

**UNIVERSIDAD PRIVADA DE TRUJILLO
FACULTAD DE DERECHO
CARRERA PROFESIONAL DE DERECHO**



**TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO
“BIEN JURIDICO PROTEGIDO EN EL REGLAJE Y MARCAJE”**

Coautores: Mamani Condori Rosendo

Mamani Quispe Efraín Guido

Asesor: Ms. Guillermo Alexander Cruz Vegas

Trujillo-Perú

2021

HOJA DE FIRMAS

PRESIDENTE

SECRETARIO

VOCAL

DEDICATORIA

La presente investigación está Dedicado con especial afecto, respeto y profunda admiración, para el Dr. Marco Moreno Gálvez por su incansable labor de docente universitario y decano de la facultad de derecho de la universidad privada de Trujillo.

AGRADECIMIENTO

A la universidad Privada de Trujillo por darme la oportunidad de crecer y convertirme en un profesional al servicio de mi país.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

I.	INTRODUCCIÓN.....	9
1.1.	Realidad Problemática.....	9
1.2.	Formulación del Problema.....	13
1.3.	Justificación.....	13
1.4.	Objetivos:.....	13
1.4.1.	Objetivo General.....	13
1.4.2.	Objetivos específicos.....	13
1.5.	Antecedentes.....	14
1.6.	Bases Teóricas.....	15
1.7.	Definición de términos básicos.....	43
1.8.	Formulación de la hipótesis.....	43
1.9.	Propuesta de aplicación profesional.....	43
II.	MATERIAL Y MÉTODOS.....	45
2.1.	Material.....	45
2.2.	Material de estudio.....	46
2.2.1.	Población.....	46
2.2.2.	Muestra.....	46
2.3.	Técnicas, procedimientos e instrumentos.....	48
2.3.1.	Para recolectar datos.....	48
2.3.2.	Para procesar datos.....	48
2.4.	Variables.....	48
III.	RESULTADOS.....	49
IV.	DISCUSIÓN.....	51
V.	CONCLUSIONES.....	55
VI.	RECOEMNDACION.....	56
VII.	BIBLIOGRAFÍA.....	57

ÍNDICE DE TABLAS y GRÁFICOS.

Tabla de Legislación.....	50
Tabla de Doctrina.....	50
Tabla de Jurisprudencia.....	51

RESUMEN

En la presente investigación hemos optado por analizar un tema desde el punto de vista descriptivo- dogmático, formulando un análisis desde la jurisprudencia, doctrina y sobre todo desde la regulación legal del tipo de reglaje y marcaje, proponiendo como problemática que este tipo penal no tiene una regulación clara, esto es, a nivel de principio de determinación de la ley penal, lo que hace es dejar varios vacíos descriptivos vacíos que pueden ser llenados por el operador de justicia de forma arbitraria; ello es un atentado contra el principio de determinación de los tipos penales; así también como, atenta contra el principio de lesividad ya que lejos de proteger un bien jurídico relevante es un tipo que adelanta la punición generando con ello que no se proteja la tranquilidad sino generando más zozobra e inseguridad jurídica al ciudadano que por cualquier conducta permitida puede ser procesado por este tipo penal. Se ha propuesto como objetivo determinar si este tipo penal protege algún bien jurídico para el derecho penal, y luego del uso del método hermenéutico y de la aplicación de las técnicas de análisis documental hemos analizado los resultados llegando a comprobar la hipótesis de que este tipo penal no protege ningún bien jurídico penal, sino por el contrario atenta contra varios principios del derecho penal.

ABSTRACT

In the present investigation we have chosen to analyze a topic from the descriptive-dogmatic point of view, formulating an analysis from the jurisprudence, doctrine and especially from the legal regulation of the type of regulation and marking, proposing as problematic that this criminal type does not have a clear regulation, that is, at the level of principle of determination of the criminal law, what it does is leave several empty descriptive gaps that can be filled by the justice operator arbitrarily; this is an attack against the principle of determining criminal types; as well as, it goes against the principle of lesividad, because far from protecting a relevant legal asset, it is a type that advances punishments, thereby generating no peace of mind, but generating more anxiety and legal insecurity for the citizen, who by any permitted conduct can be prosecuted for this criminal type. It has been proposed as an objective to determine if this criminal type protects some juridical good for the criminal law, and after the use of the hermeneutical method and the application of the techniques of documentary analysis we have analyzed the results verifying the hypothesis that this criminal type it does not protect any criminal legal good, but on the contrary it violates several principles of criminal law.

INTRODUCCIÓN.

1.1. Realidad Problemática:

Con fecha 03 de mayo del año 2012 se incorporó en el código penal peruano el reglaje y marcaje¹; este tipo penal, prescribe así:

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

(Subrayado y resaltado nuestro)

El reglaje y marcaje se configura cuando se realizan actos anteriores consistentes en realizar vigilancia y seguimiento, así como conseguir o proporcionar información con el fin de poder posibilitar o cometer delitos (delitos fin) que atenten contra la vida, la integridad, el patrimonio y la libertad sexual. En suma, lo que se hizo fue incorporar un tipo penal, penalizando un acto preparatorio.

Para entender lo expuesto, es necesario explicar el *iter criminis*, es decir, el camino del delito, desde que se idea hasta que este se consuma. Así pues, según la dogmática penal, para la comisión de una conducta delictiva se debe transitar por una fase interna y una etapa externa; dentro de la primera fase, se encuentra la ideación, la deliberación y la resolución o decisión de la comisión del hecho delictivo; en esa fase aún no hay responsabilidad penal debido a que

¹ Este fue introducido por la ley N° 28859, y que posteriormente fue modificado por la ley 30076, modificado luego por la ley 30076 del 19 de agosto de 2013.

el pensamiento no delinque. La fase externa, está dada por los actos preparatorios y los actos de ejecución, donde la conducta puede llegar consumarse o puede ejecutarse solo hasta el grado de tentativa (**VILLAVICENCIO, 2006**). Los actos preparatorios, a diferencia de los de ejecución son equívocos, es decir, son conductas cotidianas que pueden tener un destino permitido; así por ejemplo, comprar un cuchillo, es una acción cotidiana que se puede realizar con finalidades múltiples (conductas permitidas) cocinar, cambiar utensilios del hogar etc.

Como es sabido, los actos preparatorios-siempre dentro de la fase externa del “*iter criminis*”- por regla no son punibles, salvo que la ley lo establezca; así pues, de forma gradual en el tiempo, el legislador ha ido incorporando en el catálogo penal peruano algunos tipos penales en donde se ha adelantado las barreras de punibilidad y se han sancionado actos preparatorios como delitos².

Siendo que el reglaje y marcaje es un acto preparatorio punible, debemos entender que estos son actos equívocos, en donde, aún no existe ni lesión ni puesta en peligro de un bien jurídico penalmente protegido, pues estamos frente a una conducta neutra o estandarizada (**GARCÍA, 2014**) (conductas permitidas o cotidianas) donde de ninguna forma se lesiona algún bien jurídico, ni se ha puesto en peligro algún bien jurídico del delito final. No se crea un riesgo penalmente relevante (presupuesto primigenio para imputar objetivamente responsabilidad penal).

Ahora bien, si bien es cierto, el reglaje y marcaje lo que protege, por su ubicación sistemática en el código penal, es la tranquilidad pública, entendida como un estado en la que se encuentra una persona a consecuencia de la existencia o no de paz, es decir, la sensación de sosiego de las personas

² Así tenemos, por ejemplo, la tenencia ilegal de arma de fuego, la conspiración al sicariato, la conspiración para el tráfico ilícito de drogas, fabricación o importación de instrumentos o insumos con fines de falsificación de monedas y billetes, tráfico de insumos para la elaboración de drogas, conspiración para la rebelión o sedición y el conocido reglaje y marcaje.

integrantes de la sociedad, nacida de la confianza de que pueden vivir en una atmosfera de paz social (CREUS, 1996), o definida también como estado de calma, quietud o reposo, que se pueden encontrar en un ambiente de paz interna o externa (MORALES, 2005); lo que en realidad se buscó el legislador es proteger anteladamente, al bien jurídico que es objeto de protección del delito fin; es decir, en el caso del reglaje y marcaje para el homicidio simple, no se protege en realidad, la tranquilidad pública, sino que lo que ha hecho el legislador es adelantar la esfera de protección de la vida humana independiente.

Sin embargo, lo que hay que establecer, es si en realidad el tipo penal de regale y marcaje protege algún bien jurídico; ante ello, diremos que, no se protege la tranquilidad pública, pues mediante ella no se logra la tranquilidad y aquel estado de paz en la población, sino, por el contrario, lo que trae como consecuencia es inseguridad jurídica, debido a que cualquier persona, puede en el ejercicio de la realización de una conducta permitida ser sancionada, o, por lo menos investigada; es decir, una persona puede ser objeto de una investigación por este tipo penal, cuando en realidad está realizando una conducta permitida, que no crea riesgo o que no supera el riesgo permitido.

Tampoco protege los bienes jurídicos de los tipos penales fines (vida humana, patrimonio, libertad sexual); ya que, el legislador ha incumplido la obligación de redactar este tipo penal de forma exacta, inequívoca y exhaustiva (STC. Exp. N° 010-2002 AI-TC); ha sido muy ambiguo e impreciso al redactar el reglaje y marcaje, de tal manera que ello podría traernos como consecuencia que actos no prohibidos o conductas diarias, puedan ser considerados delitos. Al ser su redacción o descripción típica oscura, puede originar, detenciones arbitrarias (derecho a la libertad física) o tratar como culpable a un inocente (presunción de inocencia). Esta imposibilidad de poder distinguir entre un acto común o permitido de un acto prohibido de reglaje y marcaje, y por tanto, no lesionar ni poner en riesgo ningún bien jurídico, ha hecho que los países en el

mundo no tipifiquen el reglaje y marcaje, a excepción de Cuba, con pena de penitenciaria no mayor a un año.

Al haberse tipificado un acto preparatorio como el reglaje y marcaje no puede decirse que se está protegiendo el bien jurídico del delito fin, pues estos solo son objeto de protección cuando estos delitos se empiezan a ejecutar, o dicho de otra forma, cuando se inicie los actos de ejecución, y la conducta se desarrolle, como mínimo hasta la tentativa.

Por lo expuesto, sostenemos que es equivocada la concepción político criminal de optar por buscar la solución a los problemas de criminalidad adelantando las barreras de punición, procesando y sancionando actos preparatorios que, como sabemos tiene como característica ser actos equívocos, es decir, que aún no estamos frente a la creación de riesgo relevante, como criterios importante para imputar responsabilidad penal según la teoría de la imputación objetiva; además no existe aún ni lesión ni puesta en peligro de los bienes jurídicos.

1.2. Formulación del Problema

¿Por qué el tipo penal de reglaje y marcaje no es autónomo?

1.3. Justificación

La razón del abordaje de esta investigación está dada por la preocupación de la proliferación de un derecho penal populista que atenta contra la estructura básica del derecho penal (sus principios); en ese sentido, el reglaje y marcaje al sancionar actos preparatorios constituye una manifestación más de un derecho penal del enemigo, donde se está sancionando actos equívocos, los mismos que no lesionan ni ponen en riesgo bien jurídico alguno. Buscamos

desechar, un tipo penal, que solo obedece a la coyuntura social y clamor popular, sin que se sostenga en una base jurídica sólida.

1.4. OBJETIVOS:

1.4.1. Objetivo General:

- Determinar que el tipo penal de reglaje y marcaje no es autónomo porque no protege bien jurídico alguno

1.4.2. Objetivos específicos:

- Analizar los alcances del tipo penal de reglaje y marcaje
- Explicar el “*iter criminis*”.
- Determinar la importancia de los bienes jurídicos objeto de protección de los tipos penales.
- Analizar el bien jurídico tranquilidad pública.

1.5. Antecedentes:

- **Aldo Figueroa, Navarro.** El delito de reglaje y marcaje ¿expresión de derecho penal de riesgo? El autor concluye que: “*Es equivocada sin embargo la concepción político criminal que la solución comienza por adelantar la barrera punitiva, reprimiendo actos preparatorios que, por su equivocidad, y su limitada afectación de bienes jurídicos no caen dentro del ámbito razonable de la imputación objetiva*”.
- **Páucar Chappa, Marcial Eloy.** El delito de reglaje o marcaje: Un análisis dogmático sobre sus notas esenciales. El autor estableced que “*No cabe duda que las modalidades del nuevo delito de marcaje constituyen actos preparatorios criminalizados autónomamente, pues si bien es cierto, al ser*

éstos actos equívocos o ineficaces para obtener por sí mismos la consumación delictiva, si tienen el sentido de estar claramente dirigidos a una finalidad delictiva, y podrían sancionarse en casos excepcionales en los que se cuestiona abiertamente la vigencia de la norma”.

- **Palomino Ramírez, Walter.** El delito de marcaje como expresión de un “sistema penal de la exclusión” comentarios a propósito de los proyectos de ley N° 2056/2012-CR y 2100/2012-PE. El autor concluye que *“La proscripción del marcaje/reglaje no es una medida que pueda justificarse a la luz de un determinado fin (tutelar la tranquilidad pública), pues no contribuye a su consecución, sino que, por el contrario, produce un clima de inseguridad en el sentido de que difícilmente se podrá discriminar —en el ámbito objetivo— los comportamientos que se encuentran prohibidos y que, en atención a ello, deban ser evitados, resultando, incluso, contraproducente de cara a la realización del fin que se ha propuesto”.*

1.6. Bases Teóricas.

a. Descripción legal:

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

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

1. *Es funcionario o servidor público y aprovecha su cargo para la comisión del delito.*
2. *Mantiene o mantuvo vínculo laboral con la víctima u otro vínculo que la impulse a ésta última a depositar su confianza en el agente.*
3. *Utilice a un menor de edad.*

4. *Labora, pertenece o está vinculado a una empresa del sistema financiero y, por razón de su cargo y oficio, tiene conocimiento de los ingresos económicos, operaciones bancarias u otros datos sobre el patrimonio de la víctima.*
5. *Actúen en condición de integrante de una organización criminal*

b. Ideas preliminares:

Nuestro país padece en la actualidad de una creciente e irrefrenable criminalidad, que se manifiesta día a día en nuestras urbes y zonas rurales, tomando lugar acciones delictivas que manifiestan una fuerte dosis de violencia: -Robos, secuestros, extorsiones, violaciones y otras manifestaciones delictuales emparentadas. Todo ello genera un clima de inseguridad ciudadana, al caer en la fatalidad en constituirnos en víctimas potenciales de esta demencial criminalidad, que pone en riesgo los bienes jurídicos fundamentales de la persona humana; las estadísticas muestran un notable ascenso en la comisión de los delitos convencionales, aquellos que atacan las bases existenciales de todo individuo, v. gr., la vida, el cuerpo, la salud y la libertad persona, etc.

Por otro lado, aparecen 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 evidencias objetivas de la comisión de un hecho punible, lo que propicia un ambiente de impunidad. Es sabido, que el hampa se caracteriza hoy en día por marcar a sus “víctimas”, de hacer todo un seguimiento (reglaje), en cuanto a lugares de desplazamiento del sujeto pasivo, como bancos, centros comerciales, financieros y otros, con el evidente afán de perpetrar un robo, un secuestro hasta un delito contra la Libertad sexual. Es decir, como todo plan criminal subyace todo un proceso, nos referimos al <<iter críminis>>, que trasunta desde el plano estrictamente ideológico hasta el fenoménico (fáctico), esto quiere decir, desde que el ser delincuente idea el

programa criminal hasta su exteriorización en el mundo exterior, plasmado en una concreta lesión y/o puesta en peligro de un bien jurídico -penalmente tutelado-. Por otro lado, se tiene que el concepto de <<seguridad ciudadana>>, trasvasa un contenido meramente ideológico y/o doctrinario, para

penetrar en políticas de gestión sectoriales, esto quiere decir, que la sensación de miedo e inseguridad en la población, genera actuaciones pro-activas, de quienes ostentan el poder penalizador, quienes definen las conductas como “delictivas” [Al respecto, BRANDARIZ GARCÍA, escribe que el relanzamiento de una línea dura (de mayor punitividad objetiva) en materia de control social formal constituye un mecanismo de gestión ciudadana e institucional de la emergencia de la sensación social de inseguridad; *Itinerarios de evolución del sistema penal...*, cit., p. 36.]. es así, que el Derecho Penal se convierte en la panacea del legislador, como instrumento que despliega efectos psicocognitivos en la mente del ciudadano, visto como la herramienta predilecta para la solución de toda conflictividad social; de manera, que el poder represivo se constituye en un arma potente de réditos políticos [Así, BRANDARIZ GARCÍA, J.A.; *Itinerarios de evolución del sistema penal...*, p. 38] y a su vez, en fuente fecunda de ingresos dinerarios, para los privados, al aprovecharse de una situación marcada por la necesidad de seguridad.

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

Tratado de Derecho Penal. Estudio Programático de la Parte General. 3era. Edición, GRIJLEY, Lima, cit., p. 81.].

Por consiguiente, la descripción de la <<sociedad del riesgo>> [como apunta RAMOS VÁZQUEZ, la cuestión del “Derecho penal del riesgo” es, (...), una de las que más ocupan a la doctrina actual, dentro de una más compleja “lucha teórica” (...); *Del otro lado del espejo: Reflexiones desordenadas acerca del Derecho Penal en la sociedad actual*, cit., p.], proyecta una directriz de política criminal, que aleja a la normativa penal de sus principios legitimadores -según el ideal democrático-, para imbricarse en variables perceptivos, simbólicos y comunicativos, en tanto la norma *jurídico-penal*, se estanca en un nivel socio-cognitivo [Así, MIRANDA ESTRAMPES al sostener que nuestras sociedades postindustriales se caracterizan por una mayor demanda de seguridad por parte de los ciudadanos para conjurar o minimizar tales riesgos; *El populismo penal*. En: *Temas de Derecho Penal y Procesal Penal*, en co-autoría con Peña Cabrera, AR. APECC, 2008, Lima, cit., p. 558]. Es tal el efecto, que juristas como Zaffaroni, postulan la importancia actual de la contención jurídica, tarea que cobra especial importancia, pues en las últimas décadas del siglo pasado han debilitado a los estados de bienestar y polarizado la riqueza en países desarrollados (y detenido el desarrollo de los subdesarrollados), potenciando la conflictividad violenta y creando una sensación que genera de seguridad existencial, que se pretende compensar con una falta sensación de seguridad mediante una mayor represión punitiva que no conoce obstáculos a su irracionalidad, manipulando a la opinión pública a través de un discurso único de medios de carácter mundial [ZAFFARONI, E.R.; *Estructura básica del Derecho Penal*. EDIAR, cit., ps. 32-33].

El objetivo político ha sufrido una mutación sustancial, pues las estrategias públicas ya no se encaminan a reducir tasas de delitos en una sociedad, sino a reducir los niveles de miedo o ansiedad que experimenta la ciudadanía. De esta forma la inseguridad y el miedo se convierten en promotores de cambios en la legislación penal y procesal penal [MIRANDA ESTRAMPES, M.; *El populismo Penal*, cit., p. 569].

En otras palabras, dicho: no interesa el real rendimiento de la norma jurídico-penal en la realidad social, en cuanto a una verdadera contención y prevención de la criminalidad, sino únicamente sus efectos inmediatos hacia los comunitarios, sobre todo en coyunturas de alta conmoción pública. A tal efecto, los medios de comunicación social se constituyen en la plataforma ideal de esta irracional legislación penal, al magnificar y sobredimensionar la noticia criminal [como expresa SILVA-SÁNCHEZ, (...) la reiteración y la propia actitud (dramatización, morbo) con la que se examinan determinadas noticias actúa a modo de multiplicador de los ilícitos y las catástrofes, generando una inseguridad subjetiva que no se corresponde con el nivel de riesgo objetivo; *La expansión del Derecho Penal...*, cit., p. 38.], provocando el miedo, temor, la angustia en todos los miembros del colectivo social [Así, SILVA-SÁNCHEZ, al escribir que nuestra sociedad puede definirse todavía mejor como la sociedad de la <<inseguridad sentida>> (o como la sociedad del miedo). En efecto, uno de los rasgos más significativos de las sociedades de la era postindustrial es la sensación general de la inseguridad, esto es, la aparición de una forma especialmente aguda de vivir el riesgo; *La expansión del Derecho Penal...*, cit., p. 32.], quienes demandarán una enérgica respuesta punitiva, encontrando en el legislador proclive y dispuesto a atemperar dichas exigencias, incidiendo en una expansión desmedida del Derecho Penal [Así, BRANDARIZ GARCÍA citando

a Pavarini, al apuntar que (...) la creciente sensación social de inseguridad genera demandas de seguridad que, debido a la centralidad del sistema penal en esta interacción social, se convierten en incrementos del poder punitivo que, al no responder las expectativas, redoblan la sensación de inseguridad y las demandas sociales; *Itinerarios de evolución del sistema penal...*, cit., p. 23.].

Siguiendo a SILVA-SÁNCHEZ, diremos que la sociedad postindustrial, es (...) además de la <<sociedad del riesgo>> tecnológico, una sociedad con otros caracteres individualizadores, que convergen en su caracterización como una sociedad de <<objetiva inseguridad>> [SILVA-SÁNCHEZ, J.M; *La expansión del Derecho Penal...*, cit., p. 28.].

El estado apocalíptico de la cuestión criminal, reclama mayores cuotas de intervención del Derecho Penal, lo cual ha de ser explicado desde un plano sociológico (criminológico), político y cognitivo, identificando por una descripción referencial, donde aparecen en el escenario nuevas inter actuaciones de los individuos (incesante cambio de bienes y servicios), generadores de nuevos riesgos e intensificación de los riesgos ya conocidos; como bien se señala en la doctrina española, la profunda interrelación de las esferas de organización individual incrementa la posibilidad de que alguno de esos contactos sociales redunden en la producción de consecuencias lesivas [SILVA-SÁNCHEZ, J.M; *La expansión del Derecho Penal...*, cit., p. 29.]. Ello conlleva a reconocer un decaimiento significativo de los mecanismos de solidaridad social, pues los individuos están cada vez menos dispuestos a sacrificar espacios de seguridad personal, afectando la co-responsabilidad de la sociedad en el delito y por otro lado, una mayor amenaza a los bienes jurídicos fundamentales, surge como consecuencia de la adscripción del crimen organizado, que

adquiere ribetes de mayor lesividad para la co-existencia pacífica de toda sociedad. Se incide, por tanto, en los factores preventivos del derecho punitivo, en el sentido de no esperar que se produzcan concretos estados de lesión, sino que la función ahora del sistema punitivo, ha de tener por función la contención de los riesgos jurídicamente-penalmente desaprobados. [un Derecho penal orientado a la realización de los fines sociales y aun máximo de racionalidad, importa asumir nuevos ámbitos de intervención, que se construyen a partir de las nuevas descripciones conductivas del hombre en una sociedad caracterizada por una multiplicidad de interrelaciones sociales, cuya realización puede propiciar riesgos no permitidos para la integridad de los bienes jurídicos individuales y para la vitalidad de los bienes jurídicos supraindividuales]. Dicha situación debe ser entendida desde un doble plano a saber: -primero, con la modernización del Derecho penal según la imagen socio-referencial de la sociedad del tercer milenio, mediando la construcción normativa de nuevos bienes jurídicos, de naturaleza *supraindividual*, de substrato espiritual, como el medio ambiente, el orden económico y financiero, etc., lo cual ha supuesto el empleo de categorías dogmáticas como el delito de peligro abstracto, aparejado a los delitos de comisión por omisión y a las modalidades delictivas imprudentes, lo cual avizora un cierto relajamiento de los criterios de imputación jurídico-penal, indispensable para hacer frente a estas nuevas manifestaciones de criminalidad empresarial y económica y, segundo, una evidente degradación de las garantías materiales y procesales, ante la inclusión de categorías conceptuales con los criterios legitimantes del *ius puniendi* estatal, que desbordan todo umbral de legitimidad, al hacer uso de convenciones penales vagas, difusas e ambiguas, que ponen el acento en el perfil personal del autor, en su forma de vida, en su enemistad hacia el Derecho, decidiendo por estados de sospecha, bajo el rótulo del <<enemigo>>, entonces sobre ellos puede recaer la

violencia penal institucionalizada, desprovista de todo margen de racionalidad y ponderación.

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

Así, en la doctrina española, cuando se señala que la disminución de las garantías del acusado en el proceso penal, la creación de nuevas figuras delictivas de márgenes pocos precisos y la exasperación de los marcos punitivos de las infracciones ya presentes en Código Penal parecen ser la nota más distintiva del moderno Derecho Penal y procesal penal en la lucha emprendida contra la delincuencia organizada en general, y contra el terrorismo como forma particularmente grave de actividad criminal organizada [FARALDO CABANA, P.: *Un derecho penal de enemigos para integrantes de organizaciones criminales...*, ps. 302-303].

Un sector de la doctrina especializada, señala con razón, de que paradójicamente el discurso de la modernización o expansión del Derecho Penal, (...), ha sido utilizado por los partidarios del modelo de seguridad ciudadana para intensificar la intervención penal en el núcleo de la delincuencia clásica, especialmente patrimonial, alejada de aquellos ámbitos en donde se producen nuevos riesgos que caracterizan a nuestras sociedades postindustrializadas [MIRANDA ESTREMPES, M.; *El populismo penal*, cit., p. 564.].

Se maneja entonces, un doble discurso político criminal, en la medida que el crimen corporativo y empresarial, que perpetra una cantidad grande de perjuicios a los consumidores y a los principios de la libre competencia. Es enfrentada con mecanismos de control social,

carentes de toda eficacia disuasiva (Derecho administrativo sancionador), mientras que el núcleo duro del Derecho Penal es objeto de una intensa dureza punitiva. No existe en realidad una política penal encaminada a combatir los nuevos riesgos, que genera fenómeno de la criminalidad organizada, pues se sigue perfilando la respuesta punitiva en los delitos convencionales; ello comporta la carencia de una estrategia en puridad preventiva e integral, capaz de propiciar verdaderos estados de contención. Así, DIEZ RIPÓLLES, al indicar que el concepto de <<expansión>> ha dejado ya de referirse primordialmente a las nuevas formas de criminalidad propias de la sociedad de riesgo, las cuales pasan a ocupar, dentro del nuevo concepto de expansión, un lugar marginal, tanto cuantitativa como cualitativamente. La expansión ha dejado de ser extensiva para pasar a ser intensiva, concentrando sus esfuerzos en el incremento de punición de ciertos tipos de delincuencia clásica [DIEZ RIPÓLLES, J.L., *de la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado*, cit., p. 570.].

A partir del ataque terrorista a las torres gemelas, en el 2001 en New York, se ha introducido en el lenguaje jurídico-Tecnocrático (política criminal), la idea del <<control criminal>>, es decir lo que más interesa ahora es el orden, por ende, ante las manifestaciones del control tradicional y convencional, se aplica la regla de <<tolerancia cero>>, lo cual significa una máximo de intervención en la esfera de la libertad ciudadana y una gradual e intensa relatividad de las garantías fundamentales [Vide, al respecto, BRANDARIZ GARCÍA, J.A.: *Itinerarios de la evolución del sistema penal como mecanismo de control social en las sociedades contemporáneas*, cit., ps. 17-23.].

Conforme a la línea anotada, la huida ciega al Derecho penal, incide a su vez en la escenificación del llamado <<populismo penal>>, es

decir, la utilización política del Derecho penal, en cuanto a la obtención de objetivos políticos-sectoriales, los cuales son sobre-exaltados en coyunturas de particular conmoción pública.

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

En palabras de MIRANDA ESTREMPES, para erradicar esta utilización populista, toda propuesta nueva de criminalización debería someterse a un test de efectividad; esto es, debería acreditarse, como criterio decisonal, el plus de utilidad que en cada caso reportará esta llamado al Derecho Penal frente a todo tipo de intervenciones [MIRANDA ESTREMPES, M.; *El Populismo Penal*, cit., p. 561-562.]. a nuestro entender, el asunto pasa por someter los proyectos de Ley -en materia penal-, a filtros programáticos y racionalidad, tomando en cuenta los criterios legitimantes de un Derecho Penal democrático, los cuales requieren de toda una discusión dogmática y criminológica.

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

1.7. Definición de términos básicos.

- **Reglaje o marcaje:**

Seguimiento continuo y permanentes que efectúan ciertos agentes delictuales, sobre personas y cosas, con la finalidad de acopiar información y/o datos relevantes, que les permita ejecutar su plan criminal con toda garantía en su ejecución; sea para identificar trayectos de desplazamiento de la víctima, con el objetivo de secuestrarla o de conocer de retiros dinerarios en bancos y otras instituciones financieras, con el afán de apoderarse del objeto material del delito (**Peña Cabrera Freyre**).

- **Acto preparatorio:**

Fase externa del iter criminis que permite el acopio de medios y la información necesaria para iniciar la fase ejecutiva del delito; en esta fase, salvo las excepciones de ley, no hay responsabilidad penal. (**Villavicencio Terreros**)

- **Bien jurídico:**

Interés penalmente protegido que permite la vida en comunidad (Roxin, Claus)

1.8. **Formulación de la hipótesis.**

El tipo penal de reglaje y marcaje no es autónomo porque no protege bien jurídico alguno.

1.9. **Propuesta de aplicación profesional:**

Se propone normativamente la no existencia de tipos penales imprecisos y que carecen de sustento del bien jurídico constitucional que protegen.

II.

MATERIAL Y MÉTODOS

2.1. **Material:**

a) Materiales:

RECURSOS MATERIALES		
Descripción	Cantidad	Unidad de Medida
Tinta Color	01	Unidad
Papel Bond A4	1/4	Millar
Tóner HP	01	Unidad
Lapiceros	01	Unidad
Lápiz	01	Unidad
Borrador	01	Unidad
Corrector	01	Unidad
USB	1	Unidad
Porta Cd	-	-

Folder Manila	6	Unidad
Memoria USB	-	-

b) Humano.:

Recurso Humano	Apellidos y Nombres	Cantidad
Investigador	Mamani Condori Rosendo	2
	Mamani Quispe Efraín Guido	
Asesor Especialista	Ms. Guillermo Alexander Cruz Vegas	1

c) Servicios.

SERVICIOS		
Descripción	Cantidad	Unidad de Medida
Internet	04	Meses
Movilidad	120	Días
Fotocopiado	100	Hojas
Impresiones	100	Hojas
Servicio de Luz	4	Meses
Empastado	-	Unidad
Anillados	-	Unidad
Grabado de CDs	-	Unidad

2.2. Material de estudio

2.2.1. Población:

Legislación, doctrina y jurisprudencia en materia de reglaje y marcaje y bien jurídico protegido.

2.2.2. Muestra:

- **Legislación:**

- Título XIV delitos contra la tranquilidad pública, en el capítulo 1 delitos contra la paz pública artículo 317-A- reglaje o marcaje; artículo IV del título preliminar del Código penal, principio de lesividad.

- **Doctrina:**

- GONZALES ORBEGOZO, ALEXANDER, “¿Es legítimo el acto preparatorio de marcaje o reglaje elevado a la categoría de delito consumado mediante la Ley N° 29859?”, En: Gaceta Penal & Procesal Penal N° 50, Editorial Gaceta Jurídica, Agosto de 2013.

- MORALES CAUTI, Julio César, “El delito de marcaje o reglaje: ¿Protección de bienes jurídicos o Derecho Penal simbólico?”. En: Gaceta Penal & Procesal Penal, Tomo N° 53, Editorial Gaceta Jurídica, Noviembre de 2013.

- PÁUCAR CHAPPA, Marcial, “El delito de reglaje o marcaje: Un análisis dogmático sobre sus motas esenciales”. En: Gaceta Penal & Procesal Penal N° 46, Editorial Gaceta Jurídica, Abril de 2013.

- PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl “Una nueva manifestación tipológica del Derecho Penal del enemigo: El delito de reglaje en el Perú”. En: Estudios Críticos de Derecho Penal y Política Criminal. A partir de la jurisprudencia nacional y los nuevos tipos penales. Ideas Solución Editorial, 2013.

- SILVA SÁNCHEZ; Jesús María. “La expansión del Derecho penal”, Edifos er, Madrid-España, 2011.

- PÉREZ LÓPEZ, JORGE A “El delito de marcaje o reglaje incorporado en el artículo 317-A del Código Penal por la Ley

N° 29859”. En: Gaceta Penal & Procesal Penal N° 36, Editorial Gaceta Jurídica, Junio de 2012.

- **Jurisprudencia:**

- Sentencia N° 02795-2013-44 del Noveno Juzgado Penal Unipersonal de Trujillo

- Recurso de nulidad 439-2015 – Lima

- Sentencia N° 3984-2012 octavo juzgado penal de Lima de reos en cárcel.

2.3. Técnicas procedimientos e instrumentos:

2.3.1. Para recolectar datos:

- **Método Deductivo**

Mediante este método, a partir de la información extraída de la bibliografía y del cuestionario planteado a los expertos podemos concluir si el tipo penal de reglaje y marcaje protege o no un bien jurídico y por tanto es autónomo.

- **Método Analítico- sintético:**

Luego de hacer un minucioso análisis del tipo de reglaje y marcaje haremos una síntesis del fundamento para establecer que el tipo de reglaje y marcaje no protege bien jurídico alguno.

- **Método Hermenéutico:**

Mediante este se hará un análisis interpretativo del tipo de reglaje y marcaje, partiendo de la discusión de si en realidad protege la tranquilidad pública o algún otro bien jurídico.

2.3.2. Para procesar datos:

- **fichaje:** esta técnica se utilizará con el fin de recabar los aportes de los expertos doctrinarios sobre el tema materia de investigación, se usa esta técnica porque a través de su **instrumento, la ficha**, la

información de calidad se puede ordenar para luego incorporarla al contenido del informe de tesis.

- **Análisis documental:** mediante esta técnica se podrá hacer un análisis de lo que la jurisprudencia nacional ha resultado en materia del delito de reglaje y marcaje, para poder perfilar nuestra hipótesis y luego demostrarla. Instrumento: guía de análisis documental.

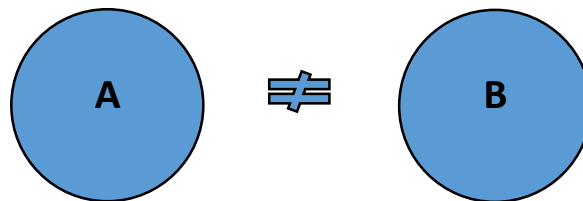
2.4. Operacionalización de variables.

Variable (A)

- Bien jurídico protegido

Variable (B)

- Tipo penal reglaje y marcaje.



III.

RESULTADOS

Legislación
<i>“Artículo 317°-A.- Marcaje o reglaje:</i>

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

Legislación

Artículo IV Título Preliminar:

La pena precisa de la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico penalmente protegido.

Doctrina

Autores	bien jurídico protegido
GONZALES ORBEGOZO, Alexander	Cuestiona que el bien jurídico que se proteja sea la paz y la tranquilidad pública, debido a que es un acto preparatorio penalizado.
MORALES SARAVIA, Francisco	Considera que no protege viene jurídico sino que lo que hace este tipo penal es ser una muestra más de derecho penal simbólico.
PÁUCAR CHAPPA, Marcial	El tipo penal de reglaje y marcaje, es necesario debido al aumento de criminalidad y es una muestra de protección de adelantamiento de la barrera de punibilidad que se justifica en la protección de la paz y tranquilidad pública.
PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl	Considera que más allá de la protección de algún bien jurídico lo que hace este tipo penal es constituir una muestra más de un derecho penal del enemigo, es decir, rompe las garantías que sirven de base al derecho penal.

PÉREZ LÓPEZ, Jorge A	Este autor se limita a describir que este es un genuino delito contra la paz y tranquilidad pública.
CLAUS, Roxin	Este autor enseña que los tipos penales se legitiman siempre y cuando estos protejan bienes jurídicos o intereses que contengan un respaldo constitucional, de tal forma que si ellos (los tipos penales) no tutelan bienes jurídicos constitucionales entonces estos carecerán de legitimidad y no podrán ser aplicados a las conductas, por carecer de contenido básico, la función de proteger bienes jurídicos que es lo que legitima la aplicación de las penas.

JURISPRUDENCIA

Sentencia N° 02795-2013-44 del Noveno Juzgado Penal Unipersonal de Trujillo	Se establece que protege la paz y tranquilidad pública y evita la lesión a bienes jurídicos de delitos fin.
Recurso de nulidad 439-2015 – Lima	Asume que se protege la paz y tranquilidad pública, como bien jurídico.
Sentencia N° 3984-2012 octavo juzgado penal de Lima de reos en cárcel.	El Asume que se protege la paz y tranquilidad pública, como bien jurídico, al ser un acto preparatorio punible.

IV

DISCUSION

La vinculación del legislador a los derechos fundamentales y su garantía por parte de una jurisdicción constitucional es una característica de los Estados constitucionales y democráticos de Derecho, lo que obliga a que, en casos de colisión entre una medida de intervención por parte del Estado frente a derechos, se tenga que llevar a cabo un examen sobre la idoneidad, necesidad y proporcionalidad (en sentido estricto) de la misma en aras de afirmar su legitimidad

En este sentido, en lo que a la limitación de derechos se refiere, para el citado test “el medio es idóneo, cuando con su ayuda puede ser fomentado el fin deseado; es necesario, cuando no pudo ser establecido otro medio, igualmente adecuado para el logro del fin, pero que suponga una menor restricción para el derecho afectado. A su vez, la limitación al derecho fundamental debe ser proporcional en sentido estricto, debe guardar una afectación razonable con el peso e importancia de los argumentos que hablan a favor de una mayor y mejor protección del derecho afectado.”. Con mayor precisión, LOPERA MESA, refiere que “en virtud del sub principio de idoneidad sólo puede justificarse una medida a la luz de determinado fin si ésta en efecto contribuye a su consecución, pero no si resulta indiferente o incluso contraproducente de cara a la realización del fin propuesto. Con el sub principio de necesidad, por su parte, se quiere poner freno a la tendencia a emplear los medios más contundentes, más invasivos, para alcanzar los objetivos legislativos de un modo pretendidamente más eficaz. Finalmente, el sub principio de proporcionalidad en sentido estricto, al exigir que la libertad que se protege con la intervención del legislador no resulte inferior a la que se sacrifica, representa una clara concreción del principio de utilidad”. En este sentido, atendiendo a que el presupuesto para aplicar el test de proporcionalidad será la existencia de una colisión entre principios constitucionales, lo primero que se deberá observar es a qué derechos fundamentales *prima facie* afectados por la ley penal nos estamos refiriendo, tanto a través de la

norma de conducta como mediante la clase y cuantía de la pena establecida en la sanción.

Con relación al primer punto, dado por sentado que solo se puede reaccionar a través del Derecho penal ante un hecho que merece y necesita pena, ya que reaccionar “en nombre del Derecho ante una conducta que no contradice el ordenamiento jurídico sería paradójico, irracional e injusto, porque la conducta jurídicamente correcta merece confirmación y no reprobación”, se observa que la redacción del actual art. 317-A CP genera que la intervención incida en el derecho al libre desarrollo de la personalidad, esto es, en aquel espacio de libertad para la estructuración de la vida personal y social.

Precisados aquellos puntos, conviene entonces desarrollar el filtro acerca de la idoneidad de la medida legislativa (tipificación del reglaje/marcaje), tomando en cuenta para ello a los principios de exclusiva protección de bienes jurídico y de lesividad, toda vez que “la prohibición de una conducta mediante la limitación de derechos fundamentales sólo será constitucionalmente válida si ésta tiene como fin la protección de bienes jurídicos de relevancia constitucional, y siempre y cuando la medida prohibida lesione o ponga en peligro tal bien jurídico justifican que este bien sea merecedor de protección por parte del Estado” .

En el caso en concreto, a partir de la ubicación sistemática del delito materia de comentario, el bien jurídico protegido vendría a ser la tranquilidad pública, que es un bien de orden espiritual que busca un estado de serenidad y alejamiento de todo vicio de alteración de la persona.

En virtud a lo expuesto, no considero que la proscripción del marcaje/reglaje sea una medida que pueda justificarse a la luz de un determinado fin (tutelar la tranquilidad pública), pues no contribuye a su consecución, sino que, por el contrario, solo produce un clima de inseguridad en el sentido de que difícilmente se podrá discriminar —en el ámbito objetivo— los comportamientos que se encuentran prohibidos y que, en atención a ello, deban ser evitados, resultando, incluso, contraproducente de cara a la realización del fin propuesto, pasándose de un clima de inseguridad producido por la delincuencia a uno llevado a cabo por los propios agentes del Estado.

La proscripción del marcaje/reglaje no es una medida que pueda justificarse a la luz de un determinado fin (tutelar la tranquilidad pública), pues no contribuye a su consecución, sino que, por el contrario, produce un clima de inseguridad en el sentido de que difícilmente se podrá discriminar —en el ámbito objetivo— los comportamientos que se encuentran prohibidos y que, en atención a ello, deban ser evitados, resultando, incluso, contraproducente de cara a la realización del fin que se ha propuesto.

El tipo penal de reglaje y marcaje es una de las muestras más comunes de un adelantamiento de la barrera de punibilidad de las conductas, donde el legislador ha propuesto el sancionar como delito un mero acto preparatorio, es decir, una excepción a la regla de que los actos preparatorios no son punibles, ello en atención a la lucha contra la criminalidad.

No debemos confundir que el reglaje y marcaje es una acto de tentativa, pues es un acto preparatorio, en donde aún no se inicia la ejecución de ninguno de los delitos finales a que se refiere el artículo 317-A del código penal. No olvidemos que la tentativa requiere que se inicie los actos de ejecución, lo que no sucede en los actos preparatorios que en esencia actos preparatorios.

Este tipo penal tal y como eta regulado en el código penal, como lo sostiene algún sector de la doctrina no tiene una regulación clara, esto es, a nivel de principio de determinación de la ley penal, lo que hace es dejar varios vacíos descriptivos vacíos que pueden ser llenados por el operador de justicia de forma arbitraria; ello es un atentado contra el principio de determinación de los tipos penales.

Este delito según algún sector de la doctrina tiene como bien jurídico protegido la paz y tranquilidad pública, ya que se basan solo en su ubicación sistemática, como sucede con lo que dice la jurisprudencia; sin embargo, las posturas de autores reconocidos sostienen que lejos de proteger un bien jurídico relevante es un tipo que adelanta la punición generando con ello que no se proteja la tranquilidad sino generando más

zozobra e inseguridad jurídica al ciudadano que por cualquier conducta permitida puede ser procesado por este tipo penal.

V

CONCLUSIÓN

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

VI

RECOMENDACIÓN

- Los operadores deben realizar un test constitucional de los tipos penales, para determinar si deben ser aplicados o deben ser no aplicados en función a la lesión a los derechos que este puede contener, en lugar de cumplir sus fines.

VII

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BRAMONT ARIAS, Luis A. y GARCÍA CANTIZANO, María. (2002). Manual de derecho penal. Parte Especial, San Marcos, Lima- Perú.
- CREUS, Carlos (1996). Derecho penal parte especial, tomo II, Astrea, Buenos Aires.
- MORALES SARAVIA, Francisco (2005). Derecho a la paz y tranquilidad. Constitución comentada, Gaceta Jurídica, Lima.
- PÁUCAR CHAPPA, Marcial, “El delito de reglaje o marcaje: Un análisis dogmático sobre sus motas esenciales”. En: Gaceta Penal & Procesal Penal N° 46, Editorial Gaceta Jurídica, Abril de 2013.
- PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl “Una nueva manifestación tipológica del Derecho Penal del enemigo: El delito de reglaje en el Perú”. En: Estudios Críticos de Derecho Penal y Política Criminal. A partir de la jurisprudencia nacional y los nuevos tipos penales. Ideas Solución Editorial, 2013.
- PÉREZ LÓPEZ, JORGE A “El delito de marcaje o reglaje incorporado en el artículo 317-A del Código Penal por la Ley N° 29859”. En: Gaceta Penal & Procesal Penal N° 36, Editorial Gaceta Jurídica, Junio de 2012.
- SILVA SÁNCHEZ; JESÚS MARÍA. “LA EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL”, EDIFOS ER, MADRID-ESPAÑA, 2011.
- VILLA STEIN, Javier (1998) Derecho Penal Parte General, Editorial San Marcos, Lima-Perú.
- VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. (2014), Derecho Penal Parte General, Grijley, Lima- Perú.