de la empresa, así como ciertos aspectos de su vida personal.

Tercero, la utilización de un menor de edad, quiere decir esto, que los actos de reglaje (acopio de información, actos de vigilancia o seguimiento de personas o la tenencia de armas, vehículos, teléfonos u otros instrumentos), sean emprendidos por impúber, esto es, debe identificarse a un menor de 18 años de edad realizando actos típicos de reglaje. Aspecto importante a saber, es que el menor de edad, ha de estar desarrollando dichas labores, merced a la consigna de un adulto, quien se aprovecha del estado de inmadurez del autor inmediato, para determinarlo a la ejecución de dichos actos de reglaje, mas no puede desdeñarse que se haga uso de la violencia y/o coacción para tales propósitos. Se está ante una modalidad de Autoría mediata, ajustable a las escuelas normativas propuestas en el artículo 23° de la Parte General del

CP. El fundamento de mayor reproche personal, estriba en el plus de reprobación que significa utilizar a menores de edad, para la obtención de fines ilícitos; cuestión importante a subrayar, es que el agente debe saber que se trata de un menor de edad, pues si desconoce dicha situación cronológica, habrá de responder por el tipo base y, no por la modalidad de agravación -in comento-.

Al constituir las conductas contenidos en el tipo penal, actos típicamente preparatorios del delito, la realización típica adquiere concreción, con la mera constatación de la mera circunstancia descriptiva: recabar información, seguir a la víctima o tener bajo su dominio fáctico, armas u otros instrumentos para facilitar la comisión de un delito. Por consiguiente, los actos anteriores a él, en definitiva, se encuentran sustraídos del ámbito de protección de la norma, en la medida que carece a todas luces de toda clase de peligrosidad, como por ejemplo la compra del celular o del arma, o de emprender la marcha de un vehículo. Si ya de por sí, los actos de reglaje, generan un justificado reparo, los actos precedentes a ello no pueden ser objeto de valoración jurídico-penal, por ende, el delito tentado resulta inadmisibile.

5.7. Análisis a las modificatorias – Ley N° 30076

La expansión del Derecho Penal, el adelantamiento significativo de las barreras de intervención del <<ius puniendi>> estatal, cobra todo su esplendor, en el marco de la inclusión del tipo penal de <<Reglaje>>, al penalizarse en puridad, actos típicamente preparatorios, de los delitos <<fin>> que se han instituido en la norma (Artículo 317-A). Es decir, lo que es objeto de punición no es la lesión y/o la real puesta de un bien jurídico penal, sino estados de sospecha, de quien se encuentra incurso en alguno de los supuestos de hecho, reglados en la descripción típica de este delito. Y, esta expresión del <<Derecho Penal Securitario>>, -como se sostuvo en sus oportunidad-, coloca a las libertades fundamentales (personales), en un potencial riesgo de ser

arbitrariamente afectadas, algo que no interesa a los políticos, pues a ellos lo que importa únicamente es generar una percepción cognitiva de seguridad (subjetiva), en la mente de los ciudadanos **(PAUCAR, 2013)**.

De hecho, la Ley N° 30076, cuyo slogan es precisamente la <<seguridad ciudadana>>, habría de modificar los alcances normativos del delito de Marcaje o reglaje, dando una mayor cobertura legal, extendiendo sus derroteros a nuevas <<circunstancias de agravación>>. Apelando así a los fines socio-comunicativos de la norma jurídico-penal, a su vez a los fines preventivo-generales (negativos) de la pena.

Veamos así primero, que toma lugar una modificación en el delito fin, suprimiéndose así el delito de Lesiones al feto, un injusto penal que no guarda coherencia alguna con lo que quiere penalizar el artículo 317-A, no puede ocurrirse en los hechos, que alguien realice actos de seguimiento, para provocar una afectación a la salud del feto, asimismo, impensable que un individuo emprenda actos de vigilancia, para seducir a una persona mayor de catorce y menor de dieciocho años de edad (y así obtener mediante <<engaño>>, su anuencia para el acto sexual), de manera que el artículo 175° debe ser excluido del listado delictivo así como otras figuras delictivas que nada tienen que hacer en la composición normativa del tipo penal de marcaje o reglaje. Era de esperarse que el tipo penal de <<Homicidio calificado por la condición oficial del agente>> [Incorporado por el artículo 1° de la Ley N° 30054 de junio del 2013.], sea objeto de inclusión en este catálogo, al ser una figura emparentada de los delitos de Homicidio, habiéndose olvidado el legislador del delito de <<Feminicidio>> -artículo 108-B [Incorporado por el artículo 2° de la Ley N° 30068 de julio del 2013.]. Sobre este punto, no cabe más que indicar, que debe ser aclarado lo que se dice del artículo 189° o 200, debe decir, pues si se entiende “a”, delitos como la Apropiación ilícita, Apropiación por

error, Apropiación de bien propio y Receptación, estarían también comprendidos, lo que resulta inaceptable.

Otro aspecto de la reforma, es que ya no se hace alusión de forma expresa a que los actos de vigilancia y/o seguimiento, deben recaer sobre una persona, al estar sobreentendiendo ello; por otro lado, se da mejor consistencia a lo que se persigue acriminar en esta figura del injusto penal, en el sentido de que el solo hecho de portar un arma de fuego, un vehículo, teléfono u otro instrumento, no puede ser concebido como un único dato a saber, para poder estar ante un acto típico de Reglaje, de manera, que la nueva redacción normativa, importa atender, que para que se configure esta figura delictiva, el agente debe necesariamente emprender un acto de <<seguimiento y/o vigilancia de personas>> o de <<acopiar o entregar información>>, destinada a poder ejecutar algunos de los delitos, que allí se detallan, mediante los medios antes anotados. Entonces, la mera tenencia de dichos objetos, no puede ser reputado como un acto de Marcaje, al ser ahora, los medios comisivos que emplea el agente para la realización típica del delito.

Cuestión a destacar, -de lo cual disentimos-, es que se haya incluido una modalidad de Reglaje, colaborar en la ejecución de tales conductas, esto es el cómplice (primario o secundario), del mismo delito en estudio, v. gr., quien le proporciona el arma o celular a quien realiza los actos de seguimiento o quien permite a otro, recabar información sobre la ruta que toma diariamente el empresario para llegar a su centro de labores y así poder secuestrarlo. Según esta nueva lectura del tipo penal, actos típicos de participación delictiva son elevados a título de <<autoría>>, lo cual riñe con los principios de culpabilidad y de proporcionalidad; acá se estaría penalizando los actos preparatorios de los actos preparatorios de un delito; pareciese que se quiere llegar hasta el fabricante del arma o del aparato celular. En ese afán de penalizar todo, se dejan de lado las instituciones fundamentales de la Parte

General del CP; se aprecia un divorcio entre las normas reguladoras del Derecho Penal, con la normatividad de la Parte Especial (**PAUCAR, 2013**).

(PAUCAR, 2013) Ahora bien, La ley N° 30076, trae también a colación la incorporación de dos numerales en el tópico de las <<circunstancias de agravación>>, nos referimos a lo siguiente:

- Labora, pertenece o está vinculado a una empresa del sistema financiero y, por razón de su cargo u oficio, tiene conocimiento de los ingresos económicos, operaciones bancarias u otros datos sobre el patrimonio de la víctima. De hecho, el delito de Secuestro (así también el de extorsión) tiene como víctimas potenciales, a -empresarios, a personas acaudaladas-, titulares de cuantiosos patrimonios, donde es el ánimo de lucro que motiva al agente, a la realización de esta conducta prohibida; a tal efecto, dichos agentes delictuales han de servirse de información privilegiada, que justamente revele dicha situación económica (financiera) y así seleccionar a los sujetos pasivos. Resultando, que una de las hipótesis del injusto de marcaje o reglaje, importa la entrega de información, útil e idónea para la perpetración del delito fin y, esta conducta, la puede realizar quien cuenta con datos de índole bancario o financiero. Es así, que la redacción normativa hace alusión a agentes, que por razón de su cargo u oficio, tienen conocimientos de los ingresos económicos de una determinada persona (natural o jurídica); por lo que haciendo indebido de tal información proceden a emplearla en el marco de un plan criminal de secuestro y/o Extorsión; empero, acá no estamos ante una modalidad de autoría de dichos delitos, sino de actos típicos de participación delictiva, que han sido elevados a la primera categoría mencionada, según la autonomía de tipificación penal, prevista en el artículo 317-A, que en esta descripción legal, ha sido considerada como una circunstancia de agravación, merced a

la intrínseca peligrosidad que dichos actos han adquirido en la actualidad, conforme a la inseguridad ciudadana que se vive en el país. Los probables agentes de esta modalidad de agravación, no necesariamente han de ser individuos que laboren formalmente en sistema bancario o financiero, pudiendo ser personas que tienen algún tipo de vinculación, como un funcionario público de la SBS o de la UIF. Factor siempre ha acreditar, es que la intervención de estos agentes, es decir su colaboración en un delito de Extorsión y/o secuestro, debe ser producto del pre valimiento del cargo u oficio, de no ser así sería de aplicación el tipo base [Aplicando esta circunstancia de agravación, ya no resulta admisible valorar la circunstancia reglada en el inc. H) del artículo 46° del CP, que fuese modificado también por la Ley N° 30076].

- Actúa en condición de integrante de una organización criminal; es una constante hacer mención a esta particularidad criminológica, al momento de definir una <<circunstancia de agravación>>, tal como se devela en los delitos de Hurto, Robo, Secuestro, etc.; no cabe duda, que cuando el injusto penal es cometido, a través de una estructura criminal, genera una mayor alarma social, producto de su irrecusable peligrosidad, demandando una reacción punitiva más severa. No estamos en desacuerdo con esta inclusión normativa, por los fundamentos anotados, más recogida dicha circunstancia criminológica, ya no será factible aplicar un Concurso delictivo con el tipo penal de Organización a delinquir, en sujeción al principio del *ne bis in idem*.

Por lo demás, debe indicarse que con el numeral 1, de las circunstancias agravantes, se ha precisado que la calidad del agente (funcionario o servidor público), debe ser aprovechada por la comisión del delito, lo cual reviste de una dosis de legitimidad su

construcción normativa, lo cual de todas maneras se deducía de un correcto criterio interpretativo **(PAUCAR, 2013)**.

5.8. Tipo subjetivo del injusto:

Finalmente, el tipo subjetivo del injusto exige el dolo en la esfera anímica del agente, donde el agente ha de ser consciente que está emprendiendo actos típicos de marcaje o reglaje, con la intención de cometer otro delito, de aquellos contenidos en el primer párrafo del articulado. El elemento cognitivo del dolo ha de abarcar todos los elementos constitutivos del tipo penal, cuya ignorancia puede dar lugar a un error de Tipo **(PEÑA CABRERA, 2010)**.

Aparte del dolo, la tipicidad penal exige un elemento de naturaleza subjetiva trascendente, en cuanto al propósito de facilitar la comisión del delito, cuya probanza debe configurarse a través de una base indiciaria de naturaleza objetiva, pues si ello no se hace se estaría penalizando una conducta desconectada con la relación delictiva, que da basamento a la figura delictiva en cuestión; claro que en el caso de la tenencia de un arma de fuego, la falta de la deliberación delictiva, implicaría la punción por el tipo penal previsto en el artículo 274° de la codificación punitiva.

Sub Capítulo II

El principio de legalidad, las conductas neutras y la lesividad penal

1. El principio de legalidad y determinación de los tipos penales:

1.1. Fundamento constitucional

El principio de legalidad está reconocido en el artículo 2 inciso 24 literal d) de la Constitución Política y en el artículo II del Título Preliminar del Código Penal. Este principio garantiza la imparcialidad del Estado, en tanto tiene que determinar de manera general y antes de la realización del delito las características del hecho prohibido y la reacción penal que cabe contra el responsable **(VILLAVICENCIO, 2014)**

El principio de la legalidad fue constituido en el Derecho Penal como un mecanismo para hacer frente a los abusos de los Estados despóticos, en tanto una previa determinación absoluta de las conductas prohibidas mediante la ley impedía abusos por parte de los detentadores del poder **(BRAMONT ARIAS, 1998)**

La comprensión del principio de legalidad como una garantía individual frente a la Administración de Justicia, ha llevado a algunos a afirmar que se trata de la derivación de un derecho fundamental referido a la dignidad humana.

La relación de dependencia del principio de legalidad con el sistema político asumido por nuestra Constitución Política, permite también una conclusión en contrario: teóricamente es posible concebir un sistema de organización política en el que no sea necesaria una determinación legal previa de las conductas delictivas. Si, por ejemplo, se encarga a los jueces facultades de dirección y decisión en una sociedad e incluso se les designa democráticamente, no podrá presentarse objeción alguna, desde el punto de la organización política, a una exclusión o limitación al

principio de legalidad [Vid, la escasa significación del principio de legalidad en los Estados judicialistas (**VILLAVICENCIO, 2014**)

1.2. Función:

En la medida que el principio de legalidad se muestra como un requerimiento de la configuración de nuestro concreto sistema político-social, el Derecho Penal tendrá que asumirlo en sus mecanismos de imputación. Sin embargo, su contenido específico debe tener en cuenta la función que el Derecho Penal cumple. Como ya lo mencionamos, un sector importante de la doctrina considera que la función del Derecho penal es fundamentalmente de motivación (prevención general) y, por ésta razón, ve en el principio de legalidad un mecanismo operativo para llevar a cabo tal motivación sobre los ciudadanos (**VILLAVICENCIO, 2014**).

(**ROJAS, 2013**) Según este entendimiento del principio de legalidad, la determinación previa de las leyes penales permite que el ciudadano sepa qué conductas puede realizar y cuáles no, así como con qué penas pueden ser sancionadas sus infracciones a la norma, de manera que pueda sopesar las consecuencias de su accionar y decidirse por una conducta adecuada a Derecho.

1.3. Manifestaciones:

La doctrina penal acepta prácticamente de manera unánime que el principio de legalidad tiene cuatro formas de manifestación: La reserva de ley, el mandato de certeza o determinación, la ley previa y la prohibición de analogía.

1.3.1. La reserva de ley (lex scripta)

La llamada reserva de ley establece que solamente por ley se pueden crear delitos y establecer penas. En este sentido, la ley se constituye en la única fuente inmediata del Derecho penal.

La costumbre, la jurisprudencia, los principios generales se utilizan, por el contrario, como medios para conocer el Derecho positivo, pudiendo, en el mejor de los casos, influir en la formación de nuevas leyes penales (**BRAMONT ARIAS, 1998**).

En nuestro sistema penal el término “ley” se amplía incluso más allá de la ley ordinaria, abarcándose las leyes en sentido material, es decir, los decretos leyes y los decretos legislativos (**VILLAVICENCIO, 2014**). Es más, el Código Penal actualmente es un decreto legislativo. En este sentido, la reserva de ley no se queda solamente en la ley ordinaria, sino que incluye las normas jurídicas con rango de ley expedidas por el Poder ejecutivo en virtud de una situación de gobierno especial o de una delegación de facultades legislativas del congreso.

1.3.2. Prohibición de irretroactividad (lex previae):

El principio de legalidad previsto en el artículo 2 inciso 24 literal d) de la Constitución Política señala que la determinación de la conducta delictiva y de la pena correspondiente debe ser previa a la realización de la conducta. Como consecuencia de esta exigencia constitucional, las leyes penales no pueden aplicarse retroactivamente para castigar como delito una conducta anterior a la entrada en vigencia de la ley penal o para imponer una pena no prevista en dicha ley con anterioridad a la realización del delito (**BRAMONT ARIAS, 1998**).

Razones de seguridad jurídica proscriben la posibilidad de sancionar penalmente una conducta, aun cuando sea considerada especialmente reprobable, si es que previamente no fue calificada de delictiva y se previó una sanción penal. Las leyes penales son pues irretroactivas. Esta regla general, sin embargo, encuentra excepción cuando la ley penal posterior resulta, en el caso concreto, más favorable al reo.

A esta aplicación retroactiva excepcional de la ley penal se le conoce con el nombre de retroactividad benigna **(VILLAVICENCIO, 2014)**.

1.3.3. Prohibición de analogía (lex Strcita)

El principio de legalidad tiene relevancia no sólo en el ámbito legislativo, sino que alcanza también a la actividad interpretativa de los jueces **(BRAMONT ARIAS, 1998)**, en la medida que les impide recurrir a la analogía para sancionar una conducta, tal como lo dispone el artículo 139 inciso 9 de la Constitución Política y el artículo III del Título Preliminar del Código Penal

El tenor literal no sería realmente un método de interpretación, sino un límite a la interpretación penal. Para determinar este límite habría que determinar el tenor gramatical de la ley por medio del uso ordinario del lenguaje **(ROXIN, 1983)**. Si este margen interpretativo es sobrepasado, con la finalidad de sancionar o agravar conductas acudiendo únicamente al fin de protección, entonces se caerá en una analogía prohibida por el Derecho penal. La interpretación de la ley penal puede llegar hasta donde lo permita su tenor literal.

1.3.4. La taxatividad o determinación de la ley (lex certa)

El principio de legalidad impone al legislador el deber de precisar en la ley penal todos los presupuestos que configuran la conducta penalmente sancionada y la pena aplicable **(VILLAVICENCIO, 2014)**. A esto se le conoce como el mandato de certeza o determinación. Se trata de una derivación lógica del principio de legalidad **(ROXIN, 1983)**, pues la sola exigencia de la expedición de una ley para castigar penalmente no bastaría para evitar excesos de poder, en tanto esta exigencia

podría cumplirse de manera formal y, pese a ello, mantenerse las condiciones para una arbitrariedad judicial.

La proscripción de leyes indeterminadas no debe entenderse, sin embargo, como la exigencia de leyes absolutamente determinadas en el sentido de la teoría de la distribución del poder de MONTESQUIEU (**ROXIN, 1983**), pues el legislador solo puede precisar en la ley los rasgos generales del delito y juzgarlo desde esta naturaleza general.

- **La función del mandato de taxatividad o determinación:**

Desde el punto de vista de la función preventiva del Derecho Penal, el mandato de determinación constituye un mecanismo que permite al ciudadano saber qué conductas debe evitar realizar y las consecuencias jurídicas que tendría su realización (certeza) (**ROXIN, 1983**), Roxin considera que la falta de observancia del mandato de determinación afecta la función de prevención general del Derecho penal.]. La ley penal constituye, en todo caso, un elemento de juicio que, junto con otros aspectos adicionales y un proceso particular de valoración por parte del sujeto individual, forma parte de un proceso de una toma de decisión. La ley penal no motiva, sino que a lo mucho ofrece criterios para una orientación eficiente en el sistema social.

- **La flexibilidad del mandato de taxatividad o determinación:**

La determinación legal de los elementos esenciales de la conducta penalmente relevante podría flexibilizarse en ámbitos especialmente dinámicos. Para ello resulta

necesario recurrir a cláusulas que se remiten a leyes complementarias extrapenales, a actos de la Administración, o que ofrezcan amplios márgenes de interpretación judicial **(ROXIN, 1983)**. Si bien con estas cláusulas podría afectarse el mandato de certeza, la doctrina penal no las rechaza absolutamente, pues considera que en ámbitos tan cambiantes, como por ejemplo el económico, no es posible exigir una tipificación casuística de las conductas delictivas o una modificación constante de las leyes penales para adaptarlas a los cambios de la sociedad **(PEÑA CABRERA, 2011)**

2. Conductas neutras o cotidianas en el derecho penal: riesgo no relevante

2.1. El riesgo penalmente relevante:

Se imputa jurídicamente un resultado cuando este deriva de una conducta que rebasó el índice del riesgo tolerado. La creación de un riesgo jurídicamente desaprobado es un elemento general del injusto común para los delitos dolosos, culposos, comisivos u omisivos. Se debe determinar que el peligro creado por el autor está desaprobado por el ordenamiento penal **(CARO, 2014)**.

(GARCÍA, 2014) El riesgo permitido en Derecho penal implica el reconocimiento de que nadie puede prever todos los riesgos que está creando, por lo que hay riesgos que no pueden ser objeto de prohibición por ser necesarios para la sociedad, como el tráfico público (vehicular, aéreo, ferroviario, etc.), instalaciones industriales, etc. En línea general, solo los riesgos no permitidos pueden ser objeto de imputación penal. Si el riesgo permitido es un elemento esencial del tipo objetivo de imprudencia, el tipo subjetivo vendría dado por el conocimiento o no del autor de los riesgos que está realizando con su actuar.

Por eso, mientras que quien conoce más riesgos no permitidos actúa imprudentemente, no lo hace quien los ignora. Un criterio indicador que permite delimitar el riesgo permitido es la propia normatividad en general, que describe comportamientos que por ser generadores de considerables peligros necesitan ser "reguladas". Un ejemplo de ello lo constituye la excesiva velocidad o lo hace sin la respectiva licencia, así como quien no respeta los semáforos o cualquier otra señal de tránsito.

El riesgo permitido se define en la concepción de Jakobs como el estado normal de interacción, es decir, como el vigente status quo de libertades de actuación, desvinculado de la ponderación de intereses que dio lugar a su establecimiento. **(CARO, 2012)** Por su parte, Frisch parte de la idea de que para que un resultado sea objetivamente imputable es necesario que este sea creación de un peligro objetivamente desaprobado, el peligro objetivamente da paso a la peligrosidad típicamente de la acción. Se parte así de la teoría de la imputación objetiva de resultados a la teoría de la conducta típica. Para precisar dicho pensamiento parte de tres parámetros:

- a) Hay riesgos idóneos para provocar en combinación con determinadas circunstancias la aparición de resultados típicos que puedan quedar excluidos de la esfera de formas de conducta prohibidas por tratarse de riesgos generales de la vida y riesgos usuales de la vida social. Aquí podría encontrarse la fundamentación de la absolución del procesado en nuestro caso.
- b) Los riesgos tolerados en cada particular ámbito social deben ponerse en claro a través de la concreción de los principios directivos de los ordenamientos primarios.

- c) Para limitar los riesgos tolerados, se tendrá que la magnitud del riesgo de una conducta está constituida por la configuración de esa conducta y por las circunstancias en las cuales la conducta se realiza.

Sobre el riesgo permitido Hurtado Pozo ha señalado lo siguiente: "(...) El agente debe crear una contingencia de paz de lesionar o poner en peligro un bien jurídico. Por lo tanto, la prohibición está orientada a impedir la creación de riesgos para los bienes jurídicos de terceros no de manera directa a evitar la producción de prejuicios. La prohibición de realizar comportamientos que cree no aumenten un peligro para los bienes jurídicos protegidos, como ya lo hemos explicado, no puede ser absoluta, porque la vida comunitaria requiere o tolera la ejecución de comportamientos que son peligrosos **(HURTADO, 2005)**.

Este peligro es calificado de permitido si el agente no crea peligro alguno se comporta dentro de los límites del peligro o riesgo permitido, significa que no ha actuado de modo imprudente. En el caso del chofer que conduce su vehículo conforme a las reglas del tráfico y produce la muerte de una persona que de pronto se lanza bajo las ruedas del mismo, el hecho de que conduzca un vehículo, fuente de peligro, no crea ni aumenta un peligro no permitido. En consecuencia, su comportamiento no es el previsto en el art. 111 (homicidio culposo). De esta manera la constatación de si el agente ha sobrepasado el límite del riesgo permitido está muy vinculado como para determinar si ha respetado sus deberes de diligencia" **(HURTADO, 2005)**.

En la mayor parte de los riesgos no es conveniente hacer un coste-utilidad de este tipo, y veces a pesar de contar con pronósticos sobre la magnitud de este tipo (por ej. sobre la relación entre una velocidad máxima permitida y una frecuencia de accidentes en el tráfico rodado, etc.). Por esta razón, junto al riesgo permitido por ponderación de riesgo aparece un riesgo permitido por "legitimación histórica". Determinadas formas de actividad

permitida han sido consagradas por el uso históricamente, a veces forzando el marco (tráfico rodado) y por ello se aceptan como socialmente adecuadas. Welzel se refiere por primera vez al concepto de adecuación social en su trabajo "Studien Zum System des Strafrechts" (1939), en el que dice que todas aquellas acciones que se mueven funcionalmente dentro del orden históricamente constituido quedan por fuera del concepto de injusto. Welzel propone llamar a estas acciones "socialmente adecuadas". **(CARO, 2012)**

La fundamentación del riesgo permitido está emparentada entonces con la ponderación de intereses en el estado de necesidad. El riesgo permitido tendrá lugar entonces cuando no solo es evaluable la magnitud del riesgo, sino también la utilidad y el perjuicio, con arreglo a baremos jurídicos; es decir, así se ha definido como interés jurídicamente reconocido o no. En el riesgo permitido importa que determinadas acciones, ya sea por su forma, no suponen defraudaciones de expectativas, porque su aceptación es necesaria, o al menos usual, para mantener la posibilidad del contacto social, cuando no se ha probado que la causa del accidente y posterior muerte del agraviado haya sido por el aumento del riesgo permitido al conducir vehículos motorizados **(VILLAVICENCIO, 2014)**.

La existencia inevitable de focos de peligro en las que el legislador tolera o muchas veces promueve para el mejor desarrollo de la sociedad ya que ofrece utilidad social-económica, requieren como contrapartida que determinadas personas para mantener controladas los índices de peligrosidad y mantenerlas dentro del riesgo permitido y no que rebasen dichos límites que suponen afecta a los bienes jurídicos en forma de resultado típico **(VILLAVICENCIO, 2014)**.

2.2. Conductas neutras: la llamada prohibición de regreso

Caro John considera que a la "prohibición de regreso le corresponde la explicación de quién, al administrar su ámbito de organización, ha obrado inimputablemente mediante la realización de un riesgo no permitido (...) fija los límites generales entre el comportamiento imputable y no imputable". **(CARO, 2012)**

En esa perspectiva, García Cavero sostiene que "una actuación conforme al estereotipo de conductas socialmente permitidas no constituye una infracción al rol de ciudadano. El hecho que el agente haya actuado dolosa o culposamente respecto de la futura utilización de su aporte por otro en un contexto delictivo, no cambia en nada el carácter permitido de su actuación. Una imputación del comportamiento no resulta justificada sólo porque exista una conducta causal evitable, sino que es necesario que esta última constituya una infracción del rol general de ciudadano. Si no tiene lugar una infracción del rol de ciudadano, entonces estaremos ante una prohibición de regreso". **(GARCÍA, 2014)**

Explica Caro John que "... la irrelevancia penal de una conducta neutral entonces se debe interpretar en el contexto social de actuación mediante la comprobación de si el actuante obró conforme a los deberes que tiene que cumplir, con independencia de si obrar es mediante acción u omisión, y también muy al margen de los datos psíquicos que puede tener en su mente. Esto último, sobre todo, porque la garantía de una coexistencia de libertades que brinda el Derecho penal no comienza con la interpretación de lo interno de la persona, sino con la captación del significado jurídico de la conducta en su interrelación en el mundo exterior'. **(CARO, 2012)**

Agrega Caro John que si "... el actuante al prestar sus servicios se entera de los planes delictivos de un autor determinado o advierte

que al brindar su aportación se está involucrando en un hecho delictivo, no se convierte en garante de lo que el autor haga con el servicio que presta. El único conocimiento exigible penalmente es el perteneciente al rol, o sea, un conocimiento estandarizado, que se sustrae a la constitución individual de su portador como titular de una posición de deber. Se rechazan entonces los conocimientos especiales, porque se sustraen al estándar que todo actuante debe conocer. En definitiva: no es lo que el actuante conoce si más bien lo que debe conocer en su posición -rol- social el único dato exigible válido para una imputación jurídico-penal. **(CARO, 2012)**

Desde el punto de vista de la imputación objetiva, teoría que señala que es elemental reconocer que no puede considerarse que un acompañamiento crea un riesgo jurídicamente relevante cuando la conducta se somete a los niveles de riesgo permitido. Así, la imputación objetiva desaparece, entre otras posibilidades, cuando el agente realiza un comportamiento permitido, tolerado, incluso fomentado por el ordenamiento, o, como en este caso, una conducta neutra. Como cuestión introductoria diremos que en una sociedad organizada en régimen de repartos de tareas, con intercambio de información y de bienes extremadamente complejos, ha de diferenciarse de manera rigurosa lo que es el sentido objetivo de un contacto social y qué es lo que los intervinientes pretenden con ese contacto desde el punto de vista subjetivo. En ese sentido, en ámbitos donde existan divisiones de trabajo y jerarquización de funciones como en la Administración Pública, en palabras del propio Jakobs "no todo es asunto de todos" **(CARO, 2012)**

En otras palabras, un comportamiento estereotipado inocuo no constituye participación en una organización no permitida. Se está ante un regreso cuando el comportamiento inocente de un tercero es reorientado delictivamente, lo que no deberá de comprometerlo. Ejemplo: El panadero que advierte que su cliente va a envenenar, a

través de los panes, a su mujer. El taxista que se da cuenta de que está transportando a un terrorista que horas más tarde dinamitará un importante edificio. Los magistrados que dirigen un proceso en el que se juzga a los miembros de un grupo terrorista tienen conocimiento de la amenaza de asesinar a un político si siguen adelante con el proceso. Lo hacen y un político es asesinado. La madre deja sola a su hija, que acaba de dar a luz a un hijo no matrimonial; la hija mata al hijo común (y se suicida). Se construye una vivienda que corre peligro de sufrir un incendio y se alquila a persona que conoce esta situación. La vivienda se incendia por un motivo desconocido, sin que quepa excluir un hecho doloso, con la consecuencia de que mueren algunas personas. **(GARCÍA, 2014)**

3. El principio de lesividad

3.1. Definición:

Si el concepto de acción tiene como principal característica la voluntariedad, pero solo esta es relevante jurídico-penalmente en la medida en que se haya exteriorizado, es decir que se haya dado cumplimiento al principio de lesividad como función limitante del Derecho penal **(PEÑA CABRERA 2011)**.

(GARCÍA, 2014) El art. IV del Título preliminar del Código Penal regula el denominado principio de lesividad en nuestro ordenamiento penal, principio que se enmarca dentro de la función del Derecho penal, en el sentido de que la pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley, reconociendo de esta manera no solo los delitos de lesión, sino también la existencia de los delitos de peligro que la doctrina actual ha desarrollado. En los delitos de lesión, el tipo requiere la efectiva destrucción o menoscabo del bien jurídico para su consumación; en los segundos (de peligro), es suficiente con el peligro para el bien jurídico protegido, con la amenaza del mismo.

En los delitos de peligro, el legislador, de acuerdo con la experiencia y el nivel de los conocimientos científicos, considera que determinados comportamientos son idóneos para perjudicar bienes jurídicos. Su interés en reprimirlos, radica en la idea de que para protegerlos con eficacia es indispensable adelantar la barrera de protección. Es por ello, que en lugar de esperar la producción del daño real (resultado material), estima que es mejor intervenir en el momento previo a que se produzca este suceso, es decir, cuando el agente crea una situación que pueda producirlo (situación de peligro).

3.2. La protección de bienes jurídicos como fin del derecho:

El bien jurídico como obra de la ilustración lo fundamentó y formuló Paul Johann Anselm Feuerbach, como arma contra una concepción moralizante del Derecho penal. Para declarar una conducta como delito no debería bastar que suponga una infracción de una norma ética o divina. Es necesaria ante todo la prueba de que lesiona intereses materiales de otras personas, es decir, de que lesiona bienes jurídicos. Sin embargo, habrá que tener en consideración que el bien jurídico cuenta desde mediados del siglo XIX desde Birnbaum- entre los conceptos fundamentales del Derecho penal. Pero hasta hace poco su significado no ha sido verse en una función de límite al legislador, sino como expresión de la ratio legis, del objeto de protección elegido por la ley; y de ahí la doctrina se esfuerza en ratificar la vigencia inamovible del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, convirtiéndolo en uno de los principios políticos centrales para la fundamentación del Derecho penal democrático **(VILLA STEIN, 2010)**.

Por otro lado, junto a las tradicionales funciones del bien jurídico, de orden dogmático-interpretativo (que busca la ratio legis del bien jurídico involucrado en la protección, orientación teleológica), garantizadora (que busca castigar solamente conductas que afectan bienes jurídicos importantes) y clasificadora (que responde

a un criterio de jerarquización de los bienes jurídicos que subyacen los tipos penales), se va perfilado paralelamente con mayor nitidez la idea de la función crítica trascendente al sistema penal, como rol decisivo de la política criminal, puesto que constituye el punto de unión entre la realidad y la valoración jurídico-penal.

(GARCÍA, 2014) El bien jurídico, como obra del pensamiento de la ilustración, merece destacar algo curioso en la elaboración sistemática de los juristas. Siendo una categoría fundamental del Derecho penal, motivo único de punición de las conductas prohibidas, solo se le conceda un carácter "residual" o paradójicamente "fragmentario", pues casi no tiene protagonismo alguno en la sistemática de la Parte general. Solo servirá en la mayoría de veces para interpretar la ratio incriminadora de los tipos de injusto de la Parte especial. Cualquier exposición sobre la Parte general del Derecho penal sitúa al bien jurídico como su razón de protección exclusiva y, sin embargo en el desarrollo de la teoría analítica del delito, no se le vuelve a mencionar, sino es hasta llegar a la Parte especial. En tal virtud, Hassemmer tiene razón cuando escribe que la "... teoría del bien jurídico siempre parece quedarse atrás en el desarrollo del derecho penal". Esto, definitivamente implica que la función de los bienes jurídicos no puede de manera alguna limitarse exclusivamente a la mera ordenación distributiva de temas delictivos dentro de la Parte especial de los códigos penales, sino que debe constituir una guía interpretativa de directa incidencia en la función interpretativa y aplicativa.

La finalidad primordial del Derecho penal es la protección de los bienes jurídicos tutelados y con ello también se logra el mantenimiento del orden social. Ello lo realiza a través de la pena sobre la base de los fundamentos prevencionistas que lo pregonan. A esto habría que agregar que toda intervención punitiva está sometida a determinados postulados consagrados expresamente por la comunidad, caso contrario dicha intervención perderá legitimidad. El llamado "fin ético-social" propio de autores como

Welzel perseguían la protección de la vigencia de los valores ético-sociales, de los valores elementos de la vida de la comunidad. La misión del Derecho penal-según Welzel- es proteger los valores elementales de la vida en comunidad.

El bien jurídico es un bien vital de la comunidad o del individuo, que por su significación social es protegido jurídicamente. La mera protección de bienes jurídicos tiene solo un fin preventivo de carácter policial y negativo. Por el contrario, la misión más profunda del Derecho penal es de naturaleza ético-social y de carácter positiva. Al proscribir y castigar la inobservancia efectiva de los valores fundamentales de la conciencia jurídica, revela, en la forma más concluyente a disposición del Estado, la vigencia inquebrantable de estos valores positivos de acto, junto con dar forma al juicio ético-social de los ciudadanos y fortalecer su conciencia de permanente fidelidad jurídica **(VILLA STEIN, 2010)**.

Es de destacar que por el hecho de que se haya llegado al último escalón en la protección de los bienes jurídicos como es el Derecho penal y mortales consecuencias que acarrea (la pena), solo pretenda el Estado, en cuanto a su estrategia, la actuación monopolizada o exclusiva del mismo sin tomar en cuenta las consideraciones de las otras disciplinas de las "ciencias penales" o "ciencia global del Derecho penal", como lo son la dogmática jurídica, criminología positiva y actualmente la criminología crítica, victimología, penología, entre otros que si bien son distintos en su naturaleza, son complementarios y resulta eficaz de cara al objetivo común que orienta toda política criminal: estabilidad de la convivencia social **(GARCÍA, 2014)**.

La teoría del bien jurídico servía para reforzar la anonimidad de la víctima, en tanto la objetivaba, y así el Derecho penal se podía dedicar a su "protección", por lo que no le interesaba la vida de Juan o de Pedro, sino la "vida". Asimismo, tampoco le interesaba el patrimonio de Juan o Pedro, pues -como anota Maier- la protección estaba más allá del daño real provocado a una persona

y próxima a la desobediencia, al control de comportamientos que hacían peligrar la paz jurídica dentro de un sistema de organización social. El conflicto, entonces, se reducía a la relación Estado-súbdito; en la traducción procesal, persecución estatal-imputado.

Por su parte, Binder, citado por PEÑA CABRERA anota que, por ejemplo, el límite del bien jurídico tiene que ser la defensa del interés de la víctima. "El estado, al seleccionar un conflicto (con los límites de los cuales ya hemos hablado), lo hace pensando en los intereses en juego y porque considera que uno de los intereses contrapuestos es más valioso y debe ser protegido. En esta dimensión, el estado no puede ni desentenderse del concepto de la víctima, ni introducir un interés autónomo al de ella (que, recordemos, puede ser el concepto de personas que forma la sociedad). Introducir un interés autónomo es una de las formas que se han utilizado para provocar el corrimiento del conflicto primario hacia el castigo de la infracción, y desconocer el interés de la víctima (la víctima como excusa) ha sido una de las formas de disfrazar un puro interés estatal, desvinculado de las necesidades sociales" **(PEÑA CABRERA, 2011)**.

La idea del bien jurídico se opone al castigo a la mera infracción como desobediencia. Además, debe tenerse en cuenta, que el bien jurídico no integra la tipicidad y tampoco la norma que subyace al él, sino que constituye la base fundamental sobre el cual se construye y "reconstruyen" los tipos de injustos y demás elementos del hecho punible. Así las cosas, el legislador al momento de crear infracciones penales, tendrán que establecer determinados criterios político-criminales que permitan justificar la incorporación de aquellos bienes jurídicos que necesitan protección desde la órbita punitiva. Asimismo, para el juzgador al momento de la aplicación e interpretación teleológica-sistemática de la ley ("según el bien jurídico protegido"); este tipo penal se convertirá en una herramienta indispensable que permitirá reducir a sus justos límites la materia prohibitiva y delimitar previamente la posición en torno a

las múltiples fundamentaciones teóricas-dogmáticas que existen en torno al bien jurídico, como también al gran contenido criminológico que subyace en él.

El bien jurídico, entre otras funciones, cumple un protagonismo central en la interpretación de los tipos penales, pues a partir de él se definen los elementos que forman el supuesto típico; de allí que deba considerársele como el más importante elemento de interpretación. Los bienes jurídicos no son tales porque el legislador los haya catalogado abstractamente en una norma jurídica, que puede estar supeditada quizá a un evento o situación coyuntural, sino porque representan presupuestos indispensables para la vida en común. En general, los "bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema" (**VILLA STEIN, 2010**).

Los bienes jurídicos más indiscutibles han sido reconocidos como derechos humanos por las declaraciones internacionales; estos derechos humanos representan intereses del individuo frente al Estado. Los bienes jurídicos son presupuestos indispensables para la realización del hombre a través de la funcionalidad social, los que son objetivados mediante su captación en el ordenamiento positivo. Asimismo, existe un enlace evidente, una conexión íntima entre bienes jurídicos y función motivadora de la norma. En verdad, ella lleva a cabo una protección a través de la motivación, porque la norma -que es de esencia imperativa- actúa apelando a la motivación del destinatario, para inclinar su decisión y determinarle a favor del Derecho (**GARCÍA, 2014**).

La protección de bienes jurídicos no significa imperiosamente la tutela a través del recurso de la pena criminal, puesto que un tema son los bienes jurídicamente protegidos y otro son los bienes jurídicos "penalmente" protegidos. Este último siempre tiene un ámbito mucho más reducido de tutela jurídica, que pasa

principalmente por una decisión política criminalizante. En consecuencia, es inconcebible que pueda existir un tipo penal que no tenga como propósito proteger un bien jurídico determinados. Por eso, se ha dicho que el Derecho penal tiene encomendada la misión de proteger bienes jurídicos. La intervención punitiva del Estado solo se legitima cuando salvaguarda intereses o condiciones que reúnan dos notas. En primer lugar, la de la generalidad: se ha de tratar de bienes o condiciones que interesen a la mayoría de la sociedad, no a una parte o sector de esta. En segundo lugar, la de la relevancia: la intervención penal solo se justifica para tutelar bienes esenciales para el hombre y la sociedad, vitales. Lo contrario sería la utilización de un uso sectario o frívolo del Derecho penal: su prevención **(VILLA STEIN, 2010)**.

Se sostiene en la actualidad que en vez de un concepto abstracto de bien jurídico, de índole estático y deducido directamente de valores de difícil materialización, es preciso ofrecer más bien "criterios delimitadores" para intentar la selección de los valores a proteger por el Derecho penal mediante un procedimiento de carácter negativo (Derecho penal mínimo). A ello se agrega, con razón, que al concepto de "bien jurídico" se le confiere una importancia sistemática fundamental, no solo en la ciencia del Derecho penal, sino además en el plano de la teoría general del Derecho. Por eso, se ha llegado a hablar del "dogma" del bien jurídico protegido, de modo que sería rechazable todo precepto del que no pudiera decirse que pena conductas que lesionan o ponen en peligro un bien jurídico. De ahí que se diga, con toda razón, que la función del Derecho penal sea la protección de bienes jurídicos; desterrándose de esta manera protecciones ligadas a meras desobediencias formales, o injustos administrativos o simplemente a cuestiones bagatelares **(HURTADO, 2015)**.

El bien jurídico constituye el objeto típico de protección de las normas penales. Todo injusto típico, que lesiona la norma penal, tiene como contenido material de lesión o puesta en peligro del bien

jurídico protegido en el tipo legal. La dispensa de protección típica a cada uno de tales bienes jurídicos es una característica configuradora del Derecho penal. La idea de bien jurídico, ni siquiera es posible construir una prohibición de insuficiencia en el Derecho constitucional, y por consiguiente, tampoco en el Derecho penal. La suposición de un bien jurídico necesitado y digno de protección es la base sobre la que se apoya un deber de protección, es el motor que hace funcionar la prohibición de insuficiencia y que pretende obligar al legislador a actuar. Así, la función protectora de "bienes jurídico-penales" ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional español en su sentencia 8 de junio de 1988, en la que otorga al Derecho penal "la finalidad de dotar de la necesaria protección a valores, bienes o intereses que sean constitucionalmente legítimos en un Estado social y democrático de Derecho".

Los bienes llamados "jurídicamente", si bien poseen la misma importancia y jerarquía, habrá que advertir que tienen en su seno diferentes matices de regulación, y esto puede verse reflejado en el sistema de coerción ejercido por el Estado. Para muestra de ello veamos algunos ejemplos. En el ámbito de la responsabilidad civil, se necesitará la infracción del supuesto de hecho contenido en normas jurídicas que conciernen a la naturaleza dispositiva de las partes involucradas, para lo cual acarreará la imposición de una consecuencia jurídica (sanción pecuniaria o indemnizatoria), de acuerdo con lo previsto en la legislación civil. Por otro lado, en el ámbito del Derecho administrativo sancionador, o simplemente Derecho sancionador, si bien la vulneración de sus normas se relaciona con el Derecho público, es decir, aquellos intereses estatales o institucionales que escapan a la libre disposición de los sujetos, pero la característica estará dada por la inaplicación de una pena, aquella sanción prevista en la Ley (en sentido amplio) de la materia administrativa (por ej. multa).

Sin embargo, sí existe una parcela del ordenamiento jurídico, que ante la presencia de determinadas formas y modalidades de ataque -sea de resultado lesivo o peligroso- a bienes jurídicos se precise, previamente establecida en la legislación penal, la imposición estatal de una sanción, como, por ejemplo, la pena privativa de libertad, teniendo como finalidad intrínseca la prevención general y especial (resocializadora) y que no tienen las demás ramas del Derecho- capaz de preservar suficientemente las condiciones mínimas de convivencia social; esto constituye la categoría de bienes penalmente protegidos.

Debe establecerse algunos lineamientos que nos permitan abordar el tema del bien jurídico de acuerdo con la doctrina más actual. Así, el Derecho penal contemporáneo se fundamenta en principios de exclusiva protección de bienes jurídico-penales importantes, seguidos del principio de subsidiaridad, de necesidad y de efectividad. Esto significa, en palabras de Luzón Peña, que solamente se consideren punibles aquellas acciones de ciertos autores frente a las que, en virtud de su gravedad, de la situación y de las circunstancias concurrentes, una determinada pena aparece, tanto en general como en el caso concreto, como merecida, proporcionada y necesaria.

Por otro lado, el legislador ha de moverse siempre dentro del ámbito delimitado por los bienes jurídicos. Sin embargo, el marco de movilidad es aún de gran amplitud, pues dentro de él no siempre debe utilizarse el Derecho penal, sino que puede recurrirse para su garantía a otros medios de control social y, en concreto, a otras ramas del ordenamiento jurídico. Así, Binder ha dicho que "una teoría del bien jurídico nos debe indicar los criterios que impiden al estado seleccionar un conflicto, aun cuando el poder punitivo sea el último recurso. Uno de los efectos de la función subsidiaria del concepto de bien jurídico-penal es que resulta claro que la idea de bien jurídico y la teoría que en torno a él se ha generado deben combatir muchos problemas e interrogantes, pero puede servir de

base a reflexiones críticas importantes; como por ejemplo, por qué conductas homosexuales no lesionan ningún bien jurídico y, por lo tanto, no deben ser criminalizadas (**PEÑA CABRERA, 2011**).

Es necesario advertir que la protección brindada al bien jurídico-penal es a su vez una protección realizada de manera indirecta o mediata a todas las ramas del ordenamiento jurídico, ya que sería contradictorio que por un lado, se proteja la vida y por el otro sería tolerable su extinción. En tal virtud, utilizaremos la denominación: bien jurídico-penal. En este orden de pensamiento, las funciones que realmente se considera legítima y adecuada al Derecho penal, son la función instrumental, la misma que se concibe como medio para la protección de bienes jurídico-penales resultantes de una selección operada conforme a los principios de intervención mínima, que legitima a las normas penales, pues consiste en el efecto disuasorio de las conminaciones legales a sus eventuales infractores por la aplicación de la ley. Afirmandose que las controvertidas funciones de carácter simbólico (resultado de momentos críticos económicos, sociales o políticos que suele incidir en la criminalidad "expresiva": terrorismo, narcotráfico; además priman las funciones "latentes" sobre las "manifiestas") promocional (que el Derecho penal debe operar como un poderoso instrumento de cambio y transformación de la sociedad y no limitarse a conservar el statu quo) y ético-social (el Derecho penal como fuerza creadora de costumbres y un "poderoso magisterio" de facto) significa una conculcación a los principios de subsidiaridad -ultima ratio- e intervención mínima.

El Derecho penal es entendido como potestad punitiva del Estado (Derecho penal en sentido subjetivo, *ius puniendi*), fundamentadora de la existencia de un conglomerado sistemático de normas primarias y secundarias.

Véase, por ejemplo, la Sentencia de fecha 13.10.2006 (**Expediente acumulado N° 560-03**), por la Sala Penal Nacional de Terrorismo en el caso "Abimael Guzmán Reinoso y otros", que entre sus

fundamentos manifiesta que: "Así pues, el Derecho penal describe una selección de conductas humanas que han sido negativamente valoradas por los legisladores y la sociedad, y por ese motivo se declaran delictivas y se conmina con penas, pero en la medida en que esas conductas son consideradas repudiables se afirma también el valor y respeto que han de merecer los intereses o bienes que esas conductas ofenden. Por ello se afirma que el Derecho penal es un instrumento jurídico con el que se pretende contribuir a la convivencia y responder frente a los más graves ataques a los principios y valores en los que se supone que esta se asienta. El Derecho penal no se reduce a un sistema de previsión de reacciones jurídicas llamadas penas ante la comisión de un hecho tipificado como delito, sino también es un poderoso elemento que coadyuva a la estructuración de la sociedad y que expresa relaciones de poder y sometimiento en el seno de la misma. Por ello, el poder punitivo del Estado en la sociedad moderna no es más que ejercicio de una potestad, frente a la cual el ciudadano no se encuentra en una relación jurídica de "igualdad", sino meramente subordinado a ella. Por tanto, tal potestad se ejerce como expresión de la voluntad de la mayoría de los ciudadanos, y en interés del conjunto de los mismos se le impone a los que contra ella se comporten (**VILLA STEIN, 2010**).

Que al estar en conexión con la realidad social propicia que el bien jurídico asuma una importancia esencial en la reconstrucción del tipo del injusto. Ahora bien, una breve historia del bien jurídico nos hace entender que el concepto de bien jurídico, desde sus orígenes, no nace con pretensiones de limitar al legislador (de lege ferenda), sino para expresar, interpretar y sistematizar la voluntad de este, como ratio legis del ius positum (de lege lata). Así las cosas, el bien jurídico-penal deberá cumplir una función material que es doblemente importante. Dicha función está ligada por un aspecto crítico tanto por los objetivos dogmáticos que de hecho protege el orden penal vigente (lege lata), así como a las

valoraciones político criminales que se relaciona con aquellos intereses que reclaman protección penal (lege ferenda), bajo los cuales deben sumarse los lineamientos imperativos de 'merecimiento y necesidad de pena insertados en el modelo del Estado social y democrático de derecho.

En efecto, creo también que la discusión jurídica -al margen de su variedad y complejidad que representa el concepto de ambiente- hace patente una idoneidad en los procesos de criminalización tanto primaria (creación de norma) como secundaria (aplicación de la norma). Como indica Albin Eser, citado por GARCIA CAVERO) la cuestión está en identificar la problemática que puede resumirse en tres consideraciones: la cuestión del merecimiento de protección: por qué y en qué medida la naturaleza y el ambiente son, en general, dignos de protección; la cuestión de la necesidad de protección: hasta qué punto esta protección debe ser de tipo jurídico; la cuestión de la capacidad de protección: en qué medida y con qué instrumentos jurídicos parece finalmente alcanzable la protección requerida (**GARCÍA, 2014**).

3.3. Momentos de análisis del bien jurídico:

Según Peña Cabrera (**PEÑA CABRERA, 2011**) existen diversos momentos de análisis para la elaboración del bien jurídico en la vía penal. Estos momentos son los siguientes:

- a) Así, existe un primer momento de análisis del bien jurídico-penal cuando el legislador intenta crear un delito o hasta una falta o contravención en el Código Penal; por ejemplo, antes de introducir determinados tipos penales, previamente debería preguntarse si una determinada conducta dañosa, que se intenta acompañar con una pena criminal, vulnera determinados intereses personales y sociales. Así, por ejemplo, la incorporación de los denominados delitos contra la "humanidad" (en las cuales se

encuentra la tortura, el genocidio) determinó que existían hechos disvaliosos que merecían una tutela jurídico-penal.

b) Existe un segundo momento de análisis cuando, por ejemplo, el juez penal intenta encontrar una razón en su fallo imponiendo una pena precisamente porque la conducta del sujeto ha afectado (lesión o puesta en peligro concreto) un bien jurídico-penal -principio de lesividad. A veces cuando los juzgadores llegan a la conclusión (dentro del proceso) que a tal persona se le ha encontrado culpable de un delito, es porque, en realidad, ha vulnerado un bien jurídico-penal. No se concibe, actualmente, una sentencia condenatoria si es que no hay un bien jurídico que se haya transgredido, ya sea en forma consumada o tentada.

c) Por último, un tercer momento de análisis del bien jurídico es cuando el jurista o intérprete trata de razonar sobre las posibles alternativas y reformas de lege ferenda que deberían introducirse en la Parte especial del Código Penal. A veces, la visión de quienes comentan las distintas figuras de la parte especial resulta muy "limitada" si solamente se ocupan de los tipos penales y olvidan el análisis del bien jurídico. A veces la razón de un tipo penal encuentra sentido si se "engarza" con el bien jurídico que se pretende proteger. Quizá brindamos mucha atención al análisis objetivo de los tipos penales (por ejemplo: sujetos activos y pasivos, verbos típicos, relación de causalidad, resultado y consumación, etc.) y olvidamos que todos esos conceptos están en función de la protección del bien jurídico-penal.

No es que en cada momento de análisis el bien jurídico-penal adquiera una distinta "dimensión" y que sea, a su vez, contradictorio con el otro momento de análisis, sino por el contrario, cada momento supone una distinta posición por parte de quien hace el análisis (legislador, juzgador o jurista) teniendo como base fundamental el bien jurídico-penal. Por

tal motivo, remarco que no interesa el orden de análisis del bien jurídico-penal, es decir, resulta irrelevante el orden en que lo hemos presentado en esta oportunidad (legislador, juzgador y jurista), sino lo relevante está en la forma de cómo lleva a cabo su labor.

Sub capítulo III

Fundamentos jurídicos para la derogación del marcaje o reglaje en el Perú

1. Adelantamiento de la barrera de punibilidad y una muestra más del derecho penal del enemigo:

Es innegable que actualmente asistimos a una expansión irrefrenable del Derecho Penal, a nuevos ámbitos sociales, mediando la adscripción referencial de la <<Sociedad del Riesgo>>, en cuanto a la penalización de comportamientos que tiendan a colocar en estado de peligro intereses supraindividuales, dando lugar a la llamada modernización del Derecho penal, lo cual se justifica en mérito a los fines preventivos de la norma jurídico-penal y desde un plano estrictamente sociológico. Movimiento de expansión plenamente legitimado, conforme las nuevas descripciones sociológicas de la sociedad moderna y, conforme su estrecha vinculación con los bienes jurídicos fundamentales.

No obstante, lo anotado, se observa en nuestra normativa, que las reformas de política criminal -exaltadamente punitivistas-, tienen como marco referencial a los delitos convencionales, aquellos comprendidos en la conocida acepción teórica-conceptual del <<Derecho Penal Nuclear>>, v. gr, Robos, Secuestros, Extorsiones, Violaciones sexuales y otras conductas típicas pocas afines, ello debido a la creciente e incontenible estadística criminal de estos injustos penales. Ciertamente, las urbes y zonas rurales de nuestro país, padecen una irrefrenable criminalidad, bajo contornos de extrema violencia y peligrosidad; empero, dicha situación criminológica es sobredimensionada por los medios de comunicación social, generando en la colectividad, una demanda enérgica por una mayor dureza punitiva, dando lugar a la respuesta inmediata del legislador, la cual se manifiesta en las permanentes e incesantes reformas normativas del Código penal, tomando lugar instituciones propias de un Derecho Penal de Autor así como la incorporación de figuras delictivas, muy alejados de un efectivo estado de lesión, que en el presenta se

devela a través de la penalización de meros actos preparatorios, como se observa en el caso del delito de <<Reglaje>>; es así que aparece en el escenario de las tipificaciones penales, que basan su desvalor, en la contemplación de un verdadero estado de sospecha, pues en esta hipótesis delictual, ni siquiera será necesario que el agente ponga en peligro la indemnidad de un bien jurídico, sino que la sola posesión de un instrumento riesgoso o una actuación en si “sospechosa”, es la que define la materialidad de este injusto penal, claro con el añadido de un elemento subjetivo de naturaleza trascendente, que en la práctica no será fácil de acreditar.

Estamos de acuerdo, por tanto, que las construcciones de estas convenciones penales, sostenidas ideológicamente bajo la bandera de la <<seguridad ciudadana>>, lo que provoca es una merma sustancial en el ámbito de las libertades fundamentales, lo cual nos acerca a los dictados de un Estado Policial (<<Derecho Penal del Enemigo>>) y a la existencia de un <<Derecho Penal de Autor>>, contrario a los postulados de un Estado Constitucional de Derecho, proyección de política criminal que viene promocionada por dos aspectos a saber: -primero, por el empleo indiscriminado del Derecho Penal, en mérito a sus efectos promocionales y socio-cognitivos, propiciando el fenómeno del <<Populismo Penal>> y, segundo la identificación de un estado perceptivo de temor y angustia en los miembros de la población, creando una sociedad de sujetos pasivos, como quienes como consecuencia de la sanción de esta draconiana norma penal, obtendrán una aparente sensación de seguridad (subjetiva) y así lo decimos, en la medida que esta orientación criminalizadora no tendrá los réditos y/o resultados que se esperan de ella, pues si fuese así, hace tiempo ya que, en el Perú, se hubiesen reducido las cifras de la criminalidad tradicional, conforme un planteamiento normativo que se inició a fines de la década de los noventa.

No podemos abdicar en la función de poner coto así como levantar una voz crítica y reflexiva, a este irrefrenable modo de legislar en materia penal en el Perú, donde la <<irracionalidad punitiva>>, está llegando a límites

en realidad insospechados, poniendo en riesgo las bases estructurales de un Estado Constitucional de Derecho. Parafraseando a Zaffaroni, diremos hoy más que nunca en el último siglo es menester acentuar la importancia de la función de contener del poder jurídico, como modo de preservar las tradiciones democráticas amenazadas por una publicidad escandalosa, que coacciona a los políticos y los propios jueces y que lleva a los primeros a desbaratar las leyes penales, hasta el punto de que la legislación penal de Latinoamérica pasa por el peor momento de decadencia, oscuridad e irracionalidad de toda su historia [ZAFFARONI, E.R.; Estructura básica del Derecho Penal, cit., p. 334.].

No es que no compartamos la idea que el Derecho Penal no ejerce tarea y/o rol alguno en el control, contención y prevención de estos comportamientos penalmente prohibidos, sino que dicha intervención debe sujetarse a sus principios que legitiman, que tienen como soporte fundamental el acto, como acción u omisión que lesiona y/o pone en peligro un bien jurídico -penalmente tutelado-, de acorde a los dictados de un Estado Constitucional de Derecho. Por tales motivos, consideramos que las medidas adecuadas a esta problemática, deben importar reforzar los mecanismos e instrumentos de actuación policial a través del fortalecimiento de las tareas de inteligencia policial, modernización de los métodos de prevención delictual, aparejado al manejo de datos e información confiable, en cuanto a lugares, zonas y otros referenciales, que coadyuvan a la planeación de una eficiente y eficaz prevención de conductas delictivas y, no de acudir al fácil expediente del Derecho Penal.

2. Puede ser confundida con conductas neutras o actos dentro del riesgo permitido

La delincuencia ha ido incrementándose con el pasar de los años de una manera asombrosa, generándose así conmoción y alarma social no solo a nivel nacional sino también a nivel internacional. Siendo así que el Estado ha tenido que adoptar nuevas técnicas legislativas para elaborar

construcciones normativas que coadyuven de modo eficaz a la lucha contra la delincuencia, es en ese sentido se han elaborado una constelación de estructuras normativas con el propósito de realizar protecciones a bienes jurídicos de gran trascendencia y relevancia para el derecho penal, generando con ello la vigencia del derecho penal del enemigo, en el cual prevalece el adelantamiento de las barreras de punibilidad, **la cual consiste en crear tipos penales en mucha de las veces absurdos que generan interpretaciones inconstitucionales a las conductas que cualquier ser humano puede realizar dentro del riesgo permitido**, porque básicamente, estas conductas constituyen actos preparatorios punibles, tal como, sabemos dentro de la teoría del iter criminis (tentativa de delito) los actos preparatorios son equívocos, por ejemplo, comprar veneno para ratas, el cual bien desde una óptica del riesgo permitido puede servir para efectivamente matar ratas, es por eso que señalamos que son equívocos en toda su dimensión; asimismo el incremento de las penas, porque este tipo penal en su vertiente base tiene una pena no menor de 3 ni mayor a 6 años y en su tipo agravado la pena oscila entre 6 a 10 años, flexibilización de las garantías, en este extremo de este tipo penal se transgrede desde la esfera sustantiva la real afectación o puesta en peligro de un determinado bien jurídico (Principio de lesividad), proporcionalidad de la pena, muchas veces puede dotarse de vigencia ilegítimamente la responsabilidad objetiva por el resultado, desde la óptica procesal se vulnera el principio de presunción de inocencia ya que por la mera circunstancia de estar en un lugar viendo a una persona sin ánimo de delinquir se le presumiría responsable del acotado delito.

Siendo así que, sin perjuicio de ser categórico en señalar que toda manifestación del Derecho Penal del enemigo implica considerar a algunos individuos como no personas (enemigos), por lo cual, según sus postulados, no se les aplica los fines constitucionales de la pena, debemos enfatizar que esta doctrina es contraria al derecho principio de la Dignidad Humana, así como a las reglas de un estado que se funda en el principio político democrático, cabe señalar que a nivel jurisprudencial el Tribunal

Constitucional, por medio del expediente N° 00014-2006-PI/TC- Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima, ha afirmado y distinguido lo siguiente: “ *Constitución y derecho penal del enemigo. 4. En sentencia anterior (STC 0003-2005-PI/TC, fundamentos 16-17), este Colegiado ha precisado que “ (...) la política de persecución criminal de un Estado Constitucional democrático no puede distinguir entre un derecho penal de los ciudadanos y un derecho penal del enemigo; es decir, un derecho penal que distinga, en cuanto a las garantías penales y los fines de las penas aplicables, entre ciudadanos que delinquen incidentalmente y desde su status en tanto, de aquellos otros delinquen en tanto se ubican extramuros del derecho en general y son, por ello, considerados ya no ciudadanos sino más bien enemigos. Para los primeros son aplicables los fines constitucionales de las penas antes aludidas, mientras que para los segundos, no cabe otra alternativa más que su total eliminación. 5. Prosigue: “Evidentemente, esta concepción no puede ser asumida dentro de un Estado que se funda, por un lado, en el principio político democrático. No obstante, ello no quiere decir tampoco en modo alguno, que el derecho penal constitucional se convierta en un derecho penal simbólico, sino que debe responder severa y eficazmente, dentro del marco constitucional establecido, frente a la afectación de los bienes constitucionales –que también el Estado constitucional de derecho tiene la obligación de proteger de conformidad con el art. 44 de la constitución- aplicando el principio de proporcionalidad de las penas y respetando las garantías constitucionales del proceso penal y buscando, siempre la concretización de la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad”.*

Ahora bien, ya en estricto con las conductas neutras o permitidas, es de responder lo siguiente ¿ Podrá erigirse una conducta de **vigilancia, seguimiento por medio de la utilización de armas , teléfonos celulares** como acciones que se reputen como peligrosas, riesgosas?, la respuesta es muy sencilla NO, porque en apariencia con la simple comprensión de sus elementos objetivos se deduce que son conductas socialmente adecuadas ya que la vigilancia la puede hacer una persona

a otra con la finalidad de que el vigilado le pague una deuda, con respecto a la acción de seguimiento puede ser con el objetivo de descubrir la infidelidad de la persona a la que se le está siguiendo, así también, la utilización de armas es una falacia normativamente hablando porque se puede interpretar de manera diversa; es decir puede ser una arma blanca, o cualquier otra, una arma de fuego, la cual puede estar dotada de licencia por la autoridad administrativa vigente o en el peor de los casos no pero constituirá otro delito como el de tenencia ilegal de armas (Art. 279 C.P), entonces, existen conductas que las personas a diario despliegan, pero existe una línea muy delgada entre lo permitido y no permitido, en ese escenario, es que existen acciones tales como el tener un celular que de forma a priori es una conducta estándar sin relevancia típica ya que así lo es, porque dichas conductas típicas no son proporcionales ni idóneas para poner en peligro el BJ protegido, por esta razón debería modificarse esta redacción legal .

3. En realidad no protege ningún bien jurídico:

No olvidemos que el principio de lesividad debe ser observado por el legislador al momento de elaborar los tipos penales, pues estos deben descansar en la protección de bienes jurídicos relevantes (con respaldo constitucional), sin embargo, el problema radica, en que en la configuración de los tipos penales no se está teniendo en cuenta ello, es decir, la implementación para su protección penal tiene que ver con las denominadas técnicas de tipificación que son aquellas estrategias político-legislativas que se realizan a través de normas penales, teniendo como finalidad máxima brindar una adecuada y prudente protección a determinados bienes jurídicos. En tal virtud, la reacción penal realizada por el legislador especificado dentro del precepto responde a una labor no solamente de juicio valorativo, abstracta y genérica, de atribución, que puede ser la estructura típica inmediata; sino que aquel juicio puede estar conectado hacia determinadas fórmulas abstracta y genérica de defensa para el objeto protegido por la norma penal. Evidentemente, estas fórmulas de defensa tendrán diferentes connotaciones en función de la

protección de un bien jurídico así como la complejidad del bien jurídico a proteger.

En ese sentido, lo que el legislador debe tener en cuenta si tal tipo penal pone en riesgo o vulnera algún bien jurídico penal relevante, de no ser así carecerá de legalidad, en otros términos “la prohibición de una conducta mediante la limitación de derechos fundamentales sólo será constitucionalmente válida si ésta tiene como fin la protección de bienes jurídicos de relevancia constitucional, y siempre y cuando la medida prohibida lesione o ponga en peligro tal bien jurídico justifican que este bien sea merecedor de protección por parte del Estado” . En el caso del delito de reglaje y marcaje, a partir de la ubicación sistemática del delito materia de comentario, el bien jurídico protegido parecería que el bien jurídico vendría a ser la tranquilidad pública, que es un bien de orden espiritual que busca un estado de serenidad y alejamiento de todo vicio de alteración de la persona; sin embargo, consideramos este tipo penal no puede encontrar justificación a la luz de un determinado fin (tutelar la tranquilidad pública), pues sirve para la consecución de tal fin, sino que, sucede exactamente todo lo contrario, solo genera una sensación de inseguridad ya que es casi imposible distinguir—según sus elementos objetivos— las conductas que se encuentran prohibidos de las que se encuentren permitidas. En virtud a ello, no se puede determinar que actos deben tener que ser evitados, siendo ello muy contraproducente de cara la supuesta finalidad que tiene este tipo penal: la protección de la paz pública, creando, por el contrario, un absoluto clima de inseguridad.

si partimos analizando las conductas típicas objetivas tales como: “acopia o entrega información, realiza vigilancia o seguimiento, o colabora en la ejecución de tales conductas mediante el uso de armas, vehículos, teléfonos u otros instrumentos idóneos” aplicando los criterios de imputación objetiva podemos colegir razonablemente que desde un enfoque a priori, ab initio son insuficientes e inidóneas para poder deducir lógicamente que afectaran el bien jurídico protegido tranquilidad pública, lo cual se traduce en la potencial comisión de los delitos fines, porque constituyen conductas en primer lugar que no superan el riesgo permitido,

es decir con este tipo penal se pretende dar protección a un bien jurídico sin existir una conducta riesgosa, la cual es atípica (porque no supera el riesgo permitido) que incremente el riesgo que ponga de forma ex ante en peligro al bien jurídico tutelado.

CAPÍTULO III

MARCO METODOLOGICO

1. Materiales:

1.1. Legislación:

- Código penal de 1991
- Constitución Política del Perú

1.2. Doctrina:

- Autores nacionales y extranjeros

1.3. Jurisprudencia:

- STC exp. 010-2002- AI/TC

2. Métodos:

- **Método Hermenéutico – interpretativo:**

Método que nos sirvió para desentrañar el verdadero sentido de las normas referidas al marcaje o reglaje y el derecho penal del enemigo.

- **Método Analítico:**

Permitió analizar toda la información que se ha obtenido de la legislación, doctrina y jurisprudencia en lo referente al tema propuesto.

- **Método Dogmático**

Mediante el cual se comprendió los alcances dogmáticos sustantivos del delito de marcaje o reglaje y el derecho penal del enemigo.

3. Técnicas e instrumentos:

3.1. Técnicas:

- **Análisis documental:**

A través de esta pudimos realizar un pormenorizado análisis de la doctrina con respecto al tipo penal y sus críticas en función a su escaza legitimidad frente al principio de legalidad y principio de lesividad.

- **Fichaje:**

El fichaje es una técnica auxiliar de todas las demás técnicas empleada en investigación científica; consistió en registrar los datos que se van obteniendo y de manera ordenar agrupar la información de los materiales que se empleó.

3.2. Instrumentos:

- **Registro de recolección y análisis de documental.**

Se usó para ordenar y sistematizar la información obtenida de las fuentes y de los materiales de sirvieron de insumos a la elaboración de esta investigación.

- **Ficha:**

Sirvió para organizar la información de vertida por los autores nacionales y extranjeros, así como de las demás fuentes que forman parte de los materiales de la investigación.

CAPÍTULO IV

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

- El tipo penal de marcaje o reglaje es una de las muestras más comunes de un adelantamiento de la barrera de punibilidad de las conductas, donde el legislador ha propuesto el sancionar como delito un mero acto preparatorio, es decir, una excepción a la regla de que los actos preparatorios no son punibles, ello en atención a la lucha contra la criminalidad.
- No debemos confundir que el marcaje o reglaje no es un acto de tentativa, pues es un acto preparatorio, en donde aún no se inicia la ejecución de ninguno de los delitos finales a que se refiere el artículo 317-A del código penal. No olvidemos que la tentativa requiere que se inicie los actos de ejecución, lo que no sucede en los actos preparatorios que es en esencia actos preparatorios.
- Este tipo penal tal y como esta regulado en el código penal, como lo sostiene algún sector de la doctrina no tiene una regulación clara, esto es, a nivel de principio de determinación de la ley penal, lo que hace es dejar varios vacíos descriptivos vacíos que pueden ser llenados por el operador de justicia de forma arbitraria; ello es un atentado contra el principio de determinación de los tipos penales.
- Con la redacción del tipo penal de marcaje o reglaje se puede ver que según sus elementos objetivos, nos podemos enfrentar a casos de conductas neutras o permitidas, donde no se genera un riesgo penalmente relevante y sin embargo, pueda ser algún ciudadano procesado y hasta sancionado por este tipo penal.
- Este delito según algún sector de la doctrina tiene como bien jurídico protegido la paz y tranquilidad pública, ya que se basan solo en su ubicación sistemática, como sucede con lo que dice la jurisprudencia; sin embargo, las posturas de autores reconocidos sostienen que lejos de

proteger un bien jurídico relevante es un tipo que adelanta la punición generando con ello que no se proteja la tranquilidad sino generando más zozobra e inseguridad jurídica al ciudadano que por cualquier conducta permitida puede ser procesado por este tipo penal.

- El marcaje o reglaje no protege los bienes jurídicos de los delitos fines tampoco, ya que estos son protegidos cuando se inicia la ejecución de la conducta, lo cual en el presente caso no se da, ya que el marcaje o reglaje solo es un acto preparatorio, que no pone ni en peligro ni lesiona esos bienes jurídicos.

BIBLIOGRAFÍA

- BRAMONT ARIAS, Luis A. y GARCÍA CANTIZANO, María. (1998). Manual de derecho penal. Parte Especial, San Marcos, Lima- Perú.
- GARCÍA CAVERO, Percy, (2014). “Lecciones de derecho penal”, Grijley, Lima- Perú.
- PEÑA CABRERA FREYRE, A. (2011). “Derecho Penal. Parte General”, 2da Edición, Editorial Rhodas, Lima- Perú.
- ROJAS VARGAS, Fidel. (2013). Derecho penal: Estudios fundamentales de la parte general y especial, Gaceta Jurídica, Lima- Perú.
- VILLA STEIN, Javier (1998) Derecho Penal Parte General, Editorial San Marcos, Lima-Perú.
- VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. (2014), Derecho Penal Parte General, Grijley, Lima- Perú.