

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO



ESCUELA DE POSGRADO

TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRO EN DERECHO CON MENCIÓN EN DERECHO PENAL

*Inadecuada aplicación del adelantamiento de la barrera punitiva en el delito de
marcaje o reglaje*

Área de Investigación:
Derecho Penal

Autor:
Montañez Fernández María Isabel

Jurado Evaluador

Presidente: Neyra Barrantes, Julio Alberto
Secretario: Mignone Torres, Silvana Francesca
Vocal: Mauricio Juárez, Francisco Javier

Asesor:
López Valverde, Santiago Manuel
Código Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-1125-0737>

**TRUJILLO - PERÚ
2024**

Fecha de sustentación: 2024/10/10

INADECUADA APLICACIÓN DEL ADELANTAMIENTO DE LA BARRERA PUNITIVA EN EL DELITO DE MARCAJE O REGLAJE

INFORME DE ORIGINALIDAD



FUENTES PRIMARIAS

1	repositorio.upao.edu.pe Fuente de Internet	15%
2	www.unifr.ch Fuente de Internet	1%
3	idus.us.es Fuente de Internet	1%

Excluir citas Activo
Excluir bibliografía Activo

Excluir coincidencias Activo


SANTIAGO M. LÓPEZ VALVERDE

Declaración de originalidad

Yo, Ms Santiago Manuel López Valverde, docente del Programa de Postgrado, de la Universidad Privada Antenor Orrego, asesor de la tesis de investigación titulada "Inadecuada Aplicación del Adelantamiento de la Barrera Punitiva en el Delito de Marcaje o Reglaje", autor María Isabel Montañez Fernández, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 17%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 03 de setiembre 2024
- He revisado con detalle dicho reporte y la tesis, "Inadecuada Aplicación del Adelantamiento de la Barrera Punitiva en el Delito de Marcaje o Reglaje", y no se advierte indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las normas establecidas por la Universidad.

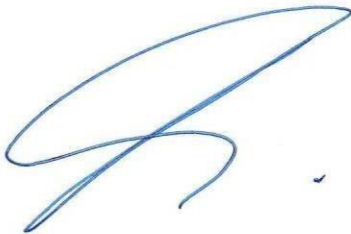
Trujillo, 03 de setiembre del 2024

Santiago Manuel López Valverde

DNI: 41807331

ORCID: <https://orcid.org/0000-003-1125-0737>

FIRMA



María Isabel Montañez Fernández

DNI: 72950178

FIRMA:



DEDICATORIA

El presente trabajo va dedicado a mi Esposo, quien siempre me motiva a seguir adelante pese a las adversidades del camino, quien cree en mí y en los sueños y metas que tengo trazadas dándome siempre su apoyo incondicional.

A mi hijita María Fernanda... para que cuando tenga la oportunidad de leer estas líneas entienda que nada es imposible si de verdad queremos y aspiramos lograr nuestras metas. Te amo hijita.

AGRADECIMIENTO

Mi agradecimiento sincero a mis Padres y hermano por apoyarme siempre y enseñarme que juntos como familia somos más fuerte que un roble. Por inculcarme sólidos valores éticos y morales que reflejan mi actuar día a día.

PRESENTACIÓN

SEÑORES MIEMBROS DEL JURADO:

Presente. -

MARÍA ISABEL MONTAÑEZ FERNÁNDEZ, Bachiller en Derecho y Ciencias Políticas de esta Universidad, cumpliendo con los lineamientos establecidos para la presentación, aprobación y sustentación de Tesis de la Escuela de Postgrado, tengo el honor de presentar a ustedes el presente trabajo de investigación titulado: "Inadecuada Aplicación del Adelantamiento de la Barrera Punitiva en el Delito de Marcaje O Reglaje".

Por tanto, dejo a su criterio la correspondiente evaluación de este trabajo de investigación, esperando que reúna los méritos suficientes para su oportuna aceptación.

Aprovechando la oportunidad para expresarles sentimientos de mi consideración y estima personal.

Trujillo, 03 de setiembre de 2024.

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'M. Isabel', with a horizontal line underneath the name.

BACH. MARÍA ISABEL MONTAÑEZ FERNÁNDEZ

RESUMEN

Dentro del derecho penal, el adelantamiento de la barrera punitiva implicaría un riesgo respecto al derecho fundamental de la “libertad” de la persona. Por lo tanto, el tratamiento de dicha técnica anticipada debe ser profundamente diligente y sobre todo “excepcional”, debiendo aplicarse a conductas con mayor desviación social.

De conformidad con el artículo 317^o-A del Código Penal, el delito de marcaje o reglaje se entendería como aquella actuación orientada a la vigilancia, al seguimiento y el acopio de información para la configuración de un ilícito posterior, como pueden ser los “delitos contra la vida”, “el patrimonio”, “delitos contra la libertad personal”, “delitos contra la libertad sexual” entre otros; siendo en consecuencia, un “acto preparatorio” pero sancionado, en otras palabras, un adelanto de la barrera punitiva. En otras palabras, lo que se castiga en este delito es un mero “acto preparatorio”.

En consecuencia, la aplicación del adelantamiento de la barrera punitiva en el delito de Marcaje o Reglaje regulado en el art. 317-A del Código Penal resulta inadecuada; toda vez, que pone en evidencia la política sobre-criminal del Estado, pretendiendo castigar actos previos al inicio de la ejecución del delito, en su afán de aparentar una lucha efectiva contra el crimen en nuestro país.

Palabras Claves: Barrera de Punibilidad, marcaje y reglaje

ABSTRACT

Within criminal law, advancing the punitive barrier would imply a risk with respect to the fundamental right of the “freedom” of the person. Therefore, the treatment of this anticipatory technique must be deeply diligent and above all “exceptional”, and must be applied to behaviors with greater social deviation.

In accordance with article 317^o-A of the Penal Code, the crime of marking or regulation would be understood as that action aimed at surveillance, monitoring and the collection of information for the configuration of a subsequent crime, such as "crimes against life", “heritage”, “crimes against personal freedom”, “crimes against sexual freedom” among others; consequently, being a “preparatory act” but sanctioned, in other words, an advancement of the punitive barrier. In other words, what is punished in this crime is a mere “preparatory act.”

Consequently, the application of the advancement of the punitive barrier in the crime of Marking or Regulation regulated in art. 317-A of the Penal Code is inadequate; each time, which reveals the State's over-criminal policy, seeking to punish acts prior to the start of the execution of the crime, in its desire to appear to be an effective fight against crime in our country.

Keywords: Punishment barrier, marking and regulation

Tabla de contenido

CAPÍTULO 1. Introducción.....	10
1.1. Problema	10
1.1.1. Planteamiento del problema.....	10
1.1.2. Enunciado del problema	13
1.2. Hipótesis.....	13
1.2.1. Variables	13
1.3. Objetivos	13
1.3.1. Objetivo General.....	13
1.3.2. Objetivos Específicos.....	14
1.4. Justificación.....	14
CAPITULO 2. Marco Teórico	15
2.1. Antecedentes	15
2.2. Bases Teóricas.....	16
CAPITULO 3. Metodológico.....	46
3.1. Tipo de investigación.....	46
3.1.1. Por su finalidad.....	46
3.1.2. Por su profundidad	47
3.1.3. Por su naturaleza.....	47
3.2. Material de estudio.....	48
3.3. Recolección de datos.....	49
3.3.1. Técnicas	49
3.3.2. Instrumentos.....	50
3.4. Análisis de datos.....	50
CAPITULO 4. Resultados y Discusión	51
4.1 Resultados	51

	9
CAPITULO 5. Conclusiones y Recomendaciones	61
5.1. Conclusiones.....	61
5.1. Recomendaciones.....	62
CAPÍTULO 6. Bibliografía	69

CAPÍTULO 1. Introducción

1.1. Problema

1.1.1. Planteamiento del problema

En puridad, cuando hablamos de adelantamiento, estaremos hablando de aquella situación temporal que va ligada necesariamente a un riesgo. Según la RAE adelantar significa “acelerar o apresurarse”, esto quiere decir que “adelantarse” conlleva el apostar por algo “más o menos” desconocido para el individuo.

Dentro del derecho penal, ocurre lo mismo, pues el adelantamiento de la barrera punitiva implicaría un riesgo respecto al derecho fundamental de la persona como la “libertad”. Por lo que, el tratamiento de dicha técnica anticipada debe ser profundamente diligente y sobre todo “excepcional”, debiendo aplicarse a conductas con mayor desviación social.

En este sentido, el adelantamiento de la barrera punitiva constituye una expresión del derecho penal del enemigo, como nuevo paradigma en la concepción del delito. En otras palabras, existe un nuevo enfoque, novedoso y sugerente de analizar el comportamiento criminal.

Para RITA G. (2020) “el paradigma sufre una variación al cambiar de naturaleza retrospectiva a prospectiva, orientándose el Derecho, hacia la prevención de futuros actos lesivos” (p. 391); sin embargo, dicha situación no

debe utilizarse de manera indiscriminada, por el contrario, solo ante ciertas figuras de criminalidad donde exista un elevado nivel de ilicitud.

Por lo tanto, en mérito a su aplicación excepcional, resulta de máxima relevancia la labor del legislador que la crea. En palabras de RITA G (2020) “es el legislador el que elabora el análisis y otorga mayor importancia al hecho que se va a cometer en el futuro” (p. 447). No obstante, como ya advertimos, ello no significa que el legislador tenga una tendencia a utilizarlo de manera indiscriminada para justificar su labor parlamentaria.

Ahora bien, en el 2012 se incorporó en nuestro Código Penal, el delito de “marcaje o reglaje”, el mismo que actualmente prescribe:

“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 (...)”.

De conformidad con el citado artículo, el delito de “marcaje o reglaje” se entendería como aquella actuación orientada a la vigilancia, al seguimiento y el

acopio de información para la configuración de un ilícito posterior, como pueden ser los “delitos contra la vida”, “el patrimonio”, “delitos contra la libertad personal”, “delitos contra la libertad sexual” entre otros; resultando en consecuencia, un “acto preparatorio” pero sancionado, en otras palabras, un adelanto de la barrera punitiva. En otras palabras, lo que se castiga en este delito es un mero “acto preparatorio”.

Según PALOMINO (2019) “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)” (p.5); por lo tanto, resulta imposible, desde la tipicidad objetiva, que en estos casos, debido a la ineficiente redacción del dispositivo normativo, deducir si nos encontramos ante un “acto permitido” o “acto prohibido”, debiendo valerse de la subjetividad para averiguar intención del sujeto activo.

En consecuencia, la aplicación del adelantamiento de la barrera punitiva en el delito de Marcaje o Reglaje regulado en el art. 317-A del Código Penal resulta inadecuada; toda vez, que pone en evidencia la política sobre-criminal del Estado, pretendiendo castigar “actos previos” al inicio de la ejecución del delito, en su afán de aparentar una lucha efectiva contra el crimen en nuestro país.

1.1.2. Enunciado del problema

¿De qué manera resulta inadecuada la aplicación del adelantamiento de la barrera punitiva en el delito de Marcaje o Reglaje regulado en el art. 317-A del Código Penal?

1.2. Hipótesis

La aplicación del adelantamiento de la barrera punitiva en el delito de Marcaje o Reglaje regulado en el art. 317-A del Código Penal resulta inadecuada; toda vez, que pone en evidencia la política sobre-criminal del Estado, pretendiendo sancionar actos previos al inicio de la ejecución del delito, en su afán de aparentar una lucha efectiva contra el crimen en nuestro país.

1.2.1. Variables

1.2.1.1. Variable Independiente

Inadecuada la aplicación del adelantamiento de la barrera punitiva.

1.2.1.2. Variable Dependiente

Delito de Marcaje o Reglaje regulado en el art. 317-A del Código Penal.

1.3. Objetivos

1.3.1. Objetivo General

Determinar si resulta inadecuada la aplicación del adelantamiento de la barrera punitiva en el delito de Marcaje o Reglaje regulado en el art. 317-A del Código Penal.

1.3.2. Objetivos Específicos

- ✓ Analizar la aplicación del adelantamiento de la barrera de punibilidad.
- ✓ Analizar la figura delictiva del Marcaje o Reglaje.
- ✓ Proponer la derogación del delito de Marcaje o Reglaje regulado en el art. 317-A del Código Penal.

1.4. Justificación

Teórica Jurídica: El presente trabajo de investigación resulta importante, pues aportará conocimientos técnicos con relación a la aplicación del adelantamiento de la barrera punitiva y a la figura delictiva de Marcaje o Reglaje.

Práctica: El desarrollo de la tesis permitirá eventualmente disertar acerca de la figura delictiva de Marcaje o Reglaje., a fin de evitar la inadecuada aplicación del adelantamiento de la barrera punitiva.

Metodológica: Los resultados obtenidos en el presente trabajo de investigación, permitirá contribuir a precisar mejor si existe inadecuada aplicación del adelantamiento de la barrera punitiva en la figura delictiva de Marcaje o Reglaje.

CAPITULO 2. Marco Teórico

2.1. Antecedentes

2.1.1. Nacional

SÁNCHEZ, W. (2023). “Fundamentos Jurídicos que Sustentan la Derogatoria del Tipo Penal de Reglaje o Marcaje, Tipificado en el Artículo 317-A del Código Penal”. Tesis de posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca. El autor concluye que, con el objeto de hacer frente a la crisis del derecho penal, se está incorporando a nuestro ordenamiento, otras figuras penales de carácter especial, como el “reglaje o marcaje”, ya que actualmente nos encontramos en tiempos modernos y por la globalización hay presencia de bienes jurídicos nuevos, así como nuevos son los riesgos.

DIAZ S. (2019). “Derogación del Delito de Marcaje o Reglaje en el Perú”. Tesis de pregrado de la Universidad Privada Antenor Orrego. El autor concluye que, este tipo penal, tal cual está regulado en el código sustantivo, no tendría una regulación clara, atendiendo al principio de determinación de la ley, pues permite varios vacíos descriptivos que dejan al operador de justicia a su libre albedrío, atentando más bien, contra el principio de determinación de los tipos penales.

LÓPEZ, C. (2018). “La inadecuada aplicación del adelantamiento de la barrera de punibilidad presente en el delito de asociación para delinquir frente a la organización delictiva”. Tesis de pregrado de la “Universidad

Nacional de San Cristóbal de Huamanga”. Según el autor, el Derecho penal del enemigo actúa en la frase antelar a la ejecución del delito, esto en mérito a la peligrosidad de las acciones del individuo, lo que hace imprescindible que exista una intervención temprana. En consecuencia, se recomienda la aplicación de una adecuada técnica legislativa, que permita el uso de herramientas penales durante el tratamiento de aquellos sujetos que conforman las organizaciones delictivas.

2.2. Bases Teóricas

2.2.1. Hecho Punible

Para CHANAMÉ (2016) “es la conducta de una persona, que se verifica por medio de una acción u omisión, que produce un efecto dañoso, el que es calificado de antijurídico por el ordenamiento legal” (p. 411).

Asimismo, GARNICA (2014) señala que “el hecho punible es aquella que por sus características, conducta delictiva, hecho penal o acción punible, es sancionada por el Derecho con una pena”. (p. 1).

Por su parte, CABANELLAS (1989) explica que punibilidad es “aquel hecho que es susceptible de pena o castigo.

2.2.2. Teoría del Delito

Para DE LA CUESTA (1995) “la teoría general del delito abarca, informa y sistematiza los requisitos generales que han de presentarse en una

conducta para que pueda ser considerada como delito sancionado con una pena” (p. 43).

Según VILLAVICENCIO (2006) “la teoría del delito es la encargada de conceptualizar las características generales que debe ostentar una conducta para que se atribuya como un hecho punible”. Asimismo, conceptualizó al delito como “un comportamiento típico, antijurídico y culpable; las cuales se encuentran en una relación de prelación necesaria” (p. 36)

2.2.1.1. Acción

Por su parte, MIR (2016) señaló que “es tradición iniciar la concepción de delito señalando que es una acción o comportamiento; esto es, solo las conductas humanas pueden ser delitos”. (p. 82)

Asimismo, BENAVENTE Y CALDERÓN (2012) coinciden en las exigencias mínimas para encontrarnos “ante un comportamiento humano, el cual sirva de base y engranaje para las demás categorías (tipicidad, antijuricidad y culpabilidad), para finalmente aseverar la realidad de un hecho delictuoso” (p. 46).

2.2.1.2. Típica

VELÁSQUEZ (2002) indicó que “etimológicamente este término parte del latín *typus*, que quiere decir: abstracción simbólica de una

cosa o imagen a lo que se le da una herramienta legal porque pertenece al texto de la ley” (p. 71).

Para MUÑOZ (1990) “el tipo es la descripción del comportamiento prohibido que realiza el legislador en el supuesto de hecho de una norma penal”. (p. 67).

Sobre la Tipicidad, BUSTOS (2004) precisó que “es el resultado de la constatación de la coincidencia entre la conducta y lo señalado en el tipo” (p. 46).

La doctrina ha dividido al tipo en: “tipo objetivo” y “tipo subjetivo”. BENAVENTE Y CALDERÓN (2012) señalaron que “el tipo objetivo contiene la explicación del acontecer exterior, verificable por los sentidos; y el tipo subjetivo contiene los elementos personales internos que conllevan a la realización de la conducta”. Agregando, además, que “si bien el tipo describe exteriormente una conducta; por sí solo es insuficiente para concluir en la tipicidad de una conducta; ya que, ha de ser completada por los elementos internos o subjetivos (tipo subjetivo)” (p. 69).

2.2.1.3. Antijurídica

La categoría de la “antijuricidad” para LÓPEZ (2004), “es el comportamiento típico que colisiona el ordenamiento jurídico, lesionando o poniendo en peligro intereses protegidos por el

Derecho” (p. 49). Según MUÑOZ (1990) “el derecho penal no crea la antijuricidad, sino que, por medio de la tipicidad, la selecciona” (p. 86). MAURACH Y ZIPF (1994) señalaron que, “en este nivel valorativo principalmente se analizan las causas de justificación, bajo lo cual lo injusto puede atenuarse o excluirse”. (p. 124).

En ese sentido la doctrina considera como excluyentes de la antijuricidad a: la “legítima defensa”, el “estado de necesidad justificante”, el “ejercicio legítimo de un derecho” y el “cumplimiento de un deber”.

Respecto a la “legítima defensa” ZAFFARONI (2009) indicó “que esta se fundamenta en el principio que, por regla, nadie está obligado a aguantar lo injusto. Esta figura jurídica opera ante una agresión ilegítima y no provocada, a la cual el agente podrá repelerla de forma racional” (p. 98).

Sobre el “estado de necesidad justificante” JESCHECK Y WEIGEND (2002) señalaron que “es una circunstancia de peligro inmediato para intereses legítimos que solo pueden cautelarse mediante la necesaria lesión de otros intereses igual de legítimos de tercera persona”. (p. 184).

VILLAVICENCIO (2006) manifestó que “el fundamento de esta institución, es el interés preponderante, de suerte que se excluye la

antijuricidad por la necesidad de lesión de un bien menor por cautelar un bien mayor”. (p. 61).

Respecto al “ejercicio legítimo de un derecho” BENAVENTE Y CALDERÓN (2012) señalaron que “está justificado quien realiza un acto en ejercicio legítimo de un derecho reconocido por el ordenamiento jurídico, siempre en cuando sea titular del derecho y lo haya realizado de manera razonable y proporcional; es decir, cumpliendo con los presupuestos de realización que señala la ley” (p. 145).

Por último, tenemos al “cumplimiento del deber” como causal de justificación para la antijuricidad, la cual, atendiendo a lo dicho por BENAVENTE y CALDERÓN (2012), “esta institución guarda un fundamento similar al anterior, distinguiéndose porque en esta el agente al cumplir con las obligaciones surgidas por la ley, oficio o cargo, encuentra justificada su conducta” (p. 64).

2.2.1.4. Culpabilidad

Finalmente, tenemos a la categoría de la “culpabilidad”, la cual según BACIGALUPO (1997) “constituye las condiciones que justifican que el autor de un comportamiento típico y antijurídico sea penalmente responsable” (p. 136). VELÁSQUEZ (2002) añadió que “se trata de una culpabilidad por el hecho y no por el comportamiento de vida o por el ánimo o carácter” (p. 82). Además,

la doctrina moderna ha ubicado tres elementos en esta categoría, las cuales son: la “imputabilidad o capacidad penal”, el “conocimiento potencial de lo antijurídico del actuar” y la “exigibilidad”. Sobre la “imputabilidad o capacidad penal”, la doctrina señala que, “el cumplimiento de la tipicidad y antijuricidad no basta para declarar al agente culpable”.

2.2.3. Grados de Desarrollo del Delito

2.2.3.1. Consideraciones Generales

Según CASTRO (2009) “El estudiar y realizar un análisis teórico-práctico, del *iter criminis*, abarca la más importante valoración que debe realizar un juzgador, fiscal, defensor, o bien un estudioso del derecho penal, al momento de determinar el grado de responsabilidad penal que posee un sujeto activo, en una situación fáctica específica, desde el momento en que decide exteriorizar una conducta que el ordenamiento jurídico penal considera reprochable” (p. 97).

Según MARADIAGA (2013) “Las etapas del *iter criminis* representan el camino que ha de seguir o recorrer el sujeto activo, al momento de la comisión de una determinada conducta prohibida, descrita en el supuesto de hecho de la norma jurídico penal, mismo, que se encuentra normado en nuestra legislación penal, pero que presenta, en la práctica, gran dificultad de aplicación, por cuanto, resulta complicado el determinar, tomando en cuenta la psiquis del

sujeto activo, hasta donde ha llegado su intención; si ésta se corresponde al resultado obtenido, mismo, que puede o no ser punible por la norma penal ad hoc, sea porque la conducta ejecutada no es típica; porque desistió o se arrepintió eficazmente, de iniciar o continuar con la ejecución del tipo de injusto; porque los medios eran inadecuados para consumar el hecho; o porque aun cuando los medios eran los idóneos, el bien jurídico protegido era inexistente o el objeto material sobre el que recae la acción estaba ausente” (p. 131).

2.2.3.2. Iter Criminis

Para CABANELLAS (2003) “el iter criminis, entendido como el camino del crimen, comprende todo el proceso psicológico de incubación del proceso delictivo, hasta la perpetración del delito, con la consideración jurídica y social, en cada etapa, de la punibilidad y peligrosidad de la actitud y del sujeto”. (p. 213.)

Sobre el particular COBO (1987) señala que “El camino del delito está compuesto por las fases; **Interna**, que comprende la ideación, temores e incluso la decisión, que surge en la mente del sujeto activo, -determinadas por condiciones exteriores-, de cometer un injusto penal en específico, lo cual, no implica un modo de comportamiento exteriorizado del autor, capaz de ofender un bien jurídico protegido, pues al encontrarse únicamente dentro de la psiquis del sujeto activo, no son de relevante importancia para el

derecho penal, por cuanto, rige el principio de *cogitationis poenam nemo patitur* (Los pensamientos no son punibles); **Externa**, que presupone la voluntad delictiva exteriorizada por el activo, de realizar una conducta prohibida, capaz de transformarse en realidad peligrosa. **Ejecutiva**, la cual está conformada por el inicio y culminación de los actos necesarios para consumir una conducta, descrita en el supuesto fáctico determinado por la norma penal sustantiva (tentativa simple, acabada, la consumación y el agotamiento)” (p.493).

2.2.3.3. Tipo de Imperfecta Realización (Tentativa)

Para HUERTAS (2000) “Cuando el sujeto realiza el aspecto subjetivo del tipo, pero no el aspecto objetivo (o lo realiza parcialmente), estaremos ante la necesidad de analizar las llamadas formas imperfectas de realización del tipo. Las disposiciones de la parte especial están redactadas en forma de tipos consumados y la sanción a etapas previas a la consumación se debe a una ampliación del tipo a través de las reglas de la parte general, así las disposiciones contenidas en los artículos 16° al 19° del Código Penal. En el proceso de desarrollo del delito se pueden distinguir dos fases: fase interna (ideación) comprende el desarrollo de la idea delictiva en la mente del agente, y fase externa (actos preparatorios, tentativa, consumación y agotamiento) supone concretizar en la realidad material esas ideas delictivas” (p. 77-78).

Por su parte, según MARADIAGA (2013) los actos preparatorios son: “**Internos:** Desde mi punto de vista, estos son actos que no tienen vida en el mundo exterior, por cuanto, se encuentran en la psiquis del sujeto activo al momento en que este planea mentalmente la ejecución de una determinada conducta prohibida, lo cual, no supone una puesta en peligro a un bien jurídico tutelado por la norma penal sustantiva. Así pues, estos actos internos: ideación -planificación mental de la realización de un determinado injusto penal-, deliberación – análisis mental que realiza el sujeto activo, respecto de las posibilidades de ejecutar certeramente el injusto penal ideado- y la resolución – que presupone la voluntad consciente de parte del sujeto activo, de iniciar la ejecución de un determinado injusto penal-, resultan ser penalmente impunes, por cuanto, estos aún no han sido exteriorizados por el agente y no representan una ofensa -puesta en peligro- a un bien jurídico, pues en caso contrario, estaríamos en presencia de un derecho penal de autor, o modernamente conocido como derecho penal del enemigo, en el que se castiga a los ciudadanos, por su apariencia física e incluso por sus pensamientos”. “**Externos:** Estos actos externos, presuponen la exteriorización de una voluntad delictiva que trasciende e involucra a otros sujetos, en la posible ejecución de un determinado injusto penal, lo cual, denota una especial puesta en peligro al bien jurídico protegido, siendo esta la principal razón para su punición” (MIR, p. 34).

2.2.3.4. Formas Imperfectas de la Consumación del Delito

Para CASTRO (2009) “También conocido con las etapas del *iter criminis*, que parten de los actos ejecutivos que han sido exteriorizados por el sujeto activo, al momento en que se propone consumir la conducta prohibida, descrita en el supuesto de hecho de la norma jurídico penal. Los mismos que por su propia naturaleza, no pueden llegar hasta la culminación de la parte objetiva del tipo determinado, quedando interrumpidas en cualquiera de sus etapas de ejecución”. (p. 107).

2.2.3.4.1. Tentativa

Según HUERTAS (2000) “son los actos que se extienden desde el momento en que comienza la ejecución hasta la consumación. La tentativa es la interrupción del proceso de ejecución tendente a alcanzar la consumación. Estas interrupciones pueden ser voluntarias (desistimiento) o accidentales. Ahora bien, al hablar del comienzo de ejecución, un elemento central en la tentativa es el comienzo de ejecución que permite distinguir a los actos preparatorios (impunes) de los actos de ejecución (punibles). Un tema sumamente discutible en doctrina es el definir cuándo se da inicio al comienzo de ejecución” (p. 77-80).

Para responder a esta interrogante se han planteado una serie de teorías que son citadas por ZAMBRANO (1968):

“Teoría Objetiva: En su antigua versión esta posición planteó distinguir los actos preparatorios de los ejecutivos recurriendo a la fórmula de diferenciar entre actos equívocos e inequívocos. Aquí diferenciamos: **Teoría formal-objetiva:** Según esta teoría para determinar el comienzo de ejecución, el sujeto debe haber realizado en forma efectiva una parte de la propia conducta típica, penetrando así en el núcleo del tipo. Beling trató de precisar este límite recurriendo al uso natural del lenguaje, así para configurar la tentativa la actividad se debe poder caracterizar según el uso natural del lenguaje como una actividad de la especie de la descrita como núcleo del tipo por el verbo correspondiente. **Teoría material-objetiva:** Tenemos en principio la tesis de Frank que establece que habrá comienzo de ejecución en toda actividad que, como consecuencia de su necesaria pertenencia a la acción descrita en el tipo, aparece como un componente de la misma desde el punto de vista de una concepción natural. Otra tesis es la puesta en peligro del bien jurídico, que toma en consideración la directa puesta en peligro del bien jurídico protegido para distinguir entre preparación y ejecución”.

Asimismo, **“Teoría subjetiva:** Estas teorías circunscriben el comienzo de ejecución según la calidad de la voluntad expresada en la acción que tiende a un delito. Teoría

subjetiva pura: Defendida por VON BURI en el siglo pasado, considera que lo decisivo para distinguir los actos ejecutivos de los preparatorios es la opinión del sujeto acerca de su plan criminal, así serán actos ejecutivos aquellos que para el agente ya constituyen la fase decisiva de su plan. Teoría subjetiva moderna: Propuesta por Bockelmann considera que un hecho alcanza el nivel de la tentativa cuando el dolo del delito ha superado la prueba de fuego de la situación crítica. Teoría objetivo-individual: Propugnada por WELZEL plantea que la tentativa comienza con aquella actividad con la cual el autor, según su plan delictivo, se pone en relación inmediata con la realización del tipo delictivo. Agrega WELZEL que siempre hay que partir de la acción típica del tipo delictivo particular y que a esto se agrega la comprobación individual de si el autor, de acuerdo a la disposición de su plan delictivo, se puso en actividad inmediata a la realización típica. De las diversas teorías planteadas la objetivo-individual es la que se considera que brinda mejores elementos para determinar el comienzo de ejecución. Ejemplo: se dará comienzo de ejecución en un delito de homicidio desde el momento que el sujeto apunta con el arma a la víctima, si de acuerdo a su plan de acción se colocó en inmediata realización típica. b) Formas de tentativa Se establecen dos formas de tentativa: inacabada y acabada”.

2.2.3.4.2. Elementos del Tipo de la Tentativa

Tipo Subjetivo

Para MAURACH (1962) El elemento subjetivo de la tentativa consiste en la intención dirigida a la realización de un tipo legal. Como en el delito consumado doloso, el agente debe tener la representación de la infracción a cometer y la voluntad de ejecutarla. Por esto, se afirma que, subjetivamente, la tentativa es idéntica al delito doloso consumado (p. 63).

Tipo Objetivo

Atendiendo a la fórmula consagrada legislativamente por primera vez en el Código francés de 1810, el elemento objetivo de la tentativa es designado por nuestro legislador mediante la siguiente fórmula: "el agente hubiera comenzado simplemente la ejecución del delito".

Para CURY (1977) "La decisión que se tome no depende solamente de criterios lógico sistemáticos, sino también de muchas otras consideraciones relacionadas con la concepción del derecho penal, de la pena, y de la política criminal que se sostenga. Desde un punto de vista objetivo, se ha afirmado, primero, que existe comienzo de la ejecución del delito cuando el agente realiza actos que caen dentro del tipo legal; es decir, que inicia la actividad descrita en el tipo

legal. En el delito de hurto por ejemplo, se daría tentativa cuando el agente sustrae la cosa mueble ajena, pero no logra disponer de ella (apoderarse); en el delito de estafa, cuando el agente ejecuta el artificio, astucia o engaño, sin lograr que la víctima se desprenda en su favor de parte de su patrimonio; o en el delito de violación, cuando el delincuente ejerce violencia o amenaza sobre la víctima, sin tener éxito en su propósito lascivo". (p. 367).

Falta de Consumación del delito

Sobre el particular, según MUÑOZ CONDE "existen muchas teorías que pretenden dar respuesta a esta interrogante, entre las cuales, destaca la *teoría intermedia o mixta*, la cual combina dos aspectos de la acción típica (subjetivos y objetivos); el plan del sujeto activo - visualizaciones respecto de el desencadenamiento de la acción típica- y si de acuerdo a estas visualizaciones, la conducta exteriorizada por el autor, se encuentra estrechamente ligada, a la acción descrita en la parte objetiva del tipo, no existiendo elementos intermedios que impidan el poner en actividad inmediata su ejecución, *teoría que presenta el problema de subjetivizar un criterio que en la ley es objetivo*".

De dicha teoría se desprende que: "la principal diferencia entre ambos actos, radica en el comienzo de la ejecución de

la conducta típica, en la que, a ciencia cierta, sólo el sujeto activo que ejecuta la conducta prohibida, conoce en que fase del delito se encuentra su intención exteriorizada, por ejemplo, el hecho de comprar un arma, puede ser un acto preparatorio del injusto penal de homicidio, y se convierte en acto ejecutivo, cuando emplea dicha arma con el propósito consciente y voluntario de obtener el resultado lesivo al bien jurídico vida, razón por la cual, para establecer una diferencia fáctica, debe atenderse no solo a la constitución de cada tipo de injusto en específico, sino también de las circunstancias que acompañan su realización”. Sin embargo, el problema aquí se presenta para delimitar entre tentativa y consumación. Es clara esta distinción si nos encontramos frente a delitos de resultado, pero resulta discutible en los delitos de actividad. Se estima que en este tipo de delitos no es concebible la tentativa, ya que la realización de la conducta típica comporta ya la consumación. Aunque, sí se puede hablar de tentativa en aquellos hechos donde se observe fragmentación de actos.

2.2.3.4.3. Calificación de la Tentativa

En atención a las razones por las cuales el delito no llegó a consumarse, la tentativa se califica en dos formas: en tentativa acabada y tentativa inacabada. Para QUIRÓS la tentativa puede ser inacabada cuando el autor considera

que no ha realizado todavía todo lo necesario para consumar el delito; o acabada cuando, de acuerdo con su previsión del hecho delictivo, se han llevado a cabo todos los actos que parecen necesarios para la consumación, sin que esta se produzca.

- Tentativa inacabada

La tentativa inacabada, conocida igualmente como delito intentado, es aquella en la cual el sujeto no puede realizar todos los actos que consideraba necesarios para la perpetración del hecho delictuoso que se había propuesto realizar. En la tentativa inacabada solo basta que el autor detenga voluntariamente la realización de los actos ejecutivos para que no se lo pueda punir.

Para MALO (1971) “la tentativa propia, comúnmente referida como tentativa inacabada se presenta cuando los actos ejecutados para la comisión de un delito no llegan a su total realización por la intervención de una acción externa que impida su continuación” (p.13).

Aunque de acuerdo con ZAFARONI (2002) “el desistimiento es perfectamente posible tanto en la tentativa acabada como en la inacabada, debiendo tratarse en ambos casos de una conducta que tienda a evitar el resultado, es decir que el

desistimiento opera en forma equivalente a como lo hace en la estructura activa. Para dicho autor en la tentativa inacabada es imprescindible que el desistimiento que interrumpe la acción ejecutiva impida la consumación del delito, o que sólo se consume por una desviación esencial del curso causal respecto de lo imaginado por el autor, de naturaleza tal que impida atribuirle el resultado” (p. 850).

- Tentativa acabada

La tentativa acabada, también llamada delito frustrado, es aquella en la cual el resultado delictivo no se ha producido por circunstancias independientes al culpable, a pesar de que éste ha realizado todos los actos que considera necesarios para la completa ejecución del delito. Según MALO (1971) “la tentativa impropia conocida también como tentativa acabada o como delito frustrado, se observa cuando el autor ha cometido todos los actos necesarios para la consumación de un delito, la cual no se actualiza por causas independientes de su voluntad”. (p. 14).

Como sistematización se puede indicar:

La tentativa no constituye una parte punible del hecho consumado en razón de un dolo completo, y por tanto su punición no se ha de fundamentar en el criterio de considerar que ha de ser así toda vez que existe una voluntad delictiva

contraría a la norma, donde la conflictividad lesiva queda opacada por lo subjetivo. Contra esta opinión, según ZAFARONI (2002) “se puede exponer la objeción de que lo subjetivo no puede justificar una pena, sobre lo que hay general acuerdo, pues incluso quienes asumen posiciones extremadamente subjetivistas se ven precisados a rechazar la punición de las tentativas supersticiosas, irreales o delitos putativos. Pero además, también debe tenerse en cuenta que en la perspectiva de un saber penal contentor y limitante del poder punitivo, lo subjetivo constituye un límite a cualquier ejercicio habilitante grosero, como sería la pretensión de penar como doloso lo imprudente, lo que se veía claramente antes del desarrollo de la tipicidad imputativa, cuando el dolo en el injusto servía de límite acotante de la desmesura del dogma causal” (p. 817-818).

- Tentativa Inidónea

Según CASTRO (2009) “para cierto sector de la doctrina, no existiría diferencia entre tentativa inidónea y el delito imposible, estudiándolos como instituciones similares, que podrán presentarse en diversos supuestos, por lo que, será criterio de los autores el mantener la posición que sí existe una diferenciación teórica, entre dichos conceptos, por lo que, el estudio de cada uno de estos actos también imperfectos, será abordado de forma individual”. (p. 113).

Siendo así, en términos del profesor MIR (2002), la tentativa inidónea o bien delito imposible, se presenta: “Cuando por inidoneidad del objeto, de los medios o del sujeto, no podía llegarse a la consumación del delito efectivamente intentado” (p. 346).

De este aporte, se pueden extraer tres aspectos que la componen y que evidentemente resultan independientes entre sí:

“a.- El primer elemento es la inidoneidad de los medios, lo que desde mi punto de vista corresponde a la tentativa inidónea, pues comprende el hecho de que un sujeto activo determinado, ejecute una conducta de dar principio, o bien ejecutar todos los actos encaminados a la producción de un resultado típico, mismo que no puede producirse, debido a que de acuerdo con sus propiedades objetivas, el medio empleado -arma o herramienta seleccionada para la causación del resultado típico-, para tal efecto, no es adecuado para lograr la consumación material del hecho” (COBO, 1987, p. 501.).

En lo que respecta al segundo elemento, *“inidoneidad del sujeto activo o autor de la conducta exteriorizada, esta se da*

cuando el autor, sin la calificación de autor, realiza la acción típica de un delito que exige una específica calidad del sujeto activo (Ejemplo: el que en la creencia de ser funcionario, recibe una dádiva)” (BACIGALUPO, 1974, p. 109), de lo que se advierte que en este supuesto, “ya no puede hablarse de tentativa, por cuanto el actuar del sujeto activo, ha ido más allá de los actos ejecutivos, pues presupone la consumación de una conducta en la que el sujeto que la ejecuta, por tratarse de un delito especial propio, no tiene las cualidades para ser autor del delito, siendo esto, una forma de delito putativo, en la que quien ejecuta acción, presupone estar cometiendo un delito, en el que ha falta de calidades no puede estar inmerso, lo cual, no implica que no pueda ser responsable de otro delito, en el que su conducta consumada encaje”.

Según, Castro (2009) “En cuanto al tercer y último elemento referido a la inidoneidad del objeto material, es lo que, configura el denominado “delito imposible”, pues se trata de situaciones fácticas en las que el objeto no permite la consumación, o bien falta en su totalidad, es decir que esta se presenta, cuando en la ejecución de todos los actos que objetivamente son capaces de producir el resultado, este no puede darse, debido a la inexistencia del bien jurídico protegido o por la ausencia del objeto material. Es

importante resaltar que, en cuanto a la inexistencia del bien jurídico protegido en un delito de resultado como el Homicidio, se aprecia una imposibilidad jurídica de la consumación de la conducta punible, por cuanto, el bien jurídico que se tutela, Vida, no existe al momento en que el sujeto activo exteriorizó su conducta, siendo claro que, quien intenta matar a una persona sin vida, jamás habrá podido encajar en la conducta prohibida de homicidio y mucho menos tentarlo. Sin embargo, en el supuesto de ausencia del objeto material sobre el que recae la acción, el bien jurídico protegido si existe, pero jamás fue concretamente expuesto, pues el sujeto pasivo no se encontraba en el lugar del hecho al momento en que el sujeto activo exteriorizó la conducta prohibida”. (p. 115).

2.2.3.4.4. La distinción entre actos preparatorios y actos ejecutivos a partir de la norma penal y la teoría del delito

En el acápite anterior hemos mostrado las diversas posturas sobre la naturaleza de la norma penal y como, para el caso del ordenamiento peruano es necesario entender el injusto penal como un ente complejo, compuesto tanto por el desvalor de acción, como por el de resultado, de manera conjunta.

El denominado íter criminis fue desarrollado por CARRARA. Así, el principal autor de la escuela clásica italiana enseña que el mismo comprendía las siguientes fases:

a. “Fase ideativa, o de ideación, en la que surge la idea criminal en la mente del delincuente” (CÓRDOVA, 2002, p. 16).

b. “Fase preparativa, en la cual el agente dispone los medios elegidos con miras a crear las condiciones básicas para la realización del delito perseguido”. (REYES, 1990, p. 146).

c. “Fase ejecutiva, en la que el agente emplea los medios elegidos para realizar el delito perseguido”.

d. “Fase de consumación en la que el agente obtiene el resultado típico propuesto, mediante los medios por él dispuestos para el efecto”. (CÓRDOVA, 2002, p. 18).

El primer presupuesto para que se configure la tentativa es la necesidad de exteriorización de la conducta mediante la realización de actos idónea e inequívocamente dirigidos a la consumación del hecho. De esta manera, gracias al “principio del acto”, es necesario que el sujeto activo de la conducta exteriorice su personalidad mediante actos que supongan algo más allá de su fuero interno.

Para que la conducta ingrese al fuero penal, es requisito que el actor realice una conducta en el sentido jurídico penal del término, lo cual, en todo caso, supondrá la realización de una serie de actos externos sin que se pueda penar a alguien por su forma de ser, de pensar etc. Así entonces, la doctrina ha distinguido en el desarrollo del “íter criminis” los denominados actos preparatorios de los actos ejecutivos, para señalar, que solo a partir de los segundos, es punible la tentativa. La distinción entre actos preparatorios y actos ejecutivos, es uno de los puntos más problemáticos dentro de la teoría del delito, por lo que es fácil encontrar un sinnúmero de posibilidades teóricas para solventar esta cuestión.

“En primer lugar, tenemos las denominadas teorías objetivas¹, en las que la distinción entre actos preparatorios y actos ejecutivos se realiza ya sea, a partir del tipo o a partir de la vulneración al bien jurídicamente tutelado” (BACIGALUPO, 1999, p. 337). “En el primer caso, estamos frente a las denominadas teorías objetivo -formales, en las que la distinción se hace teniendo en cuenta el significado lingüístico del verbo rector sancionado en el respectivo tipo penal” (CÓRDOVA, 2002, p. 344). Estaremos entonces frente a un acto ejecutivo cuando el agente inicia la actividad descrita por el tipo respectivo, así v.gr., estaremos frente a una tentativa de homicidio cuando el sujeto comience a “matar”, o frente a un conato de hurto

¹ Limitamos en este punto el estudio a las denominadas teorías objetivas formales y materiales, que sin embargo no son las únicas que se han esbozado para resolver este interrogante

cuando el sujeto comience a “apoderarse”. La inexactitud de estas tesis condujo a su fracaso, debido a que no es claro en que eventos se da inicio lingüísticamente a la conducta sancionada por la ley penal.

“Partiendo de un entendimiento de la norma penal como objetiva de valoración y de la función protectora de bienes jurídicos por parte del derecho penal, surgieron las denominadas teorías objetivo-materiales, en las que la distinción entre acto preparatorio y acto ejecutivo se da a partir del momento en que se comienza a poner en peligro el bien jurídicamente tutelado por la ley penal” (GÓMEZ, 2003, p. 1199). Así entonces, en el acto preparatorio aún no se alcanza a poner en peligro el bien jurídico, lo cual si sucede en el caso del acto ejecutivo². “De acuerdo con estas tesis, la distinción entre actos preparatorios y actos ejecutivos v.gr. en el caso del hurto, estaría en el momento en que se comienza a poner en peligro el bien jurídico patrimonio económico del sujeto pasivo” (CÓRDOVA, 2002, p. 27).

“El finalismo, por su parte entiende que el contenido del injusto está dado por la rebeldía que muestra el agente frente al llamado de la norma, por lo que la entienden como norma subjetiva de

² Esta posición la acogió la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal en Sentencia del 12 de septiembre de 1963. MP. Simón Montero Torres.

determinación” (BACIGALUPO, 1999, p. 337). “A la luz de la tentativa, para explicar la distinción entre actos preparatorios y actos ejecutivos acudieron al concepto del plan del autor” (CÓRDOVA, 2002, p. 21). Así, “atendiendo lo querido por el autor y según su plan criminal, estaremos frente a actos preparatorios, cuando para él determinados actos sean apenas la antesala del hecho, y frente a actos ejecutivos cuando, de acuerdo a su plan, estemos frente a actos que ya constituyan actos de ejecución de la conducta criminal. En este evento, se parte de la prevalencia del desvalor de acción a nivel del injusto jurídico-penal” (CÓRDOVA, 2002, p. 23).

“Por último, surgen las denominadas tesis objetivo-subjetivas, o tesis mixtas, en las que se combinan las tesis objetivas con las subjetivas. Una primera alternativa en este sentido, plantea la combinación entre la teoría subjetiva y la teoría objetivo-formal, para sostener que la delimitación entre actos preparatorios y actos ejecutivos se procede en primer lugar, a observar el plan del autor y posteriormente, determinar si de acuerdo con esa imagen, el comportamiento realizado se encuentra estrechamente ligado a la acción típica de manera que no haya eslabones intermedios esenciales para poner en actividad inmediata su realización”. (CÓRDOVA, 2002, p. 27).

por su parte, CÓRDOBA (2002) “plantea que para distinguir el acto ejecutivo del acto preparatorio se debe determinar, en primer momento, cual es el plan del autor (teoría subjetiva). Establecido lo anterior, es necesario acudir a criterios objetivos relacionados primero, con el bien jurídico (teoría objetivo-material) y en segundo lugar, es necesario que el acto que se realiza sea inmediatamente anterior a la plena realización de todos o algunos de los elementos del tipo penal, conocido como principio de inmediatez temporal” (p. 30).

2.2.4. Adelantamiento de la Barrera Punitiva

Según ZUINAGA (2011) “(...) grandes han sido los esfuerzos -tanto por el legislador nacional como el europeo- de consensuar una definición acerca de este ámbito, lo que influye en la posterior regulación y tipificación de estas conductas y provocando una expansión y adelantamiento del Derecho penal sin apenas límites” (p. 213).

De esta manera, para DIAZ (2009) “podemos introducir aquí el concepto de populismo punitivo el cual implica una constante aplicación del Derecho penal “para hacer frente a determinados problemas sociales caracterizados, con frecuencia, por su repercusión mediática”, es decir, el tratamiento que se da en los medios de comunicación sobre determinados fenómenos (...)” (p. 57)

Sobre el particular ZAPATA (2022) opina que “El hecho de localizar el peligro en un único enemigo resulta de una utilidad enorme: se produce una separación en la sociedad entre buenos y malos” (p. 456). Siendo así, el estado acepta la necesidad de prevenir la amenaza, por ello permite la expansión del derecho penal.

Además, “este terror generalizado tiene gran influencia sobre el legislador ya que no es un miedo individualizado, sino que se comparte por toda la sociedad, se trata de una construcción social” (ARUGUETE & AMADEO, 2012, p. 181)

Por último “(...) frente a esta situación, el sistema político igualmente reacciona. Y lo hace principalmente a través de los actores políticos con capacidad de decisión. Por razones igualmente políticas, dichos actores se apropian del tema, potencian el drama, y politizan el derecho penal, entendiendo negativamente tal fenómeno, como la utilización de las medidas penales para movilizar a la opinión pública, sin que se resuelvan en el fondo los problemas que se promete solucionar” (KILLIAS, 1995, p. 429).

2.2.5. El Delito de Marcaje o Reglaje

De acuerdo a su configuración típica, el Art. 317-A del Código Penal, establece que “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”.

La Corte Suprema, mediante el Recurso de Nulidad N.º 193-2018/Lima Norte, ha indicado que “el delito de marcaje o reglaje constituye un delito de peligro, en el cual se han criminalizado actos preparatorios de determinados delitos en especial salvaguarda del bien jurídico supraindividual referido a la tranquilidad pública”.

Asimismo, la Sala Penal Permanente ha indicado que “(...) se trata de un tipo penal compuesto en tanto que, en puridad, comprende más de una

conducta delictiva en función de un determinado verbo rector (acopia, entrega, vigila, sigue, etc.), e incluso se sanciona la sola colaboración con dichas acciones mediante el uso, en general, de instrumentos idóneos (verbigracia: armas, teléfonos, etc.). En otras palabras, se maximiza el adelantamiento de la tradicional barrera punitiva con una prohibición y regulación amplia de conductas previas y necesarias para la ejecución de otros delitos”.

Según COSTA (2011) “Cuando estas conductas son masivas o se concentran en determinadas modalidades delictivas, se les denomina olas de la criminalidad. Así, se cometen masivamente delitos de homicidio, lesiones, pandillaje, secuestros, violaciones, extorsiones, etc” (p. 41).

Por su parte, para HEGUY (2008) “esta función informativa no siempre es realizada objetivamente, o mostrada en su real dimensión o con la profundidad debida, imponiéndose los que se ha venido en llamar “la dictadura de los hechos” que opaca lo “que hay detrás de los hechos” (p. 53).

2.3. Marco Conceptual

2.3.1. Adelantamiento de la Barrera Punitiva

Constituye característica del Derecho Penal del enemigo, ya que implica un riesgo al derecho fundamental de la libertad.

2.3.2. Delito

Se entiende como aquella conducta volitiva, ya sea por acción u omisión, que además resulta siendo típica, antijurídica y culpable.

2.3.3. El Delito de Marcaje o Reglaje

Es aquella actuación orientada a vigilar, seguir y acopiar información para la configuración de un ilícito posterior.

CAPITULO 3. Metodológico

3.1. Tipo de investigación

3.1.1 Por su finalidad

3.1.1.1. Investigación Básica

El presente estudio tuvo como propósito la profundización de conocimientos con relación a la inadecuada aplicación del adelantamiento de la barrera punitiva en el delito de Marcaje o Reglaje.

Según ANDER-EGG (1987), “este tipo de investigación se realiza con el propósito de acrecentar los conocimientos teóricos para el progreso de una determinada ciencia, sin interesarse en sus posibles aplicaciones o consecuencias prácticas; es más formal y persigue propósitos teóricos en el sentido de aumentar el acervo de conocimientos de una teoría” (p. 68).

Por otro lado, RUBIO Y VARAS (1997) sostuvieron que “tiene como finalidad primordial avanzar en el conocimiento de los fenómenos sociales y elaborar, desarrollar o ratificar teorías explicativas, dejando en un segundo plano la aplicación concreta de sus hallazgos. Se llama básica porque sirve de fundamento para cualquier otro tipo de investigación” (p. 120).

En mérito a la información recogida de las bases teóricas, y los resultados obtenidos por la aplicación de nuestros instrumentos, se llegó a identificar los criterios jurídicos respecto a la inadecuada aplicación del adelantamiento de la barrera punitiva en el delito de Marcaje o Reglaje.

3.1.2 Por su profundidad

La presente investigación fue descriptiva, pues seleccionamos instituciones jurídicas acerca de la inadecuada aplicación del adelantamiento de la barrera punitiva en los delitos de marcaje y reglaje.

Según SABINO (1986) “la investigación de tipo descriptiva trabaja sobre realidades de hechos, y su característica fundamental es la de presentar una interpretación correcta. Para la investigación descriptiva, su preocupación primordial radica en descubrir algunas características fundamentales de conjuntos homogéneos de fenómenos, utilizando criterios sistemáticos que permitan poner de manifiesto su estructura o comportamiento. De esta forma se pueden obtener las notas que caracterizan a la realidad estudiada” (p. 51).

3.1.3 Por su naturaleza

3.1.3.1. Investigación Documental

Para el desarrollo de nuestro estudio, logramos revisar un promedio de veintinueve (29), entre libros, tesis y revistas especializadas en

la rama del derecho penal, atendiendo que sus aportes teóricos fueron relevantes para la confección del presente trabajo.

Además, de la información recopilada se identificó los elementos esenciales de las variables de investigación, así como sus características, permitiendo obtener un conocimiento claro y preciso de la discrecionalidad que tiene la autoridad policial al momento de calificar una conducta como delito - para detener en flagrancia delictiva.

3.2 Material de estudio

Nuestra muestra estuvo conformada por cinco (5) operadores jurídicos (abogados litigantes y docentes en materia penal) de acuerdo a la siguiente delimitación.

TÉCNICAS	UNIDAD DE ANÁLISIS	POBLACIÓN	MUESTRA
ENTREVISTA	ABOGADOS LITIGANTES	3	3
	DOCENTES EN MATERIA PENAL	2	2
TOTAL		5	5

3.3 Recolección de datos

Con el propósito de llevar a cabo la recolección de datos, empleamos las siguientes técnicas e instrumentos, que se detallan a continuación:

3.3.1 Técnicas.

Fichaje.- Se utilizó esta técnica para facilitar la sistematización bibliográfica acerca de la inadecuada aplicación del adelantamiento de la barrera punitiva en los delitos de marcaje y reglaje.

Análisis de Contenido.- Consistió en el estudio de los contenidos de las sentencias emitidas por el Tribunal Supremo Nacional e Internacional referentes al adelantamiento de la barrera punitiva en los delitos de marcaje y reglaje

Entrevista.- Utilizamos la entrevista para recopilar información mediante la conversación con abogados especialistas en derecho penal, conocedores de la problemática, la misma que fue “semi estructurada” mediante un cuestionario acerca del tema.

3.3.2 Instrumentos

- Fichas
- Protocolo de Contenido
- Cuestionario

3.4 Análisis de datos

Utilizamos el programa Microsoft Excel 2010, para el procesamiento de datos, donde los resultados fueron recogidos a través de la entrevista a los abogados especialistas.

Las técnicas que utilizamos para el procesamiento de datos fueron:

- ✓ Cuadros Comparativos: Permitió sistematizar los resultados obtenidos en el acervo documentario y las entrevistas, para luego ser analizados e interpretados.
- ✓ Análisis e interpretación.

CAPITULO 4. Resultados y Discusión

4.1 Resultados

4.1.1. Modificaciones: Ley N° 30076

Con la inclusión del tipo penal de “reglaje” el adelantamiento de las barreras de intervención del “ius puniendi” estatal cobra todo su esplendor, al penalizarse los actos típicamente preparatorios, de las figuras delictivas que se encuentran descritas en el art. 317-A del Código Penal. Es decir, según PAUCAR (2013) “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”.

En efecto, la mencionada ley, que tiene como lema “la seguridad ciudadana” debiera precisar los alcances normativos de los delitos de marcaje o reglaje para extender sus efectos a “circunstancias de agravación”, para que de esta manera puedan cumplir con los fines “sociocomunicativos” de la norma jurídico-penal, así como los fines preventivos-generales de la pena.

Siendo esto así, de acuerdo a la modificación en el delito fin, se suprime el delito de Lesiones al feto, ya que no guarda relación alguna con lo que pretende penalizar el artículo 317-A del Código, pues resulta imposible que, alguien realice actos de seguimiento, para provocar una afectación a la salud del feto; o en su defecto, carece de sentido que un sujeto realice actos de vigilancia, para seducir a una persona mayor de 14 y menor de 18 años de edad, 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.

Por otro lado, era más que obvio que el tipo penal de “homicidio calificado por la condición oficial del agente” [Incorporado por el artículo 1° de la Ley N° 30054], fuera objeto de inclusión en este catálogo, al ser una figura relacionada 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].

Otro aspecto importante a rescatar, es que dicha ley no hace alusión de forma expresa, a que los actos de vigilancia y/o seguimiento, deban recaer sobre una persona, por estar sobre entendido; por otro lado, le da mejor consistencia a lo que pretende criminalizar en esta figura 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. Consecuentemente, la mera tenencia de dichos objetos, no puede ser calificado como un acto de Marcaje, al ser ahora, los medios comisivos que emplea el agente para la realización típica del delito.

Cabe resaltar, según PAUCAR (2013) 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”. 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. 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. 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 *nen bis in ídem*.

Por lo demás, según PAUCAR (2013) “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 50 construcción normativa, lo cual de todas maneras se deducía de un correcto criterio interpretativo”

Asimismo, para PEÑA CABRERA (2010) “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”.

Por último, además del dolo, la tipicidad penal amerita un elemento de naturaleza subjetiva (trascendente), respecto a la finalidad de facilitar la comisión del delito, cuya verificación debe manifestarse a través de una base indiciaria pero de naturaleza objetiva, ya que sin ello, se estaría penalizando una conducta desconectada con la relación delictiva, que da lugar a la figura delictiva cuestionada.

4.1.4. Entrevistas

A continuación, presentaremos los resultados de las entrevistas efectuadas hacia abogados especialistas y docentes en derecho penal. Para lo cual, tuvimos en cuenta su experiencia en el campo laboral, siendo relevante las opiniones vertidas para el dilucidar la problemática planteada acerca de la inadecuada aplicación del adelantamiento de la barrera punitiva en los delitos de marcaje y reglaje.

Las preguntas formuladas, corresponden a un cuestionario semi estructurado, cuyas respuestas sirvieron para profundizar en el ámbito específico del fenómeno.

TABLA 01
OPINIÓN ACERCA DEL ADELANTAMIENTO DE LA BARRERA PUNITIVA

PREGUNTA	Entrevistado 1	Entrevistado 2	Entrevistado 3	Entrevistado 4	Entrevistado 5
Analizar la aplicación del adelantamiento de la barrera de punibilidad.					
1. ¿Qué se entiende por punibilidad?	Por punibilidad se entiende que la conducta efectuada por el sujeto agente tiene la posibilidad de recibir un castigo o pena.	Se puede entender como aquella conducta ilícita merecedora de un castigo penal.	La punibilidad es un elemento del delito, donde la conducta realizada tendría la cualidad de ser castigada penalmente.	Se entiende por punibilidad a aquella conducta que resulta susceptible de recibir una pena impuesta por el estado.	Se trata de un adjetivo para calificar las conductas con sometimiento penal.
2. ¿Qué entendemos por adelantamiento de la barrera de punibilidad?	Se trataría de un fenómeno de anticipación para el castigo de	Se entiende como una técnica del derecho penal caracterizada por ser	Se trata de la facultad excepcional de índole penal que consiste en castigar	Es una técnica penal aplicable exclusivamente a los casos donde exista conductas de mayor riesgo	Se entendería como la facultad para la regulación amplia de conductas,

	la conducta, lo que implicaría un riesgo para la libertad de las personas.	anticipativa a la punibilidad de la conducta, debiendo aplicarse de manera y excepcional	conductas que por sí solas no constituirían delito por ser meramente presuntivas	para la sociedad.	en situaciones que carece de factum sujeto de reproche penal.
--	--	--	--	-------------------	---

Fuente: Elaboración propia

Respecto al primer objetivo acerca del análisis de la aplicación del adelantamiento de la barrera de punibilidad, se elaboraron de dos preguntas pertinentes, primero ¿Qué se entiende por punibilidad? Donde la mayoría de entrevistados coincidió en que la punibilidad, como elemento del delito, es la cualidad o adjetivo de aquella conducta (ilícita) que se supone es merecedora o susceptible de recibir un castigo penal impuesta por el estado.

Segundo ¿Qué entendemos por adelantamiento de la barrera de punibilidad?, a lo que la mayoría de entrevistados coligieron en que se trataría de una técnica jurídica donde el legislador tiene a bien, anticipar excepcionalmente la punibilidad o castigo de aquellas conductas que por sí solas no constituirían delito por ser meramente presuntivas.

TABLA 02
OPINIÓN ACERCA DEL DELITO DE MARCAJE O REGLAJE

PREGUNTA	Entrevistad o 1	Entrevistad o 2	Entrevistado 3	Entrevistado 4	Entrevistado 5
Analizar la figura delictiva del Marcaje o Reglaje.					
3. <i>¿En qué consiste el delito de marcaje o reglaje?</i>	Consiste en el acopio o entrega de información necesaria; o en su defecto, colabora simplemente con la ejecución de conductas ilícitas.	Se puede definir como aquella actividad de vigilancia utilizando vehículos, armas, teléfonos o instrumentos idóneos, con el propósito de cometer otro delito.	Constituye una labor de "inteligencia" en lugares como negocios, entidades financieras, centros comerciales para luego cometer un delito de suma gravedad.	Consistiría en una forma de labor de inteligencia, realizados en zonas con alta densidad de víctimas potenciales.	Se trataría de una recolección de información, donde se selecciona al sujeto pasivo, al cual se vigila para luego convertirse en víctima.
4. <i>¿Existe adelantamiento de la barrera de punibilidad en el delito de marcaje o reglaje?</i>	Es correcto. Lo que pretende el legislador es adelantar la barrera punitiva hacia meros actos preparatorios que de por sí, aún no constituyen delito.	Si existe, pues al criminalizar actos preparatorios que darán lugar a la ejecución de "cualquier" otro delito.	Existe adelantamiento de la barrera punitiva porque lo que estaría castigando según iter criminis son actos preparatorios.	Hay adelantamiento de la barrera de punibilidad ya que, el legislador sanciona, aquello que en teoría se ubica en la fase intermedia (entre lo subjetivo y la ejecución delictiva).	Si, en esta clase de figuras delictivas hay un adelantamiento de la barrera punitiva, ya que la ley castiga o sanciona lo que se conoce como "actos preparatorios"

Fuente: Elaboración propia

Ahora bien, el segundo objetivo hace referencia al análisis de la figura delictiva del marcaje o reglaje, por lo que se formularon las siguientes preguntas: para empezar ¿en qué consiste el delito de marcaje o reglaje? donde los entrevistados señalaron que se trataría de labores de "inteligencias" dirigidas al acopio de información, como actividades de vigilancia, utilización de armas, vehículos,

teléfonos, etcétera, realizadas sobre todo en zonas con alta densidad de víctimas potenciales, con el propósito de cometer “otros” delitos.

Asimismo, acerca de la pregunta si ¿existe adelantamiento de la barrera de punibilidad en el delito de marcaje o reglaje? nuestros informantes, expresaron afirmativamente, ya que el legislador estaría castigando conductas que en puridad serían meros actos preparatorios, que de por sí, no constituyen delitos por encontrarse en teoría, en plena fase intermedia, esto es, entre los subjetivo u la ejecución delictiva.

TABLA 03
OPINIÓN ACERCA DE LA DEROGACIÓN DEL DELITO DE
MARCAJE O REGLAJE

PREGUNTA	Entrevistado o 1	Entrevistado o 2	Entrevistado o 3	Entrevistado 4	Entrevistado 5
Proponer la derogación del delito de Marcaje o Reglaje regulado en el art. 317-A del Código Penal.					
5. ¿Es inadecuada la aplicación del adelantamiento de la barrera punitiva en el delito de Marcaje o Reglaje?	Si es inadecuada, puesto que en estos delitos no se puede diferenciar actos permitidos de los prohibidos.	Es inadecuada. Porque al criminalizar actos preparatorios de cualquier delito, por lo tanto, el bien jurídico que se desea proteger (salud, patrimonio, etc.) también es impreciso.	Hay un inadecuado tratamiento de la barrera punitiva, puesto que no protege la tranquilidad pública, más bien genera inseguridad jurídica.	Existe una inadecuada aplicación del adelantamiento de la barrera punitiva porque al sancionar dichas conductas, no se delimita con precisión la conducta típica, vulnerando el principio de determinación de los tipos penales.	Es inadecuada, pues la inclusión de estos nuevos tipos penales (marcaje o reglaje) sin la mínima observancia de las reglas de la política criminal, generan incongruencia en los delitos ya existentes.

6. ¿Es necesario la modificación del art. 317-A del Código Penal?	Si es necesario la modificación de dicho artículo.	Si. Pues al no delimitar de manera exhaustiva la conducta típica, debe suprimirse.	Es necesario su modificación, no solo por perder legitimidad en la sociedad, sino por no encuadrarse en el sistema jurídico.	Por las razones expuestas, es necesario la modificación y/o derogación del artículo en mención.	A efecto de no seguir atentando la observancia contra la política criminal, dicho artículo debe suprimirse.
---	--	--	--	---	---

Fuente: Elaboración propia

Por último, acerca del tercer objetivo, sobre proponer la derogación del delito de marcaje o reglaje regulado en el art. 317-A del Código Penal, se formuló la siguiente pregunta ¿es inadecuada la aplicación del adelantamiento de la barrera punitiva en el delito de marcaje o reglaje? a lo que la mayoría de informantes respondieron que sí, pues al criminalizar meros actos preparatorios no podría diferenciarse los actos permitidos de los actos prohibidos, ya que se configurarían delitos sin la mínima observancia de las reglas de la política criminal provocando incongruencia en los delitos ya existentes.

Luego, acerca de la pregunta si ¿es necesario la modificación del art. 317-A del Código Penal? Los entrevistados confirmaron que resultaba necesario, a efecto de no seguir atentando contra la observancia de la política criminal, lo cual pierde legitimidad para la sociedad por no encuadrarse en el sistema jurídico.

CAPITULO 5. Conclusiones y Recomendaciones

5.1. Conclusiones

- ✓ En el delito de Marcaje o Reglaje regulado en el art. 317-A del Código Penal, la aplicación del adelantamiento de la barrera punitiva resulta inadecuada; toda vez, que evidencia la política sobre-criminal del Estado, que pretende sancionar actos previos al inicio de la ejecución del delito, en su afán de aparentar una lucha efectiva contra el crimen en nuestro país.

- ✓ La aplicación del adelantamiento de la barrera punitiva constituye una expresión del derecho penal del enemigo, ya que justifica la pretendida peligrosidad del sujeto, sin haber cometido algún delito.

- ✓ Según la figura delictiva del Marcaje o Reglaje se trataría esencialmente de un acto preparatorio sancionado; pues si bien dichas figuras presentarían con anterioridad a la ejecución del delito, en principio no son punibles, ya que aún no ponen en peligro el bien jurídico.

- ✓ Es necesaria la derogación del delito de Marcaje o Reglaje regulado en el art. 317-A del Código Penal, por no encuadrarse dentro del sistema jurídico penal.

5.2. Recomendaciones

- De acuerdo a lo expuesto, proponemos la derogación del delito de Marcaje o Reglaje regulado en el art. 317-A del Código Penal, por resultar inadecuada el adelantamiento de la barrera de punibilidad.

Proyecto de Ley N°/2024-CR

**PROYECTO DE LEY QUE DEROGA EL ART. 317-A
DEL CÓDIGO PENAL, QUE TIPIFICA EL DELITO
DE MARCAJE O REGLAJE:**

I. PETITORIO:

Los congresistas de la República que suscriben, a iniciativa del Señor Congresista, ejerciendo el derecho a iniciativa legislativa que les confiere el artículo 107° de la Constitución Política del Perú, y en concordancia con los artículos 22, inciso c), 67, 75 y 76 del Reglamento del Congreso de la República, presentan el siguiente proyecto de ley:

**PROYECTO DE LEY QUE DEROGA EL ART. 317-A DEL CÓDIGO PENAL,
QUE TIPIFICA EL DELITO DE MARCAJE O REGLAJE:**

I. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

En puridad, cuando hablamos de adelantamiento, estaremos hablando de aquella situación temporal que va ligada necesariamente a un riesgo. Según la RAE adelantar significa “acelerar o apresurarse”, esto quiere decir que “adelantarse” conlleva el apostar por algo “más o menos” desconocido para el individuo.

Dentro del derecho penal, ocurre lo mismo, pues el adelantamiento de la barrera punitiva implicaría un riesgo respecto al derecho fundamental de la persona como la “libertad”. Por lo que, el tratamiento de dicha técnica anticipada

debe ser profundamente diligente y sobre todo “excepcional”, debiendo aplicarse a conductas con mayor desviación social.

En este sentido, el adelantamiento de la barrera punitiva constituye una expresión del derecho penal del enemigo, como nuevo paradigma en la concepción del delito. En otras palabras, existe un nuevo enfoque, novedoso y sugerente de analizar el comportamiento criminal.

Para RITA G. (2020) “el paradigma sufre una variación al cambiar de naturaleza retrospectiva a prospectiva, orientándose el Derecho, hacia la prevención de futuros actos lesivos” (p. 391); sin embargo, dicha situación no debe utilizarse de manera indiscriminada, por el contrario, solo ante ciertas figuras de criminalidad donde exista un elevado nivel de ilicitud.

Por lo tanto, en mérito a su aplicación excepcional, resulta de máxima relevancia la labor del legislador que la crea. En palabras de RITA G (2020) “es el legislador el que elabora el análisis y otorga mayor importancia al hecho que se va a cometer en el futuro” (p. 447). No obstante, como ya advertimos, ello no significa que el legislador tenga una tendencia a utilizarlo de manera indiscriminada para justificar su labor parlamentaria.

Ahora bien, en el 2012 se incorporó en nuestro Código Penal, el delito de “marcaje o reglaje”, el mismo que actualmente prescribe:

“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 (...).”

De conformidad con el citado artículo, el delito de “marcaje o reglaje” se entendería como aquella actuación orientada a la vigilancia, al seguimiento y el acopio de información para la configuración de un ilícito posterior, como pueden ser los “delitos contra la vida”, “el patrimonio”, “delitos contra la libertad personal”, “delitos contra la libertad sexual” entre otros; resultando en consecuencia, un “acto preparatorio” pero sancionado, en otras palabras, un adelanto de la barrera punitiva. En otras palabras, lo que se castiga en este delito es un mero “acto preparatorio”.

Según PALOMINO (2019) “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)” (p.5); por lo tanto, resulta imposible, desde la tipicidad objetiva, que en estos casos,

debido a la ineficiente redacción del dispositivo normativo, deducir si nos encontramos ante un “acto permitido” o “acto prohibido”, debiendo valerse de la subjetividad para averiguar intensión del sujeto activo.

En consecuencia, la aplicación del adelantamiento de la barrera punitiva en el delito de Marcaje o Reglaje regulado en el art. 317-A del Código Penal resulta inadecuada; toda vez, que pone en evidencia la política sobre-criminal del Estado, pretendiendo castigar “actos previos” al inicio de la ejecución del delito, en su afán de aparentar una lucha efectiva contra el crimen en nuestro país.

II. CONCORDANCIA DE LA NORMA CON EL ACUERDO NACIONAL

La iniciativa legislativa encuentra coincidencia en el marco de las Políticas de Estado del Acuerdo Nacional siguientes:

Política 24. Afirmación de un Estado eficiente y transparente.

Política 28. Plena vigencia de la Constitución y de los derechos humanos y acceso a la justicia e independencia judicial.

III. ANÁLISIS DE COSTO BENEFICIO

El presente proyecto no genera ningún gasto al erario nacional ni costo negativo. Por el contrario, guarda consonancia con el objetivo del Sistema de justicia, basado en el respeto al debido proceso, garantizando el derecho a ser juzgado en un plazo razonable.

Asimismo, promueve el derecho a ser oído con las debidas garantías, el derecho al juez competente y a la vez independiente, así como un juez preestablecido por ley.

IV. IMPACTO DE LA NORMA EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL

La aprobación de la presente iniciativa legislativa conllevaría únicamente a la supresión de la parte in fine del artículo 317-A° del Código Penal, que establece lo siguiente:

“Artículo 317-A. Marcaje o reglaje

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”.*

V. FÓRMULA NORMATIVA

El Congreso de la República ha dado la Ley siguiente:

LEY QUE DEROGA EL ART. 317-A DEL CÓDIGO PENAL, QUE TIPIFICA EL DELITO DE MARCAJE O REGLAJE

Artículo Único. - Derogación del art. 317-A del Código Penal

Deróguese el art. 317-A del Código Penal, que tipifica el delito de marcaje o reglaje.

CAPÍTULO 6. Bibliografía

ALCÓCER P. Eduardo (2021). Introducción al Derecho Penal. Parte Especial. Jurista Editores. E.I.R.L. Perú.

ARBULÚ Martínez, Víctor Jimmy (2015). *Derecho Procesal Penal. Un enfoque doctrinario y jurisprudencial*, Tomo I, 1era edición. Lima: Gaceta Penal.

ARUGUETE, N. & Amadeo, B., (2012). Encuadrando el delito: pánico moral en los periódicos argentinos. *América Latina Hoy*, vol. 62, 177-196.

BACIGALUPO, E. (1997). Principios de derecho penal. Parte general (4ta. ed.). Madrid, España: Editorial Akal.

BACIGALUPO, E. (2004). Derecho penal. Parte general, Presentación y anotaciones de Percy García Caveró. Lima, Perú: Ara.

BAZÁN Cerdán J. Fernando (2011). AUDIENCIA DE TUTELA: FUNDAMENTOS JURÍDICOS: (Acuerdo Plenario N° 4-2010/CJ-116). *Revista Oficial del Poder Judicial*: Año 4 - 5, N° 6 y N.º 7. Lima.

BUSTOS, J. (2004). Derecho penal. Parte general. Lima, Perú: Ara.

CAFERRATA Nores, José. (2000). *Manual de Derecho Procesal Penal*, 2da edición, Argentina: Ciencia, Derecho y Sociedad.

CABANELLAS, Guillermo (1989). Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. 21° Edición. Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires.

CASTRO Maradiaga, Juan Bautista (2009). “Las Etapas del Iter Criminis, y su Aplicación Práctica en los Tipos de Injusto De Homicidio Y Asesinato” *Revista de Derecho*.

COBO del Rosal y Vives Antón (1987). “Derecho Penal Parte General”. Segunda Edición, Tirant lo Blanch, Valencia.

COSTA, Gino; Romero, Carlos; Inseguridad en el Perú: ¿Qué Hacer? Ciudad Nuestra; 1ra edición; Lima 2011; p. 41 y ss.

CHANAMÉ Orbe, Raúl (2016). Diccionario Jurídico Moderno. Décima Edición. Grupo Editorial Lex & Iuris.

CLARIA Olmedo, Jorge A. (2008). *Derecho Procesal Penal*, Tomo II, Argentina: Rubinzal-Culzoni Editores.

DE LA CUESTA, P. (1995). Tipicidad e imputación objetiva, Buenos Aires, Argentina: Ediciones jurídicas.

DÍAZ, G. L., (2009). El nuevo derecho penal. Valencia: Tirant Lo Blanch.

DIAZ S. (2019). “Derogación del Delito de Marcaje o Reglaje en el Perú”. Tesis de pregrado de la Universidad Privada Antenor Orrego.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. (1995). Teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta.

GARNICA, Cecilia (2014). El hecho Punible y el Objeto del Proceso. Instituto Superior de Derecho y Economía – ISDE. España.

GIMENO Sendra, Vicente (1991). *Derecho Procesal*. Valencia, España: Tirant Lo Blanch.

HEGUY, Silvina: en Seguridad Ciudadana y Medios de Comunicación; PNUD, Asunción 2008.

HUERTAS, M. (2000). “Temas de Derecho Penal General”. Perú: Academia de la Magistratura.

KILLIAS, Martin: La criminalisation de la vie quotidienne et la politisation du droit pénal: en Société Suisse des Juristes; Rapports et Communications; N° 4; 1995; p. 429

MALO, G. (1971). "Tentativa del Delito. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas".

MARADIAGA, J. (2013). "Ius Poenale, Latin America Journals Online". Recuperado de <http://www.lamjol.info/index.php/derecho/article/1004/827>)

MAURACH, R. y Zipf, H. (1994). Derecho penal. Parte general. Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible. Trad. A la 7° ed. Alemana por Jorde Bofil Genzsch. Buenos aires-1994.

MIR, S. (2002). "Derecho penal. Parte general". Sexta Edición. Barcelona.

MONTERO Aroca, Juan y otros. (2000). *Derecho Jurisdiccional III. Proceso penal, 10ma edición*, Valencia: Tirant Lo Blanch.

NIEVA Fenoll, Jordi. (2017). *Derecho Procesal III. Proceso penal*, Madrid, España: Marcial Pons.

ORÉ Guardia, Arsenio. (2016). *Derecho Procesal Penal Peruano*, 1era edición. Tomo III. Lima: Gaceta Jurídica.

PALOMINO Ramirez, W. (2019). *La legislación de emergencia como respuesta a la criminalidad organizada y la inseguridad ciudadana*. Gaceta Penal & Procesal Penal.

PEÑA CABRERA FREYRE, A. (2011). "Derecho Penal. Parte General", 2da Edición, Editorial Rhodas, Lima- Perú

SÁNCHEZ, W. (2023). "Fundamentos Jurídicos que Sustentan la Derogatoria del Tipo Penal de Reglaje o Marcaje, Tipificado en el Artículo 317-A del Código Penal".

SAN MARTIN Castro, César. (2015). *Derecho Procesal Penal*, 3era edición. Lima: Grijley.

ZAFFARONI, E. (2009). Estructura básica del derecho penal. Buenos Aires, Argentina.

ZAPATA, J. G., (2002). El terrorismo: La utilidad del miedo. Estudios Políticos.

ZUINAGA, S., (2011). El terrorismo, una aproximación teórica en cuanto a su definición. Revista venezolana de Análisis de Coyuntura

ANEXOS

**ANEXO 01:
FICHAS BIBLIOGRÁFICAS**

<p>Libro:</p> <p>Autor:</p> <p>Edición:</p> <p>Publicación:</p> <p>Editorial:</p> <p>Año:</p> <p>Páginas:</p> <p>Volumen:</p>

FICHAS TEXTUALES

<p>Autor/a:</p> <p>Título:</p> <p>Año:</p>	<p>Editorial:</p> <p>Ciudad, País:</p>
<p>Resumen del Contenido:</p>	
<p>Número de Edición /Impresión:</p> <p>Traductor:</p>	

ANEXO 02: ENTREVISTA**Entrevista:****I. Presentación del Entrevistador:**

Tenga usted muy buenos días. Mi nombre es Br. María Isabel Montañez Fernández, tesista de la Escuela Postgrado de la Universidad Privada Antenor Orrego y me encuentro realizando una investigación con respecto a la "INADECUADA APLICACIÓN DEL ADELANTAMIENTO DE LA BARRERA PUNITIVA EN EL DELITO DE MARCAJE O REGLAJE". En este sentido, siéntase libre de expresar sus opiniones, compartiendo sus ideas y experiencias en el tema. No se calificará de correcto o incorrecto, lo que prevalecerá es su punto de vista.

II. Datos Personales del Entrevistado:

¿Cuál es su nombre?

¿En qué institución labora?

¿Cuál es su cargo actual?

III. Guía de Preguntas:

1. ¿Qué entiende por punibilidad?
2. ¿Qué entendemos por adelantamiento de la barrera de punibilidad?
3. ¿En qué consiste el delito de marcaje o reglaje?
4. ¿Existe adelantamiento de la barrera de punibilidad en el delito de marcaje o reglaje?
5. ¿Es inadecuada la aplicación del adelantamiento de la barrera punitiva en el delito de Marcaje o Reglaje?
6. ¿Es necesario la modificación del art. 371-A del Código Penal?

Trujillo, _____ del 2024