



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS  
CARRERA DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

“EL DELITO DE MARCAJE O REGLAJE COMO ACTO PREPARATORIO Y SU INDEBIDA TIPIFICACIÓN EN EL CODIGO PENAL PERUANO”

Tesis para optar el título profesional de:

**Abogado**

**Autor:**

Rafael Alejandro Hidalgo Bustamante

**Asesor:**

Mg. Alejandro Urtecho Navarro

Trujillo – Perú

2015

## DEDICATORIA

¶ Dios,

Por haberme permitido llegar hasta este punto y haberme dado salud para lograr mis objetivos, además de su infinita bondad y amor.

¶ mi madre Madelaine,

Por haberme apoyado en todo momento, por sus consejos, sus valores, por la motivación constante que me ha permitido ser una persona de bien, pero más que nada, por su amor.

¶ mi padre Rafael,

Por los ejemplos de perseverancia y constancia que lo caracterizan y que me ha infundado siempre, por el valor mostrado para salir adelante y por su amor.

¶ mis hermanos, Katherine y Josué,

¶ mi hermana Katherine por ser el ejemplo de una hermana mayor de quien aprendí mucho y me ha acompañado en momentos difíciles; y a mi hermano menor Josué, por ser una alegría en la casa y ayudarme siempre en lo que está a su alcance.

¶ mi abuelita Naty,

Gracias a ella aprendí y entendí muchas cosas y que por más que haya fallecido hace poco, quiero que sepa que siempre la tendré presente en mi corazón y en mis pensamientos, te quiero mucho abuelita.

## AGRADECIMIENTO

La realización de esta Tesis no habría sido posible sin la valiosa ayuda del Doctor Alejandro Urtecho, mi sincero agradecimiento no solo por la formación académica, la cual, sin duda, fue muy importante, sino también por la confianza depositada en mí y por su ejemplo de trabajo y dedicación.

También, me gustaría agradecer a mis profesores de la carrera de derecho, quienes durante todo mi desarrollo han aportado con un granito de arena en mi formación académica.

Asimismo, a mis compañeros y compañeras de universidad quisiera darles las gracias por los buenos momentos que hemos compartido. Creo que todos hemos aprendido y aprendemos continuamente de cada uno de nosotros mismos, tanto profesional como personalmente.

Por último, este agradecimiento es extensivo a todas las personas que me ayudaron con la elaboración y formación de esta tesis, ya que sin ellos no hubiera sido posible llegar a culminarla.

## ÍNDICE DE CONTENIDOS

<b>CAPÍTULO 1. INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>1</b>
1.1. Realidad problemática .....	1
1.2. Formulación del problema.....	4
1.3. Justificación .....	4
1.4. Limitaciones.....	5
1.5. Objetivos.....	6
1.5.1. <i>Objetivo General</i> .....	6
1.5.2. <i>Objetivos Específicos</i> .....	6
<b>CAPÍTULO 2. MARCO TEÓRICO .....</b>	<b>7</b>
2.1. Antecedentes.....	7
2.2. Bases Teóricas .....	7
2.2.1. <b>CAPÍTULO I: EL DELITO DEL MARCAJE</b> .....	7
2.2.1.1. <b>CONCEPTO</b> .....	8
2.2.1.2. <b>GENERALIDADES</b> .....	8
2.2.1.3. <b>ANTECEDENTES</b> .....	9
2.2.1.4. <b>NATURALEZA JURÍDICA</b> .....	9
2.2.1.5. <b>DESCRIPCIÓN TÍPICA</b> .....	13
2.2.1.6. <b>BIEN JURÍDICO</b> .....	15
2.2.1.7. <b>LA PENALIZACIÓN DE LOS ACTOS PREPARATORIOS</b> ....	15
2.2.1.8. <b>TIPICIDAD OBJETIVA</b> .....	18
<b>COMPORTAMIENTO</b> .....	18
2.2.1.9. <b>TIPO SUBJETIVO DEL INJUSTO</b> .....	28
2.2.1.10. <b>SUJETO ACTIVO</b> .....	30
<b>AUTORÍA EN EL DELITO DE MARCAJE O REGLAJE</b> .....	31
<b>PARTÍCIPES EN EL DELITO DE MARCAJE O REGLAJE</b> .....	32
2.2.1.11. <b>SUJETO PASIVO</b> .....	33
2.2.1.12. <b>TENTATIVA DEL DELITO DE MARCAJE O REGLAJE</b> .....	33
2.2.1.13. <b>LA CONSUMACIÓN</b> .....	34
2.2.1.14. <b>DERECHO PENAL DEL ACTO</b> .....	34
2.2.2. <b>CAPÍTULO II: LÍMITES AL IUS PUNIENDI</b> .....	36
2.2.2.1. <i>Ius Puniendi</i> .....	36
2.2.2.2. <i>Principios Limitadores del Ius Puniendi</i> .....	37
2.2.3. <b>CAPÍTULO III: POLÍTICA CRIMINAL</b> .....	55
2.2.3.1. <b>INTRODUCCIÓN SOBRE EL DISEÑO Y REGULACIÓN LEGISLATIVA DE LA POLÍTICA CRIMINAL</b> .....	55
2.2.3.2. <b>SUSTENTO CONSTITUCIONAL PARA LEGISLAR SOBRE LA POLÍTICA CRIMINAL</b> .....	57
2.2.3.3. <b>LA POLÍTICA CRIMINAL EN EL CÓDIGO PENAL</b> .....	59

2.2.3.4.	<i>PROYECTOS SOBRE LA POLÍTICA CRIMINAL: UNA DEMANDA ENCARPETADA EN EI PODER LEGISLATIVO .60</i>	60
2.2.3.5.	<i>SOBRE LA POLÍTICA CRIMINAL DEL ESTADO PERUANO A LA LUZ DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL .....62</i>	62
2.2.3.6.	<i>LIMITACIONES AL DISEÑO DE LA POLÍTICA CRIMINAL DEL PODER LEGISLATIVO .....63</i>	63
2.2.3.7.	<i>LA POLÍTICA CRIMINAL PERUANA .....65</i>	65
2.2.3.8.	<i>LA DOGMÁTICA JURÍDICO PENAL.....72</i>	72
<b>CAPÍTULO 3. HIPÓTESIS.....75</b>		<b>75</b>
3.1.	Formulación de la hipótesis .....75	75
3.2.	Operacionalización de variables .....75	75
<b>CAPÍTULO 4. MATERIALES Y MÉTODOS.....77</b>		<b>77</b>
4.1.	Tipo de diseño de investigación.....77	77
4.2.	Material de estudio.....77	77
4.2.1.	<i>Unidad de estudio. ....77</i>	77
4.2.2.	<i>Población. ....77</i>	77
4.2.3.	<i>Muestra. ....77</i>	77
4.3.	Técnicas, procedimientos e instrumentos. ....78	78
4.3.1.	<i>Para recolectar datos. ....78</i>	78
4.3.2.	<i>Para analizar información.....78</i>	78
<b>CAPÍTULO 5. RESULTADOS .....79</b>		<b>79</b>
<b>CAPÍTULO 6. DISCUSIÓN .....92</b>		<b>92</b>

## ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1 Operacionalización de Variables.....	75
Tabla 2 Muestra.....	78
Tabla 3 Entrevistas a Especialistas.....	91

## ÍNDICE DE GRÁFICOS

## RESUMEN

El presente trabajo de investigación tiene como finalidad desarrollar de qué manera la discrecionalidad legislativa para sancionar actos preparatorios, expresada con la incorporación del delito de Marcaje o Reglaje en el Código Penal Peruano, afecta los Principios que conforman el *Ius Puniendi* Estatal; esto en razón a que como se tiene entendido un acto preparatorio según doctrina no puede ser sujeto de punibilidad y al hacerlo se estaría dando un adelantamiento innecesario de las barreras de intervención punitivas del derecho penal, debido a que los comportamientos que realizan los agentes se encuentran muy lejanos a la etapa ejecutiva del injusto penal, necesarios para la perpetración de la figura delictiva, los mismos que en esta fase, resultan inocuas e irrelevantes para el derecho penal, siendo que durante todo este proceso, se produce la vulneración de varios principios penales, como el de Lesividad, Intervención Mínima del Derecho Penal y Proporcionalidad.

En el primer capítulo, vamos a detallar el problema investigado, describiendo la realidad problemática por la cual se creó dicho problema, veremos cuáles son nuestras limitaciones y que objetivos nos trazamos en la presente investigación.

En el segundo capítulo, referido al marco teórico, primero estudiaremos la estructura típica y normativa del delito de Marcaje o Reglaje para luego continuar con los límites al *Ius Puniendi*, donde puntualizaremos los principios penales que se verían afectados con la incorporación del Marcaje en el Código Penal. Finalmente analizaremos la Política Criminal del Estado Peruano, en donde veremos, que en sí no existe una política criminal en nuestro país, o si esta existe es circunstancial, depende de los hechos o problemas sociales del momento, no mira a futuro ni las otras implicancias que tendría la legislación de tales hechos, tal como sucede en el delito de Reglaje.

En el tercer capítulo, veremos los materiales y métodos de nuestro trabajo de investigación, siendo ésta una investigación correlacional causal, teniendo como unidad de estudio la fuente bibliográfica, debido a que es una investigación netamente teórica. En cuanto a los métodos utilizados fueron la investigación bibliografía, la observación, el estudio de casos y la entrevista.

En los dos capítulos finales subsiguientes cuatro y cinco, los cuales se refieren a los Resultados y su Discusión, se analizó la sentencia N° 02795-2013-44 del Noveno Juzgado Penal Unipersonal de Trujillo, la cual es la única sentencia consentida existente en La Libertad respecto al delito de Marcaje o Reglaje y se entrevistó a cinco especialistas del Derecho Penal y Procesal Penal de distintos ámbitos laborales. En cuanto a la discusión de la sentencia analizada, se pudo identificar que aún no se tiene claro el sentido y el uso práctico del delito de Marcaje; esto se ve reflejado en la pobre fundamentación jurídica y el ambiguo y vago razonamiento del fiscal al momento de fundamentar su teoría del caso. Y de la discusión de las entrevistas, se pudo corroborar la investigación realizada en la presente tesis, ya que los especialistas al ser consultados, muchas veces tenían opiniones que afirmaban lo estudiado en esta tesina.

Por lo que se llegó a la conclusión final que la discrecionalidad legislativa para sancionar actos preparatorios, expresada con la incorporación del delito de Marcaje o Reglaje en el

Código Penal Peruano, afecta los principios que conforman el *Ius Puniendi* estatal al trasgredir los Principios de Lesividad, Mínima Intervención del Derecho Penal y Proporcionalidad.

## ABSTRACT

In the present research was developed how the legislative discretion to punish preparatory acts, expressed with the inclusion of the crime of marking or adjustment in the Peruvian Criminal Code affects the Principles that form the *Ius State puniendi*; this for the reason that as it is understood a preparatory act according doctrine can not be punibilizado and in doing so would be giving an unnecessary overtaking barriers punitive intervention of criminal law, because the behaviors performed by agents are far away the executive stage of the criminal unjust, necessary for the commission of the offense, the same that at this stage, are safe and irrelevant to criminal law, being that throughout this process, violating several criminal principles occur as that of harmfulness, Minimal Intervention Criminal Law and proportionality.

In the first chapter, we will detail the research problem, describing the problematic fact that this problem was created, we will see what our limitations and goals we set for ourselves in this investigation.

In the second chapter, based on the theoretical framework, first we study the typical structure and regulation of the crime of marking or adjustment and then continue with *limitus the right to punish*, which will point the criminal principles that would be affected by the incorporation of marking in the Code criminal. Finally we analyze the Criminal Policy of the Peruvian State, where we see that there is not itself a criminal policy in our country, or if there is circumstantial, depends on the facts or social problems of the moment, not looking to the future and other implications that such legislation would have made, such as in the crime of adjustment.

In the third chapter, we will see materials and methods of our research, this being a causal correlational research, with the unit of study the source, because it is a purely theoretical research. As for the methods included literature research, observation, case studies and interviews.

In the subsequent two final chapters four and five, which refer to the Results and Discussion, Case No. 02795-2013-44 the Ninth Criminal Court analyzed Trujillo Unipersonal, which is the only existing in the Consent Decree freedom from crime or adjustment Marking and five specialists from the Criminal Law and Criminal Procedure different work environments were interviewed. As for the discussion of the judgment analyzed, could be identified which do not have yet clear sense and practical use of the crime of Mark, this is reflected in the poor legal reasoning and the ambiguous and vague reasoning of the prosecutor to investigate. And the discussion of the interviews, it was possible to corroborate the research in this thesis, as the specialists to be consulted, often had opinions that claimed it studied in this thesis.

So it came to the final conclusion that the legislative discretion to punish preparatory acts, expressed with the inclusion of the crime of marking or adjustment in the Peruvian Penal Code affects the principles that make up the right to punish state to transgress the principles of harmfulness and minimum intervention of criminal law

## CAPÍTULO 1. INTRODUCCIÓN

### 1.1. Realidad problemática

El Estado Peruano, goza de la facultad para sancionar comportamientos que van en contra del ordenamiento jurídico, la moral y las buenas costumbres; este poder es otorgado por el Poder Judicial, el cual solo podrá ejercerse cuando haya conductas que por su especial gravedad alteran la convivencia y la paz en la sociedad.

A lo largo de los años en nuestro país debido a la inestabilidad política, los golpes de Estado y las revoluciones sociales, hemos tenido gobiernos arbitrarios y dictatoriales que han hecho un mal uso de este poder, debido a que dichos gobiernos de facto querían imponer sus propias ideas, por esta razón crearon leyes innecesarias, ineficaces y sobre todo que vulneraban los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Frente a esto, vemos que el escenario actual de la realidad peruana es un país que ha tenido un crecimiento económico sostenido anualmente de más del 4% en los últimos diez años, pero que los índices de pobreza y desempleo no han disminuido de manera considerable, y la delincuencia alcanza índices descomunales sobre todo en las ciudades más importantes, como Lima, Trujillo, Chiclayo, Chimbote, Cajamarca, Ayacucho, Piura; más aún si son los propios ciudadanos los que consideran que la delincuencia es el principal problema del país, superando a la pobreza y el desempleo. Según el Instituto de Opinión Pública de la PUCP, en su encuesta nacional advirtió que en agosto de 2014, para el 47% de la población la delincuencia es el principal problema del país. Esta percepción incluso era mayor en Lima y Callao (62%) que en el resto de zonas urbanas del país (40%). (PUCP, 2014).

El Estado viene gastando millones de soles en Seguridad Ciudadana para poder disminuir la tasa delictiva, siendo este uno de sus principales pasivos anuales, pero que a la fecha no ha visto resultados favorables, al contrario los índices de criminalidad siguen en aumento. En su incompetencia y como forma rápida para frenar estos actos delictivos ha adoptado como Política Criminal el Derecho Penal del Enemigo, el cual tiene las siguientes características centrales: en primer lugar, se constata un amplio adelantamiento de la punibilidad a actos que sólo tienen el carácter de preparatorios de hechos futuros. En segundo lugar, las penas previstas son desproporcionadamente altas: especialmente la anticipación de la barrera de la punición no es tomada en cuenta para reducir en correspondencia la pena amenazada. En tercer lugar, determinadas garantías

procesales son relativizadas o incluso suprimidas. Por lo que vemos que nuestro país al adoptar esta nueva política criminal, ha desnaturalizado todo nuestro sistema jurídico penal, ya que vulnera algunos derechos fundamentales tales como la presunción de inocencia, se han introducido medidas amplias de intervención de las comunicaciones, así como se han reducido considerablemente las exigencias de licitud y admisibilidad de la prueba, se han ampliado los plazos de detención policial para el cumplimiento de los fines investigadores, así como el plazo de la prisión preventiva; del mismo modo se están vulnerando varios de los Principios Penales que antes protegían a los ciudadanos, tales son los casos de la Tutela Jurisdiccional Efectiva, el Debido Proceso, el Principio de Lesividad, y de Intervención Mínima del Derecho Penal.

En este contexto, vemos que en los últimos años se ha visto de manera progresiva el aumento de las penas para los delitos más comunes que se pueden asociar al status actual de la sociedad peruana: hurto, robo, delitos contra la libertad sexual, extorsión, secuestro, homicidio, entre otros.

Sin embargo, no solo se observa un incremento cuantitativo de la realidad criminológica del Perú, sino que también se aprecia que han ido ingresando a nuestro país nuevas formas de criminalidad. Tal es el caso del delito de marcaje, el mismo que ha sido concebido como una forma de labor de "inteligencia" que realizan los criminales, en lugares como bancos, centros comerciales, negocios, departamentos, donde las personas realizan transacciones, guardan dinero, o realizan sus actividades comunes, ello con la finalidad de realizar una actividad de vigilancia, para luego identificarla plenamente y, de manera posterior, ser víctima de un delito de suma gravedad. En este sentido, mediante la Ley N° 30076 se incorporó el Artículo 317°-A, al Código Penal, tipificando el delito de marcaje o reglaje, que establece: "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(...)".

Esta norma penal constituye un adelantamiento de la punibilidad que ha sido introducida por nuestra legislación. Clásicamente la norma penal castiga los actos propios de

homicidio, robo, hurto, violación, secuestro, extorsión, llegando a castigar los casos de tentativa punible cuando se trata de acciones que superan el riesgo penalmente permitido, sin embargo, los actos preparatorios en dichos delitos (que por definición no son punibles), precisamente no eran castigados. Pues bien, y a causa de la indicada norma penal, en esta se ha incluido un listado cerrado de delitos sobre los cuales el sujeto activo debe realizar el delito de marcaje o reglaje, esto en la medida que el delito de marcaje, es entendido como un delito medio, es decir, que se realiza por el sujeto activo para facilitar la comisión de un delito principal. Tenemos, entonces que la norma ha listado los delitos de robo, hurto, secuestro, extorsión, violación sexual, homicidio, etc, como delitos a los cuales se debe destinar el marcaje.

Llama poderosamente la atención la inclusión de determinados delitos en el listado antes aludido, principalmente en lo que concierne al artículo 176 del Código Penal (Actos contra el pudor) cuya pena en su tipo base reside entre 3 a 5 años y en la modalidad agravada de 5 a 7 años. También ocurre ello respecto del delito de Hurto tipificado en el artículo 185° del Código Penal, cuya pena en su tipo base es de 1 a 3 años. Y es que en estos casos se ve que la pena prevista para tales delitos, es mucho menor (...). No se entiende, por ejemplo, por qué un empleado que acopia información sobre su jefe para lesionarlo, puede recibir entre 6 a 10 años de pena privativa de libertad (art. 317-A CP), pero si lo lesiona gravemente, solo puede recibir entre 4 a 8 años de la misma pena (art. 121 CP), lo que supone una clara infracción del principio de proporcionalidad. Al respecto, creemos que no basta, que el legislador pueda intervenir legítimamente, sino que debe hacerlo con respeto a los principios que rigen el Derecho Penal y, además, con uso de una técnica legislativa depurada. No se entiende que razones habrán impulsado al Poder Legislativo a incluir estos delitos en el listado pues estamos frente a supuestos en los cuales no existe respeto al principio de proporcionalidad en materia penal, pues se terminaría imponiendo una pena mayor a los sujetos que realizan al marcaje que a los que realizan el delito principal.

De acuerdo al sentido de la norma, debemos distinguir dos hechos muy diferentes y que pueden traer serias confusiones. Si una persona realiza una labor de seguimiento de un empresario -por ejemplo-para poder secuestrarlo posteriormente (digamos que la labor de inteligencia se realiza en un momento distante del momento de perpetración del hecho), su accionar sí constituye y se encuentra dentro del delito de reglaje o marcaje; por el contrario,

si una persona retira dinero de una entidad financiera, y los datos que ofrece el marca facilitan el delito principal de robo agravado (en ese mismo momento), su accionar del marca no se subsume dentro del delito antes señalado, sino dentro de la figura de la complicidad primaria del delito de robo agravado (en caso el mismo haya quedado consumado) o complicidad primaria de tentativa al delito de robo agravado (en caso el mismo haya quedado frustrado). Incluso se podría pensar que se trata de un concurso de leyes (ideal o real), empero estamos ante un concurso aparente de leyes, donde la autoría y participación del hecho cometido (delito fin o delito principal) subsume al del delito medio. Lo que debemos entender, sobre esta norma, es que el delito de reglaje o marcaje regula aquella labor de inteligencia que ejecuta el marca, empero el delito no se debe llegar a cometer, puesto que de consumarse, automáticamente por las reglas de autoría y participación el marca responde como cómplice primario del delito consumado.

No obstante ello, corresponde efectuar un análisis de este nuevo delito; debido a que en la actualidad ya existen sentencias condenatorias por este nuevo tipo penal; en cuyo contexto, corresponde evaluar de qué manera afecta los principios del derecho penal, entre ellos: el principio de lesividad, proporcionalidad y el de Intervención Mínima del Derecho Penal. Además, verificar si era realmente necesaria esta incorporación legislativa, ello atendiendo a que conforme a los artículos 23 y 25 del CP, incluso hubiera sido posible en algunos casos –vía las modalidades de autoría o de la complicidad primaria- conseguir pena más drástica.

## **1.2. Formulación del problema**

¿De qué manera la discrecionalidad legislativa para sancionar actos preparatorios, expresada con la incorporación del delito de Marcaje o Reglaje en el Código Penal Peruano, afecta los Principios que conforman el Ius Puniendi Estatal?

## **1.3. Justificación**

El delito de Marcaje o Reglaje nace frente a la inseguridad ciudadana que se vive en nuestro país, la delincuencia ha alcanzado niveles descomunales, quién no ha sido víctima alguna vez en su vida de un robo, hurto y otros de los delitos que regula el Marcaje. Según estadísticas realizadas por el Proyecto de Opinión Pública de América Latina (LAPOP), el 30,6% de los ciudadanos peruanos ha sido víctima de al menos un acto delincencial

durante el 2014, siendo el Perú según este estudio, el país que tiene la tasa más alta de delincuencia en Latinoamérica; frente a esto el Estado no es capaz de frenar o al menos reducir las tasas de criminalidad de dichos delitos, más aún la sociedad peruana ejerce presión social por la impotencia que tiene al verse indefensos frente a estos actos.

El Estado Peruano al encontrarse en esta situación de emergencia, muchas veces crea normas cuyos tipos penales son inconstitucionales, tal es el caso del tipo penal del Marcaje, que es de suma importancia estudiar debido a que se punibiliza acciones que analizadas individualmente son conductas totalmente lícitas, además de tratarse íntegramente de un acto preparatorio, porque se da en la fase previa a la comisión de un delito y vemos que al haberlo conceptualizado como delito, el Estado Peruano estaría vulnerando ciertos Principios que limitan su *ius Puniendi* Estatal para crear normas penales. Además, que este tema ha sido muy poco investigado y tratado por Juristas Peruanos, no existiendo compendios sobre este tema a la fecha o ya al menos libros que se dediquen exclusivamente al análisis del tipo penal del Marcaje o Reglaje.

Por lo que, con el desarrollo de la presente tesis buscamos poder determinar si el Estado está en la capacidad de poder criminalizar actos preparatorios cuyas acciones típicas son lícitas como cuestión de necesidad estatal frente a la Inseguridad Ciudadana en la que se vive actualmente en nuestro país. Para esto, vamos a analizar en nuestro marco teórico la estructura normativa del delito de Marcaje o Reglaje. Los actos preparatorios, determinando en qué medida estos pueden ser punibles, se analizará también el *ius Puniendi* del Estado Peruano y sus límites para dar leyes penales y la efectividad de la Política Criminal Peruana.

#### **1.4. Limitaciones**

El problema planteado en la presente tesis, ha sido muy poco tratado en nuestro país, ya que la información encontrada respecto a este tema en específico ha sido muy poca, no existiendo si quiera libros dedicados exclusivamente al tema de Marcaje o Reglaje, solo algunos artículos de revistas y opiniones de algunos juristas peruanos las cuales me sirvieron para fundamentar mi investigación, esto se debe a que el Marcaje o Reglaje es un delito relativamente nuevo en nuestro Código Penal.

Otra limitación encontrada fue respecto a hallar sentencias condenatorias consentidas en nuestro Distrito Judicial, solo llegando a existir una sola sentencia consentida a la fecha

desde la creación de este delito en el año 2012, siendo esto una limitante para poder aplicar de forma más efectiva los instrumentos de mi proyecto de investigación.

## **1.5. Objetivos**

### **1.5.1. Objetivo General**

Determinar de qué manera la discrecionalidad legislativa para sancionar actos preparatorios, expresada con la incorporación del delito de Marcaje o Reglaje, afectan los principios que conforman el *Ius Puniendi* Estatal.

### **1.5.2. Objetivos Específicos**

- Analizar el tipo penal del art. 317 A. del Código Penal – Marcaje o Reglaje
- Establecer si políticamente era necesaria la inclusión del Marcaje o Reglaje en el Código Penal Peruano.
- Explicar los Principios Penales que limitan al *Ius Puniendi* Estatal para dar leyes.
- Identificar el número de casos en que se han emitido sentencias condenatorias consentidas por el delito de marcaje o reglaje en el Distrito Judicial La Libertad.
- Verificar si en el derecho comparado, se ha establecido dentro de su legislación la tipificación del delito de marcaje o reglaje.

## **CAPÍTULO 2. MARCO TEÓRICO**

### **2.1. Antecedentes**

No existen antecedentes para la presente tesis a nivel nacional; la búsqueda realizada fue en universidades locales y nacionales. En las universidades locales se realizaron búsquedas físicas en las bibliotecas de sus centros universitarios. En las universidades de otras ciudades la búsqueda fue virtual mediante los servicios de bibliotecas virtuales que ofrecen en sus páginas webs.

A nivel internacional, no existen antecedentes, esto es porque el Marcaje es una figura penal que únicamente existe en nuestro país.

### **2.2. Bases Teóricas**

#### **2.2.1. CAPÍTULO I: EL DELITO DEL MARCAJE**

Será reprimido con pena privativa de libertad de tres a 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.

La pena privativa de libertad será de seis a 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 esta 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 u oficio, tiene conocimiento de los ingresos económicos, operaciones bancarias u otros datos sobre el patrimonio de la víctima.
5. Actúa en condición de integrante de una organización criminal."

### **2.2.1.1. CONCEPTO.**

Primero, hemos de definir el concepto de “Reglaje o marcaje”; ello de connotar el seguimiento continuo y permanente que efectúan ciertos agentes delictuales, sobre personas y cosas, con la finalidad de acopiar información y/o datos relevantes, que les permitan ejecutar su plan criminal con toda garantía en ejecución; sea para identificar trayectos de desplazamiento de la víctima, con el objeto de secuestrarla o de conocer su retiros dinerarios en bancos y otras instituciones financieras, con el afán de apoderarse del objeto material del delito (A. R. Peña Cabrera Freyre 2006).

Existen puntualmente cinco conductas típicas que podría desarrollar el agente: i) “realizar actos de acopio de información”, ii) “realizar actos de entrega de información”, iii) “realizar actos de vigilancia de personas”, iv) “realizar actos de seguimiento de personas”, y v) “colaborar en la ejecución de tales conductas mediante el uso de armas, vehículos, teléfonos u otros instrumentos idóneos. Este entramado de verbos rectores nos lleva a concluir que estamos frente a un “tipo penal alternativo” porque basta que el sujeto activo ejecute cualquiera de las conductas típicas para el delito quede perfeccionado (Prado Saldarriaga, Criminalidad Organizada 2006) .

### **2.2.1.2. GENERALIDADES**

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, extorciones y otras manifestaciones delictuales emparentadas. Todo ello genera un clima de inseguridad ciudadana que pone en riesgo los bienes jurídicos fundamentales de la persona. Por un lado aparece en dato criminológico, que se proyecta por los medios de comunicación social y los órganos de persecución penal indicándose la imposibilidad de detener a estos malhechores al no encontrárseles evidencia objetiva de la comisión de un hecho punible. Es sabido, que el hampa se caracteriza hoy en día por marcar a sus víctimas de hacer todo un seguimiento (reglaje o marcaje), en cuanto a lugares de desplazamiento del sujeto pasivo, como bancos, centros comerciales, financieros y otros, con el evidente afán de perpetrar

un robo. Es decir como todo plan criminal subyace todo un proceso, nos referimos al Íter Criminis que trasunta desde el plano estrictamente ideológico hasta en 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 del bien jurídico penalmente tutelado.

#### **2.2.1.3. ANTECEDENTES**

Obedeciendo a un proceso bajo la tendencia político criminal de neocriminalización, mediante la ley 29859, publicada el 03 de mayo de 2012, se incorporó el artículo 317-A que contempla el “delito de marcaje o reglaje”. Ya desde hace mucho tiempo del Derecho Penal ha dejado de adoptar una visión mono-conductual de los tipos penales. Por el contrario, se ha observado-en muchos casos-delitos que sirven de medios para la comisión de otros, por ejemplo, el delito de homicidio calificado o asesinato (artículo 108 inc 2), que señala: “para facilitar u ocultar otro delito”. Así encontramos que los antecedentes más próximos de la criminalización del delito de reglaje o marcaje, que en la mayoría de casos hace referencia directa a actos de suministro de información o de facilitación de medios para la comisión de ciertos delitos, se encuentra en la ley N° 28760, publicada el 14 de junio de 2006, que incorporó al delito de secuestro (artículo 152 tercer párrafo) la siguiente fórmula: “la misma pena se aplicará al que con la finalidad de contribuir a la comisión del delito de (...) suministrar información que haya conocido por razón o con ocasión de sus funciones, cargo u oficio, o proporciona deliberadamente los medios para la perpetración del delito” (Paucar Chappa 2013) . Casi un año más tarde, el Decreto Legislativo N° 982, publicado el 22 de julio de 2007, reproduciendo íntegramente dicho texto legal, lo acopló a la estructura típica del delito de extorsión (artículo 200 segundo párrafo), siendo los criterios de dicha voluntad político- criminal adecuadamente plasmados en su exposición de motivos .

#### **2.2.1.4. NATURALEZA JURÍDICA**

No cabe duda que las modalidades del nuevo delito de marcaje constituyen actos preparatorios criminalizados automáticamente, pues si bien es cierto, al ser estos actos equívocos o ineficaces para obtener por sí mismo la consumación delictiva, sí

tienen el sentido de estar claramente dirigidos a una finalidad delictiva, y podrían sancionarse en casos excepcionales en los que se cuestionan abiertamente la vigencia de la norma (García Caveró, Derecho Penal, Parte General 2da edición 2012), como en el supuesto del artículo 317-A. Pero en este ámbito cabe preguntarnos si el delito de marcaje o reglaje constituye, en sus bases estructurales más profundas, una forma de conspiración para delinquir.

La conspiración obedece a una doble naturaleza jurídico- penal: i) para algunos sistemas jurídicos es una institución de la Parte General, equivalente a una “coautoría anticipada”, y ii) en otros sistemas legales consiste en un delito autónomo en la Parte Especial, equivalente a un tipo penal que criminaliza actos preparatorios (ZAFFARONI 2002) ,es decir, un “delito de preparación”, tal como se encuentra en algunos casos en nuestro código penal (Prado Saldarriaga, Nuevo proceso penal, reforma y política criminal 2009) . Partir por hacer esta distinción resulta crucial a la hora de analizar la fuente legal y doctrinaria que estudia la conspiración.

Vamos a ver cómo se aborda este delito en la legislación de otros países:

## **ESPAÑA.**

En España, por ejemplo, la conspiración se encuentra tipificada en la Parte General de su código penal, específicamente en el artículo 17.1: “la conspiración existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo (...). Una parte de la Doctrina Española la toma como una forma de “coautoría anticipada”, sosteniendo que dicha figura solo es punible si todos los que participan en el concierto criminal han resuelto ejecutar el delito. Otros en cambio, la conciben como una especie de “inducción mutua”, considerando que no es necesario que todos se comprometan a realizar los actos de ejecución, sino que es suficiente que los conspiradores influyan en la decisión de cometer un delito, aunque solo algunos decidan actuar como autores. Por último hay quienes la enfocan como un “acto preparatorio de la ejecución compartida de un delito”. Es importante resaltar su diferencia con el delito de asociación para delinquir del artículo 515 del código penal español, pues este son más y menos que la conspiración: más en cuanto requiere un mínimo de organización y una cierta duración temporal, y menos porque no requiere en los asociados el ánimo individual de ejecutar delito alguno (Díaz y García Conlledo 2009) .

## **CHILE**

Encontramos, en el caso de Chile, que la conspiración se incorpora en el artículo 8 de su CP, “la conspiración y proposición para cometer un crimen o un simple delito, solo son punibles en los casos en que la ley las penas especialmente. (...) la conspiración existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución del crimen o simple delito”. La doctrina de ese país sostiene que en su naturaleza ontológica, la proposición y la conspiración, aun en el caso de ser sancionadas, no son en esencia tipos independientes, sino que, al igual que la tentativa y la frustración, forma parte del proceso de desarrollo de un tipo delictivo ya descrito, que necesariamente debe corresponder al de uno susceptible de ser ejecutado con una acción de sujeto plural (Garrido Montt 1984).

## **ARGENTINA**

En la Doctrina Argentina, Zaffaroni sostiene una postura sumamente crítica de la viabilidad jurídico- penal de dicha institución, expresando: “en cuanto a la conspiración, también en esta ley se entromete una extraña figura que no tiene definición y que no es la vieja asociación ilícita que tenemos nosotros, la cual no es ninguna de las figuras de participación. Quien la puso no se dio cuenta de que la conspiración en el derecho Anglosajón es una forma de violar el principio de legalidad, que inventaron los anglosajones a medida que se les iba imponiendo en derecho escrito”.

## **ALEMANIA**

En el Derecho Penal Alemán, la conspiración para delinquir se encuentra en el artículo 10 de su CP, (del mismo modo será castigado, quien se declare dispuesto, quien acepte en ofrecimiento de otro de quien con otro concierte para cometer un crimen o a instigar a él). Catalogando dicha figura como el ilícito de una tentativa, el jurista Sancinetti acota nos dice:” ello no sería especialmente dramático ante la situación actual, si se piensa que al menos para la instigación y para el declararse dispuesto a cometer el hecho y otras forma de acuerdo muy anteriores a la ejecución existe una punición autónoma, que prescinde de la accesoriedad externa, como si estas acciones contuvieran en si el ilícito de una tentativa (Sancinetti 2005).

## ESTADOS UNIDOS

En el Derecho Norteamericano, la conspiración se encuentra tipificada en el artículo 371, tit 18 United State Cod, que señala: “If two or more persons conspire either to commit an offense against the United States, or an y agency there of in any manner or for any purpose, and one or more of such persons do an attack or effect tthe object of the conspiracy, each shall be fine dunterthistitle o imprisoned not more tan five years, contra los Estados Unidos, o para defraudar a los Estados Unidos, o corboht” (“si dos o más personas conspiran para cometer cualquier Institución de esta bajo cualquier forma o cualquier propósito, y uno o más de dichas personas realizan un acto para asegurar el objetivo de la conspiración, será sancionado bajo los alcances de este título o con pena de prisión no más de cinco años, o con ambos”). Aquí si se exige la participación de cuanto menos dos personas, sin que se haga medición a la clase de delito, pudiendo ser cualquier previsto y sancionado en su normativa penal a nivel estatal o federal, sobre su función político-criminal, Sánchez García de Paz, sostiene que la figura de conspiración o conspiración para delinquir en los Estados Unidos. Se ha diseñado tempranamente con otros instrumentos dirigidos a una lucha más eficaz contra la delincuencia organizada (Sánchez García de Paz 2004).

La conspiración para delinquir se ha manifestado en nuestro ordenamiento como un delito de criminalización de actos preparatorios, como es el caso del artículo 296° cuarto párrafo, sobre el delito de tráfico ilícito de drogas. En un primer plano, se debe destacar que se pudo lograr una mayor optimización de sus efectos si hubiera sido incorporada en forma autónoma para su aplicación a delitos graves, así lo ha sostenido un sector calificado de la doctrina: “sin embargo, lo objetable radica en la ubicación sistemática de esa conducta criminal. Esto es, ella debió ser parte integrante del artículo 317° del CP para que su espectro preventivo se irradie sobre toda manifestación de criminalidad organizada (Prado Saldarriaga, Nuevo proceso penal, reforma y política criminal 2009). Por tal razón podemos sostener que el delito de marcaje o reglaje es una subespecie del delito de conspiración para delinquir, es decir, tanto por la criminalización de actos preparatorios, como por la finalidad de cometer, planificar o facilitar a futuro delitos-fin.

### 2.2.1.5. DESCRIPCIÓN TÍPICA

Primero, hemos de definir el concepto de “Reglaje”; con el propósito de connotar el seguimiento continuo y permanente que efectúan ciertos agentes delincuenciales sobre personas y cosas con la finalidad de acopiar información y/o datos relevantes que les permitan ejecutar su plan criminal con toda garantía en ejecución; sea para identificar trayectos de desplazamiento de la víctima con el objeto de secuestrarla, o de conocer su retiros monetarios en bancos y otras instituciones financieras con el afán de apoderarse del objeto material del delito (A. R. Peña Cabrera Freyre 2006).

Existen puntualmente cinco conductas típicas que podría desarrollar el agente: i) “realizar actos de acopio de información”, ii) “realizar actos de entrega de información”, iii) “realizar actos de vigilancia de personas”, iv) “realizar actos de seguimiento de personas”, y v) “colaborar en la ejecución de tales conductas mediante el uso de armas, vehículos, teléfonos u otros instrumentos idóneos”. Este entramado de verbos rectores nos lleva a concluir que estamos frente a un “tipo penal alternativo” porque basta que el sujeto activo ejecute cualquiera de las conductas típicas para el delito quede perfeccionado.

Punto importante a saber, son el listado de delitos que el agente pretende perpetrar, merced a los actos de reglaje, estos son: homicidio simple, parricidio, homicidio calificado, lesiones graves, lesiones culposas, secuestro, trata de personas, violación sexual, violación de personas 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 ilicitudes penales que ameriten la realización de actos, como las que se describen en el articulado del 317A que incorpora el delito de Marcaje o Reglaje al Código Penal. Veámoslo con ejemplos: el caso de una persona que 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 una arma de fuego o un celular, para poder seducir al sujeto pasivo (engañarla para poder obtener su consentimiento del acceso carnal, a persona menor de 14 años de edad) o recolectar datos en el centro de labores del ofendido, para sustraerle bienes de un valor de 700 soles.

Consideramos, que actos como los considerados como reglaje o marcaje, han de tener lugar únicamente en el marco de la criminalidad violenta, es decir, en el caso de robo, secuestro, asesinato, lesiones graves dolosos, 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 se dice en la redacción normativa que el que para la comisión de los hechos punibles mencionados “realiza actos de acopio o entrega de información, o realiza acto de vigilancia o seguimiento de personas; o colabora en la ejecución de tales conductas mediante el uso de armas, vehículos, teléfonos u otros instrumentos idóneos...”. El 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 ante dos actos, que no obstante estar integrados en un mismo iter-criminis, se encuentra fraccionado en su consecuencia delictiva, con la manifiesta probabilidad de que se pueda punir dos veces a un autor por el mismo hecho. En primera línea, por encontrarse las 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 recriminación se sostenga únicamente por el delito consumado o tentado; empero, creemos que el ratio de la norma, si es que lo queremos ajustar a los fines de la 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 punitivas, a estadios muy lejanos de 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 planeado cometer, tomando en cuenta, que ya la posesión de arma o el acopio de información, es un acto constitutivo de delito, cuya detección por

parte de los órganos de persecución, importaría un estado de flagrancia (A. R. Peña Cabrera Freyre, Derecho Penal Económico; Delitos contra el patrimonio 2009).

#### **2.2.1.6. BIEN JURÍDICO**

Conforme a la ubicación del delito de marcaje o reglaje, el bien jurídico protegido es la paz pública, entendida como el estado de sosiego o tranquilidad en los espacios públicos, al protegerse anticipadamente la vida, la salud, la libertad personal o sexual y el patrimonio de las personas.

#### **2.2.1.7. LA PENALIZACIÓN DE LOS ACTOS PREPARATORIOS**

El maestro italiano Francesco Carrara considera que los actos preparatorios son actos equívocos o ineficaces para obtener por sí solos la consumación delictiva, al no existir el sujeto pasivo de dichos actos y permaneciendo éstos en la esfera personal del autor, no llegan a lesionar ni a ser comprendidos en el campo del Derecho Penal (Carrara 2004) .

Silvio Ranieri ofrece la siguiente definición: “actividad preparatoria es lo que antecede a una actividad penalmente relevante para determinado tipo legal, entendida en sentido lato, cuya realización hace posible o facilita, pero que no queda comprendida en su figura criminosa” (Ranieri 2005).

Asimismo, Jiménez Huerta, señala que “son aquella parte del obrar humano, que si bien incide en la parte externa del delito por implicar un comportamiento corporal que trasciende de la simple resolución interna, tiende a la búsqueda y provisión de los medios e instrumentos, al acecho y vigilancia del sujeto pasivo para hallar la ocasión propicia, a lograr la intervención de otras personas que auxilien a su ejecución, a asegurar la huida de los delincuentes y, en general a la realización de los preámbulos del delito. Los actos preparatorios son de naturaleza impune, quedan más acá del límite mismo del dispositivo de la tentativa” (Jiménez Huerta 1997).

Por su parte, Zdravomislov- Scheneider, indica que “en el sentido amplio de la expresión deben considerarse como preparación del delito cualquier actividad dolosa dirigida a crear las condiciones para la consumación del hecho delictivo” (ZDRAVOMISLOV Y OTROS: 2006) .

Enrique Bacigalupo nos dice que “los actos preparatorios son el proceso por el cual el autor dispone de los medios elegidos con miras a crear la condición para la obtención del fin” (Bacigalupo 1999).

Por lo que se podría señalar siguiendo las definiciones anteriores, que los actos preparatorios son aquellos actos inequívocos de carácter penal irrelevante que se presentan con anterioridad a la ejecución del delito y están dirigidos a facilitarlos. Es decir tal y como lo establece el artículo 317-A del código Penal, “el que para facilitar (...)”. Los actos preparatorios manifiestan un insuficiente contenido delictivo y su poca relevancia real queda, por principio, impune. Al respecto el profesor Maurach sostiene “en principio ninguna de estas acciones está sujeta a las conminaciones penales de la Ley; en ciertos casos no alcanza ni siquiera la zona de lo típico y en otros no llena el cuadro rigurosamente circunscrito de la figura legal. Puesto que la conminación penal decide no solo cómo, sino también si debe castigarse una conducta, estas acciones en principio serán irrelevantes para el Derecho Penal” (Maurach 2011) .

Así, vemos que la realización de actos de acopio o entrega de información de estos delitos, realizar actos de vigilancia o seguimiento de personas, o colaborar en la ejecución de tales conductas mediante el uso de armas, vehículos, teléfonos u otros instrumentos idóneos, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

Dicha regulación jurídica-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 aprehende o sorprende con tales objetos o instrumentos se le hará penalmente responsable, por su sola tenencia, sin necesidad de que los 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 se tiene los actos preparatorios del delito y luego, el delito que se llega a cometer. Podría darse el caso, que a un individuo que se le encuentra en su poder armas (que ya es delito de tenencia ilegal de armas) y luego se le 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.

Convenimos en señalar, que la penalización de las conductas contenidas en el artículo 317-A, comporta un desvalor en puridad artificial, pues se encuentran ya comprendidas en las modulaciones típicas regladas en los delitos convencionales, que son proyectados en el propósito ulterior del agente. Como bien lo asevera Zaffaroni, pretenden considerarlos tipicidades independientes clonando bienes jurídicos que resultan siendo inconstitucionales en muchos casos, aunque se insiste legislativamente en ello en los últimos tiempos (ZAFFARONI 2002).

Con esta novedosa regulación, el legislador nacional se anticipa en castigar actos o conductas previas a la ejecución, la tentativa y la consumación delictiva, reprimiendo penalmente la preparación delictiva, es decir lo que se conoce en la doctrina penal como actos preparatorios, los cuales son considerados el primer momento de la fase externa de la ruta o de los momentos del delito. A su vez se suele señalar que este nuevo comportamiento delincuencia castiga una mera conducta de delito de peligro en su versión abstracta.

Clásicamente, los actos preparatorios o la preparación delictiva han sido definidos como el proceso por el cual el autor se procura los medios elegidos, con miras a crear las condiciones para obtener un fin.

Como bien se conoce, los actos preparatorios como regla general son actos o manifestaciones humanas impunes o inocuas, sobre todo porque no constituyen una manifestación suficiente de la voluntad criminal y del fin que el autor persigue siendo ello una exigencia de la seguridad jurídica (Hurtado Pozo, Manual de Derecho Penal Parte General 2005). Así como porque implica una carencia de lesión o puesta en peligro de algún bien jurídico penalmente protegido. De acuerdo a ello, preparar el delito es llevar a cabo una actividad externa dirigida a facilitar su realización ulterior, es decir dirigida a su ejecución (Cobo del Rosal 1999), presuponiendo que la ejecución del hecho típico pretendido todavía no ha empezado (Mir Puig, Derecho Penal Parte General, 7° Edición 2005), por eso se apunta que los actos anteriores al comienzo de la ejecución (actos ejecutivos) son actos preparatorios, que no son abarcados por la fórmula de la tentativa, sin perjuicio de que la ley lo prohíba mediante tipos anticipadamente especiales, como ocurre con el delito de marcaje o de reglaje, constituyendo delitos de que no admiten tentativa, porque no son más que tipificaciones de actos previos a ella (E. R. Zaffaroni 2005).

### 2.2.1.8. TIPICIDAD OBJETIVA.

#### \* COMPORTAMIENTO

El marcaje es un delito de inteligencia que realizan los delincuentes, quienes se ubican estratégicamente en el interior y/o exterior de las entidades financieras, casa de cambio o cajero automático, domicilio, centro de trabajo, colegios, institutos etc.

Este fenómeno Social se fue acrecentando, sin embargo, cuando tras la captura del sujeto denominado “marca”, antes de cometer el atraco, viene el problema de la Imputación, porque al no haberse cometido el delito final, este no se ha producido todavía. Ante esto, la doctrina mayoritaria defendida por el representante del Funcionalismo Jurídico Penal, BONN GÜNTHER JAKOBS, considera que la Imputación Objetiva sirve para delimitar la responsabilidad penal. En este sentido una conducta solo puede ser imputada o atribuida a un sujeto cuando éste ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado que se concreta con la producción del resultado.

Por otro lado, se trataría de un concurso aparente de Leyes, ello porque el delito de marcaje o reglaje esta subsumido en el hecho principal, ello tiene sustento en que un hecho punible ya está contenido en otro, y por lo tanto el autor solo ha cometido una única infracción de la Ley Penal, ejemplo de esta última posición, se da cuando se ha consumado el delito de secuestro, para la ejecución y consumación del delito se requiere de actos preparatorios de seguimiento a la víctima y acopio de información respecto a su capacidad económica, y la recolección de materiales como armas y comunicaciones para tal fin, aquí habría una sola resolución criminal cual es la de secuestrar una determinada persona para luego negociar su liberación a cambio de una cantidad de dinero, entonces no se podría valorar de forma plural, una solo conducta delictiva, sobre criminalizándola, ya que tendría que imponerse una pena, por todos los actos preparatorios anteriores a la ejecución y otra pena por el delito ya consumado, no cabe valorar doblemente y de manera independiente la misma conducta.

En cuanto a los comportamientos o la actividad externa que, en términos de la tipicidad objetiva y de la preparación delictiva, deben tenerse como nuevas modalidades delictivas anticipadas (Núñez Pérez 2012) .

Esta modalidad concreta de marcaje o reglaje se traduciría en realizar actos que, bajo la vista del hombre profano o promedio, en muchos casos, en sí mismo, serían conductas inocuas, cuya relevancia penal se adquiriría en tanto este acopio de información tendría que estar ligado o vinculado, en forma necesaria, con una finalidad o propósito delictivo, que en líneas posteriores será materia de comentario.

#### **A) ACTOS DE ACOPIO O ENTREGA 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 o entrega de información de estos delitos, ello importa el acopio o entrega de datos relevantes, necesarios para poder asegurar el éxito de la operación criminal; en realidad supone una descripción táctica 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. Precisamente, hoy que vivimos el auge de la cibercriminalidad y su intrusión en varios espacios o segmentos de la criminalidad organizada contemporánea, aparece la figura de los hackers, quienes pueden, cual virus malsano, acceder a bases de datos prácticamente inaccesibles con mucha facilidad, a afecto de cometer múltiples actos ilícitos. En nuestro ordenamiento, dicha tipología criminal se encuentra previsto en el artículo 207-A del código Penal, el cual señala: “el que utiliza o ingresa indebidamente a una base de datos, sistema o red de computadoras o cualquier parte de la misma, para 8...) para acceder o copiar información en tránsito o contenida en una base de datos, será reprimido con pena privativa de la libertad no mayor de dos años o con prestación de servicios comunitarios de cincuenta y dos a ciento cuatro jornadas”. En efecto al revisar dicho texto, advertimos la posibilidad, muy alta por cierto, de que dicho tipo penal, entre en concurso con el delito de reglaje o marcaje. Sí bien es evidente que se protegen bienes jurídicos distintos, la principal diferencia entre ambos es la intensión o propósito que no aparece en el artículo 207-A del CP, pero que sí se requiere en el artículo 317-A del CP, esto es, para finalidad de cometer o facilitar los delitos -fin. Otra cuestión básica es determinar los alcances del elemento “información”, toda vez que debemos delimitar hasta qué punto esta puede ser extraída de una base de datos

de conocimiento o dominio público. Al respecto, debemos precisar que uno de los derechos garantizados en la Constitución Política es el de “acceso a la información pública”, esto es, el de solicitar sin expresión de causa la información que se requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido.

## **B) ACTOS DE SEGUIMIENTO O VIGILANCIA**

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, hurto, el secuestro y/o la extorsión. Sin duda, estas son conductas típicas del reglaje, donde el agente acomete y asecha a su víctima, ahora para contar con condiciones óptimas para la realización típica del delito que pretende cometer, como un secuestro, viendo las rutas que emprende en ofendido de su casa a su centro de trabajo o, cuando toma información que el sujeto pasivo que efectuará un retiro de dinero significativo de una entidad bancada y/o financiera, este seguimiento podrá ser prolongado o de tiempo escaso, dependiendo de la complejidad del caso; en circunstancias como las descritas, sí se apreciará del agente que 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 (E. R. Zaffaroni 2005).

## **C) USO DE ARMAS, VEHÍCULOS, TELÉFONOS U OTROS INSTRUMENTOS (concurso delictivos)**

Finalmente dice la redacción normativa: o colabora en la ejecución de tales conductas mediante el uso de armas, vehículos, teléfonos u otros instrumentos idóneos, en este supuesto de 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. En torno a la posesión de armas, a de adoptarse criterios de valoración ya consolidados en la doctrina respecto al concepto de armas.

Así la doctrina nacional es unánime al afirmar que “arma” es todo instrumento físico que cumple en realidad una función de ataque o defensa para el que la porta, y que estén en disposición de funcionar aunque lo hagan en forma defectuosa. Aquí igualmente, juega un papel trascendental diferenciarla de otros tipos penales que pueden entrar en concurso. Este es el caso del delito de tenencia ilegal de armas, previsto en el artículo 279 del CP, con el cual en algunos casos entraría en un concurso aparente de leyes. El texto legal de dicho delito señala: “el que, ilegítimamente fabrica, almacena, suministra o tiene en su poder bombas, armas, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos o sustancias o materiales destinados para su preparación, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años.

En esta hipótesis delictiva se deberá tener mucho cuidado, cuando se proceda a una información positiva de realización típica, en la medida que la sola tenencia de una arma de fuego, no siempre vendrá seguida por la deliberación delictiva a cometer un 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 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, puesto que, para ello se requiere que la tenencia de armas sea para posibilitar la comisión de un delito a futuro y, no el que cometió en tiempos pretéritos. En tanto la posesión de armas de fuego, puede constituir en ciertas oportunidades, la configuración del tipo penal contenido en el artículo 279° del texto punitivo; lo que podría llegar a algunos, a postular que la conducta típica contenido 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 ejecución al principio del non bis in idem.

Por nuestros estudios de 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 juicio-penal o varios tipos penales. En todas estas 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 de normas infringidas. Mientras que el conflicto aparente de normas penales, toma lugar, cuando una sola conducta, puede ser encajada y/o acobijada

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

Convenimos por tanto, que para poder dilucidar el entrecruzamiento normativo entre el delito de tenencia ilegal de armas, debemos remitirnos al principio subsidiariedad; acerca de sus límites, Romero Soto nos dice que para la existencia de este tipo de relación entre dos disposiciones penales, se necesita que ambos casos el sujetos activo sea el mismo, que sea también idéntico el objeto material, que se trate del mismo sujeto pasivo y que haya unidad en el episodio criminoso (Romero Soto 1993) , donde a nuestro entender, la identidad del bien jurídico tutelado es un factor esencial para la configuración de dicho principio; lo cual inclusive podría dejarse de lado, en pos de afirmar la presencia de un concurso delictivo, como se verá en líneas adelante. Conforme a él, indica Maqueda 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 Abreu y Otros 2010). A decir de Bacigalupo, para ello es preciso tener en cuenta que la relación del 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, 1999). Siguiendo la línea argumental descrita, se tiene que el delito de marcaje tiende a tutelar el bien jurídico Paz Pública, mientras que el tipo penal de posesión de armas, al de seguridad Pública, por lo que al proteger bienes jurídicos distintos, la solución correcta es el Concurso ideal de delitos y, no el conflicto aparente de normas penales, como un sector respetable de la doctrina nacional lo postula (Fernando Vicente 2012), 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 también es la mayor penalidad que conmina el delito del artículo 279°, en comparación con el delito de reglaje, lo que implicaría en la posesión del conflicto aparente de normas, que se penalice con una pena en realidad muy tenue, hechos de tal gravedad, con la

manifiesta incongruencia a falta de toda razonabilidad, de que aquel agente, que solo es penalizado por el delito de tenencia ilegal de armas, sea reprimido con una pena de contornos de punición más intensos, lo que es salvo con toda propiedad, con la tesis de concurso delictivo, que asumimos a toda consecuencia. Es en tal virtud, que el conflicto normativo semejante, como es el caso de delito de robo agravado, bajo el supuesto de mano armada, ingresa en concurso delictivo con el tipo penal de Tenencia ilegal de armas. 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 (A. R. Peña Cabrera Freyre 2006) .

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 código penal, importa un injusto de estos 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 tutelen el mismo bien jurídico, unos en forma de peligro otros en forma de lesión, resulte obligada la apreciación de un concurso de delitos (Maqueda Abreu y Otros 2010).

En conclusión, todas estas variantes del injusto típico, no pueden ser acreditadas con la mera tenencia del instrumento riesgoso, sino que debe aparejarse a 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 sensación 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 una arma de fuego en un lugar alejado, donde se tiene dicha posibilidad delictiva.

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 esposo, 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 realiza actos de seguimiento y a su vez se 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 (A. R. Peña Cabrera Freyre, Una nueva manifestación tipológica del Derecho Penal del Enemigo: el delito de Reglaje en el Perú 2013) .

Esta modalidad de marcaje o reglaje implica sancionar penalmente la mera posesión de bienes y/o instrumentos que pueden servir para dar comienzo a la ejecución delictiva y posteriormente consumación formal exigida por el verbo rector. Conforme a lo descrito se puede interpretar que se castiga la sola tenencia de medios de comisión, que en algunos casos será de bienes inocuos o neutros que, por sí mismos, no permitirá advertir fácilmente alguna finalidad delictiva (la posesión de vehículos o teléfonos), y en otros pueden dar un margen de interpretación (la posesión de cuchillos, piedras, escaleras). El tema a discutir penalmente hablando es, si esta modalidad de marcaje o reglaje se podrá cometer por medio de la sola posesión de armas aparentes, es decir, de aquellos instrumentos que por su carácter externo u objetivo parecerían ser armas propias o reales, pero en realidad no podrán realizar sus fines u objetivos. Teniendo en cuenta que el delito de marcaje o reglaje implica como una excepción a la regla elevar un acto preparatorio a la categoría de delito consumado, debe rechazarse tal posibilidad de encuadramiento delictivo mediante la sola posesión de una arma impropia, que no configuraría ni siquiera un delito de tenencia ilegal de armas por no poner en riesgo el bien jurídico de seguridad pública. Además sustentamos esta posesión en el principio de lesividad como en el principio de mínima intervención del Derecho penal, de modo que no consideramos oportuno admitir bajo el argumento de que la norma no distingue las clases de armas- dicha

posibilidad de subsunción. Ello vulneraría, además el artículo III del Título Preliminar del Código Penal (Villavicencio Terreros, Derecho Penal Parte General 2006) .

#### **D) CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES**

Existen algunos casos en los cuales, sí, existen circunstancias agravantes;

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 esta 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 u oficio, tiene conocimiento de los ingresos económicos, operaciones bancarias u otros datos sobre el patrimonio de la víctima.
5. Actúa en condición de integrante de una organización criminal.

La descripción normativa contenida en la circunstancia de agravante mencionada, nos indica dos variantes: primero, por la específica posición institucional del autor del delito, en cuanto a la actividad funcional de funcionario o servidor público, siempre que se acredite el aprovechamiento de las ventajas del cargo público para la comisión del delito, en cuanto al empleo de información propia de la función desempeñada, para así cometer el delito en cuestión.

Segundo, cuando el agente ostenta un vínculo laboral 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 tal 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; por ejemplo la secretaria o asesor del empresario, que aprovecha la confianza depositada por éste 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 por ejemplo de una relación laboral que no le otorga cercanía alguna con la víctima, como el agente de seguridad del representante 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 otorga 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, esto significa que los actos de reglaje (acopio de información, actos de vigilancia o seguimiento de personas o la tenencia de armas, vehículo, teléfono u otros instrumentos), sean realizados por un impúber, quien deberá tener necesariamente menos de 18 años de edad al cometer dichos actos. Aspecto importante a saber, es que el menor de edad, ha de estar desarrollando dichas labores, a merced de la consigna de un adulto o de otro menor de edad, quienes se aprovechan del estado de inmadurez del autor inmediato, para determinarlos a la ejecución de dichos actos de reglaje, mas no puede desdeñarse que se haga uso de la violencia y/o la 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 Código Penal. 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.

Otra circunstancia agravante es cuando el agente labore, pertenezca o esté 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; esta es una circunstancia agravante novedosa que ha sido introducida a través de la Ley N° 30076 del 19 de agosto de 2013, en donde si bien, conforme se hizo mención en líneas precedentes, el injusto penal que es materia de análisis se estructura bajo el esquema de ser un delito común o de carácter impersonal, ya que podrá ser cometido por cualquier persona, sin embargo, la realidad y la casuística enseña que dentro de las empresas que conforman el sistema financiero, como el caso de los bancos o de las cajas municipales, podrían existir trabajadores que, en base a la información privilegiada o reservada que ostenten y que dominen, podrían realizar actos de marcaje-reglaje en la modalidad de acopiar o de entregar información con la finalidad de que la mencionada

información sea utilizada para llevar a cabo un futuro delito contra el patrimonio (delito finalístico), por lo que, consideramos que esta regulación se encuentra justificada.

Y la última circunstancia agravante es cuando el agente actúa en condición-calidad de integrante de una organización criminal; Si bien el artículo 317° del Código Penal regula el delito de asociación ilícita para delinquir, como un injusto penal que puede afectar la tranquilidad pública, permitiéndose sancionar la sola pertenencia y/o ingreso a una organización criminal, el legislador ha decidido incorporarlo como una nueva circunstancia agravante. Para que se pueda aplicar la presente agravante, no basta que el agente sea parte integrante de una organización criminal, sino que el injusto penal tendría que haberse cometido en calidad de integrante de la mencionada organización ilícita, en donde, en caso contrario, se tendría que solo invocar la modalidad típica básica. Si en un caso en concreto se acredita que un agente realizó el delito de marcaje-reglaje, actuando en condición y en calidad de una organización criminal, se presentaría un supuesto de concurso aparente de leyes, prevaleciendo la aplicación del injusto penal que es materia de estudio, en donde la asociación ilícita para delinquir se encontraría subsumida, rechazándose la posibilidad de la existencia de un concurso de delitos o de la pluralidad delictiva. En lo que se refiere a este tema, nuestra Corte Suprema por medio del Acuerdo Plenario N° 8-2007 del 16 de noviembre de 2007, ha establecido que el concepto de organización criminal debe aludir a un proceder singular o plural de sus integrantes, en donde esta organización debe sustentarse en una estructura jerárquica – vertical o flexible – horizontal, agregándose que en la organización criminal la pluralidad de agentes es un componente básico de su existencia, mas no de su actuación. Interpretándose este concepto para el delito de marcaje-reglaje, se debe concluir que el agente individual o colectivo de este concreto injusto penal debe ser siempre parte integrante de una estructura criminal y debe además actuar en ejecución de los designios de ésta.

Al constituir las conductas contenidas en el tipo penal, actos típicamente preparatorios del delito, la realización típica adquiere concreción, con la mera constatación de la 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 ello, 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 inadmisibles (A. R. Peña Cabrera Freyre, Una nueva manifestación tipológica del Derecho Penal del Enemigo: el delito de Reglaje en el Perú 2013) .

Resumiendo el concepto de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, Prado Saldarriaga señala; “las circunstancias son factores o indicadores de carácter objetivo que ayudan a la medición de la intensidad de un delito. Es decir, posibilitan valorar la mayor o menor desvaloración de la conducta ilícita (antijuricidad del hecho); o el mayor o menor grado de reproche que cabe formular el autor de dicha conducta (culpabilidad del agente). Mediante circunstancias se puede apreciar, pues, si un delito es más o menos grave y a partir de ello ponderar el alcance cualitativo y cuantitativo de la pena que debe imponerse a su autor o partícipe. Por lo tanto, la función principal de las circunstancias no es otra que coadyuvar a la graduación o determinación del cuántum o extensión de la pena concreta aplicable al hecho punible cometido (Prado Saldarriaga, Determinación Judicial de la Pena y Acuerdos plenarios 2010).

#### **2.2.1.9. TIPO SUBJETIVO DEL INJUSTO**

Dentro de la propia configuración delictiva se ha introducido, ahora como parte de la tipicidad subjetiva, un elemento subjetivo adicional al dolo, es decir, un elemento de tenencia interna trascendente, de finalidad o proyección delictiva, al emplearse el término para cometer o facilitar la comisión de los delitos tipificados. Conforme se podría apreciar, tal novedad delictiva describe obviamente un elemento subjetivo que no es el dolo, sino que, de acuerdo a su naturaleza jurídica, es un plus respecto al dolo. Este elemento subjetivo de tenencia interna trascendente implica una finalidad o un motivo que va más allá o que trasciende la realización del hecho típico. De acuerdo a lo que se describe, el desvalor de la acción del delito doloso, que brinda la materia del tipo subjetivo de estos ilícitos penales, pueden no agotarse en el dolo; en

ciertos casos, como el que es materia de comentario, se requiere, además de conocimiento y voluntad de la realización del tipo, que el autor haya realizado el hecho típico con una determinada motivación o un determinado impulso, que constituye una meta perseguida por el autor que está más allá de la realización del tipo objetivo (Núñez Pérez 2012). Cabe recordar que, conforme al artículo 12 del código penal, las penas establecidas por la ley se aplica siempre al agente de un delito doloso, por lo que si bien el dolo no se encuentra previsto expresamente en algunos de los delitos regulados en el código penal, si lo están de forma tácita o implícita. Para el caso en concreto ese elemento subjetivo ha sido redactado con la palabra “para” (R. Zaffaroni 2002), constituyendo una subjetividad adicional de finalidad o intensión que acompaña al dolo. Este elemento subjetivo de finalidad es lo que mueve el comportamiento doloso del sujeto activo del delito. Por lo tanto los comportamientos objetivamente apreciables deben estar concatenados con los aspectos subjetivos, es decir, con el dolo y con la finalidad o propósito delictivo. De acuerdo con esta interpretación, quien realiza la conducta dolosa de acopio de información, de vigilancia o de seguimiento de personas o de posesión de armas, vehículos, teléfonos u otros instrumentos, debe tener la intensión o la finalidad de facilitar la comisión de los delitos especificados.

De acuerdo a las consecuencias o efectos materiales del principio de legalidad, también conocido como el *nullum crimen, nullumpoena sine legecerta, praevia, stricta, scripta*, las conductas dolosas descritas deben estar ligadas a la finalidad de cometer o facilitar la comisión de los siguientes injustos penales: homicidio simple, parricidio, asesinato, lesiones graves, lesiones al concebido, secuestro, trata de personas, violación sexual (incluida la seducción y los actos contra el pudor), el hurto simple, hurto agravado, robo simple, robo con agravantes y la extorsión. Conforme a ellos, si las conductas dolosas descritas se encuentran dirigidas hacia otra finalidad, distinta a la mencionada, no podrán subsumirse en el tipo penal bajo estudio. Ejemplo: si las conductas dolosas de marcaje o reglaje se encuentran dirigidas a la comisión de delitos contra el honor o de delitos de violación a la intimidad, tales actos preparatorios no se podrán adecuar o subsumir en la nueva modalidad delictiva. Tampoco sería típico el acto de marcaje o reglaje realizado con la finalidad de cometer alguna falta o infracción administrativa (Núñez Pérez 2012).

Finalmente, el tipo subjetivo del injusto exige que el dolo en la esfera anímica del agente, donde el agente debe ser consciente que está emprendiendo actos típicos

de reglaje, con la intención de cometer otro delito, de aquellos contenidos en el primer párrafo del articulado. El elemento cognitivo del dolo a de abarcar todos los elementos constitutivos del tipo penal, cuya ignorancia puede dar lugar a un Error de Tipo.

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 una arma de fuego, la falta de la deliberación delictiva, implicaría la punición por el tipo penal previsto en el artículo 274° de la codificación punitiva (A. R. Peña Cabrera Freyre, Una nueva manifestación tipológica del Derecho Penal del Enemigo: el delito de Reglaje en el Perú 2013) .

Abona importancia a este análisis la especial naturaleza de la tipicidad subjetiva del delito, dado que si bien nos encontramos frente a un delito doloso, la especial condición de sus elementos esenciales determina para su configuración típica solo el dolo directo, sin la posibilidad que sea admisible en dolo eventual.

Otro factor a tomar en cuenta en este análisis es su condición de delito de tendencia interna trascendente. Ello se debe a que acompañando al dolo se encuentra una finalidad subjetiva o tendencia interna perseguida por el autor, para cometer o facilitar la comisión de los delitos tipificados en el artículo 317-A del código penal (Paucar Chapa 2013) .

#### **2.2.1.10. SUJETO ACTIVO.**

Es indudable que el delito de marcaje o reglaje posee los rasgos característicos del “Derecho Penal de enemigo”, porque en su estructura uno puede advertir tres particularidades concretas: a) flexibilización de las garantías; b) incremento de las penas o gravedad en la medida, y c) adelantamiento de la barrera de punibilidad. Es importante resaltar que ya en los últimos años la Doctrina Nacional ha venido efectuando un análisis del Derecho Penal del enemigo respecto de nuestra normativa penal (Caro Jonh 2010) .

Este ilícito penal puede ser cometido por cualquier persona, por lo que al no requerirse ninguna cualidad especial al agente, podemos sostener que es un “delito

común”, asimismo en nuestra opinión, no es un tipo penal plurisubjetivo porque no requiere la colaboración de una pluralidad de agentes, por consiguiente, el autor puede ser detenido, procesado y sancionado individualmente, sin que tampoco sea necesario verificar su pertenencia o conexión a una organización criminal o banda.

En cuanto al sujeto activo en el delito de marcaje, no puede ser cualquier persona sino únicamente, el que tiene en su poder armas, vehículos, teléfonos u otros instrumentos para facilitar la comisión del delito, o quienes se ubican estratégicamente en el interior y/o exterior de las entidades financieras casa de cambio o cajero automático, domicilio, etc.

### **AUTORÍA EN EL DELITO DE MARCAJE O REGLAJE**

La realización del hecho punible es sancionado siempre y cuando le pueda ser atribuida a una persona -autor. Los términos “autor” y “sujeto activo”, no deben confundirse, el primero implica la idea de responsabilidad criminal por el hecho, el segundo solo implica que el sujeto sólo ha realizado la acción típica. La redacción de nuestro código penal se da sobre agentes que actúan individualmente, pero surgen casos en los que intervienen dos o más personas, es entonces cuando toma gran importancia el análisis del autor, y de las personas que contribuyeron a la realización del delito autoría y participación (Muñoz Conde, Derecho Penal y Control Social 1995)

En el análisis del artículo 23 del código penal nos indica como autor aquel que realiza por sí el hecho punible, como autor mediato a aquél que por medio de otro realiza en hecho punible, y como coautores a aquellos que en forma conjunta realizan el hecho punible. Para que un sujeto pueda ser calificado como autor de un delito, se requiere como presupuesto básico e indispensable que éste haya realizado el acto conscientemente, lo que implica dejar de lado los casos de falta de acción, fuerza física irresistible, movimientos reflejos y estado de inconsciencia. En el delito de Marcaje o Reglaje, será autor aquel que realiza por sí, los actos de acopio o entrega de información, actos de vigilancia o de seguimiento de personas o usa armas, vehículos, teléfonos u otros instrumentos que sirvan para la perpetración del mismo. Sin embargo en las circunstancias agravantes la utilización de un menor de edad, quiere decir esto, que los actos de reglaje (acopio de información, actos de vigilancia, o de seguimiento de personas o la tenencia de armas, vehículos, teléfonos u otros instrumentos), aspecto importante a saber, es que el menor de edad, ha de estar

desarrollando dichas labores, a merced de 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, sin embargo se está ante una modalidad de autoría mediata, ajustables a las escuelas normativas propuestas en el artículo 23° de la parte general del código penal (A. R. Peña Cabrera Freyre, Una nueva manifestación tipológica del Derecho Penal del Enemigo: el delito de Reglaje en el Perú 2013).

### **PARTÍCIPES EN EL DELITO DE MARCAJE O REGLAJE**

El castigo de los partícipes es posible en la medida que la Ley lo establezca con reglas determinadas, pues, a diferencia de lo que sucede con la autoría, la participación no puede castigarse por el camino de la subsunción en el tipo, por la sencilla razón de que el partícipe no realiza el tipo. La punición es debido a una extensión en el ámbito de las personas responsables, por lo que no se puede concebir la existencia de un partícipe si no hay autores. Los partícipes no tienen el dominio del hecho, su intervención se da en un hecho ajeno. En otras palabras, para que exista participación, debe constatarse previamente el hecho principal, de un autor al que relacionar el hecho accesorio del partícipe. La participación no es autónoma, sino, dependiente del hecho del autor-accesoriedad de la participación. En palabras del profesor Berdugo Gómez de la Torre “el partícipe no realiza el hecho prohibido ni tiene el dominio del hecho, por eso mismo, nunca puede lesionar el bien jurídico tutelado por la Ley. Sin embargo, su responsabilidad penal, se justifica en cuanto y en tanto su conducta contribuya a poner en peligro el bien jurídico que será lesionado por el autor” (Berdugo Gómez de la Torres y Otros. 2005) . En el delito de marcaje o reglaje, será partícipe el agente que contribuya a poner en peligro el bien jurídico tutelado por la ley. Sin embargo de ello se desprende, que con las conductas que prohíbe el delito de marcaje, es decir realizar actos de acopio o entrega de información, actos de vigilancia, actos de seguimiento de personas; aún no se lesiona ni mucho menos se pone en riesgo el bien jurídico. Entonces se concluye que en el delito de marcaje o reglaje, ni el autor ni el cómplice lesionan ni ponen en riesgo un bien jurídico tutelado por la Ley.

#### **2.2.1.11. SUJETO PASIVO**

El sujeto pasivo puede ser cualquier persona que está siendo reglada. No se requiere de una especial condición.

#### **2.2.1.12. TENTATIVA DEL DELITO DE MARCAJE O REGLAJE.**

La tentativa es un grado de desarrollo del delito en el cual se pone en peligro el bien jurídico pero no se ha llegado a consumir la lesión del mismo. La tentativa en si no existe, es decir no hay un delito de tentativa, la tentativa tiene que tener un delito que le sirva de base.

En palabras del Jurisconsulto Hans Jeschek , “la tentativa es (...), por tanto, un tipo dependiente, ya que sus elementos no se pueden comprender por sí mismo, sino que deben ser referidos al tipo de una determinada forma de delito (no hay una tentativa en sí, sino sólo, por ejemplo: tentativa de hurto, asesinato, estafa) (Jeschek 1981) .

La tentativa constituye la ejecución de un comportamiento cuyo fin es consumir un delito que se detiene en un punto de su desarrollo antes de alcanzar el grado de consumación, es decir antes de que haya completado la acción típica. (Bramont Arias Torres 2002)

En el delito de marcaje o reglaje, al ser estos actos preparatorios, que no son abarcados por la fórmula de la tentativa, sin perjuicio de que la ley lo prohíba mediante tipos anticipadamente especiales, como ocurre con el delito de marcaje o de reglaje, constituyendo delitos que no admiten tentativa, porque no son más que tipificaciones de actos previos a ella (E. R. Zaffaroni 2005). Es decir si consideramos que la tentativa es un grado de desarrollo del delito en el cual se pone en peligro el bien jurídico pero no se ha llegado a consumir la lesión del mismo, en el delito de marcaje o reglaje no hay una lesión ni mucho menos la puesta en peligro de bienes jurídicos, con la realización de actos de acopio de información, actos de vigilancia de personas o de seguimiento.

Consideramos entonces, que no cabe la tentativa, en este delito, ya que como lo sostiene el Profesor Welzel. “un hacer punible empieza fundamentalmente cuando el autor mismo inicia la acción insoportable desde un punto de vista ético-social, esto

es, con la tentativa. Como el injusto punible reside no sólo en la producción de una lesión de un bien jurídico, sino justamente en la forma de perpetración (Welzel, 1996).

#### **2.2.1.13. LA CONSUMACIÓN**

Para la consumación del delito analizado no se requiere de la verificación de ningún resultado, solo se necesita que el agente realice la conducta típica, razón por la cual es un “delito de mera actividad”, asimismo, es un “delito instantáneo”, pues no resulta relevante cuánto tiempo el agente se haya encontrado los actos de acopio de información, de vigilancia o seguimiento, o manteniendo en su poder objetos para la comisión del delito, basta que lo haya hecho por un espacio de tiempo breve o cuanto menos momentáneamente. Tampoco se requiere confirmar la materialización de algunos de los delitos-fin (Ruiz Rodríguez 2009) .

#### **2.2.1.14. DERECHO PENAL DEL ACTO**

Se entiende una regulación legal, en virtud de la cual la punibilidad se vincula a una acción concreta descrita típicamente y la sanción solo representa la respuesta al hecho individual y no a toda la conducción de la vida del autor, o la los peligros que en el futuro se espera del mismo. El derecho Penal Peruano es un derecho penal de acto porque solo el comportamiento humano traducido en actos externos puede ser calificado de delito y motivar una reacción penal. Sin embargo algunos tipos se construyen en base a determinadas actitudes o comportamiento habituales del autor pero siempre que se traduzcan en actos externos.

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 a una conducta que lesiona y/o pongo 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 Poder Judicial 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 punibilidad en base al acto, sentándose las bases programáticas de un derecho penal del acto, en correspondencia con una culpabilidad por el acto.

Ello en simples palabras significa que a un individuo solo se le puede atribuir responsabilidad penal por lo que hizo y nunca por lo que es, si es que con un 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. 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 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 la teoría jurídica del delito se apoya en la realización de un acto. Conforme lo anotado, únicamente los actos típicamente ejecutivos del delito así como 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; 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, sabemos también, que por motivos de política criminal, los actos preparatorios, son también penalizados, cuando 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 hoja de coca, y cuando se advierte la posesión de maquinarias destinadas a la falsificación de billetes y monedas, en la titulación de Delitos Monetarios. En tal sentido, la represión de los actos preparatorios ha de tomar lugar de forma excepcional, cuando razones de política criminal así lo aconsejen si es que apuntalamos la intervención del derecho penal bajo derroteros únicamente eficientistas e utilitaristas, anclamos en una normativa penal abiertamente incompatible con sus postulados legitimantes. Siendo que en el presente caso, los actos que son constitutivos de esta figura penal, desde una mayor amplificación de 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, más son en definitiva, los efectos socio-cognoscitivos, los que definen la orientación de política criminal.

Esta forma de proyectar la política criminal, bajo variables estrictamente eficientistas, propone una expansión del derecho penal, por senderos que no se condicen con una

plataforma legítima y, ello se avizora claramente con las permanentes modificaciones, agregados e inclusiones, que han tomado lugar en los últimos años en el código penal del 1991, restituyendo las vigencias de las instituciones propias positivismo criminológico, como la reincidencia y la habitualidad, 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 sospechas, de la rotulación, del estigma y del estereotipo del delincuente, venido más por el desdichado programa del derecho penal del Enemigo. Este 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 cifras 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, este último caracterizado por sobredimensionar las actuaciones de los agentes policiales, y de permitir una mayor intervención en la esfera de actuación ciudadana (Roxin, La Estructura de la Teoría del Delito 2014).

## **2.2.2. CAPÍTULO II: LÍMITES AL IUS PUNIENDI**

### **2.2.2.1. Ius Puniendi**

El Ius Puniendi es la facultad o la potestad que tiene el Estado para intervenir en algunos conflictos que por su especial gravedad alteran la paz en la sociedad. En estos conflictos se ven inmersas ciertas conductas que el Ius Puniendi cree necesario regularlas a efectos de imponerles una sanción.

La doctrina suele entender al Ius Puniendi, como un derecho subjetivo del Estado, por el cuál éste detenta el “único poder para ejercer violencia legítima”. (Bustos Ramírez, Obras Completas. Lecciones de Derecho Penal. Parte Primera Fundamentos del Sistema Penal 2005)

El Ius Puniendi, al regular las conductas que por su especial gravedad alteran la convivencia social: “declara punible un hecho perseguible a su autor” (García Pablos de Molina 2000), conjuntamente con el Ius Puniendi, encontramos al Ius Poenale que definimos como el conjunto de normas, principios, valores que regulan la actividad

punitiva Estatal. En este orden de ideas, el *ius Puniendi*, se erige como una fase previa y “legislativamente anterior al *ius Poenale* (CREUS 1994) ”.

### 2.2.2.2. Principios Limitadores del *Ius Puniendi*

La intervención Estatal a través del *Ius Puniendi* en los conflictos de la sociedad importa una limitación de libertades fundamentales para los ciudadanos; llegando muchas veces incluso a darse el abuso de este poder como es el caso de un Estado Dictatorial y se vulneran de esta forma los derechos fundamentales de los habitantes; por lo que para que no se dé este abuso, se fijan ciertos límites que todo Estado deberá tomar en cuenta para que su intervención sea considerada legítima, los cuales son los principios que señalaré a continuación:

#### 2.2.2.2.1. Principio de Lesividad

Por este principio solo se sancionan los actos que lesionan o ponen en peligro un bien jurídico. El bien jurídico (interés jurídicamente tutelado) es un valor fundamental para la sociedad.

**LESIÓN.** Es la destrucción o menoscabo del interés protegido, en tanto que el peligro representa la aproximación a la lesión del bien jurídico (hay un adelantamiento de punibilidad).

Constituye una idea sumamente interiorizada que si el Derecho Penal procura proteger bienes jurídicos, el delito constituye la lesión de un bien jurídico. A partir de esta idea se explica la exigencia de cierta lesividad de la conducta delictiva para fundamentar la imposición de una pena. En este sentido como se entiende en el artículo IV del Título Preliminar del Código Penal, que requiere la lesión o puesta en peligro del bien jurídico para la imposición de la pena. A esta fórmula no hay nada que reprocharle en el plano conceptual, pero contrasta con una técnica de tipificación muy extendida en el Derecho penal actual (García Caveró, Lecciones del derecho penal 2008) .

Por otro lado Luis Alberto Bramont Arias, sostiene que el axioma que deriva del Artículo IV del título Preliminar del código penal, que establece que para que una conducta sea punible se requiere que lesione o ponga en peligro los bienes jurídicos

tutelados por la ley. El principio de lesividad del bien jurídico o de la objetividad jurídica del delito, se sintetiza en el tradicional aforismo liberal “no hay delito sin daño”, que traducido al lenguaje actual, según Velásquez, “equivale a la no existencia de hecho punible sin amenaza real o potencial para el bien jurídico tutelado”. Posea que el referido artículo VI no solo no declara punible la conducta que, con justa causa, daña o amenaza un bien tutelado, sino las que carezcan de potencial causa para ella (Bramont-Arias Torres 2008) .

Desde la perspectiva constitucional, el establecimiento de una conducta como antijurídica, es decir, aquella cuyo comisión pueda dar lugar a una privación o restricción de la libertad personal, sólo será constitucionalmente válida si tiene como propósito la protección de bienes jurídicos constitucionalmente relevantes (Principio de Lesividad). Solo la defensa de un valor o interés constitucionalmente relevante podría justificar la restricción en el ejercicio de un derecho fundamental. La pena, necesariamente, precisa la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la Ley (Artículo IV del Código Penal). Esto quiere decir que no hay delito sin bien jurídico vulnerado, por lo tanto, mientras no haya daño causado no se puede sancionar. La razón de ser de este principio es porque en el Derecho Penal se aplica el *ius Puniendi* del Estado, el mismo que a fin de no excederse, solo puede ser aplicado cuando se ha lesionado un bien jurídico tutelado.

#### **2.2.2.2. Principio de Necesidad**

Este principio entiende que la intervención Estatal debe darse en orden a una “exigencia de necesaria utilidad”, puesto que “A mayor bien social debe existir menor coste social y la máxima utilidad debe lograrse con el mínimo sufrimiento (Mir Puig, Derecho Penal Parte General 7° Edición 2004)”. A este principio se le llama también “principio de utilidad” o “principio de absoluta necesidad de intervención”.

#### **2.2.2.3. Principio de Intervención Mínima del Derecho Penal:**

El derecho penal es un medio de control social que debe intervenir solo cuando los otros han fracasado es decir cuando el conflicto ya no tiene solución. El derecho penal ha de limitarse a ofrecer el último recurso cuando los demás medios de control

social, jurídico o no, resultan insuficientes. El derecho penal solo debe intervenir en aquellos actos que atenten gravemente contra bienes jurídicos protegidos. Su intervención debe ser útil de lo contrario pierde su justificación, tal como señala Mir Puig, “cuando se demuestre que una determinada reacción penal es inútil para cumplir su objetivo protector, deberá desaparecer, aunque sea para dejar lugar a otra reacción penal más leve”. A esto el Profesor Bustos Ramírez, agrega: “la intervención Penal del Estado solo está justificada en la medida que resulta necesaria para la mantención de su organización política dentro de una concepción hegemónica democrática. Todo lo que va más allá tal medida, lo encausa por la vía autoritaria, que termina inevitablemente en la supresión de las bases democráticas del Estado. Es decir, el Estado solo puede sancionar una conducta cuando ello sea necesario para mantener el equilibrio y orden social por ejemplo: en el caso de pena de muerte, lo cual no tiene ningún efecto disuasivo sobre los sujetos, puede ser reemplazados por una pena inferior. Es así, que el principio de intervención mínima supone un límite fundamental a las leyes penales, estableciendo que estas se justifican en la medida que sean esenciales e indisponibles para lograr la vida en sociedad. Se quiere evitar que los grupos de poder utilicen las leyes penales para su propio beneficio; la ley que solo sanciona conductas sin responder los requerimientos de la colectividad no debe ser calificada como penal.

El principio de intervención mínima incluye:

**A) Principio de fragmentariedad:** La idea fundamental de este principio reposa en que de todas las conductas que de algún modo pueden considerarse ilícitas o lesivas al ordenamiento jurídico, el Derecho Penal selecciona una porción limitada de aquellas (Muñoz Conde, Introducción al Derecho Penal 1975). Estas conductas seleccionadas por el Derecho Penal son aquellas que aparecen como las “más intolerables y perturbadores desde el punto de la convivencia social”; esto es, son conductas que entrañan mayor peligrosidad y gravedad lesiva para la sociedad.

Este principio hace comprensible lo que un sector de la doctrina señala respecto a que aquí la función del Derecho Penal “es menos ambiciosa , pues el derecho penal no sanciona todas las conductas lesivas de bienes jurídicos” (Rodríguez Mourullo 1978).

Finalmente es preciso indicar lo que la doctrina afirma sobre la manifestación de este

principio en la legislaciones: en primer lugar, defendiendo el bien jurídico solo contra ataques de especial gravedad, exigiendo determinadas intenciones y tendencias, en segundo lugar tipificando solo una parte de lo que las demás ramas del ordenamiento jurídico; y por último, dejando en principio, sin castigo las acciones meramente inmorales, como la homosexualidad y la mentira.

El derecho penal no protege todos los bienes jurídicos de la sociedad sino, solo los más importantes. Si el derecho penal interviniera en todas las situaciones en que hay conflictos se correría el riesgo de paralizar toda la actividad social y económica del país; además, las personas o pueden vivir bajo las constante de una amenaza de una sanción penal, aparecería una inseguridad total en los ciudadanos; así en algunas sectores del ordenamiento penal se ha procedido a eliminar ciertas figuras delictivas como: el adulterio y la rapiña. El ordenamiento jurídico tiene en cuenta la forma en que se afecta en bien jurídico por eso mayormente se castigan los delitos dolosos.

**b) Principio de intervención mínima de las penas:** este principio señala que se debe aplicar penas de corta duración, ya que, éstas son más efectivas, pero, esto no está funcionando en nuestro País, donde la tendencia es aumentar los márgenes de la pena, un ejemplo claro es la imposición de la cadena perpetua.

No cabe duda que la introducción de esta nueva tipología penal implica elevar a la categoría del delito consumado un acto preparatorio, que por regla general, conforme a las reglas del íter-criminis, debe ser impune de acuerdo al principio de lesividad y a un derecho penal de mínima intervención, tanto en su versión subsidiaria (el Derecho penal debe ser considerado como última ratio) como fragmentaria (el Derecho penal debe castigar las conductas más lesivas a los bienes jurídicos penalmente protegidos) (Núñez Pérez 2012) .

De acuerdo con este principio el Derecho Penal debe utilizar en forma racional y limitada los medios para ejercer control sobre delincuencia, pues por excelencia se emplea “el más desbastador de todos, la pena”. En este sentido cabe señalar que si bien el Estado se encuentra legitimado por la sociedad para que sancione las conductas que ponen el peligro la paz y la convivencia social, esta legitimación no justifica su uso desmesurado, pues esto acarrearía consecuencias nefastas para el desarrollo y desenvolvimiento de las libertades individuales.

La manifestación de este principio “se orienta a conseguir una sociedad democrática de avanzada (Martos Martínez 2001) ”.

#### **2.2.2.2.4. Principio del Derecho Penal como última ratio**

La lógica de este principio es que el Derecho Penal debe intervenir como última razón, esto es, como la medida última a aplicar en la solución de los conflictos que afronta la sociedad, puesto que la misma normativa social u otras parcelas del ordenamiento jurídico pueden ofrecer instrumentos para abordar dichos conflictos. Por ello se afirma que en este principio el Derecho Penal debe intervenir en forma subsidiaria; es decir, cuando hayan fracasado todos los demás controles ya sean formales o informales.

De aquí que se afirme que “el derecho penal tiene un fundamento ético-filosófico, a tenor del cual tutela un mínimum ético que posibilita la convivencia pacífica y asegura el respeto de los valores socialmente dominantes”.

Este principio nos enseña que los medios utilizados por el Derecho Penal, no son los únicos medios de protección a la sociedad del ordenamiento jurídico, esto es, el Derecho Penal no tiene el monopolio de intervención para proteger a la sociedad. Pues una utilización en primera instancia del *ius Puniendi* conduciría a: “Una recusable hipertrofia del Derecho Penal, que, utiliza abusivamente con fines políticos, que desencadena el terror penal”.

#### **2.2.2.2.5. Principio de Exclusiva Protección de Bienes Jurídicos**

La sociedad posee medios de control social a través de los cuales busca el control o la solución de determinados conflictos en nuestra sociedad; sin embargo, no siempre la utilización de estos medios de control sociales, ya sean informales (la familia, los colegios, iglesia, etc.) o formales (a través de normas); tienen la capacidad y el poderío vital para intervenir en nombre y proteger a la misma sociedad. Entonces podemos afirmar que ante la plausible incapacidad de estos medios de control social (formales e informales), para intervenir en éstos conflictos sociales, se le sede la posta al Derecho Penal, éste, se encuentra entonces, ante conflictos que revisten una especial gravedad, la misma que produce la conmoción, alteración y

quebrantamiento de la paz en la comunidad.

Esta especial gravedad, se expresa a través de conductas que manifiestan un intolerable e inaceptable ataque, lesión o puesta en peligro de determinados “bienes” que se reconoce como imprescindibles para el desarrollo de los individuos en la sociedad.

Estos “bienes” imprescindibles se les conocen como bienes jurídicos, y éstos son definidos por la doctrina como “condiciones de vida social, en la medida en la que afecten a las posibilidades concretas de participación del individuo de los procesos de interacción y comunicación en el sistema social. En similar sentido una voz autorizada define a los bienes jurídicos como “circunstancias o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el propio funcionamiento del sistema (Roxin, Derecho Penal Parte General Tomo I. Traducción de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal 2° Edición, 1997)”.

Los bienes jurídicos encuentran su base en la Constitución, en virtud de que “la determinación de los valores elementales de la comunidad debe estar, en principio, delineado en la Constitución”; con ello se entiende que la “noción de bien jurídico surge dentro de ciertos parámetros generales de naturaleza Constitucional, capaces de imponer una cierta y necesaria dirección restrictiva al legislador ordinario, en la creación del injusto penal. (Prado Saldarriaga, Nuevo proceso penal, reforma y política criminal 2009)”.

Las principales consecuencias de la protección de un bien jurídico penal pueden sintetizarse en que: a) el estado no puede establecer una moral; b) en lugar de ello debe garantizar un ámbito de libertad moral y c) las penas no pueden recaer sobre acciones que son ejercicio de esa libertad (ZAFFARONI, 2002). Asimismo el ámbito de aplicación de este principio lo encontramos en: “resultado en cuanto afección del bien jurídico, el de imputación objetiva y el de constitución y fundamentación de lo injusto”.

El bien jurídico no solo constituye un límite al bien jurídico sino que su importancia, es mayor debido a que la doctrina mayoritaria considera a su protección como la idea que define la esencia del delito, esto es la “protección de bienes jurídicos” alcanza el estatuto de concepto material de delito. (Abanto Vasquez 2007)

Sin embargo un sector importante de la dogmática penal contemporánea a acusado

su devaluación en virtud de su contenido confuso, inseguro y de escaso valor dogmático para nuestros días, sin embargo nos parece importante señalar lo que un sector de la doctrina refiere respecto que la noción de bien jurídico tiene importantes ventajas vigentes para la dogmática como; su contribución para la existencia del “criterio del peligro para el bien jurídico como criterio central de la valoración del hecho punible”; con ello permite el aporte que posee “ el criterio de peligro para establecer una clara diferenciación dogmática en las estructuras de las desvalorización jurídica penal”, finalmente esto lograría “una fácil jerarquización valorativa de los intereses de protección” y “una mayor exigencia en cuanto al establecimiento del grado mínimo de lesividad” (Alcácer Guirao 2004) . En suma el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, significa que la intervención del *ius puniendi*, solo podrá ser legítima si ésta se dirige contra la lesión o la puesta en peligro de ‘bienes jurídicos’, los mismos que derivan de la Constitución y fundamentan la constitución de los injustos penales.

#### **2.2.2.2.6. Principio de Legalidad**

El principio de legalidad conocido bajo el axioma “*nullum crimen, nullapoena sine lege*” acuñado por el jurista alemán Paul Johann Anselm von Feuerbach, consiste en aquel mandato por el cual una persona no puede ser sancionada si es que su conducta desaprobada no se encuentra totalmente regulada en la ley. Es por tal motivo que señala que nadie podrá ser sancionado o penado si es que su comportamiento no se encuentra constituido como un delito o falta en el ordenamiento jurídico al momento de su realización. (Art. II Título Preliminar del C.P. y art. 2o, inc. 24, literal d) de la Constitución Política del Perú).

El principio de legalidad ha sido adoptado por los convenios y declaraciones más importantes que se han dado en nuestros tiempos: la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

El principio de legalidad se constituye como el más importante y principal límite frente al poder punitivo del Estado, pues éste solo podrá aplicar la pena a las conductas que, de manera previa, se encuentren definidas como delito por la ley penal.

De esta manera, el principio de legalidad puede percibirse como una limitación al poder punitivo del Estado y como una garantía, pues las personas solo podrán verse afectadas en sus derechos fundamentales cuando sus conductas se encuentren prohibidas previamente por la ley. Por un lado, la prevención encuentra en la pena un escudo protector para la sociedad defendiéndola de los malos elementos que trasgreden con sus conductas (delitos) aquellas condiciones que permiten la convivencia social. Por otro lado, tenemos a la perspectiva garantista que si bien respeta la imposición de una pena al delincuente, se ve en ella el reflejo del principio de legalidad como límites a la facultad de punir del Estado, así como un instrumento metódico y terapéutico que contribuye con la reinserción del delincuente a la sociedad. En la actualidad este desencuentro entre la prevención y el garantismo se pone de manifiesto en las teorías de prevención general y prevención especial de la pena. Para hablar de garantías debe tenerse como presupuesto necesario un agente opresor y/o desconfiable frente al cual disponer de ellas. No obstante, concebir de esa manera al Estado, llevaría a tenerlo como una máquina punitiva orientada al sometimiento de sus gobernados; y o a la regulación de conductas para permitir su convivencia pacífica, esto es, para lo que fue creado. El fundamento de esta paradoja conceptual reside en el principio de confianza que el mismo aparato estatal ha ido creando a lo largo del tiempo, ya sea por una reputación institucional que lo vincula con una eficiencia esporádica e inestable para cumplir su función por excelencia: la administración de justicia; ya sea por su concentración de poder capaz de distorsionar sus fines y convertirlo en un Estado tirano.

## **GARANTÍAS QUE EXIGUE EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD**

La doctrina reconoce tres garantías:

- a) **Garantía criminal ( nullum crimen sine lege).** Esta garantía señala que no se puede definir como conducta delictiva a aquella conducta que no se encuentra previamente señalada en la ley y, mucho menos, posteriormente, castigarla con pena y/o medida de seguridad. Por ende, se entiende que se califica como delito aquello que solo la ley lo expresa sin importar si aquella conducta sea considerada reprochable y/o lesione el Derecho (principio de

legalidad criminal). De esta manera, se prohíbe la creación de conductas criminales por vía judicial ya que dicha misión le corresponde a la ley penal.

- b) **Garantía penal (nulla poena sine lege).** Esta garantía señala que no se puede imponer a la persona una pena o medida de seguridad que no se encuentre establecida en el Código. De esta manera, un sector de la doctrina sostiene que no pueden asignarse más penas que las implantadas por el legislador en cada cuestión, hallándose vedado sustituir por otra la penalidad prevista en cada figura delictiva y, más aún, “inventar” penas. Es por ello que también recibe el nombre de principio de legalidad penal.
- c) **Garantía jurisdiccional.** Esta garantía sostiene que nadie puede ser sancionado ni castigado sino solo a través de un juicio formal, en el cual se respeten las garantías constituidas por la ley penal. También es conocido como principio de legalidad procesal.

#### **Consecuencias del Principio de Legalidad:**

Entre las principales consecuencias del principio de legalidad tenemos:

**A) Prohibición de la Analogía in malam partem.** Esta consecuencia del principio de legalidad parte de la idea de que el juez penal “no puede castigar como delito una conducta no incriminada por la ley amparándose en la semejanza existente entre dicha conducta y otra u otros así tipificados en aquélla, se convertiría en legislador invadiendo sus competencias”. Pues tendríamos un juez penal que funge las labores de legislador y eso constituye una clara violación del principio de división de poderes que se constituye en el fundamento político del principio de legalidad.

En contraposición a lo anterior es de aceptarse la denominada analogía in bonam partem en razón de que la misma “no pretende restringir la libertad más bien tiene como resultado ampliarla”. En este sentido se afirma que una interpretación que extendiera analógicamente las circunstancias atenuantes o excluyentes de la responsabilidad sería inobjetable (Bacigalupo Zapater 2004) .

**B) Prohibición de la retroactividad perjudicial al reo:** Este principio significa que las leyes penales no se aplicarán hechos anteriores a la comisión del delito, en caso de ser perjudiciales.

La doctrina nos afirma que este principio tiene “la finalidad de proteger al individuo frente al poder punitivo estatal” puesto que “todo legislador puede caer en la tentación de introducir o agravar a posteriori las previsiones de pena bajo la impresión de hechos escandalosos, para aplacar la alarma y excitación política indeseables”.

Este principio tiene una estrecha relación con la seguridad jurídica, en virtud de que el *ius Puniendi* expresa su decisión acerca de las conductas que lesiona o ponen en peligro bienes jurídicos, así como también del significado de la misma en cuanto a los fines de la pena.

Asimismo este principio también prevé la posibilidad de la aplicación de la retroactividad benigna al reo, y esto tiene un claro fundamento político criminal desde el punto de vista de la prevención general de la pena, porque sería poco concebible que se mantenga la persecución penal de un delito que ya no considera como tal, que se le atenúa la pena, o que su alcance típico ya no contiene la misma valoración de subsunción típica de los hechos que regulaba en una tipificación anterior.

**C) Prohibición de leyes indeterminadas:** Este principio implica un mandato de certeza, precisión y determinación del legislador en las leyes penales. La doctrina entiende que desde el punto de vista de la función preventiva del Derecho Penal “el mandato de determinación que encontramos en este principio constituye un mecanismo que permite al ciudadano saber que conductas debe evitar realizar y las consecuencias jurídicas que tendría su realización”. Pues “a una mayor imprecisión de la ley penal le corresponde una mayor exigencia al ciudadano de adecuar su comportamiento conforme al derecho”.

Por ello se afirma que en el principio de determinación de las leyes penales, el legislador con claridad, certeza y precisión debe “describir que acción u omisión es seleccionada por la norma penal, que elementos objetivos y subjetivos son singularmente caracterizadores de la conducta (lo que está permitido y lo que no está prohibido) y que sanción penal establece para la ejecución de la misma

(Polaino Navarrete 2010)".

Asimismo este principio ha sido asimilado en 3 básicas fundamentaciones, una democrática (leyes claras que legitimas como garantía de libertad de los ciudadanos), una segunda como seguridad jurídica (normas claras que reducen al mínimo la discrecionalidad del juez), una tercera de carácter preventivo (mejor motivación del ciudadano dirigiendo su actuar conforme a derecho.

**D) Prohibición del Derecho Consuetudinario:** Este principio se asienta en el principio llamado reserva de la ley, que implica "la exclusión como fuentes del Derecho Penal a cualquier norma que no sea norma escrita, por ello, mientras que para el resto del ordenamiento jurídico (Derecho Civil, Mercantil, Administrativo) rige en materia de fuentes, la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho, en cambio en el Derecho Penal, sólo es fuente de Derecho la Ley" (ZUGALDÍA ESPINAR. José Miguel, 2002). Esta prohibición nos expresa que una costumbre no puede crear ni agravar delitos o penas. No se acepta por tanto, la costumbre que incrimina ni la costumbre punitiva, de otro modo se resquebrajaría el imperio de la ley. Sin embargo, la exclusión de la costumbre es solo a efectos de fundamentar la punibilidad, después la costumbre in bonam partem conserva su utilidad en el Derecho Penal.

#### **2.2.2.2.7. Principio de Culpabilidad**

Este principio es manifestación de un Estado Democrático, en este tipo de Estado se busca "crear las condiciones sociales reales que favorezcan la vida del individuo, pero para garantizar el control por el mismo ciudadano de tales condiciones deberá ser además, un Estado democrático de Derecho" (Mir Puig, Función de la Pena y Teoría del Delito en el Estado Social y Democrático de Derecho" en "Política Criminal y Reforma del Derecho Penal." 1982) , asimismo en el Estado Democrático se ha de partir de un supuesto básico la dicotomía entre libertad y poder, surgiendo así un "sistema de trincheras garantistas" cuyo objetivo es la exclusión de la arbitrariedad". El principio de culpabilidad sin duda es la manifestación más importante del Estado Democrático, pues en ella encontramos las bases, reglas y presupuestos fundamentales que nos permiten determinar y por ende atribuir responsabilidad jurídico-penal.

Este principio encuentra razón de ser en el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la dignidad de la persona, puesto que su violación importa el “desconocimiento de la esencia del concepto de persona”. Un sector importante refiere a que el principio de culpabilidad tiene triple significación: la procedencia de imponer una pena al autor de un hecho típico y antijurídico; como elemento de la determinación o medición de la pena y como proscripción por el resultado, o responsabilidad objetiva” (García Arán 1998) . Esto tiene asidero cuando se señala que el fundamento político del principio de culpabilidad es con “el principio del hecho culpable, a cuyo tenor el ciudadano solo responde criminalmente de lo que hace en términos susceptibles de legitimar el juicio de reproche a título de dolo o imprudencia”.

Como consecuencia de este principio encontramos al principio de imputación personal con el cual “ se impide castigar con una pena al autor de un hecho antijurídico que no alcance unas determinadas condiciones psíquicas que permitan su acceso normal a la prohibición infringida, se añade asimismo aquí, que el hecho punible debe pertenecer al autor no solo material y subjetivamente sino también como un producto de una racionalidad normal que permita verlo como una obra de un ser suficientemente responsable”.

#### **2.2.2.2.8. Principio de Proporcionalidad**

Este principio señala que entre el delito cometido y la pena impuesta debe de existir una proporción. Este principio a la vez regula que para la imposición de la pena debe cumplirse con dos requisitos fundamentales: o Primero, que el delito haya sido cometido con dolo o culpa, de esta forma se excluyen aquellos delitos que son cometidos por hecho fortuito, o Segundo, que se establezca la culpabilidad del autor y que además reúna los requisitos indispensables para que se pueda iniciar un proceso penal. Por tanto, para poder aplicar el principio de proporcionalidad el juez primero tendrá que definir la importancia del bien jurídico protegido. Después de haber determinado la importancia del bien jurídico el juez tendrá que examinar la forma en la que el bien jurídico ha sido violado o trasgredido porque no se le va aplicar a una persona que ha cometido un delito con dolo la misma pena que se le aplicaría en el caso de haberlo realizado con culpa. Además debemos distinguir que dentro de

este encontramos tres sub-principios:

**a) Idoneidad:** el legislador al momento de imponer una pena debe prever que cumple con un objetivo constitucionalmente legítimo.

**b) Necesidad:** la intervención en los derechos fundamentales, a través de la legislación penal, es necesaria cuando están ausentes otros medios alternativos que revistan cuando menos la misma idoneidad para lograr el objetivo constitucionalmente legítimo y que sean más benignos con el derecho afectado.

**c) Proporcionalidad:** el grado de realización del fin constitucionalmente legítimo debe ser equivalente al grado de afectación del derecho a la libertad personal.

#### 2.2.2.2.9. Principio de Humanidad de las Penas

Por este principio se limita al poder punitivo estatal a imponer sanciones demasiado severas, que en puridad se deben considerarse inútiles para cumplir con los fines del Derecho Penal. Este principio se funda en la tutela de la dignidad material del ser humano, por ello se busca proscribir del ordenamiento jurídico “las penas y medidas de seguridad o condiciones de ejecución que pugnen con la dignidad del ser humano también comprende a un proceso penal libre de prácticas contra la dignidad”, asimismo este ataque contra la dignidad se manifiesta en la medida que las penas “cruelles o inhumanas” implican un “sufrimiento de especial”, provocando de esta manera “humillación o sensación de envilecimiento que alcancen un nivel determinado distinto y superior al que suele llevar aparejada la simple imposición de una condena, o que aquellas sanciones punitivas provoquen una. Por ello es aleccionador cuando se afirma que “toda consecuencia de la punición debe cesar en algún momento, por largo que sea el tiempo a transcurrir, pero nunca puede ser perpetua en el sentido propio de la expresión pues implicaría admitir la existencia de la persona descartable”.

Este principio no solo tiene como punto de partida la Dignidad Persona Humana, sino que ésta es el contenido propiamente dicho de este principio. La Dignidad de la Persona Humana toma tal relevancia hasta componer el eje sistemático y -sobre todo- ser el antecedente histórico; pues, desde la Revolución Francesa su presencia no ha perdido vigencia. Se encuentra consagrado en el Artículo 5° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, así como en el Artículo 7° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y también en el Inciso 2 del artículo 5

de la Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos y en el Literal H del Inciso 24 del Artículo 2° de la Constitución Política del Perú; sin embargo, a pesar de estar consagrado en muchos cuerpos normativos nacionales e internacionales, es el principio más ignorado en el Derecho Penal.

Inmediatamente al hablar de la Dignidad de la Persona, nos lleva a reflexionar – respecto de la pena- sobre la proscripción de la crueldad y con toda prohibición de las penas de tortura y de toda forma de tormento so pretexto de sancionar al condenado; es decir, exige que la pena no esté acompañada de actos brutales ni sufrimientos innecesarios para cumplir su finalidad. Claro está que la pena por sí trae un sufrimiento, pero ésta no debe sobrepasar los lineamientos de los Derechos Humanos. Para comprenderlo mejor lo analizaremos en lo que llamaremos sus dos vertientes; la primera, relacionada a la imposición de la pena y, la segunda, como consecuencia de la primera a su ejecución.

Cuando hablamos de la imposición de la pena, directamente el primer problema que genera un debate inacabable es sobre la aceptación o no de la pena de cadena perpetua y la pena de muerte que, sin entrar a la discusión de su aceptación o no, su naturaleza y aplicación afirman por sí mismas que algunas personas son innecesarias para la sociedad (Villavicencio Terreros, Derecho Penal Parte General 2° Reimpresión 2007).

Siguiendo esa lógica, diríamos que el Derecho Penal "descarta" a ciertas personas, los califica como inviables y las tiene que desaparecer o en el mejor de los casos aislarlas completamente de las demás. Con aquel razonamiento, también deberíamos afirmar que para poco o nada serviría debatir sobre la finalidad y función del Derecho Penal ni de la Pena lo que confirmaría la existencia de rasgos de las Monarquías Absolutas. Pero este apasionante tema es materia de otro debate alejado al interés del presente trabajo; por consiguiente, cuando se platica del Principio de la Humanización de las Penas, su estudio no sólo debe agotarse -como muchos autores lo enfocan- en el análisis de la pena de muerte y/o en la cadena perpetua; sino también, en la magnífica oportunidad que tiene el Estado a través del Juez Penal de imponer una pena adecuada y -sobre todo- que dé cabida y contenido a la existencia misma del Derecho Penal demostrando su respeto a la Dignidad Humana. Si solo agotamos la imposición de las penas a la mera relación de causalidad por el delito cometido, no cabría duda que estaríamos automatizando al

Derecho Penal alejándolo de toda consideración humanista y social, tal y como lo proclama la Constitución Política del Perú en su artículo 43°: pues, no solo es inhumano imponer una cadena perpetua o pena de muerte; si no también, imponer una pena de prisión privativa de la libertad efectiva de 4, 10, 20 o 35 años, si de ello resulta que, en vez de posibilitar la reincorporación del penado a la sociedad (resocialización), tal y como lo ha dispuesto el Tribunal Constitucional, ésta en su ejecución le genere un perjuicio irrescatable cuando aún, existiendo otros medios de sanción (que fácilmente hubiesen podido cumplir conjuntamente con el mismo objetivo que se busca en el caso determinado y -además- con el fin y la función tanto del Derecho Penal como de toda Consecuencia Jurídica), se le impone la más dañosa.

Nos explicamos, la interpretación del Principio de Humanidad de las penas que aquí se sostiene, no solo debe radicar en la correcta y matemática imposición de la pena, pues este punto lo tratan otros principios, como lo es el Principio de Proporcionalidad. Si en un determinado caso existe una pena diferente y menos dañosa para el condenado y es posible preverla antes de imponer tal o cual sanción penal; entonces, debe elegirse la pena menos gravosa puesto que cumplirá cabalmente con el mismo objetivo de la pena más fuerte que se pretende imponer como resultado del flash del primer análisis del caso concreto. Entonces, la pregunta brota por sí misma ¿Dónde actúa el Principio de Humanización de las Penas en estos casos? A ello se responde que, imponer una sanción elevada -ya sea cualitativa o cuantitativamente- cuando en realidad se puede imponer una leve, atenta contra el principio que venimos analizando; toda vez que, el exceso de la pena mayor sobre la pena menor, si bien es proscrita por el Principio de Culpabilidad y el de Proporcionalidad; también lo es por el Principio de Humanización de las penas; ya que, no estaremos solamente frente a una pena que busca la resocialización del condenado sino frente a una pena que amparada en su constitucionalidad entrapa un sufrimiento que atenta contra la dignidad de la persona pues ésta se vuelve un objeto y no solo como conejillo de indias sino también dirigida a menoscabar en su ser, en su yo y en su humanidad, la dignidad de quien debe ser el fin mismo del Estado, causándole un perjuicio irracional y que a la larga no solo entorpecerá el cumplimiento de los fines del Derecho Penal y de la Pena sino que, empeorará la conducta del condenado frustrando todo el sistema de justicia penal tal y como se viene haciendo en la actualidad. Reiteramos que no se está en el campo de los Principios de Proporcionalidad ni de Culpabilidad,

ya que estos tienen como eje la medición cualitativa y cuantitativa de las penas bajo criterios de prevención y grado de responsabilidad respectivamente; sino que, nos encontramos en el ámbito de la consideración del condenado como ser humano incapaz bajo cualquier argumento de sufrir penas acompañadas de angustias injustificadas. En ese sentido, el Principio de Culpabilidad y Proporcionalidad de las penas complementan sus fundamentos y no solo se quedan en el nivel cualitativo o cuantitativo. Así, la conjugación y aplicación sistemática de estos principios, dan el soporte y fundamento necesario para sustentar la pena elegida en el caso concreto; soslayando el abuso del Estado y/o el ánimo de venganza de la Sociedad; así también, se logrará el objetivo de la resocialización del condenado, cumpliendo cabalmente con la exigencia constitucional de fundamentar la sentencia en el extremo de la pena elegida. Ahora, reflexionando en cuanto a la ejecución de la pena, debemos analizar antes, la triste vivencia de la realidad actual de los centros penitenciarios peruanos y latinoamericanos; así como, las posibilidades de empeorar el comportamiento de los agentes delictivos. Aquí entramos brevemente a la ejecución de la pena; y, para no ahondar en el estudio de la Ciencia Penitenciaria, debemos exponer claramente que ésta debe seguir los parámetros propios de su naturaleza y ello amerita un estudio científico y de campo sobre los problemas y soluciones a la insólita realidad penitenciaria de nuestro país, el cual no se realizará aquí por obvias razones de tiempo y porque otros especialistas en el tema ya lo han expuesto bastante. Sin embargo, bastará afirmar que la realidad de los centros de resocialización son concretamente centros de instrucción delincencial, y ello no necesita ser comprobado por ninguna investigación, la realidad lo demuestra abiertamente. En este statu quo, la necesidad del Juez Penal de introducir criterios de orden psicológico-sociales al momento de determinar e individualizar la pena a imponerse resulta exigible y con ello se abren las puertas al debate sobre la necesidad de sistematizar un cambio; y, no solo del Proceso Penal como ya se ha hecho; sino también, del Código Penal, del Código de Ejecución Penal y de la Política Criminal que el Estado Peruano determine para los próximos años. La doctrina y la realidad emplazan a los legisladores a buscar respuestas concretas y viables; pero, no sólo sobre-criminalizando y elevando las penas conminadas, que en algunos casos es necesario; sino también, en el cambio de los métodos jurídicos y políticos de quienes encabezan la gobernabilidad del Perú desde sus respectivas funciones. Hasta aquí la réplica al sistema legal sobre ejecución de las penas. Para la presente

investigación basta tener en cuenta la realidad penitenciaria: El Hacinamiento, La corrupción, La exclusión de las políticas sociales de los gobernantes entre otros males jurídico-político-sociales que sufrimos.

Todo lo escrutado hasta el momento, resulta necesario y exigible para un juez penal incorporarlo en el momento del análisis de la elección e imposición de las consecuencias jurídicas (Pena). Un caso típico en el que se puede observar el abuso indiscriminado que hace un juzgador al imponer y ejecutar una pena, motivado por criterios alejados a los fines del Derecho Penal Constitucional y en el que se viola el Principio de Humanización de las Penas es cuando se parcializa, es influenciado por su estado anímico, por presión popular u otros motivos que, así como aparecen también logran disiparse con el pasar de los días. Por ejemplo, encontrada una persona responsable del delito de hurto (delito no tan grave), se le impone la máxima pena conminada y a cumplirla en el reclusorio penitenciario del lugar donde se cometido y juzgó el hecho punible, sin considerar que el caso responde a los hechos probados por el condenado sostenidos en que, al no tener trabajo en su ciudad natal de Iquitos, viajó a buscarlo en la ciudad altiplánica de Juliaca y, por necesidad e impotencia de no lograr el trabajo que esperaba, hurtó para cubrir los gastos de retorno a su ciudad. En este caso se contravendría con el Principio de Humanización de las penas, toda vez que, si el juzgador -como consecuencia del íter del proceso penal- conociendo plena y efectivamente que el condenado siempre ha vivido en la calurosa ciudad de Iquitos y no tiene familiares en la ciudad de Juliaca desestima la solicitud del condenado en el sentido de cambiar de centro penitenciario para la ejecución de su pena, motivado subjetivamente, en la coyuntura social de la ciudad altiplánica que, cansados de hurtos, robos y violaciones sexuales, los lugareños linchaban a los aparentes autores y amenazaban a las autoridades a no intervenir y, en el mejor de los casos -como el presente que narramos- solo a participar imponiendo sanciones "ejemplares" para que dichos actos no se reiteren . Estas influencias subjetivas y circunstanciales que determinan la imposición y/o ejecución o no de una consecuencia jurídico penal que, en la gran mayoría de casos viola la dignidad de la persona humana, son posibilitados sin cuestionamiento alguno bajo la complicidad del sistema único del juicio oral, estructura que no ampara ni exige legalmente un espacio en el que el juzgador debata y posteriormente sustente la pena a imponerse.

Como se ve, el reconocimiento de la Dignidad de la Persona y de su autonomía frente

al Estado excluye toda posibilidad de que sea utilizada como un medio para otro fin que no sea la persona misma. En la aplicación de la pena impide que el juez pueda aplicar sentencias ejemplarizantes y la utilización de la pena para otros fines.

#### **2.2.2.2.10. Principio de Resocialización.**

El Estado Democrático asienta las bases para garantizar la participación ciudadana en la sociedad; esta participación ciudadana entendemos no es monopolio exclusivo de las personas que se encuentran en libertad, entender ello sería una vil manifestación de marginación y exclusión social para quienes no se encuentran en libertad, en específico para aquellos que se encuentran en nuestras cárceles. En sentido lato la resocialización “supone un proceso de interacción y comunicación entre el individuo y la sociedad que no puede ser determinado unilateralmente ni por el individuo ni por la sociedad; resocializar al delincuente sin cuestionar al mismo tiempo al conjunto social normativo al que se pretende incorporarlo, significa pura y simplemente aceptar como perfecto el orden social vigente sin cuestionar ninguna de sus estructuras, ni siquiera aquellas más directamente relacionadas con el delito cometido” (Muñoz Conde, "La Resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito" 1979) . En sentido estricto, ella se entiende como “reelaboración de un status social que significa la posibilidad de retorno. (Garaycott Orellana 2007) La resocialización a lo largo de las últimas décadas ha caído en una severa deslegitimación, por ello no es casualidad encontrar incluso en célebres juristas partidarios de un Derecho Penal Liberal expresar por ejemplo que “Una resocialización propiamente mediante la cárcel es una contradicción de principios, es un sinsentido, una antinomia sin salidas (Bustos Ramírez, Manual de Derecho Penal Español Parte General 1997) ”, o también que “el término resocialización se ha convertido en una palabra de moda que todo el mundo emplea, sin que nadie sepa muy bien qué es lo que se quiere decir con él” (Muñoz Conde, Derecho Penal y Control Social 1995).

Consideramos que el fracaso de la resocialización se debe a la falta de voluntad política, no creemos que el principio de resocialización deba desterrarse del Derecho Penal, por su escasa aplicación en la realidad.

### **2.2.3. CAPÍTULO III: POLÍTICA CRIMINAL**

#### **2.2.3.1. INTRODUCCIÓN SOBRE EL DISEÑO Y REGULACIÓN LEGISLATIVA DE LA POLÍTICA CRIMINAL**

Uno de los principios centrales del derecho penal es el principio de legalidad, ejercida a través del Poder Legislativo. En el Perú el Congreso de la República centraliza y es originario de esta facultad, según el artículo 2, inciso 23 - a) de la Constitución: Toda persona tiene derecho: (...) A la libertad y a la seguridad personal. En consecuencia: (...) Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley. Si los delitos están descritos en la Ley, falta determinar cuáles son los parámetros para dictar estas normas. Uno de ellos es que ella esté acorde con la normativa constitucional, sea ella desde un punto de vista formal o material. Desde el punto de vista formal, jerárquicamente la Ley no debe vulnerar la normativa constitucional, el debido proceso legislativo, entre otros; y si nos atenemos a principios materiales iremos a determinar que la Ley se corresponda con el acuerdo político adoptado en la constitución y la función valorativa que se haga de la sociedad. Sobre este último aspecto, la materialidad de la ley, versará el presente artículo compatibilizando con la política criminal que debe ser determinado y aprobado por cada estado. Con este criterio se optará por una política criminal preventiva antes que sancionadora. Queremos advertir que la política criminal no podemos encapsularlo solo dentro de los espacios del derecho penal; ello es una parte pero no se agota ahí. También forma parte de la política criminal los ilícitos civiles o las faltas administrativas, etc. El derecho penal no incluye todos los campos de lucha contra el delito. Deben de incluirse también medidas de profilaxis, de prevención. De hecho, si la profilaxis es muy buena el Derecho Penal intervendrá en contadas ocasiones. Centraremos nuestra atención sobre las implicancias de la política criminal en la facultad legislativa de la determinación y sanción de los delitos. La política criminal es, indudablemente un aspecto muy importante de la política general, pero por tener ella la más íntima conexión con el aparato represivo del estado es necesario ser muy cuidadosos en la

búsqueda y elección de los medios e instrumentos punitivos que lo pone en funcionamiento.

Para Roxin . (Roxin, Política Criminal y Sistema del Derecho Penal - Traducción de Francisco Muñoz Conde 2002); “El desarrollo más amplio e intenso de los conceptos político criminales (...) (contribuye en) la elaboración de concepciones de reforma independientes que sean presentadas al mundo de la especialidad para la discusión, y al legislador para motivarlos iniciativas legislativas”.

Por ello considera que “la ciencia no debe promulgar leyes, sino recomendarlas. Y tampoco estas recomendaciones deben basarse en pareceres subjetivos y arbitrarios, irrelevantes legislativamente, sino deben desarrollar los mandatos de la Constitución concretándolos, es decir, especialmente el principio de Estado de Derecho y Estado Social, la validez absoluta de la dignidad humana, la importancia de los derechos fundamentales y los resultados de la discusión internacional de reforma. Ésta es una genuina tarea científica y que solamente puede ser llevada a cabo competentemente por científicos”.

Cree que el “legislador, como instancia parlamentaria, ya no está en capacidad de realizar grandes reformas legislativas, por lo menos no por su propia fuerza.” También opina sobre el corto, mediano y largo plazo de la Política Criminal: “el legislador por sí solo o con ayuda de algunos pocos expertos, sirve preponderantemente para la actualización de lo cotidiano: la celeridad del proceso penal, la lucha contra el terrorismo y la criminalidad organizada, la protección reforzada de mujeres y niños o también, la protección en el proceso penal a los testigos y perjudicados. Estos son objetivos justificados en su tendencia, aun cuando las regulaciones creadas a menudo no son equilibradas. Para ello se necesita de grandes concepciones no vinculadas a partidos políticos ni a periodos legislativos: concepciones que tiene que ser creadas por la ciencia penal en cooperación con la criminología y el derecho comparado. Ya el legislador parlamentario se ocupará por sí mismo de los compromisos y recortes necesarios.” Abordando sobre la función legislativa expresa que “(...) la crítica que he hecho al moderno legislador recaerá en la ciencia jurídico-penal. Quiero mostrar esto en un ejemplo actual. (...) solamente en algún caso se ha llegado a una arbitraria elevación del máximo y del mínimo de la pena.

Estas reformas no han satisfecho a nadie porque carecen de una fundamentación criminológica y dejan subsistentes numerosas imperfecciones intrasistemáticas (...) Esto se debe a que no existe una ciencia del marco penal - aparte de concepciones puntuales-, Pero un sistema cuántico del marco penal sería el presupuesto para un buen trabajo legislativo.”

Finalmente señala que “Los objetivos finales que guíen al sistema en su totalidad y a la elaboración de cada una de las instituciones jurídicas deben ser, entonces de tipo político criminal. En esto entiendo yo bajo política criminal (...) no solamente la elección de las sanciones preventivo- especiales (o también, en otras concepciones básicas, preventivo-generales) que sean más efectivas para prevenir el delito, sino la totalidad de aspectos valorativos, según nuestra Constitución y legislación penal, que sean determinantes en la fijación y configuración tanto de los presupuestos de la punibilidad como también de las sanciones.

Luego también los elementos limitadores de la pena de nuestro ordenamiento penal, como la frase del “nullum crimen” o el principio de culpabilidad, son, para mí, componentes de la política criminal de un Estado de Derecho”. Este marco doctrinario nos permite expresar que los esfuerzos del legislador resultan insuficientes para lograr eficaces reformas penales y que para ello será mucho más valioso si intervienen diferentes sectores y esfuerzos científicos que proporcionará mayor visión a la actividad punitiva, más cuando en este campo la libertad es un preciado derecho que está en cuestión.

#### **2.2.3.2. SUSTENTO CONSTITUCIONAL PARA LEGISLAR SOBRE LA POLÍTICA CRIMINAL**

Es central en este análisis, tres artículos constitucionales. El primero es el artículo 8 de la Constitución que ha definido un tema claro de política criminal al señalar que: “El Estado combate y sanciona el tráfico ilícito de drogas. Asimismo, regula el uso de los tóxicos sociales. ”Al respecto el Tribunal Constitucional ha señalado que la referida norma “impone al Estado la obligación constitucional de sancionar el tráfico ilícito de drogas, lo que ha quedado plasmado en el Código Penal y en las leyes especiales en los cuales se criminaliza el delito de tráfico ilícito de drogas con penas severas, proporcionales a los bienes constitucionalmente protegidos que se infringen afligen; ¿cuál es? evidentemente, que para llegar a dicho cometido se impone la

necesidad de adoptar procedimientos de investigación eficaces (...) Se trata de un imperativo constitucional exigible al propio Estado a partir lo de establecido en el artículo 8° de la Constitución (es deber constitucional del Estado peruano diseñar su política criminal frente al tráfico ilícito de drogas)". Señala que "no debe olvidarse que el carácter pluriofensivo del delito de tráfico ilícito de drogas en relación con los valores básicos del orden constitucional pone en estado de alarma y peligro a las bases sociales y amenaza la propia existencia del Estado. Se trata, en definitiva, de una tarea constitucionalmente exigible al Estado peruano para que adopte las diversas medidas legislativas y administrativas destinadas a sancionar eficazmente el tráfico ilícito de drogas". Debemos decir que no existe otro artículo constitucional que defina claramente una política criminal del estado y por ello consideramos que antes de definir una política criminal por sectores debiera plantearse una política general del estado. Podemos ver que la Constitución ha definido claramente políticas nacionales en temas como población, salud y ambiente. Pero no existe una política criminal diseñada desde la Constitución, y como ya hemos visto existe solo una referencia al tráfico ilícito de drogas (Díez Ripollés 2006) .

Por ello proponemos que todo estado debe definir una política criminal que permita vislumbrar las necesidades urgentes sobre las que debe merecer atención el Poder Legislativo en materia penal.

Luego pasamos a analizar el artículo 44 de la Constitución que señala como un deber del estado "defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación. Creo que ahí se establece ciertas pautas de cómo lograr la vigencia del estado de derecho, lograr un equilibrio de seguridad interna y externa, autoridad, desarrollo, justicia y respeto a los derechos humanos. Este artículo constitucional es el sustento básico que nos puede guiar el desarrollo de la política criminal.

Finalmente el artículo 118 inciso 3 de la Constitución que asigna al Presidente de la República la función de "Dirigir la política general del Gobierno". Por ello veremos que la política criminal va estar asignado como iniciativa y motor al Poder Ejecutivo, en coordinación con el Poder Legislativo, Judicial, Ministerio Público, órganos autónomos y la sociedad civil. La definición de una política criminal es un objetivo del estado y no del gobierno, por ello consideramos que cada gobierno no tiene por qué

definir una nueva y debe trascender el plazo de gobierno por cuanto ello que involucra en su debate incluso a los sectores opositores al gobierno. Si no está claro lo vertido, puede llevar a un grave error de confundir los aspectos científicos de la política criminal que es un asunto de estado, con los asuntos coyunturales que lleva a dar respuestas igualmente coyunturales del gobierno.

### **2.2.3.3. LA POLÍTICA CRIMINAL EN EL CÓDIGO PENAL**

El desarrollo de esta parte nos permitirá muchas luces sobre el diseño de la política criminal, revisada desde la perspectiva de la Exposición de Motivos del Código Penal diseñada allá por la década del 80 y 90. “Veremos que los que elaboraron el Código Penal han visto que existe muchas limitaciones de este cuerpo normativo para lograr por sí mismo, paz y tranquilidad de un país y sienten que para ello será necesario el diseño de la Política Criminal.

Hasta antes del año de 1979 la tendencia era la de hacer una reforma parcial del Código Penal; pero con la promulgación de la Constitución Política del Estado de 1979, se entendió que había llegado el momento de afrontar la reforma total del ordenamiento jurídico punitivo. Así que, no solamente se adaptó el Código Penal al sistema político dibujado por la Constitución sino, también a las nuevas realidades de nuestra sociedad y a los avances que presenta en esta hora la política criminal, la dogmática penal, la criminología y la ciencia penitenciaria. (Díez Ripollés 2006)

Al analizar la Exposición de Motivos de Nuestro Código Penal Peruano, se advierte que es necesario primero definir la Política Criminal de un estado para luego configurar la normativa penal, partes literales de dicho texto dicen: (...) “El Código Penal persigue concretar los postulados de la moderna política criminal, sentando la premisa que el Derecho Penal es la garantía para la viabilidad posible en un ordenamiento social y democrático de derecho " (...). Con similar criterio se reitera: “Las valoraciones que el texto punitivo contenga y la insoslayable necesidad de punición, lógicamente están impregnadas de una concepción ética y política determinada”.

De lo anteriormente mencionado, consideramos que la necesidad de una política criminal para nuestro país no es una demanda nueva, sino que ya estuvo presente en textos normativos como ya fue esbozado, pero lamentablemente no existe voluntad política para plasmarlo en la realidad, lo que nos lleva a creer que el

endurecimiento de las penas o la criminalización de algunos actos resolverán de por sí la conflictividad de la sociedad.

#### **2.2.3.4. PROYECTOS SOBRE LA POLÍTICA CRIMINAL: UNA DEMANDA ENCARPETADA EN EL PODER LEGISLATIVO**

Es importante resaltar que el Poder Legislativo ha estado intentando recorrer el diseño de una política criminal que legitime la labor legislativa en la identificación y sanción de los tipos penales, pero lamentablemente no ha sido concluida. Revisando la página web del Congreso de la República hemos podido encontrar que uno de los primeros Proyectos de Ley sobre el diseño de la Política Criminal es el Proyecto de Ley N° 4903/2002-CR que crea la Comisión Consultiva Permanente de Política Criminal presentado el 6 de diciembre del 2002 por el Congresista Yonny Lescano.

Posteriormente se aprecia el Proyecto de Ley, 14531/2005-CR presentado el 29 de marzo del 2006 por el Congresista José Taco Llave de la Agrupación Perú – Posible; mediante dicho proyecto de ley se creó el ente rector encargado de planificar, implementar y ejecutar el Programa Nacional integral de la Política Criminal del Estado.

Finalmente el Proyecto 156-2006/CR presentado el día 7 de septiembre del 2006, por el Grupo Parlamentario Alianza Parlamentaria, que tuvo un dictamen favorable de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos pronunciado el 25 de mayo del 2007; en este Proyecto de Ley se establece el sustento de la Política Criminal y se analiza las limitaciones que tiene el Legislativo para resolver solo las reformas penales y se justifica la creación de un ente especializado y multidisciplinario y multinstitucional: “ Corresponde al Estado elaborar, formular y ejecutar un PLAN NACIONAL INTEGRAL DE POLÍTICA CRIMINAL siendo importante para ello contar con un órgano institucional técnico de carácter autónomo que pueda plasmar en nuestra realidad dicho plan mediante el desarrollo de políticas criminológicas e instrumentos de acción (...) y que contribuya al campo de la prevención (...) y en la erradicación o reducción eficiente de las diversas formas delictivas de nuestra sociedad (...)

Hay que precisar que lamentablemente en nuestro país no existe ni ha existido un asomo de política criminal adecuada que responda a un sistema integral de defensa y protección de los bienes jurídicos de la sociedad, pues el tema de la política criminal ha estado siempre ligado a necesidades de políticas coyunturales, debido a las

demandas de seguridad y justicia por parte de la sociedad, frente a las cuales el estado ha estado respondiendo mediante un “ilusionismo o inflacionismo penal” fomentando un uso totalitarista y eficientista, lo que ha dado lugar al abuso de la intervención penal por parte del estado, legitimando su actuación como prima ratio, con lo cual se quiere dar la impresión de una actuación inmediata frente a las demandas de inseguridad social, pero en si no contribuyen a una verdadera protección de los bienes jurídicos de la persona (...)

La política criminal como toda política del estado es una política compleja donde intervienen distintos sujetos; es decir intervienen los tres poderes del estado: Ejecutivo, Judicial y Legislativo.

Así el Poder Ejecutivo tiene la responsabilidad indelegable de la diagramación de la política criminal, el Poder Judicial y el Ministerio Público, tiene un rol fundamental en la aplicación de esa política y el Poder Legislativo constituye el instrumento que permite la sanción de leyes que van regulando esa decisión política que se torna en diversos ámbitos del estado (...)

La presente propuesta no se contrapone a la Ley 27933 que crea el Sistema nacional de Seguridad Ciudadana ni tiende a duplicar sus funciones de la Secretaria Técnica de ésta, pues mientras el Consejo Nacional de Seguridad Ciudadana tiene por objeto primordial el coordinar eficazmente la acción del estado y promover la participación ciudadana para garantizar una situación de tranquilidad y paz social, sin embargo el Consejo Nacional de Política Criminal tiene una tarea más integral , amplia y ambiciosa, ya que tiene por objeto ESTUDIAR , PLANIFICAR FORMULAR Y EJECUTAR UN PROGRAMA NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL DEL ESTADO con fines no solo de prevención del delito sino de la erradicación o disminución de los elevados índices de criminalidad imperantes en nuestro medio en coordinación con otras áreas de la política estatal, llámese, política educativa, política de salud, política laboral, etc, es decir, su labor comprende un aspecto más amplio “

El dictamen de la Comisión de Justicia del Congreso, aparte de estar conforme con este fundamento señala: “La política criminal es sistémica. Es decir, corresponde al Estado en su conjunto, no es exclusividad del Parlamento. A este poder del estado le corresponde la alta función de elaborar las leyes que el Estado requiera sobre la criminalidad, pero a los otros poderes del estado, así como a los demás organismos públicos también les corresponde funciones propias de la política criminal.”

Una de las funciones de este organismo que señala el Proyecto de Ley es la formulación de la Política Criminal del Estado, políticas criminológicas, criterios para criminalizar o descriminalizar delitos, elaborar anteproyectos de propuestas legislativas para ser tramitadas vía Congreso de la República o Poder Ejecutivo. Su composición era múltiple: Era presidido por el Ministro de Justicia e integrado por representantes de la Comisión de Justicia del Congreso de la República, Poder Judicial, Ministerio Público, Ministerio del Interior, Educación, Salud, Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social y Junta de Decanos de los Colegios de Abogados del Perú. Este era un primer paso importante que lamentablemente no tuvo la acogida del Parlamento y que esperamos pueda volverse a tratar el tema con mayor urgencia.

#### **2.2.3.5. SOBRE LA POLÍTICA CRIMINAL DEL ESTADO PERUANO A LA LUZ DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En esta parte, del presente trabajo, trataremos de abordar los elementos y limitaciones que debe contener una política criminal y para ello recurriremos al Tribunal Constitucional como un primer acercamiento. El Tribunal Constitucional ha señalado que al momento de diseñar la política criminal “el legislador goza de un margen razonablemente amplio para diseñar la política criminal del Estado. Entre tales límites no solo se encuentra la proscripción de limitar la libertad personal más allá de lo estrictamente necesario y en aras de la protección de bienes constitucionalmente relevantes, sino también la de no desvirtuar los fines del instrumento que dicho poder punitivo utiliza para garantizar la plena vigencia de los referidos bienes, es decir, no desnaturalizar los fines de la pena (...) la pretensión de que ésta agote toda su virtualidad en generar un mal en el penado, convierte a éste en objeto de la política criminal del Estado, negando su condición de persona humana, y, consecuentemente, incurriendo en un acto tan o más execrable que la propia conducta del delincuente.

Otra de las limitaciones que señala el Tribunal Constitucional para el diseño de la política criminal es que “(...) las cuestiones jurídicas fundamentales de la dogmática penal está abierto a la influencia directa del ordenamiento constitucional; es decir, se encuentra, a la vez, dentro de las fronteras de la Constitución y en relación directa con la política criminal (...) 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 tales, de aquellos otros que 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.

Es valioso resaltar también el voto singular del Dr. Alva Orlandini cuando reconoce que la legislación puede diseñar una normatividad que se aleje de la política criminal: “En rigor, la Ley N° 28726 no infringe ninguna norma constitucional. El Legislador ha optado por una política criminal distinta a la que originariamente consagró el Código Penal de 1991. Tal política tiene como sustento el acoso que afronta la sociedad por acción de la delincuencia.” “Estas acciones de emergencia ante hechos delincuenciales no solo debe ser afrontada con mayor drasticidad punitiva, sino debe llevarnos a un estudio multidisciplinario preventivo donde se discuta con antelación sobre estos gérmenes de delincuencia que puede estar naciendo en la sociedad.

#### **2.2.3.6. LIMITACIONES AL DISEÑO DE LA POLÍTICA CRIMINAL DEL PODER LEGISLATIVO**

Todo Estado de Derecho Democrático debe tener una política criminal permanente, como regla general y en forma excepcional será modificado en esencia solo cuando existan causas justificantes para una modificación o adecuación de nuevos lineamientos. Eso asegura que el Poder Legislativo no puede saltar como un resorte ante un hecho coyuntural, que diario nos provee los medios de comunicación.

Se trata de construir el marco conceptual adecuado para posteriormente establece un determinado procedimiento de elaboración de las leyes penales que, yendo más allá del respeto a las formalidades competenciales y secuenciales previstas en las diversas Constituciones, introdujera una serie de requisitos procedimentales directamente encaminados a garantizar la consideración de ciertos aspectos materiales. Entre ellos y apresuradamente, cabe mencionar: Información empírico - social de la realidad sobre la que se va a operar, la configuración de las necesidades sociales que se pretenden satisfacer y las consecuencias sociales previsibles de la

intervención, análisis fiables del estado de la opinión pública y de la actitud de los grupos de presión o representativos de interés, manifestaciones de afectados, cálculos de costes económicos de la reforma legal, pronósticos sobre las dificultades de su puesta en práctica, etc.

Si bien el Poder Legislativo es el titular de la normativa penal, sin embargo esa facultad no puede ser ejercida arbitraria y desproporcionadamente, sino debe regirse por ciertas pautas doctrinarias que le dan mayor legitimidad: En esa orientación la intervención penal garantista se estructura en tres bloques de principios: El primero atiende a las pautas que deben regir la delimitación de los contenidos a proteger por el derecho penal. El segundo se ocupa de los requisitos que deben concurrir en un determinado comportamiento para que se pueda exigir responsabilidad criminal por él. El tercero atiende a los fundamentos en virtud de los cuales se puede reaccionar con sanciones frente a una conducta responsable criminalmente. Díez Ripollés establece dos componentes imprescindibles de toda teoría de una legislación penal. Los principios estructurales de la protección y los principios coyunturales. Estos últimos están más ligados a una concreta decisión legislativa. Estos principios coyunturales son: El principio *in dubio pro libértate* corresponde en la creación del Derecho, aunque con ciertas salvedades, al principio *pro reo vigente* en el ámbito procesal de aplicación del Derecho, y se encuentra vinculado a una concepción de la sociedad en la que libertad constituye uno de sus valores superiores. Implica la renuncia a penar comportamientos si hay dudas respecto a su lesividad social, al respecto del principio de intervención mínima o de cualesquiera otros principios estructurales (Díez Ripollés 2006) .

El principio de tolerancia, que supone aceptar un cierto nivel de conflictividad social sin una consecuente reacción de las instancias de control jurídico - penal, pese a no haber dudas sobre la lesividad del comportamiento, sobre la concurrencia del principio de intervención mínima, etc. Ello se asume a cambios de los beneficios en libertad individual obtenida, los posibles errores en las decisiones penalizadoras que se puedan producir, y la potenciación de una sociedad dinámica abierta a la eventual modificación de ciertas perspectivas valorativas. Naturalmente el alcance de este principio no debe rebasar los límites existentes de cara al mantenimiento de elementos esenciales para la convivencia, cuya localización será diversa en función del grado de estabilidad e integración alcanzadas por la sociedad correspondiente.

El principio de ponderación de daños y ventajas, a través del cual se valoran los efectos dañinos adicionales o complementarios que produce una decisión de penalizar o despenalizar, que en ocasiones pueden ser de mayor entidad que los beneficios que la penalización o despenalización comporta. Este principio pretende asegurar el rechazo, ya señalado en el marco del principio de intervención mínima, a la asignación a la política criminal de funciones de transformación social.

El efecto troquelador de las normas penales, esto es, la capacidad del Derecho penal para desencadenar importantes efectos psicológicos-sociales de adhesión e interiorización de los valores que fundamentan sus contenidos entre los ciudadanos socialmente integrados, no ha de hacer caer en la tentación de penar o mantener la punición más allá de lo estrictamente para salvaguardar los presupuestos esenciales para la convivencia.

Esta manera de limitar la facultad legislativa es consustancial con otras que se establece por la Constitución y hasta la Corte Interamericana ha señalado que "(...) En la elaboración de los tipos penales se debe tener presente el principio de legalidad penal, es decir, una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales como la vida o la libertad".

#### **2.2.3.7. CONCEPTO DE POLÍTICA CRIMINAL**

Es el conjunto de criterios, empleados o a emplear por el Derecho Penal en el tratamiento de la criminalidad. Es fundamento de por qué se castiga determinada conducta y por qué no otras, es decir, se ocupa de cómo configurar el derecho penal de la forma más eficaz posible para que pueda cumplir con su tarea de protección de la sociedad. Por ejemplo: las excusas absolutorias (artículo 208° del código penal).

El Maestro BRAMONT ARIAS conceptúa la política criminal, como la ciencia y el arte de los medios preventivos y represivos de que el Estado dispone para luchar contra el delito. Como ciencia la política criminal elabora principios; como arte los aplica (Bramont-Arias Torres 2008).

La política criminal surge como base a los resultados de las corrientes criminológicas y tal como señala Fernández Carrasquilla, “efectúa el estudio crítico y prospectivo de las normas jurídico-penales y de las vías institucionales para su oportuna y eficaz aplicación preventiva y represiva, promoviendo las reformas legislativas adecuadas a las nuevas situaciones sociales, e incluso la hermenéutica judicial más acorde con las necesidades del momento y con el cambio que se desea” (Fernández Carrasquilla 2008).

Como señala Fernando Velásquez: “a no dudarlo, entonces, se trata de una disciplina valorativa, del deber ser, por lo cual cumple una imprescindible tarea cuestionadora no solo de los valores jurídicos sino de su realización social. Puede haber referentes políticos criminales dependiendo del Estado frente al que nos encontramos, por ejemplo, no es igual la política criminal de un Estado autoritario que el de un Estado Social y democrático de derecho. El derecho penal responde a una política criminal, ésta es un ejercicio de poder, de un poder que se concreta en la criminalización del conflicto de que se trate. (Velásquez Velásquez 2009)

Por otro lado, Jorge Rosas Yataco nos dice que la política criminal es, pues, un conjunto de decisiones (técnico valorativas) relativas a determinados instrumentos. Sus instrumentos son muchos, pero sin duda son las principales las normas penales que definen las conductas prohibidas y las sanciones y las normas procesales que definen el modo como el Estado determinarán que esa infracción ha existido, quiénes serán los protagonistas de ese segundo proceso de definición, quién será el sancionado y cuál será la clase o gravedad de esa sanción. Sin embargo, la política criminal incluye también decisiones referidas a las reglas que permitan la correcta utilización de esos instrumentos. La política criminal, el Derecho Penal, el Derecho Procesal Penal y otras instituciones giran alrededor de la coerción penal (Rosas Yataco 2012).

Recordemos que fue Franz Von Liszt, quien propugnó la corriente de la política criminal, concibiéndose como la política del Estado, que guiada por la criminología, se dirigiría a combatir el delito.

José Hurtado Pozo dice que a la manera como la colectividad reacciona organizadamente frente a las acciones delictuosas que amenazan su cohesión y su desarrollo armónico, se le denomina política criminal y todo sistema social, en este sentido, cuanto más evolucionada es la Sociedad, la política criminal deviene una

estrategia frente a la delincuencia, elaborada a partir de los datos y enseñanzas aportados por la observación objetiva (Hurtado Pozo, Manual del Derecho Penal Parte General I 2011) . La misma denominación es utilizada para designar la disciplina o el método de estudio de la reacción contra la criminalidad, tal como es, efectivamente, practicada.

Es tarea de esta disciplina describir tanto la reacción social contra la delincuencia, como determinar los lineamientos que debe seguirse para lograr una mayor eficacia. De manera que si bien como anota JESCHECK, la política criminal se ocupa de cómo configurar el Derecho Penal de la forma más eficaz posible para que pueda cumplir su tarea de protección de la sociedad, fijando las causas del delito, tratando de comprobar la eficacia de las sanciones empleadas por el Derecho Penal para coartar lo menos posible el ámbito de libertad de los ciudadanos, discutiendo cómo puede configurarse correctamente los elementos de los tipos penales para corresponder a la realidad del delito, también comprueba si el Derecho Penal material se halla configurado de tal forma que pueda ser verificado y realizado en el Proceso Penal (Jescheck 1981).

Sí bien la dogmática penal está imbricada con la política criminal y ésta a su vez se encuentra indisolublemente vinculada a la Criminología, de manera que ni una ni otra disciplina puede subsistir como algo autónomo, la política criminal encuentra su razón de ser, en tornar transparente y racional, el Proceso Penal, pues el proceso es uno de los ámbitos elementales en que se concreta la ejecución de la política criminal.

El desaparecido Profesor Juan Bustos Ramírez señala que la política criminal se relaciona con la cuestión criminal dentro del sistema. Ello implica necesariamente comprender, como un todo, los diferentes aspectos que comprende el proceso de criminalización, esto es, considerado como un sistema de control penal, vale decir, no se trata sólo de las leyes (Penales, Procesales Penales etc.) sino las instancias concretas en que actúan los operadores, el sistema penitenciario, los diferentes organismos auxiliares (asistentes sociales, psicólogos, psiquiatras, médicos, etc.). Observada la cuestión criminal desde la política ello significa que no hay estancos separados o independientes, sino que todos forman una unidad, de modo que el hecho de tener la mejor ley todavía no dignifica nada y, menos aún, si solo es en un determinado ámbito (penal o procesal penal). (Bustos Ramírez, Política Criminal y Estado 1995)

Para entender la importancia de la política criminal en el proceso penal, señalaremos en el caso de Colombia, en donde el Profesor Mauricio Martínez dice que la política penal colombiana, componente más sobresaliente de la política criminal, se ha caracterizado por la utilización de la amenaza sancionadora independientemente de que se constate el logro de los objetivos declarados y mediante ritos procesales inspirados en principios contradictorios y excluyentes entre sí. Se aumentan las penas por un lado, pero a la vez se crean mecanismos para disminuirlas por otro; se convoca a la ciudadanía a repudiar las insidias con que se comete el delito, pero a la vez se llama a apoyar las maniobras con que se practica el juzgamiento, en fin, se incrementan valores que el sistema penal mismo proclama combatir. Es este resultado de una técnica contradictoria de control social que combina la amenaza para que “no se haga” con el estímulo para “que se haga” implícita en las campañas que utilizan valores éticamente incompatibles como “el delito no paga” con “recompensa para el que colabore no importa que delinca” (Martínez 1995).

En fin es la “política como espectáculo” que se practica en la actualidad: el ciudadano es espectador dentro de un gran teatro en que la clase política se posesiona de una clave de respuesta simbólica y de emergencia a problemas estructurales, evaden su solución y obtiene por medio del intercambio entre ilusiones de certeza y consenso, los efectos simbólicos, que en este campo del derecho penal puede ofrecer. Por lo anterior podemos sostener que los gobiernos nuestros carecen de una política criminal coherente y que las medidas penales son tan contradictorias que más parecen un esfuerzo por cambiar la imagen de la realidad, antes que incidir sobre la realidad, misma. Por lo tanto, la política criminal nuestra, es una escena más del espectáculo de la política general, la política criminal que sacrifica las funciones instrumentales que la ciudadanía espera de la intervención del Estado por medio de la Justicia penal, dando prioridad a las funciones simbólicas para tranquilizarlas y garantizar su apoyo político. El derecho es convertido así en una respuesta política derivada del hacer creer antes que del hacer. En suma, de un modo u otro el derecho penal se encuentra íntimamente relacionado con la política criminal, sobre todo en nuestro medio en que se emiten normas penales y procesales penales que responden a una “política criminal de emergencia”. De modo que hoy por hoy es muy importante, la vigencia de Código Procesal Penal 2004, la intervención de la política criminal a fin de realizar un balance si con este nuevo modelo, basado en el sistema

acusatorio, se viene superando una serie de problemas que han convivido por siglos en el sistema inquisitivo.

### 2.2.3.8. LA POLÍTICA CRIMINAL PERUANA

En esta parte de nuestra investigación no queremos demostrar que la política criminal no existe, es más los conversatorios sobre el particular son productivos, pero acá queremos decir porqué consideramos que la política criminal es deficiente en nuestro país.

**1. Factor Social:** es desconocido en gran parte, y además cabe agregar que sufrimos aun del centralismo limeño.

**2. Factor Económico:** la economía creciente de nuestro País hace volátil el comportamiento de la población, aumentando en algunos casos las tasas de crímenes y por el momento la importación de criminales atraídos por nuestro apogeo económico.

**3. Anomalías Sociales:** estas están divididas en dos grupos que son: los bucles mediáticos y los impactos mediáticos.

**3.1. Bucles Mediáticos:** estos fenómenos se dan cíclicamente y manipulan con los medios de comunicación la voluntad de la población que presiona a las partes activas que conforman la política criminal a ir en un rumbo determinado sin medir las consecuencias de no hacer estudios de impacto, trivializando y perjudicando nuestra solución frente a la criminalidad. Como por ejemplo tenemos la pena de muerte a los violadores de menores de edad.

a). Pena de Muerte a violadores de menores de edad.

Desde el gobierno de Alejandro Toledo, vienen apareciendo defensores de esta pena, especialmente, cuando sucede un hecho de estas características y la prensa logra una presión tal que se trae a discusión como solución, la que no tiene pies ni cabeza, pues ignora un análisis pormenorizado de nuestra legislación penal, su sistematización con la Constitución y los Tratados Internacionales, pese a lo cual se suelta sin ningún pudor como solución rápida, acelerando la Producción de proyectos de ley sin fundamento técnico sustentable. Estos ejemplos son una muestra de cuán frágil y volátil es la voluntad del legislador frente a la presión mediática que siempre existirá. Se aprecia manipulación y falta de seriedad en uno de los elementos de la

política criminal, en algunos casos usados parcialmente o aisladamente, sin percibir en ningún momento la necesidad de integrarlos. Esa es la razón por la cual no se generan soluciones y aún seguimos pensando que tenemos política criminal para mejorar.

**3.2. Los Impactos Mediáticos:** son de gran impacto social, ocupan portadas y llenan espacios televisivos, sirviendo de fundamento a una política criminal de facto que quiere justificar con esos elementos el espacio ocupado por los legisladores. Analicemos cuatro casos:

#### **3.2.1. Caso Romina:**

a) **Descripción táctica:** el 8 de agosto de 2010, la niña Romina Cornejo, mientras se trasladaba por la vía expresa con sus abuelos, fue víctima de un disparo producido por los denominados marcas, producto del cual quedó cuadripléjica.

b) **Medidas Legislativas adoptadas al respecto:** De gran impacto social, el suceso acaparó la atención de los medios de comunicación, en los cuales se discutió temas relacionados a la necesidad de sanciones más drásticas contra los marcas. Ley N° 29570, publicada el 20 de agosto de 2010, complementada por la ley 29604, publicada el 22 de octubre de 2010, denominadas leyes de reincidencia y habitualidad, deniegan los beneficios penitenciarios de semilibertad y libertad condicional para reincidentes y habituales, dejando solo la redención de pena por trabajo y educación para obtener la libertad definitiva.

#### **3.2.2. Caso Walter Oyarce**

a) **Descripción Fáctica:** el 24 de septiembre de 2011, mientras se llevaba a cabo un encuentro de fútbol entre los equipos de Universitario y Alianza Lima en el estadio monumental, en un palco suite de la tribuna sur, un grupo de hinchas lanzó desde lo alto al joven Walter Oyarce Domínguez, acabando con su vida.

b) **Medidas Legislativas adoptadas al respecto:** con la finalidad de que no vuelva a ocurrir actos de violencia como el que acabó con la vida de Walter Oyarce Domínguez, los actores vinculados al fútbol profesional suscribieron el 13 de octubre 2011, el protocolo de seguridad para eventos deportivos de fútbol, elaborado por el Ministerio del Interior, con la aprobación del consejo de Ministros y con el aporte de todas las firmantes. Formaron el documento los máximos representantes del Instituto

Peruano de Deporte, Asociaciones Deportivas de Fútbol Profesional y Cubles de primera y segunda división, Sociedad Peruana de Radio y Televisión, agremiación de futbolistas, propietarios de palcos y Bañistas. Se cuestiona la falta de dureza de las sanciones para con los barristas violentos, sin darse cuenta de que sufrimos ese problema desde hace más de una década.

### **3.2.3. Caso de hija de Congresista Renzo Reggiardo:**

**a) Descripción Fáctica:** el 4 de agosto de 2011, en la calle Jorge Aprile de San Borja, sujetos armados con la finalidad de robar, dispararon contra la camioneta donde estaba la pequeña Ariana Reggiardo y su Madre. La Niña recibió un balazo en el pecho.

**b) Medidas Legislativas Adoptadas:** el Pleno del Congreso de la República aprobó el 11 de agosto de 2011, la creación de la Comisión Especial Multipartidaria de Seguridad Ciudadana para el periodo parlamentario 2011-2016. El congresista Renzo Reggiardo, de concertación parlamentaria fue elegido como el primer presidente de esa comisión, la cual adoptaría medidas de emergencia para luego presentar propuestas como eliminar cualquier tipo de beneficios penitenciarios para aquellos que atenten contra la integridad física contra menores de edad.

**c) Posteriormente:** Mediante una moción de orden del día, en octubre de 2012, la Comisión de Defensa Nacional de Congreso de la República acordó solicitar al pleno la desactivación de la Comisión especial Multipartidaria de Seguridad Ciudadana. En el documento suscrito por los Integrantes del Grupo de Defensa se afirma “en la práctica se ha podido observar que la existencia de este organismo especial ha producido una desarticulación institucional, donde el accionar del parlamento nacional ha resultado poco efectivo, como resultado de una duplicidad de Funciones con la Comisión de Defensa Nacional, Orden Interno, Desarrollo Alternativo y Lucha contra las Drogas.

**3.2.4. Caso la Parada:** A raíz de este suceso, el Consejo de Ministros manifestó la necesidad de aumentar las sanciones a quienes agredan a las fuerzas del orden.

Esta intención rápida y sin ningún estudio sigue deteriorando una creación de política criminal eficiente.

### **2.2.3.9. LA DOGMÁTICA JURÍDICO PENAL**

La dogmática penal según ROXIN: es la disciplina que se ocupa de la interpretación, sistematización, elaboración y desarrollo de las disposiciones legales y opiniones de la doctrina científica en el campo del Derecho Penal.

Fernández Carrasquilla, a su vez con visión político criminal, considera que la Dogmática Jurídico Penal, es el estudio sistemático y lógico político de las normas del derecho penal positivo y vigente y de los principios y valores en que descansan o que las animan (Fernández Carrasquilla 2008) .

La dogmática jurídico penal, por su referencia al derecho vigente y por sus métodos se diferencia de la historia del derecho penal y del derecho penal comparado, pero también de la Política Criminal, cuyo objeto no constituye el derecho penal como es sino como debería ser en cuanto a una adecuada disposición para sus fines (Roxin, La Estructura de la Teoría del Delito 2014).

Bramont Arias, sostiene que es el estudio concreto de las normas penales, de los tipos penales, de la Ley en sentido estricto. Se le debe desmenuzar y entender de manera coherente. Es un método de investigación jurídico que centra su estudio en las normas observándolas desde un punto de vista abstracto, general, sistemático, crítico y axiológico; el estudio consiste en determinar el verdadero sentido y genuino alcance de las normas, correlacionarlas e integrarlas en totalidades coherentes de progresiva generalidad, extraer los principios generales que rigen las normas y los grupos racionales que de ella se forma y se desentrañan las valoraciones políticas, constitucionales e Internacionales en que esas normas descansan o se inspiran (Bramont-Arias Torres 2008) .

Tal como indica Fernando Velásquez la dogmática penal es la disciplina que se ocupa del estudio de un determinado derecho positivo y tiene por finalidad reproducir, aplicar y sistematizar la normatividad Jurídica, tratando de entenderla y descifrarla, construyendo un sistema unitario y coherente; su objetivo, pues, es integrar el derecho positivo sobre el cual opera con conceptos jurídicos, fijando después los Principios Generales o dogmas que señalan las líneas dominantes del conjunto (Velásquez Velásquez 2009). Desde este punto de vista, la dogmática es Ciencia, pues posee un objeto (el derecho positivo), un método (el dogmático) y unos postulados generales o dogmas.

Actualmente se habla de una estructura tridimensional del Derecho desde el punto de vista del Derecho Penal, que gira en torno a la Criminología, Dogmática Penal y la Política Criminal.

La dogmática jurídico penal, se encarga del estudio de las leyes penales para su conocimiento, sistematización y correcta aplicación. Esto es lo que constituye fundamentalmente la asignatura del derecho penal, por lo que Silva Sánchez la llama ciencia del derecho penal por excelencia (Sanchez 2006) .

Se le denomina dogmática penal porque parte del estudio del Derecho Penal positivo como si fuese un conjunto de dogmas. No obstante, debe quedar claro que esta dogmatización del Derecho Positivo no debe entenderse como una aceptación cerrada y acrítica de una verdad absoluta e inmutable, sino como punto de partida para el conocimiento y la aplicación ordenada del derecho penal en razón de la vinculación que impone el principio de legalidad.

La necesidad de ordenar el conocimiento del derecho positivo no se debe a la dificultad de conocer lo que dicen las leyes penales, sino de hacerlas aplicables a la realidad una persona no mata a otra persona, sino que se presenta todo un conjunto de circunstancias concretas relevantes para la imputación penal como podría ser la edad del autor, la agresión ilegítima de la víctima o el carácter fortuito del resultado. Es necesaria pues una teoría del delito completa, que no pueda alcanzarse únicamente por lo dispuesto por el derecho positivo. Por otra parte la ordenación de la normativa penal permite garantizar una administración de justicia penal encausada dentro de una racionalidad del sistema.

Como lo ha señalado Muñoz Conde “La dogmática jurídico penal cumple una de las más importantes funciones que tiene encomendada la actividad jurídico general en un Estado de derecho: la de garantizar los derechos fundamentales del individuo frente al poder arbitrario del Estado que, aunque se encause dentro de unos límites, necesita el control y la seguridad de esos límites (Muñoz Conde, Derecho Penal Parte General, 4° Edición 2000).

Para entender de manera coherente y armoniosa el artículo 317°-A del código penal, delito de reglaje o marcaje, en función a los bienes jurídicos protegidos, encontramos en el primer grupo al homicidio, parricidio, homicidio calificado, lesiones graves, lesiones al concebido, vinculados dentro de los delitos contra la vida el cuerpo y la

salud. En el segundo grupo encontramos los delitos de secuestro, trata de personas, destinados a la protección del bien jurídico “libertad personal”

La tercera agrupación está formada por los delitos de violación sexual, violación de persona en estado de inconsciencia, violación sexual de persona en incapacidad de resistir, violación sexual de menor de edad seguida de muerte, seducción, actos contra el pudor, actos contra el pudor de menor de edad y sus formas agravadas.

El cuarto conjunto viene representado por los delitos de hurto, hurto agravado, robo, robo agravado y extorsión. Teniendo presente que el delito de marcaje o reglaje, tutela el bien jurídico “paz pública”.

## CAPÍTULO 3. HIPÓTESIS

### 3.1. Formulación de la hipótesis

La discrecionalidad legislativa para sancionar actos preparatorios, expresada con la incorporación del delito de Marcaje o Reglaje en el Código penal peruano, afecta los principios que conforman el Ius Puniendi estatal al trasgredir los Principios de Lesividad y Mínima intervención del Derecho penal.

### 3.2. Operacionalización de variables

*Tabla 1 Operacionalización de Variables*

VARIABLE	DEFINICIÓN CONCEPTUAL	DIMENSIONES	ÍTEMS
<b>Discrecionalidad legislativa para sancionar actos preparatorios, expresada con la incorporación del delito de reglaje y marcaje en el código penal peruano.</b>	<p>El Estado Peruano en ejercicio de sus atributos y cumpliendo sus deberes para con la sociedad, puede establecer medidas en materia penal, procesal penal y penitenciaria, que permitan hacer frente a un fenómeno que ponga en peligro a la sociedad, las mismas no pueden ser contrarias a los principios, valores y derechos constitucionales que sitúan al sistema penal dentro del marco del Estado Constitucional y que, solo a partir de su estricto respeto, vía ponderación en casos de conflicto, permiten la restricción en el ejercicio de las libertades jurídicamente reconocidas en aras a lograr la defensa de otro valor o interés que también presenta relevancia constitucional.</p> <p>Es evidente que con la tipificación del Marcaje o Reglaje se ha adelantado la intervención del Derecho penal, pues se está sancionando la comisión de actos preparatorios que, en principio, deberían ser impunes, ya que podrían ser empleados para realizar acciones socialmente permitidas o,</p>	<p>1. MARCAJE O REGLAJE</p> <p>2. ACTOS PREPARATORIOS</p> <p>3. POLÍTICA CRIMINAL</p>	<p>1.1. Estructura del tipo Penal del Marcaje o Reglaje art. 317 A C.P.</p> <p>2.1. Definición de actos Preparatorios 2.2. Características de Actos Preparatorios 2.3. Punibilidad de Actos Preparatorios</p> <p>3.1. Sustento Constitucional para legislar sobre Política Criminal 3.2. La Política Criminal en el Código Penal 3.3. Limitaciones al diseño de la Política Criminal del Poder Legislativo</p>

	incluso, valoradas positivamente por la sociedad.		
<b>Principios que conforman el ius puniendi estatal.</b>	<p>El ius Puniendi es la facultad o la potestad que tiene el Estado para intervenir en algunos conflictos que por su especial gravedad alteran la paz en la sociedad. En éstos conflictos se ven inmersas ciertas conductas que el ius Puniendi cree necesario regularlas a efectos de imponerles una sanción.</p> <p>La intervención Estatal a través del ius Puniendi en los conflictos de la sociedad importa una limitación de libertades fundamentales para los ciudadanos; llegando muchas veces incluso a darse el abuso de este poder como es el caso de un Estado Dictatorial y se vulneran de esta forma los derechos fundamentales de los ciudadanos; por lo que para que no se dé este abuso, se fijan ciertos límites que todo Estado deberá tomar en cuenta para que su intervención sea considerada legítima, los cuales son los principios que señalaré a continuación: Principio de Lesividad, Principio de Necesidad, Principio de Intervención Mínima del Derecho Penal, Principio de Exclusiva Protección de Bienes Jurídicos, Principio de Legalidad, Principio de Culpabilidad, Principio de Proporcionalidad, Principio de Humanidad de las Penas, Principio de Resocialización.</p>	<p>1. Ius Puniendi Estatal</p> <p>2. Límites al ius Puniendi Estatal</p>	<p>1.1. Definición</p> <p>1.2. Características</p> <p>2.1. Principio de Lesividad</p> <p>2.2. Principio de Necesidad</p> <p>2.3. Principio de Intervención Mínima del Derecho Penal</p> <p>2.4. Principio de Exclusiva Protección de Bienes Jurídicos</p> <p>2.5. Principios de Legalidad</p> <p>2.6. Principio de Culpabilidad</p> <p>2.7. Principio de Proporcionalidad</p> <p>2.8. Principio de Humanidad de las Penas</p> <p>2.9. Principio de Resocialización.</p>

## **CAPÍTULO 4. MATERIALES Y MÉTODOS**

### **4.1. Tipo de diseño de investigación.**

Correlacional-causal.

### **4.2. Material de estudio.**

#### **4.2.1. Unidad de estudio.**

Fuente bibliográfica

#### **4.2.2. Población.**

**Población infinita:**

- Normas del código penal respecto al Delito de Marcaje o Reglaje.
- Sentencias condenatorias consentidas del delito de Marcaje o Reglaje expedidas por la Corte Superior de Justicia de La Libertad en los últimos tres años.
- Libros jurídicos que incluyan los temas del Marcaje o Reglaje, Política Criminal, Principios Limitadores del Ius Puniendi Estatal.

#### **4.2.3. Muestra.**

La muestra no probabilística será tomada considerando los siguientes criterios:

- Dentro de la categoría normas se considerarán normas vigentes nacionales del código penal.
- Dentro de la categoría sentencias se considerarán aquellas condenatorias consentidas derivadas del delito de Marcaje o Reglaje expedidas por la Corte Superior de Justicia de La Libertad.
- Dentro de la categoría libros se considerarán títulos con una antigüedad máxima de 20 años.

Tabla 2 Muestra

CATEGORÍA	MUESTRA
Legal	05
Sentencias	01
Libros	70

#### 4.3. Técnicas, procedimientos e instrumentos.

##### 4.3.1. Para recolectar datos.

El presente estudio conlleva la utilización de los siguientes procedimientos metodológicos:

**- Investigación bibliográfica**

- **Observación:** Hoja de Registro; se visitarán los 3 Juzgados Penales de la Ciudad de Trujillo y se recogerá información respecto al número de procesos penales del delito de Marcaje o Reglaje en la localidad

- **Estudio de Casos:** Se analizarán los expedientes Judiciales Penales del delito de Marcaje o Reglaje que tengan sentencia en la ciudad de Trujillo.

- **Entrevista:** Cuestionario; se visitará a los especialistas en sus oficinas durante la primera semana de diciembre, en los días 4 y 5 entre las 15:00 y 16:00 horas; en el caso que los entrevistados se encuentren en otras ciudades, se enviará dichas entrevistas a sus correos electrónicos.

##### 4.3.2. Para analizar información.

Las técnicas e instrumentos utilizados, serán correctamente analizados y evaluados mediante técnicas de interpretación, análisis y síntesis. Asimismo, se hará uso del programa de Excel para tabular los datos que correspondan a la totalidad de observados y entrevistados.

## CAPÍTULO 5. RESULTADOS

### ANÁLISIS DE SENTENCIA

**EXPEDIENTE:** 02795-2013-44  
**JUEZ:** Carmen Ruth Viñas Adrianzen - NOVENO JUZGADO PENAL UNIPERSONAL DE TRUJILLO  
**ACUSADOS:** Franco Miller Cotrina Alva, Josué Caleb Alcalde Villanueva, Gerry Gerson Carbajal Ruíz.  
**DELITOS:** Marcaje, Tráfico Ilícito De Drogas, Tenencia Ilegal De Arma De Fuego.  
**AGRAVIADO:** La Sociedad

#### 1. HECHOS:

Con fecha 25 de mayo del 2013, personal policial integrado por Carlos Ángel Vera García, Jorge Humberto Oliva Bustamante y Héctor Díaz Fernández vestidos de civil, se encontraban patrullando por las inmediaciones del Centro Comercial Real Plaza, en el auto particular del efectivo policial Díaz, como cualquier día de su labor policial estaban realizando operativos de control de identidad y otras indagatorias en busca de sospechosos o delincuentes para evitar asaltos en dicho centro comercial, cuando frente a la pared lateral de la UPAO, en la avenida César Vallejo, procedieron a la intervención de un vehículo plomo Toyota Yaris con placa de rodaje TI1218, cuyo conductor al percatarse de la policía hizo una señal al conductor de otra unidad vehicular que se encontraba cerca de él, dándose este segundo auto a la fuga, yendo dos de los efectivos policiales al alcance del referido vehículo, alcanzándolo en las intersecciones de la Av. Vallejo y la Av. América Sur frente al colegio Brunning, dentro de dicho auto al efectuarse el registro vehicular en la guantera se encontró acondicionado con tecnopor una arma de fuego abastecida con cuatro municiones, también una bolsa de plástico transparente con 11 envoltorios tipo ketes con un peso de 3.33 gramos de alcaloide de cocaína –PBC, una bolsa plástica trasparente tipo globo conteniendo una sustancia blanquecina 15.36 gramos de alcaloide PBC y una bolsita transparente sellada conteniendo una hierba seca de color verduzco 5.09 gramos específicamente cannabis sativa. Por lo que llevaron dicho auto de placa TIF295, Toyota Yaris color negro, conjuntamente con las personas que se encontraban dentro del auto, Gerry Gerson Carbajal Ruíz quien dijo ser el dueño del arma y Franco Miller Cotrina Alva; así como el primer auto intervenido Toyota Plomo con placa TI1218 en donde también se encontró droga bajo el asiento del conductor, hallándose: una bolsa plástica transparente sellada conteniendo hierba seca de color verduzco 4.17 gramos específicamente cannabis sativa y una bolsa plástico transparente conteniendo 5 envoltorios de papel periódico tipo ketes con un peso de 1.31 para alcaloide de cocaína y a su conductor Josué Caleb Alcalde Villanueva, a la comisaría de San Andrés para proceder a las investigaciones y llamar inmediatamente al fiscal de turno.

## 2. TIPO PENAL

La Fiscal Provincia Penal de la Tercera Fiscalía Penal Corporativa de Trujillo, Dra. Luz María Salirrosas Vargas, acusó a los investigados GERRY GERSON RUÍZ CARBAJAL y FRANCO MILLER COTRINA ALVA como coautores del delito de MARCAJE -317 A del C.P, y del delito de TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS en la Modalidad de Microcomercialización de Drogas – 298 C.P.; y al acusado GERRY GERSON RUÍZ CARBAJAL autor del delito de TENENCIA ILEGAL DE ARMA DE FUEGO – 279 C.P.

Cabe resaltarse que JOSUÉ CALEB ALCALDE VILLANUEVA es reo contumaz, por lo que no se le pudo procesar.

## 3. ARGUMENTOS DE LA SENTENCIA.

A GERRY GERSON RUÍZ CARBAJAL, se le impuso el delito de Marcaje, Microcomercialización de drogas y Tenencia Ilegal de Armas, debido a que:

- De la Pericia Balística 585-2013, del arma de fuego encontrada marca Bersa, modelo 380 fabricación argentina con N° de serie 986995, se concluyó que el arma se encontraba en buen estado de conservación, normal funcionamiento y que fue recientemente usada.
- De la declaración de los tres efectivos policiales, Carlos Ángel Vera García, Jorge Humberto Oliva Bustamante y Héctor Díaz Fernández, del acta de intervención policial se obtuvo que se trataba de un delito infraganti, pues se les encontró con el arma ilícita, las drogas y en plena realización del delito de marcaje afuera de las instalaciones del Real Plaza Trujillo.
- De la Pericia toxicológica N° 578-2013 arrojó negativo para los tres investigados, tanto para consumo de drogas (cocaína, marihuana) como para dosaje etílico, por lo que se concluyó que estas personas estaban en pleno uso de sus facultades cuando fueron intervenidas por los 3 efectivos policiales y que no habían ingerido droga dentro de las 72 horas anteriores.
- Del informe pericial N° 670-672/13, respecto a las muestras correspondientes a los tres acusados, para ver si tienen restos de disparos de armas de fuego en sus manos, dio como resultado que existe un 70% de probabilidad de disparos con armas de fuego.
- De la pericia 673-2013 y 674-2014, practicada a los dos vehículos que fueron intervenidos por la policía (auto Toyota Yaris color negro placa de rodaje N° TIF295 y auto plomo Toyota Yaris placa de rodaje N° T11218, para saber si había restos de disparos dentro de los vehículos, dio positivo, habiendo un 100% de probabilidad de disparos con armas de fuego que pudieron aparecer por razón de haberse producido un incidente de disparo en el interior del vehículo.
- De las actas de visualización de memoria telefónica de los celulares incautados a los tres acusados, se pudo advertir que tuvieron constante comunicación entre ellos el día de la intervención policial así como días anteriores, por lo que no existe la posibilidad que ellos no se conozcan como dijeron en sus declaraciones.

- Del Oficio N° 1784-2013 emitido por la SUCAMEC La Libertad, que da cuenta que ninguno de los tres acusados figuran con licencia para portar armas de fuego de uso civil.
- Que ninguno de los tres acusados tiene antecedentes, pero a nivel de fiscalía, Miller Cotrina está siendo investigado por el delito de extorsión en agravio de Luisa Del Pilar Flores Tanaca – Carpeta Fiscal N° 1076-2013, también por el delito de robo agravado en agravio de Flavio Vargas- Carpeta Fiscal N°489-2013.
- El auto Toyota Yaris color negro placa de rodaje N° TIF295, aparece en la investigación la carpeta fiscal 229-2013, debido a que realizaron el delito de robo agravado en dicho automóvil.

#### 4. COMENTARIO

El fiscal no tenía tanto que investigar ya que se trataba de un delito infraganti y todas las actuaciones policiales de investigación fueron realizadas inmediatamente, lo que aceleró el proceso en contra de los tres investigados y redujo el plazo del proceso penal para su condena.

Por ese hecho fue que Gerry Gerson Carbajal Ruiz, al comienzo quiso acogerse a la Terminación anticipada, aceptando todos los delitos por los cuales estaba siendo investigado, pero que luego se negó, porque no se puso de acuerdo con la fiscal respecto a la pena pactada para los delitos.

Respecto a la Tenencia Ilegal de Armas, me encuentro totalmente de acuerdo con la condena ya que no contaba con licencia para portar armas, y de las pericias realizadas, se encontró que dicha arma encontrada sí había sido recientemente usada, y estaba en normal funcionamiento; además de los restos de balas que se encontraron en sus manos.

Pero también creo que dicho delito no solo hubiera sido interpuesto para Carbajal Ruíz, sino también para cualquiera de los tres detenidos, adoptando la teoría de la Tenencia Compartida de arma, debido a que cualquiera pudo haber hecho uso de dicha arma, ya que se encontraba al alcance de los tres y los tres actuaban en conjunto, como se comprobó con las llamadas frecuentes realizadas entre ellos en los celulares incautados; asimismo en las pericias policiales, se encontró que los tres tenían un 70% de probabilidad en sus manos de haber realizado disparos con un arma; de igual forma, en los dos autos habían restos de disparos en el interior de estos, lo que hace pensar que si se hubiera investigado más se trataría de una organización criminal.

En cuanto al Tráfico Ilícito de drogas en la Modalidad de Microcomercialización, estoy de acuerdo con la pena, ya que cumple con los 50 gramos mínimos de droga exigidos para el tipo penal cerrado de este delito, así como de las pericias toxicológicas se obtuvo que no habían consumido drogas en las 72 horas anteriores, negando la teoría de los acusados de que era para su consumo personal.

En relación al Marcaje, la razón por la cual fue incluida esta sentencia en mi tesis, difiere de su inclusión como delito a este caso, ya que solo se les acusa por estar en las afueras del Real Plaza realizando “marcaje” de las personas que salen de las entidades

bancarias. Como se sabe este es un delito medio para un delito fin, que consiste en el acopio de información, realizar vigilancia o seguimientos para cometer los delitos de hurto, robo, homicidio, secuestro, extorsión entre otros (..) y acá no se había cometido aún ningún delito y además, no se les había encontrado haciendo vigilancia o siguiendo a alguna persona en particular, ni ningún mapa, registros ,agendas de direcciones u otras anotaciones de una persona en específico a la cual hubieran estado marcando, solo por estar en las afueras del Real Plaza y haber adoptado una actitud sospechosa al darse a la fuga cuando iban a ser intervenidos por la policía, que pudo haber sido debido a la droga que tenían en sus autos. En este caso para iniciar una investigación por este delito, al menos se debió ver los antecedentes penales de los tres, o si tenían investigaciones en etapa de acusación al menos por robo, secuestro, extorsión u otros delitos que incluye el tipo penal de marcaje y ninguno tenía antecedentes, solo Miller Cotrina que tenía un proceso en investigación preliminar por robo agravado.

Igualmente en la fundamentación jurídica respecto a este delito, fue muy pobre o vaga, solo se dijo lo siguiente: ..”No cabe duda que las modalidades del nuevo delito de marcaje constituyen actos preparatorios criminalizados autónomamente, pues si bien es cierto, al ser “estos actos equívocos o ineficaces para obtener por sí mismos la consumación delictiva, si tienen el sentido de estar claramente dirigidos a una finalidad delictiva” por lo que tal vez se estaría yendo en contra de varios principios garantistas penales que benefician al reo.

Yo creo que tal vez ellos estaban afuera del real plaza cerca de los bancos en los autos esperando que luego salgan sus víctimas para robarles, por eso tenían teléfonos celulares y estaban en constante comunicación para pasarse la voz, pero en todo caso no tenían una visión perfecta y no podían distinguir bien qué persona salía del banco con dinero y cuáles no, ya que los bancos se encuentran muy lejos de la salida; esto nos hace pensar que tal vez ellos tenían cómplices en los bancos ya sea en los trabajadores de dicha entidad financiera o alguna persona que se encontraba dentro de ésta, como supuesto cliente o en la puerta cuyas lunas son transparentes y facilitan la observación; pero de darse esta hipótesis, el marcaje ya no sería realizado por las personas que estaban afuera del real plaza (es decir las tres personas que fueron intervenidas) sino los que se encontraban cerca de los bancos o dentro de este mismo; los de afuera realizarían directamente el robo o secuestro u otro delito afín que quisieran realizar.

Más aún se sabe que es de conocimiento popular, que muchas personas, por tomar servicios de taxis en las afueras de los centros comerciales no solo del real plaza sino también del Mall Aventura, son víctimas de robo y secuestro y terminan siendo abandonadas en zonas marginales, esto le sucede a cualquier persona, no necesariamente a los que salieron de las entidades financieras, sino incluso a jóvenes y menores de edad que salen del cine o de algún supermercado, por lo que acá no habría marcaje previo, debido a que no los siguieron ni los vigilaron sino existiría el ilícito de robo agravado, que generalmente se produce al azar o por la mala suerte de un pasajero que se subió a un taxi desconocido que no es de su confianza; además debemos tener en cuenta que dichos taxistas siempre , portan armas de fuego o armas blancas para someter a sus víctimas.

### **CUESTIONARIO DE LA ENTREVISTA:**

1. ¿Conoce usted de la incorporación del delito de Marcaje o Reglaje (art. 317 A), en el Código Penal, así como su contenido típico?
2. En base a su respuesta anterior, y considerando el contenido típico del delito de Marcaje o Reglaje, ¿qué opinión le merece la redacción y vigencia del mencionado tipo penal?
3. ¿En general, considera usted legítima la intervención del Derecho penal frente a los denominados actos preparatorios?
4. ¿Considera usted que con la incorporación del delito de Marcaje o Reglaje, en el fondo se están sancionando actos preparatorios de aquellos delitos invocados en dicho tipo penal?
5. ¿De ser afirmativa su respuesta a la pregunta anterior, considera legítima la intervención del Derecho penal para sancionar los actos preparatorios de los delitos anotados en el artículo 317 A del Código Penal?
6. ¿La actual vigencia del delito de Marcaje o Reglaje, implica la vulneración de algún principio del Derecho Penal, o de algún derecho fundamental del eventual imputado?
7. ¿Considera usted que la incorporación del delito de Marcaje o Reglaje, previsto en el artículo 317 A del Código Penal, constituye una expresión del denominado Derecho Penal del enemigo? De ser afirmativa su respuesta, ¿está de acuerdo con ello?
8. ¿Según su opinión, resulta posible afirmar que en los últimos años han existido muestras legislativas en el ordenamiento penal peruano, que constituyen expresión de una expansión del Derecho Penal? De ser afirmativa su respuesta, ¿está de acuerdo con ello?
9. ¿Considera usted que la incorporación de actos preparatorios en La Ley penal, para su correspondiente tipificación y sanción, se encuentran dentro de los márgenes legítimos del principio de reserva de ley y de la discrecionalidad del legislador para punibilizar hechos?
10. ¿Considera usted que la concreta incorporación del artículo 317 A en el Código penal, se encuentra dentro de los márgenes legítimos del principio de reserva de ley y de la discrecionalidad del legislador para hacer punible hechos?

ENTREVISTA	PREGUNTA 1	PREGUNTA 2	PREGUNTA 3	PREGUNTA 4	PREGUNTA 5	PREGUNTA 6	PREGUNTA 7	PREGUNTA 8	PREGUNTA 9	PREGUNTA 10
Dr. Edward Alberto Vegas Rojas Coordinador del Área de Seguimiento y Monitoreo de la Secretaría Técnica de la Comisión Especial de Implementación del Código Procesal Penal - Ministerio de Justicia	Sí, conozco su incorporación y redacción.	Si bien, la redacción puede presentar diversos defectos en el uso de la técnica legislativa, pues vemos que el delito de actos contra el pudor (art. 176° del CP) comprende un menor parámetro de pena (3 a 5 años) que el delito de marcaje y reglaje (3 a 6 años); en el mismo sentido, un empleado que acopia información sobre su jefe para lesionarlo, puede recibir entre 6 a 10 años de pena privativa de libertad (marcaje y reglaje), pero si lo lesiona gravemente, solo puede recibir entre 4 a 8 años de pena privativa de libertad (art. 121° del CP), lo que supone una clara infracción al principio de proporcionalidad, sin embargo, su vigencia resulta	Sí, pues el Derecho Penal en su rol de preventivo o represivo no solo debe penalizar conductas que modifiquen en objetiva mente el mundo exterior, sino también comportamientos que ponen en riesgo o en peligro inminente un determinado bien jurídico, los cuales necesariamente buscan un fin en sí mismos. En tal sentido, los actos preparatorios por sí solos pueden determinar la categorización de conductas antisociales y reprochables, los cuales merecen la intervención del	No, es una figura autónoma. Que no se entienda mal mi respuesta con respecto a la anterior, es decir, si estoy de acuerdo con que el Derecho Penal intervenga sobre actos preparatorios, siempre y cuando, éste responda a criterios de legitimidad, razonabilidad y de mínima intervención, sin embargo considero que el delito de marcaje y reglaje es una figura delictiva autónoma y que no debe ser considerada como acto preparatorio.	.....	Precisamos líneas arriba que su vigencia resulta importante, sin embargo en la realidad pueden presentarse diversos problemas, pues sus verbos rectores (acopiar o entregar información, realizar vigilancia o seguimiento, o colaborar en la ejecución de tales conductas mediante el uso de armas, vehículos, teléfonos u otros instrumentos idóneos), pueden colisionar en diversos casos con el ejercicio regular de algún derecho o comportamiento aceptado socialmente, por ejemplo, la persona que es contratada por un medio de comunicación para acopiar información necesario para algún reportaje o documental, el detective que es contratado para demostrar la infidelidad o la persona que dispone	Sí, pues dicho tipo penal se fundamenta en el derecho de los ciudadanos a obtener espacios de seguridad y protección frente a quienes pretenden desestabilizar dichas expectativas, incluso bajo comportamientos no lesivos objetivamente. No cabe duda que el delito de reglaje y marcaje responde a la concepción del derecho penal de autor (derecho penal del enemigo), por lo que bajo este escenario el Estado ha considerado adelantar sus mecanismos de punición para castigar conductas	En efecto, no solo en el Código Penal, también en el Código Procesal Penal y Ejecución Penal. El nombre acuñado a esta tendencia legislativa podría ser cualquiera, sin embargo la expresión "Derecho Penal del Enemigo" causa mayor polémica debido a la semántica usada (enemigo), sin embargo, su aplicación no hace más que justificar el rol que tiene el Estado para estabilizar o equilibrar su realidad social, mucho más si tiene al frente personas que han decidido no suscribir un nuevo contrato	La reserva de ley, entendida como el dominio legal que la Constitución le asiste exclusivamente a los responsables de la producción legal en nuestro país, responde a la necesidad de elaborar leyes bajo un control desde el punto de vista jurídico y político, por lo que el delito de marcaje y reglaje debido a su compleja comprensión, está correctamente incorporada por Ley.	El delito de marcaje o reglaje si se encuentra dentro de los márgenes del principio de reserva de ley y discrecionalidad del legislador para hacer punible hechos, ya que este artículo fue incorporado por el Artículo Único de la Ley N° 29859, publicada el 03/05/2012, además de la explicación formulada en la respuesta anterior ad supra.

		<p>justificada debido a la existencia de conductas antisociales planificadas y estructuradas (acopio, entrega información, vigilancia y seguimiento), que se realizan previo a la comisión de un hecho delictivo siendo fundamentales para su éxito. Dichas conductas antisociales que están orientadas a formar parte de una estrategia delictiva común o colaborar con ésta, merecen ser atendidas por el Estado por razones de seguridad ciudadana y prevención del delito, más aún si las mismas mantiene en alerta nuestra realidad social.</p>	<p>Derecho Penal. Renuncia a dicha intervención, significaría en términos concretos, desproteger a la sociedad frente a aquellos actos que si ser ejecutables califican de actos preparatorios punibles (como se les denomina en el derecho penal español) y de relevancia social.</p>			<p>un resguardo a otra por seguridad sin que ésta última lo sepa, entre otros. Estas situaciones pueden originar escenarios de abuso y violación de algún derecho fundamental, sin embargo quedará en manos de los operadores de justicia actuar minuciosamente y conforme a cada caso concreto, a fin de evitar dichos perjuicios. Asimismo, cabe señalar que, el delito de marcaje y reglaje exige un estándar probatorio por encima del umbral intermedio, debido a la alta composición subjetiva que ostenta su tipo penal, lo cual generará que muchos casos sean acreditados o descartados previo procesamiento penal y mediante el respectivo test probatorio.</p>	<p>altamente peligrosas y que ponen en riesgo la estabilidad social.</p>	<p>social (personas irrecuperables).</p>		
<p>Dra. Ofelia Namoc López – Juez Titular del Primer Juzg</p>	<p>2.</p> <p>De la redacción del tipo penal se puede advertir que no se está sancionando penalmente la ejecución del hecho</p>	<p>3.</p> <p>Si, pero bajo ciertos presupuestos. Sin embargo, el problema de la tipificación y sanción</p>	<p>4.</p> <p>Sí. El delito de marcaje prohíbe y sanciona conductas que son usuales en los actos preparatorios, tales como, la vigilancia y</p>	<p>5.</p> <p>Sí, bajo ciertos presupuestos. La intervención del derecho penal para sancionar los actos preparatorios de los</p>	<p>6.</p> <p>Implica la vulneración del principio de mínima intervención del derecho penal, principio que contiene al Derecho penal como ultima ratio y</p>	<p>7.</p> <p>Sí. Una de las manifestaciones del Derecho Penal del Enemigo es el adelantamiento de las</p>	<p>8.</p> <p>Sí. En el Derecho Penal Peruano ha existido una expansión del Derecho Penal, una</p>	<p>9.</p> <p>Sí. El principio de reserva de ley, que establece que solo se pueden crear tipos penales por ley, es una manifestación de una</p>	<p>El delito de reglaje cumple por los márgenes del principio de reserva de ley, porque fue creado mediante una ley, pero las conductas</p>	

<p>ado de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia de la Libertad</p>		<p>sino los actos previos a él, es decir, los actos preparatorios de cualquiera de los delitos a realizarse consagrados en el texto de la norma.</p>	<p>de los actos preparatorios son diversos, empezando por problemas relacionados a las categorías dogmático-jurídicas como el desistimiento o tentativa. Y es que los actos preparatorios al ser tipificados como delitos, siguen el curso del “iter criminis” como todo delito. Asimismo muchas veces la punición de estas conductas da paso a la arbitrariedad, no guardando correspondencia con la idea de un Estado de Derecho. Esto en razón a que determinar con exactitud cuándo se está preparando la comisión del delito es una tarea ya bastante difícil., p. ejemplo.</p>	<p>el seguimiento.</p>	<p>delitos previstos en el artículo 317-A, se legitima al lograr una mayor protección de los bienes jurídicos de las personas, pese a que normalmente los actos preparatorios no implican un riesgo cuantitativamente cercano como para poner en peligro o lesionar un bien jurídico, la regla es que no se sancionen, sin embargo por la naturaleza de los actos preparatorios en el reglaje, tales como el seguimiento y vigilancia, al estar en una relación cercana con la lesión a los bienes jurídicos de una persona esto legitima la intervención y sanción del derecho penal de estas conductas.</p>	<p>el carácter fragmentario. El carácter fragmentario implica que el Derecho penal debe intervenir frente a las conductas más lesivas y contra los bienes jurídicos de mayor importancia, cosa que no sucede en el reglaje o marcaje donde las conductas no guardan contenido lesivo grave. El derecho fundamental que se vulneraría en caso se demuestre que no se había cometido el delito de reglaje o marcaje sería la libertad de tránsito.</p>	<p>barreras de punibilidad en los delitos, es decir, que la punibilidad ya no es a partir de los actos de ejecución sino que esta se adelanta a una fase anterior, la de los actos preparatorios.</p>	<p>muestra de ello es el delito de reglaje o marcaje. Estoy de acuerdo; pese a que la escuela de Francfort ha luchado por años para que exista un derecho penal minimalista y este se reduzca a su núcleo esencial, es decir, solo la penalización de las conductas más graves – asesinatos, violaciones, etc. -, contemporáneamente para hacer frente a la criminalidad organizada, y otras manifestaciones delictivas es necesaria la incorporación de estas conductas en los tipos penales.</p>	<p>garantía mínima que otorga un modelo como el Constitucional de Derecho. Mientras los actos preparatorios sean penalizados mediante leyes se estará dentro del margen de este principio.</p>	<p>reguladas en sus acciones típicas son legales por lo que no habría daño a la sociedad si se toman de manera independiente dichas acciones, pero que por razones de inseguridad ciudadana han tenido que ser legisladas, además que el bien jurídico que protege la paz y la tranquilidad pública son bienes abstractos y no se producen una lesión en concreto a un bien jurídico.</p>
--	--	--	--	------------------------	---	--	---	--	--	---

			En el supuesto de seguimiento, previsto en la norma, el margen de error para saber si una persona está siguiendo a otra para la comisión, supongamos, de un hurto es alto, y es que solo los actos de ejecución permiten saber con claridad cuando se despliega la voluntad criminal del sujeto agente y cuando ha realizado el injusto penal. Pese a ello, la penalización de los actos preparatorios es producto de una decisión político criminal que ve su auge en la sensación de inseguridad de una sociedad que aclama por justicia.							
Dr. Roberto	Sí, conozco	Me parece que si bien la idea es	Considero que en un	No, considero que se		No, puesto que considero que no se está	El denominador	Sí estoy de acuerdo,	El efecto necesario que	Las actuales políticas

<p>Uceda López, Director Distrital de la Defensa Pública de La Libertad</p>		<p>correcta, ya que, es necesario reprochar la conducta de los personas que brindan información, realizan vigilancia o seguimiento, o colaboran en la ejecución de tales conductas mediante el uso de armas, vehículos, teléfonos u otros instrumentos idóneos, para cometer o facilitar la comisión de los delitos previstos; el campo de acción de los delitos que se van a favorecer no es el más proporcional, en mi opinión debe circunscribirse al crimen organizado, resultando desproporcional que en el catalogo de delitos se incorpore a los tipos de actos contra el pudor y hurto simple.</p>	<p>Estado Social democrático de derecho, el derecho penal no debe adelantar la barrera de su intervención, por lo que, no debe reprochar los actos preparatorios.</p>	<p>tratan de acciones independientes pese a que pueden desarrollarse como una actividad consecutiva, así como, los tipos de robo agravado y receptación. Es de tener en cuenta que, el delito de marcaje o reglaje, no protege un bien jurídico de naturaleza individual, sino colectivo; busca defender el orden jurídico y el poder estatal, que se ven amenazados por las asociaciones criminales, independientemente de su entidad. Dicho interés más que un objeto de protección indeterminado o vago, sirve para precisar la oposición que marca, por un lado, la existencia de las organizaciones delictivas y, por el otro, la vigencia de las normas jurídicas y el poder estatal en un Estado de Derecho</p>		<p>reprochando los actos preparatorios.</p>	<p>“Derecho Penal del enemigo” posibilita a través de la identificación de sus características, el contar con un instrumento para denunciar la ilegitimidad de las normas que intervienen en excesivamente en las libertades jurídicamente reconocidas y, en virtud de ello, poner al debate su permanencia en el ordenamiento jurídico vigente. No se debe aceptar un discurso o postura que legitime la supresión del estatus de persona y con ello las garantías que rodean su procesamiento de cara a una penualmente grave. En tal sentido, considero que</p>	<p>considero que el Estado debe responder al fenómeno del delito atendiendo a sus nuevas estructuras y los nuevos ámbitos de intervención, así, el delito de marcaje y reglaje se circunscribe a una política criminal contra el crimen organizado.</p>	<p>produce mantener en la sociedad una permanente sensación de inseguridad es que la misma reclama acciones inmediatas de control. Debido a ello la sociedad – exacerbada por los medios de comunicación– demanda seguridad al Estado. Y tal es la conmoción existente que se demanda seguridad a cualquier costo. En este contexto poco importan los principios y las garantías, pues lo importante es reestablecer y mantener el orden. El Estado, encuentra así el escenario perfecto de legitimación social. El tipo de medidas que se implemente en la lucha contra la delincuencia pasará a un segundo plano, debido a que lo fundamental será dar respuestas a</p>	<p>públicas en el ámbito de la criminal se encuentran en un momento de crisis. Los medios de comunicación de tipo sensacionalista y los apetitos políticos de los gobernantes de turno son los que marcan su derrotero. En esa medida, no se legisla con la finalidad de luchar frontal y seriamente contra la delincuencia, atacando sus causas y no solo sus efectos, sino se legisla con la finalidad de obtener la mayor ventaja posible. El Derecho Penal así se ha convertido en el instrumento ideal del populismo jurídico. El delito de marcaje o reglaje, de la misma manera que otras figuras delictivas, es un tipo penal que ha encontrado vigencia en este periodo de crisis política.</p>
---	--	--	---	--	--	---	--	---	---	--

							<p>responde a un contexto social determinado y se ajusta a una política criminal contra el crimen organizado, así, si la estructura ilícitas avanzan, el Estado debe actualizar se implementando medidas de prevención y represión a fin de restaurar el orden social.</p>		<p>las mencionadas demandas de seguridad. Es decir, lo importante no serán los medios sino los fines. Si bien aquello no necesariamente significa que todas las políticas públicas en la lucha contra la delincuencia se diseñen e implementen al margen de los principios y garantías; si hace posible que algunos políticos de turno se aprovechen de la coyuntura. Estos no priorizarán siquiera eficacia por sobre garantía, sino solo buscarán obtener réditos políticos a partir de que la sociedad sienta que encuentra respuesta a sus demandas. Las iniciativas legislativas se acercan así a lo que en doctrina se denomina: "Derecho Penal simbólico". Toda vez que, el derecho penal debe</p>	<p>El Derecho Penal debe encontrar su justificación y legitimidad en los fines y principios que lo definen, los mismos que deben ser compatibles con el modelo estatal al que se circunscribe. Un Derecho Penal liberal, en tanto protector de la libertad, encuentra sus límites cuando sus medidas constituyen arbitrarias restricciones de la libertad. Por ello, el marcaje o reglaje en fase preparatoria será ilegítima; sin embargo, dicho comportamiento en fase ejecutiva será perfectamente sancionable, con la ventaja de que dichos actos recibirán las mismas penas de los delitos fines (normalmente, mucho más elevadas que la pena establecida para el delito de marcaje o</p>
--	--	--	--	--	--	--	--	--	---	--

									reprochar las conductas que alteran el orden social, y la ideación o planificación de un delito no es objeto de reproche, considero que su represión no es acorde con el principio de reserva de ley.	reglaje) y, asimismo, su sanción no se encontrará restringida a los tipos penales expresamente señalados en el texto legal, sino que será aplicable a todos los tipos penales de nuestra legislación punitiva.
Dr. William Rabanal Palacios Fiscal Provincial de la Tercera Corporativa de Libertad – Casos Complejos	Sí, conozco.	Es un típico delito que se dan en las sociedades modernas con la finalidad de combatir la criminalidad.	Hay muchas conductas que son típicos actos preparatorios que el derecho penal clásico no puede combatir. Los adelantos de punibilidad son típicos de las sociedades modernas y complejas.	Sí.	La ley lo permite. Hay delitos que merecen ser combatidos previamente. Ejemplo: la Asociación Ilícita.	Puede ser la Presunción de Inocencia. Sin embargo, para evitar la violación de tal derecho se necesita una alta recopilación de evidencias probatorias	Sí, es el aspecto sustantivo del Derecho Penal del enemigo.	Sí, la expansión del Derecho Penal en la Legislación Peruana podemos encontrarla en el Decreto Ley 25475; ya que se criminaliza el sólo hecho de pertenecer a una organización criminal; o el prohibir la libertad provisional, etc.	No, pero las sociedades modernas tienen que defenderse de lo sofisticado de la criminalidad. El derecho Penal clásico no responde en toda su magnitud a las sociedades complejas como la del Siglo XXI.	No, sin embargo hay que modificar algunos verbos para evitar la doble incriminación (no bis in idem)
Dr. Jeanes Arnold Vela Hilda Fiscal Adjunto de la Primera Fiscalía Provincial	Sí.	En sí, a mi criterio, no encuentro precisión en la redacción típica, en concreto, en lo que concierne al aspecto de “colabora en ejecución de tales conductas...”; sobre ello, no	Es legítima, desde antaño, el Estado ha adelantado sus barreras de punición a determinados actos preparatorios, cuando fue	El fin del legislador ha sido sancionar actos preparatorios, no podría ser de otra forma; pero la redacción de la última parte del primer párrafo genera confusión.	Es legítima.	No exactamente vulneración, pero tiene estrecha relación con el principio de lesividad, pues el <i>Ius Puniendi</i> Estatal exige graves ofensas a los bienes jurídicos; sin embargo, en este tipo de delito a su criterio,	Lo es, estoy de acuerdo.	Sí, estoy de acuerdo.	Desde siempre fue así, un ejemplo clásico el delito de asociación ilícita para delinquir.	Sí.

<p>incia l Pena l Corp orati va de La Libe rtad - Caso s Com plejo s</p>		<p>queda claro sí aquí estamos frente a un supuesto de coautoría o participació n de los delitos abordados (robo, homicidio y otros) o es un supuesto de autoría de marcaje - colabora en la comisión o facilitación; sin duda no está claro.</p>	<p>necesario .</p>			<p>bastará la puesta en peligro a bienes jurídicos como la tranquilidad pública.</p>				
--	--	---	------------------------	--	--	--	--	--	--	--

*Tabla 3 Entrevistas a Especialistas.*

## CAPÍTULO 6. DISCUSIÓN

### DISCUSIÓN DE LA SENTENCIA:

De la sentencia analizada podemos indicar que respecto al Marcaje, el razonamiento del Fiscal para investigar y del Juez para decidir, son muy ambiguos y vagos. Se tenía entendido que existía la posibilidad de que iban a existir ciertas dificultades para poder imputar a personas la comisión del delito de Reglaje, debido a que como se sabe es un delito medio, que facilita un delito fin, en este caso los delitos mencionados en el art. 317 A del C.P. 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 (...). E iban a existir conflictos o dudas en cuándo aplicar el marcaje en un caso en concreto, a modo de ejemplo, analizamos el caso de una vigilancia que luego se convirtió en hurto, habiendo sido este ilícito cometido por las mismas personas; o si solo se siguió a una persona, pero luego no se cometió ninguno de los delitos mencionados en el 317 A.

Esta es la única sentencia consentida que existe el Distrito Judicial de La Libertad, ya que cuando conversé con varios fiscales, ellos me dijeron que aún no existe un criterio seguro para poder aplicar el marcaje, debido a que las pruebas respecto a este delito muchas veces son escasas y prefieren acusar por otros delitos que se cometieron luego del marcaje, como el robo, extorsión, hurto agravado, secuestro, homicidio, entre otros.

Más aun, muchos no tienen aún claro el sentido y el uso práctico de este delito, esto se ve reflejado en los casi inexistentes procesos penales que existen en etapa de investigación de este delito en el Distrito Judicial La Libertad.

Refiriéndonos a la sentencia analizada en concreto, el expediente judicial 02795-2013-44, vemos en sí que La Fiscal Provincia Penal de la Tercera Fiscalía Penal Corporativa de Trujillo, Dra. Luz María Salirrosas Vargas, en cuanto al Marcaje hizo una investigación muy pobre, se dejó llevar por las declaraciones de los policías cuando dijeron que los investigados se encontraban realizando marcaje solo por estar en las afueras de las instalaciones del centro comercial Real Plaza cerca de los bancos, pero no se les encontraron vigilando o siguiendo a una persona específica o algún mapa o cuadro detallado de ésta, más aún si esto fue un delito flagrante. Portaban armas, y tuvieron una actitud sospechosa cuando fueron intervenidos por los agentes policiales, pero eso fue

debido a la droga que tenían en sus vehículos, y tal vez porque eran taxistas que se dedican a robar a las personas que salían del real plaza, sin haber realizado marcaje previo.

La teoría del caso fue, que se encontraban afuera del Real plaza, realizando marcaje a las personas que entran y salen de las instituciones bancarias, pero si calculamos distancias y vemos los objetos que están antes y frente de los bancos, como autos estacionados, otros locales comerciales, gente que camina por sus alrededores, estos distractores obstaculizan la vista y no dejan observar bien quiénes entran y salen de las instituciones bancarias, más aún si se encontraban afuera del real plaza muy lejos de los bancos, era imposible poder observar a la gente retirando dinero del banco, salvo que hayan tenido otros cómplices dentro o cerca de esa institución que les hayan facilitado información, por eso portaban celulares, los cuales los mantenían en constante comunicación, aunque, en honor a la verdad, nunca se pudo comprobar ese hecho, es más; el fiscal ni investigó esa posibilidad, que de haber sido cierta, el marcaje ya no lo hubieran hecho los acusados, sino las personas que estaban dentro o cerca del banco materia de marcaje.

Luego hayamos otro problema respecto a la fundamentación jurídica, que en sí no es muy importante, solo incluir lo necesario, y en materia penal, prima más los medios probatorios, pero incluir tres líneas generales, que incluso no tienen que ver al caso, me parece que se estaría lesionando el derecho de los investigados de la debida motivación.

## DISCUSIÓN DE ENTREVISTAS

Respecto a la pregunta 1, la cual decía **¿Conoce usted de la incorporación del delito de Marcaje o Reglaje (art. 317 A), en el Código Penal, así como su contenido típico?**, la respuesta era obvia, ya que los cinco especialistas conocían la incorporación de dicho delito, pero la formulé por una cuestión de forma y didáctica para poder dar paso a las siguientes preguntas.

En cuanto a la pregunta 2, **Con base en su respuesta anterior, y considerando el contenido típico del delito de Marcaje o Reglaje, ¿qué opinión le merece la redacción y vigencia del mencionado tipo penal?**

Los especialistas consultados dijeron lo siguiente:

\* El Dr. Edward Alberto Vega Rojas, Coordinador del Área de Seguimiento y Monitoreo de la Secretaría Técnica de la Comisión Especial de Implementación del Código Procesal Penal - Ministerio de Justicia, nos menciona que si bien, la redacción puede presentar diversos defectos en el uso de la técnica legislativa, pues vemos que el delito de actos contra el pudor (art. 176° del CP) comprende un menor parámetro de pena (3 a 5 años) que el delito de marcaje y reglaje (3 a 6 años); en el mismo sentido, un empleado que acopia información sobre su jefe para lesionarlo, puede recibir entre 6 a 10 años de pena privativa de libertad (marcaje y reglaje), pero si lo lesiona gravemente, solo puede recibir entre 4 a 8 años pena privativa de libertad (art. 121° del CP), lo que supone una clara infracción al principio de proporcionalidad, sin embargo, su vigencia resulta justificada debido a la existencia de conductas antisociales planificadas y estructuradas (acopio, entrega información, vigilancia y seguimiento), que se realizan previo a la comisión de un hecho delictivo siendo fundamentales para su éxito. Dichas conductas antisociales que están orientadas a formar parte de una estrategia delictiva común o colaborar con ésta, merecen ser atendidas por el Estado por razones de seguridad ciudadana y prevención del delito, más aún si las mismas mantiene en alerta nuestra realidad social.

\* La Dra. Ofelia Namoc López – Juez Superior de la Primera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de la Libertad, señala que de la redacción del tipo penal se puede advertir que no se está sancionando penalmente la ejecución del hecho sino los actos previos a él, es decir, los actos preparatorios de cualquiera de los delitos a realizarse consagrados en el texto de la norma.

\* El Dr. Roberto Carlos Uceda López, Director Distrital de la Defensa Pública de La Libertad, señala que me parece que si bien la idea es correcta, ya que, es necesario reprochar la conducta de los personas que brindan información, realizan vigilancia o seguimiento, o colaboran en la ejecución de tales conductas mediante el uso de armas, vehículos, teléfonos u otros instrumentos idóneos, para cometer o facilitar la comisión de los delitos previstos; el campo de acción de los delitos que se van a favorecer no es el más proporcional, en mi opinión debe circunscribirse al crimen organizado, resultando desproporcional que en el catálogo de delitos se incorpore a los tipos de actos contra el pudor y hurto simple.

\* El Dr. William Rabanal Palacios Fiscal Provincial Penal de la Tercera Corporativa de La Libertad – Casos Complejos, nos menciona que es un típico delito que se dan en las sociedades modernas con la finalidad de combatir la criminalidad.

\* El Dr. Jeans Arnold Velazco Hidalgo Fiscal Adjunto de la Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de La Libertad – Casos Complejos, dice que en sí, a mi criterio, no encuentro precisión en la redacción típica, en concreto, en lo que concierne al aspecto de “colabora en ejecución de tales conductas...”; sobre ello, no queda claro si aquí estamos frente a un supuesto de coautoría o participación de los delitos abordados (robo, homicidio y otros) o es un supuesto de autoría de marcaje – colabora en la comisión o facilitación; sin duda no está claro.

Por lo que podemos ver que acá hubo ciertas similitudes entre los entrevistados respecto a sus respuestas, ya que tanto el Dr. Alberto Vega Rojas, como la Dra. Ofelia Namoc López y el Dr. Roberto Carlos Uceda Lopez, consideran que mediante la vigencia de este delito existe una lesión al Principio de Proporcionalidad de la pena, esto yo lo he corroborado en la presente investigación, ya que muchos de los delitos principales que incluye, tienen una pena menor de la que tiene el marcaje, siendo esto desproporcional debido a que el delito principal debería tener una pena mayor por ser más agravante y lesionar efectivamente al bien jurídico, no solo ponerlo en peligro como lo hace el marcaje o reglaje, así a modo de ejemplo tenemos al artículo 176 del Código Penal (Actos contra el pudor) cuya pena en su tipo base reside entre 3 a 5 años y en la modalidad agravada de 5 a 7 años. También ocurre ello respecto del delito de Hurto tipificado en el artículo 185° del Código Penal, cuya pena en su tipo base es de 1 a 3 años en cuanto la pena del marcaje en su tipo base es de 3 a 6 años y en su forma agravada de 6 a 10 años.

El Dr. Vega Rojas, se encuentra de acuerdo con su incorporación, ya que nos dice que si bien lesiona el principio de proporcionalidad, El estado debe atender estas conductas por razones de seguridad ciudadana y prevención del delito, más aún si las mismas mantienen en alerta nuestra realidad social. En la misma postura se encuentra el Dr. William Rabanal Palacios, ya que nos dice que es un delito típico que se da en las sociedades modernas, con la finalidad de combatir la criminalidad.

Opinión aparte tiene el Dr. Roberto Uceda, ya que considera que el marcaje debió haberse incluido dentro del delito de crimen organizado debido a que las conductas realizadas en el reglaje se encuentran orientadas más a llevarse a cabo por una organización criminal.

Cabe resaltar la opinión del Dr. Jeans Velazco, respecto a la redacción típica del marcaje en la parte de “colabora en ejecución de tales conductas...”, puesto que él también considera que habría dudas si estamos frente a un supuesto de coautoría o participación de los delitos abordados (robo, homicidio y otros) o es un supuesto de autoría de marcaje – colabora en la comisión o facilitación; punto que yo también he detallado en la presente investigación realizada.

**En cuanto a la pregunta 3, ¿En general, considera usted legítima la intervención del Derecho penal frente a los denominados actos preparatorios?**

El Dr. Edward Alberto Vega Rojas dijo que sí, pues el Derecho Penal en su rol de preventivo-represivo no solo debe penalizar conductas que modifiquen objetivamente el mundo exterior, sino también comportamientos deliberados que ponen en riesgo o en peligro inminente un determinado bien jurídico, los cuales no necesariamente buscan un fin en sí mismos. En tal sentido, los actos preparatorios por sí solos puede determinar la categorización de conductas antisociales y reprochables, los cuales merecen la

intervención del Derecho Penal. Renunciar a dicha intervención, significaría en términos concretos, desproteger a la sociedad frente a aquellos actos que sin ser ejecutables califican de actos preparatorios punibles (como se les denomina en el derecho penal español) y de relevancia social.

Dra. Ofelia Namoc López, menciona que sí, pero bajo ciertos presupuestos. Sin embargo, el problema de la tipificación y sanción de los actos preparatorios son diversos, empezando por problemas relacionados a las categorías dogmático-jurídicas como el desistimiento o tentativa. Y es que los actos preparatorios al ser tipificados como delitos, siguen el curso del "iter criminis" como todo delito. Asimismo muchas veces la punición de estas conductas da paso a la arbitrariedad, no guardando correspondencia con la idea de un Estado de Derecho. Esto en razón a que determinar con exactitud cuándo se está preparando la comisión del delito es una tarea ya bastante difícil., por ejemplo. En el supuesto de seguimiento, previsto en la norma, el margen de error para saber si una persona está siguiendo a otra para la comisión, supongamos, de un hurto es alto, y es que solo los actos de ejecución permiten saber con claridad cuando se despliega la voluntad criminal del sujeto agente y cuando ha realizado el injusto penal. Pese a ello, la penalización de los actos preparatorios es producto de una decisión político criminal que ve su auge en la sensación de inseguridad de una sociedad que clama por justicia.

El Dr. Roberto Uceda López Consideró manifiesta que en un Estado Social democrático de derecho, el derecho penal no debe adelantar la barrera de su intervención, por lo que, no debe reprochar los actos preparatorios.

El Dr. William Rabanal Palacios señala que hay muchas conductas que son típicos actos preparatorios que el derecho penal clásico no puede combatir. Los adelantos de punibilidad son típicos de las sociedades modernas y complejas.

El Dr. Jeans Arnold Velazco Hidalgo, dice que es legítima, desde antaño, el Estado ha adelantado sus barreras de punición a determinados actos preparatorios, cuando fue necesario.

Cuatro de los cinco especialistas entrevistados, consideran que es legítima la intervención del derecho penal frente a los actos preparatorios, debido a razones de seguridad ciudadana, reducción del índice de criminalidad y que es parte del desarrollo de las sociedades modernas y complejas. El problema sería poder advertir cuando y bajo qué criterios los actos preparatorios deben ser legislados, porque como dijo la Dr. Ofelia Namoc, habría problemas para establecer la tentativa y el desistimiento en estos tipos de delitos, así como la autoría y participación con otros delitos. De la misma forma podría incluso haber un concurso aparente de leyes y concurso ideal y real de delitos, estos cuatro problemas mencionados párrafos atrás los encontramos en el marcaje o reglaje, que como vemos es un ejemplo cierto a la problemática de legislar actos preparatorios.

Opinión discordante tiene el Dr. Roberto Uceda, quien considera que en un Estado Social democrático de derecho, el derecho penal no debe adelantar la barrera de su intervención, por lo que, no debe reprochar los actos preparatorios, en parte es cierto, pero también debemos hacer una balanza de ponderación de intereses frente a la criminalidad, daños a la sociedad, injusticia social, inseguridad de los propios ciudadanos, y el desarrollo de una democracia plena y soberana y veremos que de nada sirve un país democrático donde se respetan todos los derechos y libertades de sus ciudadanos, si no pueden andar libremente

por las calles, la sensación de incertidumbre está presente desde el momento que cierras la puerta de tu domicilio, no puedes realizar libremente negocios sin el miedo a ser víctima de un posible delito.

**La pregunta 4. ¿Considera usted que con la incorporación del delito de Marcaje o Reglaje, en el fondo se están sancionando actos preparatorios de aquellos delitos invocados en dicho tipo penal?**

El Dr. Edward Alberto Vega Rojas dijo que no es una figura autónoma. Que no se entienda mal mi respuesta con respecto a la anterior, manifestó el doctor, es decir; sí estoy de acuerdo con que el Derecho Penal intervenga sobre actos preparatorios, siempre y cuando, éste responda a criterios de legitimidad, razonabilidad y de mínima intervención, sin embargo considero que el delito de marcaje y reglaje es una figura delictiva autónoma y que no debe ser considerada como acto preparatorio, finalizó.

La Dra. Ofelia Namoc López respondió que sí; El delito de marcaje prohíbe y sanciona conductas que son usuales en los actos preparatorios, tales como, la vigilancia y el seguimiento.

El Dr. Roberto Uceda López dijo que no, consideró que se tratan de acciones independientes pese a que pueden desarrollarse como una actividad consecutiva, así como, los tipos de robo agravado y receptación. Es de tener en cuenta que, el delito de marcaje o reglaje, no protege un bien jurídico de naturaleza individual, sino colectivo; busca defender el orden jurídico y el poder estatal, que se ven amenazados por las asociaciones criminales, independientemente de su entidad. Dicho interés más que un objeto de protección indeterminado o vago, sirve para precisar la oposición que marca, por un lado, la existencia de las organizaciones delictivas y, por el otro, la vigencia de las normas jurídicas y el poder estatal en un Estado de Derecho.

El Dr. William Rabanal Palacios, respondió que Sí.

El Dr. Jeans Arnold Velazco Hidalgo, respondió que el fin del legislador ha sido sancionar actos preparatorios, no podría ser de otra forma; pero la redacción de la última parte del primer párrafo genera confusión.

Tanto la Dra. Ofelia Namoc como el Dr. Jeans Velazco y el Dr. William Rabanal, consideran que efectivamente el Marcaje o Reglaje se trataría de un delito que tiene como conductas típicas actos preparatorios, pero el Dr. Vega Rojas como el Dr. Roberto Uceda consideran al marcaje como un delito autónomo, pues para ellos se trata de acciones independientes pese a que pueden desarrollarse como una actividad consecutiva. En mi investigación y de la propia redacción de la norma se desprenden que el acopio o entrega de información, realizar vigilancias o seguimientos o colabora en la ejecución de tales conductas se tratarían de actos preparatorios puesto que analizados de forma autónoma se tratarían de conductas no antijurídicas y como la misma norma proscribiera en su redacción "... el que para facilitar la comisión de ..." esto siempre antecede de forma clásica un acto preparatorio. De la misma definición de un acto preparatorio podría decirse que sirven para facilitar la comisión de un delito.

**La pregunta 5, ¿De ser afirmativa su respuesta a la pregunta anterior, considera legítima la intervención del Derecho penal para sancionar los actos preparatorios de los delitos anotados en el artículo 317 A del Código Penal?**

El Dr. Edward Alberto Vega Rojas, respondió a la pregunta anterior que el marcaje no era un acto preparatorio, sino un delito autónomo.

La Dra. Ofelia Namoc López dijo que sí, bajo ciertos presupuestos. La intervención del derecho penal para sancionar los actos preparatorios de los delitos previstos en el artículo 317-A, se legitima al lograr una mayor protección de los bienes jurídicos de las personas, pese a que normalmente los actos preparatorios no implican un riesgo cuantitativamente cercano como para poner en peligro o lesionar un bien jurídico, la regla es que no se sancionen, sin embargo por la naturaleza de los actos preparatorios en el reglaje, tales como el seguimiento y vigilancia, al estar en una relación cercana con la lesión a los bienes jurídicos de una persona esto legitima la intervención y sanción del derecho penal de estas conductas.

El Dr. Roberto Uceda López opinó que el delito de reglaje no era un acto preparatorio.

El Dr. William Rabanal Palacios respondió que la ley lo permite. Hay delitos que merecen ser combatidos previamente. Ejemplo: la Asociación Ilícita.

El Dr. Jeans Arnold Velazco Hidalgo dijo que sí es legítima.

Los tres entrevistados que consideraron al marcaje como un acto preparatorio consideran que sí es legítimo que se sancione los actos preparatorios de este delito, nuevamente indirectamente se refieren por razones de inseguridad ciudadana, tranquilidad pública y reducción del índice de criminalidad. En mi investigación llegué a comprobar que si bien es necesario legislar en materia de marcaje, la redacción de la norma que lo regula no es la adecuada, se vulneran muchos principios que protegen a los ciudadanos y se produce un adelantamiento de la punibilidad.

**Pregunta 6, ¿La actual vigencia del delito de Marcaje o Reglaje, implica la vulneración de algún principio del Derecho Penal, o de algún derecho fundamental del eventual imputado?**

Dr. Edward Alberto Vega Rojas opinó que de acuerdo a lo que precisamos líneas arriba que su vigencia resulta importante, sin embargo en la realidad pueden presentarse diversos problemas, pues sus verbos rectores (acopiar o entregar información, realizar vigilancia o seguimiento, o colaborar en la ejecución de tales conductas mediante el uso de armas, vehículos, teléfonos u otros instrumentos idóneos), pueden colisionar en diversos casos con el ejercicio regular de algún derecho o comportamiento aceptado socialmente, por ejemplo, la persona que es contratada por un medio de comunicación para acopiar información necesario para algún reportaje o documental, el detective que es contratado para demostrar la infidelidad o la persona que dispone un resguardo a otra por seguridad sin que ésta última lo sepa, entre otros. Estas situaciones pueden originar escenarios de abuso y violación de algún derecho fundamental, sin embargo quedará en manos de los operadores de justicia actuar minuciosamente y conforme a cada caso concreto, a fin de evitar dichos perjuicios. Asimismo, cabe señalar que, el delito de marcaje y reglaje exige un estándar probatorio por encima del umbral intermedio, debido a la alta composición subjetiva que ostenta su tipo penal, lo cual generará que muchos casos sean acreditados o descartados previo procesamiento penal y mediante el respectivo test probatorio.

La Dra. Ofelia Namoc López respondió que implica la vulneración del principio de mínima intervención del derecho penal, principio que contiene al Derecho penal como ultima ratio

y el carácter fragmentario. El carácter fragmentario implica que el Derecho penal debe intervenir frente a las conductas más lesivas y contra los bienes jurídicos de mayor importancia, cosa que no sucede en el reglaje o marcaje donde las conductas no guardan contenido lesivo grave.

El Dr. Roberto Uceda López dijo que no, puesto que consideró que no se está reprochando los actos preparatorios.

El Dr. William Rabanal Palacios dijo que puede ser la Presunción de Inocencia. Sin embargo, para evitar la violación de tal derecho se necesita una alta recopilación de evidencias probatorias

El Dr. Jeans Arnold Velazco Hidalgo manifestó que no exactamente vulneración, pero tiene estrecha relación con el principio de lesividad, pues el *Ius Puniendi* Estatal exige graves ofensas a los bienes jurídicos; sin embargo, en este tipo de delito a su criterio, bastará la puesta en peligro a bienes jurídicos como la tranquilidad pública.

Cuatro de los cinco especialistas consultados dijeron que indudablemente la actual vigencia del delito de Marcaje o Reglaje, implica la vulneración de algún principio del Derecho Penal, o de algún derecho fundamental del eventual imputado, esto viene a corroborar toda nuestra investigación realizada en donde incluso dedicamos un capítulo entero a los principios que el marcaje afectaría e indicamos cuales son los límites mínimos que el Estado debe respetar para poder legislar sin menoscabar los derechos de los ciudadanos.

La pregunta 7, **¿Considera usted que la incorporación del delito de Marcaje o Reglaje, previsto en el artículo 317 A del Código Penal, constituye una expresión del denominado Derecho Penal del enemigo? De ser afirmativa su respuesta, ¿está de acuerdo con ello?**

El Dr. Edward Alberto Vega Rojas opinó que sí, pues dicho tipo penal se fundamenta en el derecho de los ciudadanos a obtener espacios de seguridad y protección frente a quienes pretenden desestabilizar dichas expectativas, incluso bajo comportamientos no lesivos objetivamente. No cabe duda que el delito de reglaje y marcaje responde a la concepción del derecho penal de autor (derecho penal del enemigo), por lo que bajo este escenario el Estado ha considerado adelantar sus mecanismos de punición para castigar conductas altamente peligrosas y que ponen en riesgo la estabilidad social.

La Dra. Ofelia Namoc López dijo que sí. Una de las manifestaciones del Derecho Penal del Enemigo es el adelantamiento de las barreras de punibilidad en los delitos, es decir, que la punibilidad ya no es a partir de los actos de ejecución sino que esta se adelanta a una fase anterior, la de los actos preparatorios.

El Dr. Roberto Uceda López respondió que el denominado “Derecho Penal del enemigo” posibilita a través de la identificación de sus características, el contar con un instrumento para denunciar la ilegitimidad de las normas que intervienen excesivamente en las libertades jurídicamente reconocidas y, en virtud de ello, poner al debate su permanencia en el ordenamiento jurídico vigente. No se debe aceptar un discurso o postura que legitime la supresión del estatus de persona y con ello las garantías que rodean su procesamiento de cara a una pena cualificadamente grave. En tal sentido, consideró que responde a un contexto social determinado y se ajusta a una política criminal contra el crimen organizado,

así, si la estructuras ilícitas avanzan, el Estado debe actualizarse implementando medidas de prevención y represión a fin de restaurar el orden social.

El Dr. William Rabanal Palacios señaló que sí, es el aspecto sustantivo del Derecho Penal del enemigo.

El Dr. Jeans Arnold Velazco Hidalgo mencionó que, lo es, estoy de acuerdo.

En este caso se evidencia una opinión unánime respecto a que el delito de Marcaje o Reglaje se encuentra dentro del Derecho Penal del Enemigo, el cual es el nuevo modelo de Política Criminal que viene adoptando nuestro país en los últimos 10 años, muy poco usado en el mundo debido a que desnaturaliza totalmente la concepción de derecho penal clásico. Primero porque se constata un amplio adelantamiento de la punibilidad a actos que sólo tienen el carácter de preparatorios de hechos futuros. En segundo lugar, las penas previstas son desproporcionadamente altas: especialmente la anticipación de la barrera de la punición no es tenida en cuenta para reducir en correspondencia la pena amenazada. En tercer lugar, determinadas garantías procesales son relativizadas o incluso suprimidas. Por lo que vemos que nuestro país al adoptar esta nueva política criminal, altera todo nuestro sistema jurídico penal, ya que vulnera algunos derechos fundamentales tales como la presunción de inocencia, se han introducido medidas amplias de intervención de las comunicaciones, así como se han reducido considerablemente las exigencias de licitud y admisibilidad de la prueba, se han ampliado los plazos de detención policial para el cumplimiento de los fines investigadores, así como el plazo de la prisión preventiva; del mismo modo se están vulnerando varios de los Principios Penales que antes protegían a los ciudadanos, tales son los casos de la Tutela Jurisdiccional Efectiva, el Debido Proceso, el Principio de Lesividad, y de Intervención Mínima del Derecho Penal.

**Pregunta 8, ¿Según su opinión, resulta posible afirmar que en los últimos años han habido muestras legislativas en el ordenamiento penal peruano, que constituyen expresión de una expansión del Derecho Penal? De ser afirmativa su respuesta, ¿está de acuerdo con ello?**

El Dr. Edward Alberto Vega Rojas respondió, que en efecto, no solo en el Código Penal, también en el Código Procesal Penal y Ejecución Penal. El nombre acuñado a esta tendencia legislativa podría ser cualquiera, sin embargo la expresión “Derecho Penal del Enemigo” causa mayor polémica debido a la semántica usada (enemigo), sin embargo, su aplicación no hace más que justificar el rol que tiene el Estado para estabilizar o equilibrar su realidad social, mucho más si tiene al frente personas que han decidido no suscribir un nuevo contrato social (personas irrecuperables).

La Dra. Ofelia Namoc López manifestó que sí. En el Derecho Penal Peruano ha existido una expansión del Derecho Penal, una muestra de ello es el delito de reglaje o marcaje. Estoy de acuerdo; pese a que la escuela de Francfort ha luchado por años para que exista un derecho penal minimalista y este se reduzca a su núcleo esencial, es decir, solo la penalización de las conductas más graves – asesinato, violaciones, etc. -, contemporáneamente para hacer frente a la criminalidad organizada, y otras manifestaciones delictivas es necesaria la incorporación de estas conductas en los tipos penales.

El Dr. Roberto Uceda López dijo que estaba de acuerdo, consideró que el Estado debe responder al fenómeno del delito atendiendo a sus nuevas estructuras y los nuevos ámbitos de intervención, así, el delito de marcaje y reglaje se circunscribe a una política criminal contra el crimen organizado.

El Dr. William Rabanal Palacios Fiscal responde que sí, la expansión del Derecho Penal en la Legislación Peruana podemos encontrarla en el Decreto Ley 25475; ya que se criminaliza el sólo hecho de pertenecer a una organización criminal; o el prohibir la libertad provisional, etc.

El Dr. Jeans Arnold Velazco Hidalgo respondió afirmativamente.

Los cinco especialistas consultados consideran que efectivamente existen muestras legislativas en el ordenamiento penal peruano que constituyen expresión de una expansión del Derecho Penal del Enemigo, referidas mayoritariamente a temas de crimen organizado, e incluso la Dra. Ofelia Namoc menciona concretamente al Marcaje como un ejemplo a esta expansión del Derecho Penal del enemigo, y el Dr. William Rabanal nos da leyes exactas en donde hay un amplio uso del Derecho Penal del enemigo como el Decreto Ley 25475, la cual fue la ley mediante la cual se juzgaba a los terroristas durante el gobierno de Alberto Fujimori.

**Pregunta 9, ¿Considera usted que la incorporación de actos preparatorios en La Ley penal, para su correspondiente tipificación y sanción, se encuentra dentro de los márgenes legítimos del principio de reserva de ley y de la discrecionalidad del legislador para hacer punible hechos?**

El Edward Alberto Vega Rojas respondió que la reserva de ley, entendida como el dominio legal que la Constitución le asiste exclusivamente a los responsables de la producción legal en nuestro país, responde a la necesidad de elaborar leyes bajo un control desde el punto de vista jurídico y político, por lo que el delito de marcaje y reglaje debido a su compleja comprensión, está correctamente incorporada por Ley.

La Dra. Ofelia Namoc López respondió que sí. El principio de reserva de ley, que establece que solo se pueden crear tipos penales por ley, es una manifestación de una garantía mínima que otorga un modelo como el Estado Constitucional de Derecho. Mientras los actos preparatorios sean penalizados mediante leyes se estará dentro del margen de este principio.

El Dr. Roberto Uceda López opinó que el efecto necesario que produce mantener en la sociedad una permanente sensación de inseguridad es que la misma reclama acciones inmediatas de control. Debido a ello la sociedad –exacerbada por los medios de comunicación– demanda seguridad al Estado. Y tal es la conmoción existente que se demanda seguridad a cualquier costo. En este contexto poco importan los principios y las garantías, pues lo importante es reestablecer y mantener el orden.

El Estado, encuentra así el escenario perfecto de legitimación social. El tipo de medidas que se implemente en la lucha contra la delincuencia pasará a un segundo plano, debido a que lo fundamental será dar respuestas a las mencionadas demandas de seguridad. Es decir, lo importante no serán los medios sino los fines.

Si bien aquello no necesariamente significa que todas las políticas públicas en la lucha contra la delincuencia se diseñen e implementen al margen de los principios y garantías; si hace posible que algunos políticos de turno se aprovechen de la coyuntura. Estos no priorizarán siquiera eficacia por sobre garantía, sino solo buscarán obtener réditos políticos a partir de que la sociedad sienta que encuentra respuesta a sus demandas. Las iniciativas legislativas se acercan así a lo que en doctrina se denomina: "Derecho Penal simbólico".

Toda vez que, el derecho penal debe reprochar las conductas que alteran el orden social, y la ideación o planificación de un delito no es objeto de reproche, considero que su represión no es acorde con el principio de reserva de ley.

El Dr. William Rabanal Palacio Fiscal respondió que no, ya que las sociedades modernas tienen que defenderse de lo sofisticado de la criminalidad. El derecho Penal clásico no responde en toda su magnitud a las sociedades complejas como la del Siglo XXI.

El Dr. Jeans Arnold Velazco dijo que desde siempre fue así, un ejemplo clásico el delito de asociación ilícita para delinquir.

Los especialistas, tenían opiniones discordantes respecto a esta pregunta, ya que decían que si bien cumple con la formalidad, puesto que es dado mediante una ley (Principio de Reserva de Ley) menoscaba principios y garantías de los ciudadanos, porque lo único que se busca es restablecer y mantener el orden.

Además que conforme la sociedad se va desarrollando se van creando nuevas formas de criminalidad y el derecho Penal clásico no da solución a todos estos nuevos crímenes; es por eso que el Estado al verse inútil e impotente para dar solución a estos delitos adopta nuevas formas de derecho penal, como es el derecho Penal del enemigo.

**Pregunta 10, ¿Considera usted que la concreta incorporación del artículo 317 A en el Código penal, se encuentra dentro de los márgenes legítimos del principio de reserva de ley y de la discrecionalidad del legislador para punibilizar hechos?**

El Dr. Edward Alberto Vega Rojas respondió que el delito de marcaje o reglaje sí se encuentra dentro de los márgenes del principio de reserva de ley y discrecionalidad del legislador para punibilizar hechos, ya que este artículo fue incorporado por el Artículo Único de la Ley N° 29859, publicada el 03/05/2012, además de la explicación formulada en la respuesta anterior ad supra.

La Dra. Ofelia Namoc López dijo que el delito de reglaje cumple con los márgenes del principio de reserva de ley, porque fue creado mediante una ley, pero las conductas reguladas en sus acciones típicas son legales por lo que no habría daño a la sociedad si se toman de manera independiente dichas acciones, pero que por razones de inseguridad ciudadana han tenido que ser legisladas, además que el bien jurídico que protege la paz y la tranquilidad pública son bienes abstractos y no se producen una lesión en concreto a un bien jurídico.

El Dr. Roberto Uceda López respondió que las actuales políticas públicas en el ámbito de la criminalidad se encuentran en un momento de crisis. Los medios de comunicación de tipo sensacionalista y los apetitos políticos de los gobernantes de turno son los que marcan su derrotero. En esa medida, no se legisla con la finalidad de luchar frontal y seriamente contra la delincuencia, atacando sus causas y no solo sus efectos, sino se legisla con la

finalidad de obtener la mayor ventaja posible. El Derecho Penal así se ha convertido en el instrumento ideal del populismo jurídico.

El delito de marcaje o reglaje, de la misma manera que otras figuras delictivas, es un tipo penal que ha encontrado vigencia en este periodo de crisis política.

El Derecho Penal debe encontrar su justificación y legitimidad en los fines y principios que lo definen, los mismos que deben ser compatibles con el modelo estatal al que se circunscribe. Un Derecho Penal liberal, en tanto protector de la libertad, encuentra sus límites cuando sus medidas constituyen arbitrarias restricciones de la libertad. Por ello, el marcaje o reglaje en fase preparatoria será ilegítima; sin embargo, dicho comportamiento en fase ejecutiva será perfectamente sancionable, con la ventaja de que dichos actos recibirán las mismas penas de los delitos fines (normalmente, mucho más elevadas que la pena establecida para el delito de marcaje o reglaje) y, asimismo, su sanción no se encontrará restringida a los tipos penales expresamente señalados en el texto legal, sino que será aplicable a todos los tipos penales de nuestra legislación punitiva.

Dr. William Rabanal Palacios; manifestó no estar de acuerdo, sin embargo afirmó que se deben modificar algunos verbos para evitar la doble incriminación (no bis in idem).

Dr. Jeans Arnold Velazco Hidalgo expresó que sí.

Las respuestas a esta pregunta, fueron muy parecidas a la anterior, ya que dijeron que si bien cumple con haberse creado mediante una ley (por lo que se encuentra dentro de los márgenes legítimos del principio de reserva de ley) menoscaba principios y garantías penales y procesales de los ciudadanos para poder reducir el alto índice de criminalidad en el que vivimos.

## CONCLUSIONES

1. Se confirmó la hipótesis planteada en la presente investigación, ya que la discrecionalidad legislativa para sancionar actos preparatorios, expresada con la incorporación del delito de Marcaje o Reglaje, afectan significativamente los principios de Lesividad, Intervención Mínima del Derecho Penal y Proporcionalidad que conforman el Ius Puniendi Estatal; debido a que en el Marcaje o Reglaje existen puntualmente cinco conductas típicas que podría desarrollar el agente; estas conductas típicas que buscan proteger o evitar la lesión de bienes jurídicos de distintas naturalezas hacen alusión a actos preparatorios del mismo delito que se pretende perpetrar; dichos actos preparatorios constituyen un adelantamiento innecesario puesto que los comportamientos que realizan los agentes se encuentran muy lejanos a la etapa ejecutiva del injusto penal, necesarios para la perpetración de la figura delictiva, los mismo que en esta fase, resultan inocuas e irrelevantes para el derecho penal; y por lo tanto no deberían ser punibles, siendo entonces que este tipo penal contraviene los Principios de Lesividad, Proporcionalidad y Mínima intervención del Derecho Penal.
2. Se estableció que político criminalmente no es necesaria la inclusión del Marcaje o Reglaje en el Código Penal Peruano.
3. Los principios que limitan al Ius Puniendi Estatal, los cuales siempre deben ser tomados en cuenta para que la intervención Estatal sea considerada legítima, son el Principio de Lesividad, Principio de Necesidad, Principio de Intervención Mínima del Derecho Penal, Principio de Exclusiva Protección de Bienes Jurídicos, Principio de Legalidad, Principio de Culpabilidad, Principio de Proporcionalidad, Principio de Humanidad de las Penas y Principio de Resocialización.
4. En el Distrito Judicial de La Libertad, a la fecha sólo existe una sentencia consentida en el delito de Marcaje, el Exp.: 02795-2013. Los propios fiscales liberteños, consideran que aún no existe un criterio seguro para poder aplicar el marcaje, debido a que las pruebas respecto a este delito muchas veces son escasas y prefieren acusar por otros delitos que se cometieron luego del marcaje, como el robo, extorsión, hurto agravado, secuestro, homicidio, entre otros.

5. No existe en la legislación comparada el delito de Marcaje o Reglaje. En la órbita del derecho continental europeo, no existe ni podría existir un tipo penal como el que estamos estudiando, ello porque las legislaciones de esos países aún son prevalentemente tributarias del derecho penal clásico. Lo mismo puede decirse del ámbito latinoamericano, por lo menos en este aspecto.

## RECOMENDACIONES

1. Al momento de establecer una conducta como penalmente antijurídica; el legislador creador de las normas penales, deberá tener como propósito supremo, la protección de bienes constitucionalmente protegidos como son los derechos fundamentales. Si bien es cierto que nuestro país ha adoptado en parte como sistema jurídico penal, la corriente del derecho penal del enemigo, esto último sólo deberá ser válido si protege los bienes jurídicos constitucionalmente relevantes (principio de lesividad); es decir que solo la defensa de un valor o interés constitucionalmente relevante podría justificar la restricción en el ejercicio de un derecho fundamental, en correspondencia a una culpabilidad por el acto. Ello, en simples palabras, significaría que a un individuo solo se le puede atribuir responsabilidad penal por lo que hizo y nunca por lo que se cree que va hacer.

2. En cuanto al *Ius Puniendi*, recomendamos al legislador, a de sujetarse en base a los dictados de un orden democrático de derecho y a los principios establecidos en el derecho penal, como es el principio de lesividad, por el cual, la pena, necesariamente precisa la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la Ley. No hay delito sin bien jurídico vulnerado, mientras no haya daño causado no se puede sancionar.

## REFERENCIAS

- Abanto Vasquez, Manuel. *"Acerca de la Teoría de los Bienes Jurídicos" en "Modernas Tendencias de Dogmática y Política Criminal". Libro en Homenaje al Dr. Juan Bustos Ramírez.* Lima: Idemsa, 2007.
- Alcácer Guirao, Rafael. *¿Lesión de Bien Jurídico o Lesión de Deber?* Lima: Ara Editores, 2004.
- Alva, José Luis Castillo. *Principios de Derecho Penal Parte General.* Lima: Gaceta Jurídica, 2004.
- Bacigalupo Zapater, Enrique. *Derecho Penal Parte General.* Lima: Ara Editores, 2004.
- Bacigalupo, Enrique. *Derecho Penal, Parte general.* Buenos Aires: Hammurabi, 1999.
- Berdugo Gómez de la Torres y Otros., Ignacio. *Curso de Derecho Penal Parte General.* Zaragoza: Ediciones Experiencia S.L., 2005.
- Bramont Arias Torres, Luis Miguel. *Tratado del Derecho Penal Parte General, Edición 4°.* Lima: Eddili S.A., 2002.
- Bramont-Arias Torres, Luis Miguel. *Manual del Derecho Penal Parte General, Edición 4°.* Lima, 2008.
- Bustos Ramírez, Juan. *Manual de Derecho Penal Español Parte General.* Barcelona: Ariel, 1997.
- . *Obras Completas. Lecciones de Derecho Penal. Parte Primera Fundamentos del Sistema Penal.* Lima: Ara Editores, 2005.
- Bustos Ramírez, Juan. «Política Criminal y Estado.» *Revista Peruana Ciencias Penales*, 1995: 130-132.
- Caro Jonh, José Antonio. *Normativismo e imputación Jurídico Penal.* Lima: Palestra Editores, 2010.
- Carrara, Francesco. *Programa de Derecho Criminal Parte General - Volumen I.* Bogotá: Editorial Temis S.A., 2004.
- Cobo del Rosal, Manuel. *Derecho Penal Parte General. 5° edición.* Temis, 1999.
- CREUS, CARLOS. *Derecho Penal Parte General" 3°Edición.* Buenos Aires: Editorial Astrea, 1994.
- Díaz y García Conlledo, Miguel. *Protección y expulsión de extranjeros en Derecho Penal, Reforma y Política Criminal.* Lima: Idemsa, 2009.
- Díez Ripollés, José Luis. *Estudios Penales y Política Criminal.* Lima: Idemsa, 2006.
- Fernández Carrasquilla, Juan. *Derecho Penal Fundamental.* Medellín: Temis LTDA. Editorial, 2008.
- Fernando Vicente, Nuñez Perez. «El Acto Preparatorio del Marcaje o Reglaje elevado a la categoría de Delito Consumado por medio de Ley 29859.» *Gaceta Penal y Procesal Penal*, 2012: 50-78.
- Garaycott Orellana, Norman. *"La Función Resocializadora de la Pena Privativa de La Libertad".* Lima: San Marcos, 2007.
- García Arán, Mercedes. *Derecho Penal Parte General 3°Edición.* Valencia: Tirant lo Blanch, 1998.
- García Cavero, Percy. *Derecho Penal, Parte General 2da edición.* Lima: Juristas Editores, 2012.
- . *Lecciones del derecho penal.* Lima: Grijley, 2008.
- García Pablos de Molina, Antonio. *Derecho Penal. Introducción.* Madrid: Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, 2000.
- García, María Isabel Sanchez. *El moderno Derecho Penal y la anticipación de la tutela pena.* Valladolid: Universidad de Valladolid, 1999.
- Garrido Montt, Mario. *Etapas de ejecución del delito autoría y participación.* Santiago de Chile: Jurista de Chile, 1984.
- Hurtado Pozo, José. *Manual de Derecho Penal Parte General.* Lima: Grijley, 2005.
- Hurtado Pozo, José. *Manual del Derecho Penal Parte General I.* Lima: Eddili, 2011.
- Jescheck, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal, Parte General.* Barcelona: Bosch, 1981.
- Jiménez Huerta, Mariano. *La tipicidad.* Mexico D.F.: Porrúa, 1997.

- Maqueda Abreu y Otros, Fabiola. *Derecho Penal. Parte General*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2010.
- Martínez, Mauricio. *Estado de Derecho y Política Criminal*. Santa Fe de Bogotá, 1995.
- Martos Martínez, Juan Antonio. *Derecho Penal Parte General: Fundamentos del Derecho Penal*. Madrid: Civitas, 2001.
- Maurach, Reinhart. *Tratado del Derecho Penal, Tomo II*. Ediciones Ariel, 2011.
- Mir Puig, Santiago. *Derecho Penal Parte General 7° Edición*. Montevideo: Editorial B de F, 2004.
- . *Derecho Penal Parte General, 7° Edición*. Reppertor, 2005.
- . *Función de la Pena y Teoría del Delito en el Estado Social y Democrático de Derecho en "Política Criminal y Reforma del Derecho Penal."*. Bogotá: Temis, 1982.
- Muñoz Conde, Francisco. *"La Resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito"*. Valencia, 1979.
- . *Derecho Penal Parte General, 4° Edición*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.
- . *Derecho Penal y Control Social*. España: Fundación Universitaria de Jerez, 1995.
- . *Introducción al Derecho Penal*. Barcelona: Bosch, 1975.
- Núñez Pérez, Fernando Vicente. «El Acto Preparatorio del Delito de Marcaje.» *Gaceta Penal* (Gaceta Penal), 2012: 110 -1 22.
- OLAECHEA, José URQUIZO. *El Principio de Legalidad*. Lima: Gráfica Horizonte, 2000.
- Paucar Chapa, Manuel. *Derecho Penal*. Lima: Gaceta Jurídica, 2013.
- Paucar Chappa, Marcial. «El Delito de Reglaje o Marcaje Un Análisis Dogmático.» *Gaceta Penal* (Gaceta Penal), 2013: 120 -135.
- Peña Cabrera Freyre, Alonso Raúl. *Derecho Penal Económico; Delitos contra el patrimonio*. Lima: UNSMS, 2009.
- Peña Cabrera Freyre, Alonso Raul. *Derecho Penal Parte General. Teoría General del Delito. Tomo 6*. Lima: UNMSM, 2006.
- Peña Cabrera Freyre, Alonso Raúl. «Una nueva manifestación tipológica del Derecho Penal del Enemigo: el delito de Reglaje en el Perú.» (Idemsa) 2013.
- Polaino Navarrete, Miguel. *Introducción al Derecho Penal*. Lima: Grijley, 2010.
- Prado Saldarriaga, Víctor Roberto. *Criminalidad Organizada*. Lima: Idemsa, 2006.
- . *Determinación Judicial de la Pena y Acuerdos plenarios*. Lima: Idemsa, 2010.
- . *Nuevo proceso penal, reforma y política criminal*. Lima: Idemsa, 2009.
- Prado, Luiz Regis. *Bien Jurídico Penal y Constitución*. Lima: Ara Editores, 2010.
- Ranieri, Silvio. *Manual de Derecho Penal*. Bogotá: Temis, 2005.
- Rodríguez Mourullo, Gonzalo. *Derecho Penal Parte General*. Madrid: Civitas, 1978.
- Romero Soto, Luis E. *Concurso Aparente de Leyes*. Bogotá: Temis, 1993.
- Rosas Yataco, Jorge. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Lima: Grijley, 2012.
- Roxin, Claus. *Derecho Penal Parte General Tomo I. Traducción de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal 2° Edición*. Madrid: Civitas, 1997.
- . *La Estructura de la Teoría del Delito*. Civitas Ediciones S. L., 2014.
- . *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal - Traducción de Francisco Muñoz Conde*. Buenos Aires: Hammurabi, 2002.
- Ruiz Rodríguez, Luis Ramón. *Libro homenaje al Dr. Barbero Santos: In Memoriam. Volumen II*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2009.
- Sánchez García de Paz, María Isabel. *"Perfil criminológico de la criminalidad transnacional organizada". En Serta. In Memoriam Alexandri Baratta, Fernando Perez Alvarez (editor)*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2004.
- Sanchez, Silvia. *Lecciones del Derecho Penal Parte General*. Lima: Grijley, 2006.

- Sancinetti, Marcel. *Exigencias mínimas de la dogmática del hecho punible en la parte general de los códigos penales. En : "El funcionalismo en Derecho Penal. Libro Homenaje al Profesor Gunther Jakobs. Tomo I"*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.
- Velásquez Velásquez, Fernando. *Derecho Penal. Parte General*. Bogotá: Comlibros, 2009.
- Villavicencio Terreros, Felipe. *Derecho Penal Parte General*. Lima: Grijley, 2006.
- . *Derecho Penal Parte General 2° Reimpresión*. Lima: Grijley, 2007.
- Welzel, Hans. *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1996.
- ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR. *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: Ediar, 2002.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Estructura Básica del Derecho Penal*. Buenos Aires, 2005.
- Zaffaroni, Raúl. *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Ediar, 2002.
- ZDRAVOMISLOV Y OTROS:, Zdravomislov, Scheneider, Kélina y Rashkóvskaia. *Derecho Penal Soviético*. Moscú, 2006.
- ZUGALDÍA ESPINAR. José Miguel, PEREZ ALONSO, Esteban y otros. *Derecho Penal Parte General*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2002.

# ANEXOS



Sentencia Marcaje.pdf