

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO



**UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y
CIENCIAS POLÍTICAS**

PROGRAMA DE MAESTRIA EN CIENCIAS

TESIS:

**FUNDAMENTOS JURÍDICOS QUE SUSTENTAN LA
DEROGATORIA DEL TIPO PENAL DE REGLAJE O MARCAJE,
TIPIFICADO EN EL ARTÍCULO 317-A DEL CÓDIGO PENAL**

Para optar el Grado Académico de

MAESTRO EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA

Presentada por:

Bachiller: WILMER IGNACIO SÁNCHEZ

Asesor:

Dr. JOEL ROMERO MENDOZA

Cajamarca, Perú

2023

COPYRIGHT © 2023 by
WILMER IGNACIO SÁNCHEZ
Todos los derechos reservados

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO



UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

PROGRAMA DE MAESTRIA EN CIENCIAS

TESIS APROBADA:

FUNDAMENTOS JURÍDICOS QUE SUSTENTAN LA DEROGATORIA DEL TIPO PENAL DE REGLAJE O MARCAJE, TIPIFICADO EN EL ARTÍCULO 317-A DEL CÓDIGO PENAL

Para optar el Grado Académico de

MAESTRO EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA

Presentada por:

Bachiller: WILMER IGNACIO SÁNCHEZ

JURADO EVALUADOR

Dr. Joel Romero Mendoza
Asesor

Dr. Alcides Mendoza Coba
Jurado Evaluador

Dr. Saúl Alexander Villegas Salazar
Jurado evaluador

M.Cs. Nilton Yaquilin Rojas Ruiz
Jurado evaluador

Cajamarca, Perú

2023



Universidad Nacional de Cajamarca
LICENCIADA CON RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 080-2018-SUNEDU/CD

Escuela de Posgrado
CAJAMARCA - PERU



PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS

ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TESIS

Siendo las 18:23 horas, del día 26 de abril de dos mil veintitrés, reunidos en el Auditorio de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, el Jurado Evaluador presidido por el **Dr. ALCIDES MENDOZA COBA**, **Dr. SAÚL ALEXANDER VILLEGAS SALAZAR, M.Cs.**, **NILTON YAQUILIN ROJAS RUIZ** y en calidad de Asesor el **Dr. JOEL ROMERO MENDOZA**. Actuando de conformidad con el Reglamento Interno y el Reglamento de Tesis de Maestría de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, se dio inicio a la Sustentación de la Tesis titulada **"FUNDAMENTOS JURÍDICOS QUE SUSTENTAN LA DEROGATORIA DEL TIPO PENAL DE REGLAJE O MARCAJE, TIPIFICADO EN EL ARTÍCULO 317-A DEL CÓDIGO PENAL"**, presentada por el Bachiller en Derecho **WILMER IGNACIO SÁNCHEZ**.

Realizada la exposición de la Tesis y absueltas las preguntas formuladas por el Jurado Evaluador, y luego de la deliberación, se acordó... APROBAR... con la calificación de CATORCE (14) BUENO... la mencionada Tesis; en tal virtud, el Bachiller en Derecho **WILMER IGNACIO SÁNCHEZ**, está apto para recibir en ceremonia especial el Diploma que lo acredita como **MAESTRO EN CIENCIAS**, de la Unidad de Posgrado de la Facultad de la Derecho y Ciencias Políticas, con Mención en **DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA**.

Siendo las 19:06 horas del mismo día, se dio por concluido el acto.

.....
Dr. Joel Romero Mendoza
Asesor

.....
Dr. Alcides Mendoza Coba
Jurado Evaluador

.....
Dr. Saúl Alexander Villegas Salazar
Jurado Evaluador

.....
M. Cs. Nilton Yaquilin Rojas Ruiz
Jurado Evaluador

DEDICATORIA

A:

Mi adorado padre Mg. Efrén Ignacio Ríos, quien un 07 de abril del 2021 partió a la diestra de Dios a consecuencia de la pandemia Covid 19, a mi adorada madre Zulema Sánchez Terrones, por su amor y constante apoyo para conseguir ser un buen ciudadano y buen profesional; gracias a ambos por su cariño por formarme, educarme y apoyarme incondicionalmente.

También a mis hermosos hijos Fabrizzio Alexander y Vivian Arianna Ignacio Vargas, quienes con el solo hecho de su existencia han provocado una inmensa felicidad en mi vida y han motivado que mis esfuerzos sean mayores para conseguir el presente trabajo académico e intelectual

AGRADECIMIENTO

Agradezco de manera especial a mis hermanos Moisés y Edgar, al Dr. Manuel Sánchez Zorrilla, a la que en vida fue la Magistrada Dra. Edith Margarita Trillo Espinoza Juez Titular del Juzgado Mixto de la Provincia de Cajabamba y a mi Asesor el Dr. Joel Romero Mendoza, que de una u otra manera han colaborado para poder iniciar y culminar el presente trabajo de investigación.

EPÍGRAFE

“La ignorancia, el olvido o el desprecio de los derechos del hombre son las únicas causas de los males públicos y de la corrupción de los gobiernos.”

(Carlos Santiago Nino)

ÍNDICE

DEDICATORIA.....	v
AGRADECIMIENTO.....	vi
EPÍGRAFE	vii
ÍNDICE	viii
RESUMEN	xi
ABSTRACT	xii
INTRODUCCIÓN	xiii
CAPÍTULO I	1
ASPECTOS METODOLÓGICOS.....	1
1.1. CONTEXTUALIZACIÓN	1
1.2. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA	6
1.3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....	7
1.4. JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA.....	7
1.5. ÁMBITO DE LA INVESTIGACIÓN	8
1.5.1. Espacial	8
1.5.2. Temporal.....	9
1.6. TIPO DE INVESTIGACIÓN.....	9
1.6.1. De acuerdo al fin que persigue.....	9
1.6.2. De acuerdo al diseño de la investigación	10
1.6.3. De acuerdo a los métodos y procedimientos que utilizan	12
1.6.3.1. Cualitativa no experimental	12
1.7. HIPÓTESIS	13
1.8. OBJETIVOS.....	13
1.8.1. Objetivo general.....	13
1.8.2. Objetivos específicos.....	13
1.9. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN	14
1.9.1. Métodos genéricos	14
1.9.1.1. Métodos de análisis-síntesis	14
1.9.1.2. Método inductivo	15
1.9.2. Métodos propios de las investigaciones jurídicas	16
1.9.2.1. Método de la Dogmática Jurídica	17

1.9.2.2.	Método de la Hermenéutica Jurídica	17
1.9.2.3.	Método de la Argumentación jurídica	21
1.9.2.4.	Método literal o gramático	21
1.10.	TÉCNICAS E INSTRUMENTOS	22
1.10.1.	Técnicas	22
1.10.1.1.	Análisis documental	22
1.10.1.2.	Fichaje	22
1.10.2.	Instrumentos de investigación	23
1.11.	UNIDAD DE ANÁLISIS O UNIDAD DE OBSERVACIÓN	23
1.12.	UNIVERSO Y MUESTRA	24
1.13.	ESTADO DE LA CUESTIÓN	24
CAPÍTULO II		25
MARCO TEÓRICO		25
2.1.	ASPECTO IUS FILOSÓFICO	25
2.1.1.	Introducción al marco filosófico y epistemológico	25
2.1.2.	El conocimiento científico y sus diferentes enfoques	29
2.1.3.	Los niveles del conocimiento y las principales corrientes para obtenerlo	33
2.1.3.1.	Conocimiento empírico	34
2.1.3.2.	Conocimiento Científico	35
2.1.3.3.	Conocimiento filosófico	36
2.2.	MARCO DOCTRINAL: BASES TEÓRICAS	37
2.2.1.	La Política Criminal	38
2.2.1.1.	Relación entre Política Criminal y Derecho Penal	45
2.2.1.2.	Relación entre Política Criminal y Criminología	46
2.2.2.	Teorías expansionistas del Derecho Penal	50
2.2.2.1.	Derecho Penal Simbólico	52
2.2.3.	Teoría del Garantismo	55
2.2.4.	Modelo penal de la seguridad ciudadana o modelo bienestarista	59
2.2.5.	Teoría de protección de los bienes jurídicos	62
2.3.	MARCO CONCEPTUAL	68
2.3.1.	Los actos preparatorios y las teorías para su punición	68
2.3.1.1.	Las teorías objetivas	73

2.3.1.2.	Las teorías subjetivas.....	74
2.3.1.3.	Las teorías mixtas	75
2.3.2.	Seguridad ciudadana.....	76
2.3.3.	Delitos de peligro	80
2.3.3.1.	Delitos de peligro concreto	81
2.3.3.2.	Delitos de peligro abstracto	81
2.3.3.	La teoría del delito	82
2.4.	MARCO LEGAL	97
2.4.1.	Los actos preparatorios como delito en la legislación comparada	97
2.4.2.	Los actos preparatorios como delito en la legislación nacional	99
CAPÍTULO III		101
CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS		101
3.1.VULNERACIÓN A LOS PRINCIPIOS DE LESIVIDAD Y PROPORCIONALIDAD, PROPIOS DE UN ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO		103
3.1.1.	Vulneración del principio de lesividad.....	104
3.1.2.	Vulneración del Principio de proporcionalidad.....	106
3.2.CONCRETIZACIÓN DEL DERECHO PENAL SIMBÓLICO CON LA CRIMINALIZACIÓN DE ACTOS PREPARATORIOS		108
3.3.CORROBORACIÓN DE LA AUSENCIA DE LESIÓN O PUESTA EN PELIGRO AL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO		112
3.4.REPRESENTACIÓN DE LA CASUÍSTICA SOBRE DELITO DE REGLAJE O MARCAJE		114
CAPÍTULO IV		119
POPUESTA LEGISLATIVA.....		119
CONCLUSIONES.....		124
RECOMENDACIONES		126
LISTA DE REFERENCIAS		128

RESUMEN

Esta investigación tiene por objetivo desarrollar los fundamentos jurídicos que sustentan la derogatoria del delito de reglaje, tipificado en el artículo 317-A del Código Penal peruano, el cual trata de la criminalización de actos preparatorios, tales como el acopio de información, el seguimiento y la vigilancia de la víctima, ahora elevados a la categoría de un delito autónomo, incorporado con la ley 29859, vigente desde el 03 de mayo del 2012, como consecuencia de la aplicación de una Política Criminal moderna, que únicamente le interesa reprimir o sancionar, más no prevenir, cualquier conducta peligrosa, recurriendo como única alternativa al Derecho Penal, dejando de lado Políticas Sociales que podrían ser más eficaces; como en este caso; vulnerando así principios garantistas del Derecho Penal como el de lesividad y proporcionalidad; concretizándose además de esta manera el Derecho Penal Simbólico en un Estado Democrático de Derecho como el Perú.

En este trabajo, se usaron métodos generales como el deductivo, analítico y sintético; así como métodos propios del Derecho: dogmático, hermenéutico, y el de la argumentación jurídica. Todos ellos, han permitido establecer los fundamentos jurídicos para proponer la derogatoria del delito de reglaje o marcaje tipificado en el artículo 317-A del Código Penal. Finalmente, se ha elaborado una propuesta legislativa, teniendo como exposición de motivos justamente las categorías que conforman la hipótesis.

Palabras Clave: Actos Preparatorios. Seguridad Ciudadana. Delitos de Peligro. Teoría del delito.

ABSTRACT

The objective of this investigation is to develop the legal foundations that support the repeal of the regulation crime, typified in article 317-A of the Peruvian Penal Code, which deals with the criminalization of preparatory acts, such as the collection of information, monitoring and the surveillance of the victim, now elevated to the category of an autonomous crime, incorporated with law 29859, in force since May 3, 2012, as a consequence of the application of a modern Criminal Policy, which is only interested in repressing or punishing, but not prevent, any dangerous behavior, resorting as the only alternative to Criminal Law, leaving aside Social Policies that could be more effective; as in this case; thus violating guarantee principles of Criminal Law such as harmfulness and proportionality; further concretizing in this way the Symbolic Criminal Law in a Democratic State of Law like Peru.

In this work, general methods such as deductive, analytical and synthetic were used; as well as methods typical of Law: dogmatic, hermeneutic, and that of legal argumentation. All of them have made it possible to establish the legal grounds to propose the repeal of the offense of adjustment or marking typified in article 317-A of the Penal Code. Finally, a legislative proposal has been prepared, having as a preamble precisely the categories that make up the hypothesis.

Keywords: *Preparatory Acts. Citizen security. Crimes of Danger. Crime theory.*

INTRODUCCIÓN

Una de las características del mundo jurídico contemporáneo es que los estados democráticos como el Perú, con el fin de combatir el fenómeno social de la delincuencia están criminalizando algunas conductas peligrosas, creando y regulando novedosos delitos, algunos razonablemente acertados y otros muy cuestionables de características especiales como el tipo penal del reglaje o marcaje, tipificado en el artículo 317-A, que fue incorporado al Código Penal mediante la Ley N.º 29859, vigente desde el 03 de mayo del año 2012, como consecuencia de la aplicación de las teorías de expansión del Derecho penal y de una Política Criminal moderna represiva o sancionadora carente de mecanismos preventivos y de un sustento empírico criminológico, marcada por la búsqueda de eficacia de las normas penales a toda costa en la lucha por el incremento de la criminalidad.

Los avances tecnológicos y la globalización en general, ha generado una verdadera revolución en todo el mundo jurídico, lo cual no sólo ha traído efectos positivos a través de las innovaciones científicas y tecnológicas; sino también, alcances negativos, debido a la aparición de nuevos riesgos o de nuevas conductas especiales riesgosas que no se suscitaban en el pasado. De esta problemática se da cuenta a diario en los medios y redes de comunicación social, información que no siempre es realizada con objetividad; sin perjuicio de ello, es una realidad presente en la sociedad.

En ese sentido, frente al crecimiento de este fenómeno criminal, el sistema político del país viene reaccionando a través de sus distintas políticas públicas y sobre todo a través de su Política Criminal, la cual se plasma en tres tipos de

decisiones: criminalización, sobre criminalización y neo-criminalización; recurriendo como siempre y únicamente al Derecho Penal como un instrumento punitivo para dar, de la manera más fácil, una respuesta inmediata al fenómeno criminal, a la opinión pública o demanda social, sin que con esto resuelva el fondo del problema en sí, dejando así de lado Políticas Sociales (Flores Càceres, 2022) que, en muchos casos resultan más eficaces que el Derecho Penal.

Es así, que el legislador peruano, en estos tiempos de posmodernidad, ante el incremento descontrolado de la delincuencia, la variedad de las modalidades delictivas y algunas veces por la presión mediática que se ejerce en su contra, le ha restado importancia a los derechos individuales de las personas, dándole prioridad a los derechos de la colectividad, creando bienes jurídicos supraindividuales, abstractos o colectivos como la salud, la educación, la seguridad social, la vivienda, el medio ambiente o la seguridad ciudadana como en el delito de reglaje o marcaje; creando así de esta manera, cómodamente desde su escritorio, en base a conceptos y teorías del Derecho Penal, tipos penales especiales de peligro abstracto como el que se está abordando en este trabajo; el cual, tomando en cuenta el *iter criminis* de la Teoría del Delito, consiste básicamente en actos preparatorios elevados a la categoría de un delito autónomo imposible de lesionar bien jurídico alguno y en el que se adelanta extremadamente las barreras de la punibilidad, el cual, resulta siendo totalmente ineficaz en la práctica judicial.

Con la Publicación de la ley N°29859, se dejó en clara evidencia la incoherencia entre la Política Criminal que está adoptando el Estado peruano y el modelo o la forma que asume su gobierno; el cual taxativamente está contemplado en el artículo 43 de la Constitución Política vigente, el cual prescribe que “la república

del Perú es democrática...”, lo cual significa que es un Estado donde se respeta la dignidad de la persona, sus derechos fundamentales, las garantías procesales y los principios constitucionales; por ende, un Estado donde también su Política Criminal y su poder sancionador deben regirse por un modelo garantista, basado más en la prevención que en la represión y que permitan sancionar efectivamente aquellas conductas antisociales que lesionan o ponen en grave riesgo los bienes jurídicos protegidos.

Aun cuando pareciera correcta la intensión que tuvo el legislador de criminalizar este tipo de comportamientos por ser de alguna manera reprochables socialmente y revestir algún grado de peligrosidad; se tiene que al realizar un análisis de la propia exposición de motivos del Proyecto de Ley N°103-2011-CR, que incorporó el artículo 317-A al Código Penal, referido al delito de marcaje o reglaje, se puede advertir que este delito surgió como una propuesta del legislador de crear un ordenamiento jurídico especial que permitiera sancionar la criminalidad del marcaje como actos preparatorios del delito de robo o extorsión y así de esta manera tutelar la tranquilidad pública ante los embates del crimen organizado; es decir, que este tipo penal en principio, según el legislador, se creó para combatir delitos graves como el crimen organizado y que el bien jurídico a proteger era únicamente el patrimonio de las personas, advirtiendo además en su momento el propio legislador una redacción sumamente deficiente que generaba mucha inseguridad jurídica, en cuanto a los supuestos en lo que se podía ejecutar la comisión de este delito; deficiencias que también fueron advertidas un año después por el propio Poder Ejecutivo, cuando el Presidente del Consejo de Ministros de aquel entonces, presentó ante el Congreso de la República otro Proyecto de Ley N°2100-2012-PE, que planteó reformas en el

delito de marcaje o reglaje, tipificado en el artículo 317-A al Código Penal y que en su exposición de motivos también afirma que en el proyecto inicial existían algunos defectos en cuanto a la configuración del tipo penal, orientándose a mejorar la redacción y llenar algunos vacíos que se estimaron altamente atendibles; mejoras que no han surtido efectos hasta el momento, conforme a los argumentos que se esgrimen en el presente trabajo de investigación.

Es importante también resaltar el hecho de que, el proyecto de ley que incorporó el delito de reglaje o marcaje no cuenta con un sustento o un informe técnico de la ciencia empírica de la Criminología; que justifique al legislador el hecho de haber criminalizado los actos preparatorios que contienen el tipo penal de reglaje; pues de lo contrario, contando con los beneficios de dicha ciencia, con una información confiable de la realidad, y, realizando un análisis de costo-beneficio hubiera recurrido mejor a Políticas Sociales como la instalación de cámaras de videovigilancia, operativos preventivos y charlas sobre seguridad ciudadana a las juntas vecinales o rondas urbanas; que finalmente tendrían resultados más eficaces para conseguir los objetivos trazados por el legislador en la criminalización de los actos preparatorios que contiene el tipo penal de reglaje.

Por ello, con el fin de dar a conocer toda esta problemática, sus causas y sus consecuencias, la presente tesis se ha desarrollado con la siguiente sistemática: en primer lugar consta de cuatro capítulos, que desarrollan los aspectos metodológicos, el marco teórico, la demostración de la hipótesis y un último apartado referido a una propuesta legislativa; todo ello, referido al análisis del delito de reglaje o marcaje, como fenómeno ius-sociológico que ha impulsado en el legislador su incorporación como delito independiente, encuadrándose este

delito dentro de una Política Criminal represiva, siendo que la problemática es puramente teórica, orientada a demostrar su hipótesis con argumentos lógicos.

En el primer capítulo se expone la contextualización, descripción, formulación justificación e importancia del problema, el ámbito y tipo de investigación, la hipótesis, los objetivos y métodos de la investigación, además de los métodos y técnicas de investigación aplicados. Siendo entonces dicho sustento metodológico y dogmático los ejes rectores del proceso investigativo.

En el segundo capítulo se ha desarrollado el marco teórico, el cual consta en primer lugar de un marco ius filosófico, en el cual se define las diferentes corrientes ius filosóficas actuales y tradicionales del conocimiento científico y que considero aplicables a la presente tesis; asimismo, consta de un marco teórico en el cual se ha realizado un análisis crítico de la Criminología y su importancia para la Política Criminal, un análisis de la Política Criminal, la importancia de la Dogmática penal para la Política Criminal, las corrientes de expansión del Derecho Penal entre ellas el Derecho Penal Simbólico, a la cual corresponde el tipo penal que se ha analizado, la teoría del Garantismo, la teoría de la protección de los bienes jurídicos, se ha establecido un marco conceptual y se ha explicado el marco legal para conocer la regulación como delito de los actos preparatorios no solo en el país sino también en otras legislaciones del mundo.

En el tercer capítulo se discute y analiza los resultados encontrados en función a los objetivos trazados siendo estos los principios de lesividad y proporcionalidad de la pena, propios del Estado democrático y constitucional de Derecho; el Derecho Penal Simbólico, las características del delito de reglaje o marcaje que lo vinculan con este tipo de Derecho Penal además se han

analizado el concepto del bien jurídico y su tipología, el *iter criminis* de la teoría del delito, los delitos de peligro y finalmente la casuística existente. Seguidamente con la ayuda de las bases teóricas, los métodos, las ciencias de la Dogmática penal, la Política Criminal y la Dogmática penal se logra contrastar y confirmar la hipótesis.

Por último, se ha planteado una propuesta respecto a su posible derogación del sistema penal, en razón a que la ley que incorporó los actos preparatorios al ordenamiento punitivo corresponde a una Política Criminal apuesta a los principios del modelo democrático que asume el Estado peruano, que solo aparenta combatir el fenómeno criminal y además porque se ha demostrado que con este tipo de conductas no se lesiona ni pone en peligro ningún bien jurídico; por lo que, mediante una política social la inseguridad ciudadana que genera los actos preparatorios incorporados en el delito de reglaje o marcaje se puede combatir de manera más eficaz utilizando otros medios desprovistos del carácter de sanción penal, sino de otra naturaleza como civil o administrativas. Finalmente, culminándose el trabajo investigativo con las conclusiones y recomendaciones de la labor investigativa.

Por ende, este trabajo es solo una aproximación teórica-dogmático al tema y que se espera la contribución de otros para poyar al desarrollo de las instituciones jurídicas.

CAPÍTULO I

ASPECTOS METODOLÓGICOS

1.1. CONTEXTUALIZACIÓN

En el Perú, a partir de la década del 80, se empezaron a dar manifestaciones de criminalidad no convencionales como el terrorismo, las desapariciones forzadas de personas o el tráfico ilícito de drogas, a los cuales el sistema jurídico de aquel entonces no podía hacerles frente porque carecían de una regulación propia en el Código Penal de 1924 (Prado Saldarriaga V., 2019, p. 56); toda vez que, la Política Criminal y el ordenamiento jurídico penal que se contaba en ese entonces, estaba inspirado únicamente en un modelo garantista de un Derecho Penal mínimo, orientado a garantizar básicamente derechos subjetivos individuales; al cual, Luigi Ferrajoli lo define como: un modelo teórico y normativo de Derecho Penal, capaz de minimizar la violencia de la intervención punitiva- tanto en la previsión legal de los delitos como en su comprobación judicial- sometiéndola a estrictos límites impuestos para tutelar los derechos de la persona (Ferrajoli, 2006, p. 10).

Por ende, el Estado peruano, a través de este modelo de Política Criminal, tradicionalmente castigaba aquellas personas que infringían las leyes penales o que con su actuar ponían en riesgo o lesionaban bienes jurídicos individuales concretos de vital importancia como la vida, la libertad, la propiedad entre otros; pero respetando a la vez los principios garantistas del modelo de Estado contenidos en la Carta Magna y los derechos fundamentales de toda persona.

El aumento del índice del fenómeno criminal con nuevas modalidades delictivas, producto de la Globalización, que a diario dan cuenta los medios de comunicación social, presionaron de alguna manera a los legisladores peruanos para que se realice una reforma total del ordenamiento jurídico punitivo, lo cual se hizo efectivo el 08 de abril del año 1991 con la promulgación del Decreto Legislativo 635; esto es, con la publicación del actual Código Penal.

Sin embargo, pese a la existencia de un nuevo ordenamiento punitivo, la criminalidad en las tres últimas décadas no ha logrado disminuir; provocando con ello una grave crisis en el Derecho Penal, crisis que se manifiesta en dos aspectos: en primer lugar en cuanto su credibilidad por parte de la población y en segundo lugar la impotencia del Derecho; es decir, su incapacidad para producir reglas a la altura de los nuevos desafíos abiertos por la globalización (Ferrajoli, 2006, p. 69-70); lo cual hoy en día se evidencia con el descontento de la población, que ya no cree en el Derecho Penal y recurre en algunos lugares del país a la aplicación de la justicia popular o cuando el legislador, aparte de realizar varias reformas al actual Código Penal, empieza a criminalizar actos preparatorios como delitos independiente que hasta antes del año 2011 eran impunes; creando bienes jurídicos abstractos como la seguridad ciudadana para justificar su criminalización; siendo entonces ahora un gran desafío de la Política Criminal poder regular aquellas nuevas conductas especiales que pongan en riesgo o en peligro nuevos bienes jurídicos.

El país con el pasar de los años, ha estado tratando de enfrentar esta crisis del Derecho Penal, aplicando diferentes políticas públicas, entre ellas una Política Criminal de corte represivo, basada únicamente en el Derecho Penal Simbólico, incorporando de manera muy escueta nuevos tipos penales al ordenamiento punitivo para sancionar delitos no convencionales como el feminicidio, la trata de personas, la pornografía infantil, el tráfico de armas químicas, (Prado Saldarriaga V., 2019, p. 64-65), y lo que actualmente está ocurriendo con los actos preparatorios del acopio de información, el seguimiento y vigilancia, todo esto con el fin de supuestamente disminuir el fenómeno criminal y compensar de alguna manera a la sociedad.

En la segunda década del presente siglo, esta situación, no ha cambiado; y la sociedad peruana sigue caracterizándose por el incremento del índice del fenómeno criminal, este hecho, en primer término, viene representado por la cantidad de delitos que vienen siendo perpetrados a nivel nacional tanto por personas individuales, así como por organizaciones criminales siendo la delincuencia el principal problema social y político del país (Prado Saldarriaga V., 2019, p. 66). Frente a esto, los legisladores de del país, en busca de la solución para este fenómeno social, muchas veces realizan su labor legislativa creando tipos penales especiales de peligro, como por ejemplo los delitos de tenencia ilegal de armas, el Grooming, el abandono y trato cruel de los animales domésticos y silvestres, el acoso sexual y otros; sobrecriminalizando algunos tipos penales y que se evidencian en el ordenamiento jurídico penal cuando; por ejemplo, se aumentan las penas

para los delitos comunes (hurto, robo, delitos contra la libertad sexual, extorsión, secuestro, entre otros) y en otros casos cuando se adelanta la barrera de la punibilidad para regular algunas conductas antisociales como tipos penales autónomos como por ejemplo el delito de reglaje o marcaje.

Es así de esta manera que el Derecho Penal peruano contemporáneo, al igual que otros países de Latinoamérica, se ha visto afectado por el fenómeno denominado “expansión del Derecho Penal”, el cual está caracterizado por el hecho de que, en las actuales sociedades, frente a un crecimiento de la criminalidad, su proceso de criminalización se orienta hacia un Derecho Penal máximo, lo cual no concuerda con los postulados de un Derecho Penal mínimo de un Estado democrático-garantista, en el que dentro de su ordenamiento punitivo existen principios garantistas muy importantes como el de lesividad, proporcionalidad de las sanciones, subsidiariedad entre otros.

Bajo este panorama, se tiene que en el Perú los legisladores a inicios de la segunda década del presente siglo le pusieron un interés especial para regular un tipo de conducta que utilizan algunos criminales, de alguna manera peligrosa; siendo inicialmente su propósito proteger el bien jurídico patrimonio pero que luego se expandió a otros bienes jurídicos; refiriéndonos nuevamente a los actos preparatorios de acopio de información, seguimiento y vigilancia desplegada por un sector de la criminalidad en algunas regiones de mayor crecimiento económico, denominado como reglaje o marcaje en el argot de la Policía Nacional del Perú; tal como se indica en la exposición de motivos del proyecto de ley

Nº103-2011-CR, que incorporó el artículo 317-A al Código Penal, referido al delito de marcaje o reglaje.

Esta modalidad delictiva del marcaje o reglaje consiste, en líneas generales, en acciones preliminares que realizan los delincuentes para posteriormente cometer ilícitos penales más graves; es decir, son actos que constituyen una labor de inteligencia que realizan algunos criminales, en lugares estratégicos como bancos, centros comerciales, negocios, departamentos, donde las personas realizan transacciones, guardan dinero, o realizan sus actividades comunes. Quedando tipificado de la siguiente manera:

Artículo 317-A.- 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.

La pena privativa 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 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.

Como bien se sabe, tradicionalmente una norma penal castiga o reprime con una pena los actos propios ejecutados o consumados, llegando a castigar o sancionar los casos de tentativa punible cuando se trata de acciones que superan el riesgo penalmente permitido; sin embargo, ahora,

a través del artículo 317-A del Código Penal, también se sancionan penalmente los actos preparatorios, los cuales según este tipo penal consisten en recopilación y entrega de información, actos de seguimiento y vigilancia de personas y además estar en posesión de armas u objetos idóneos que facilitan las primeras conductas del tipo penal de reglaje para que posteriormente se logre la comisión de otros delitos más graves; actos o conductas que nadie puede negar que son antisociales y que revisten algún grado de peligrosidad, que de alguna manera son pasos previos para realizar posteriormente un delito más grave y que han sido criminalizados por el legislador e incorporado al ordenamiento punitivo, sin tener en cuenta el tipo o modelo de Estado, si estas conductas preliminares elevadas a la categoría de delitos solucionan el problema de fondo y si con la ejecución de estas conductas se logra lesionar o poner en riesgo algún bien jurídico; siendo estos fundamentos válidos para proponer su derogación del ordenamiento jurídico.

1.2. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

En el Perú, a inicios de la primera década del presente siglo el legislador con la finalidad de afrontar la crisis que acarrea al Derecho Penal está criminalizando la mayor parte de conductas antisociales, basadas en su peligrosidad, recurriendo únicamente al Derecho Penal, dejando de lado Políticas Sociales que sería más eficaces; tal como ocurre con la criminalización de los actos preparatorios como el de acopio o entrega de información, seguimiento y vigilancia de la víctima; elevados actualmente a la categoría de un delito independiente con la nomenclatura de reglaje o marcaje, regulado en el artículo 317-A del Código Penal, vulnerándose así

principios garantistas del ordenamiento jurídico penal como el de lesividad y proporcionalidad de las sanciones que forman parte del Estado Democrático de Derecho; concretizándose con la incorporación de estos nuevos delitos la implementación de un Derecho Penal Simbólico que no sirve para los propósitos del legislador.

1.3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿Cuáles son los fundamentos jurídicos que sustentan la derogatoria del tipo penal de reglaje o marcaje, tipificado en el Artículo 317-A del Código Penal?

1.4. JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA

La presente investigación es de suma importancia, debido a que ayudará a conocer a la comunidad jurídica la problemática que se viene presentando actualmente con la criminalización de actos preparatorios elevados a la categoría de tipos penales autónomos o independientes; siendo consecuencia de ello en primer lugar la vulneración a principios garantistas del modelo de un Estado Democrático; que las denuncias que se presenten por estos delitos terminen archivándose por falta de vulneración de bien jurídico alguno, quedando impunes estas conductas al igual que antes de su criminalización.

Por lo que el presente trabajo de investigación, al igual que todos, trae consigo una utilidad teórica y una utilidad práctica o social. El aporte teórico se encuentra en que permitirá a la comunidad jurídica saber el tipo de Política Criminal que le corresponde a cada modelo de estado y esclarecer aquellas cuestiones y dificultades que se presentan con los tipos penales creados con una Política Criminal represiva, donde en algunos casos se

recurre únicamente al Derecho Penal y como en el presente caso al Derecho Penal Simbólico, abandonando Políticas Sociales preventivas que serían más eficaces.

En cuanto a la utilidad práctica o social el presente trabajo de investigación servirá de una guía teórica a los estudiantes y profesionales del Derecho y a los operadores jurídicos (Jueces y Fiscales) para que en sus funciones puedan acoger estos argumentos y poder tomar mejores decisiones en las futuras denuncias o investigaciones por delitos de reglaje o marcaje. Es por eso que el objeto de la presente investigación, no está solamente relacionado con aspectos normativos, sino que considero que su trascendencia va mucho más allá, involucrando la propia visión y concepción de la justicia.

Finalmente, la realización del presente trabajo de investigación, resulta novedoso; puesto que, si se recurre a la doctrina existente, así como a los diferentes estudios y comentarios realizados en cuanto a este tipo de criminalidad, existe una mínima información.

1.5. ÁMBITO DE LA INVESTIGACIÓN

1.5.1. Espacial

La presente investigación, tiene un ámbito de alcance nacional, ya que para corroborar la hipótesis no solo se ha recurrido a la Dogmática penal sino también a otras disciplinas como la Criminología, la Política Criminal e incluso con información de la casuística respecto del delito estudiado y como se evidencia, los resultados no se limitan al ámbito local.

1.5.2. Temporal

El ámbito temporal comprende desde el momento en que se encuentra vigente la Ley N.º 29859 que incorporó al Código Penal el delito de reglaje o marcaje, tipificado en el artículo 317-A al Código Penal; esto es, desde el mes de mayo del año 2012 hasta la actualidad.

1.6. TIPO DE INVESTIGACIÓN

1.6.1. De acuerdo al fin que persigue

1.6.1.1. Básica

El presente trabajo de investigación es una de tipo básica, la misma que consiste en la búsqueda desinteresada de nuevos conocimientos científicos, cuya idea principal es que cualquier ciencia factual básica es un miembro de un sistema científico y se caracteriza por el estudio conceptual y empírico de alguna sección o aspecto de la realidad, con miras a representar a ésta de la manera más verdadera y profunda posible (Bunge, 2004, p. 264). Esta ciencia indaga sobre nuevos eventos científicos que existen en la realidad que crean o refutan teorías y proposiciones fundamentales de la ciencia en general, con validez más o menos universal. Con este tipo de investigación se incrementará el conocimiento doctrinario, dogmático y jurídico que existe sobre la Política Criminal, Dogmática Penal y Criminología.

En esta tipología se buscó resolver problemas esencialmente teóricos; apuntando al desarrollo de teorías y proposiciones existentes; recurriendo además a recursos de carácter documental (conceptos, principios, teorías, bases estadísticas, etc.).

1.6.2. De acuerdo al diseño de la investigación

1.6.2.1. Descriptiva-explicativa

De acuerdo con el problema de investigación enunciado y la hipótesis formulada como posible respuesta anticipada que le da solución, el diseño metodológico es netamente cualitativo – no experimental, en razón a que estuvo encaminada de manera específica, a ser un estudio de índole jurídico-descriptiva, toda vez que, en este trabajo se desarrolló diversos postulados doctrinarios por los cuales no debió incorporarse este delito de reglaje al Código Penal. La investigación cualitativa podría entenderse como una categoría de diseños de investigación que extraen descripciones a partir de observaciones que adoptan las formas de entrevistas, narraciones, notas de campo, registros de todo tipo, etc.; el investigador cualitativo pretende conocer el fenómeno que estudia en su entorno natural, siendo el propio investigador el principal instrumento para la generación y recogida de datos, con los que interactúa; debiendo reflexionar sobre sus propias creencias y conocimientos.

Asimismo, es necesario señalar los niveles de investigación que se utilizarán; por un lado, es descriptivo, este diseño de investigación reseñan las características o rasgos de la situación o fenómeno objeto de estudio, cuya función es seleccionar las características fundamentales del objeto de estudio y su descripción detallada de las partes, categorías y clases de dicho objeto, la cual se soporta en técnicas como la encuesta, la entrevista, la observación y la revisión documental (Bernal Torres, 2006, p. 112-113); siendo aplicable a la presente tesis en la medida que se desarrolló toda la temática respecto al delito de reglaje: teoría y doctrina; por otro lado, es explicativo, en la medida en que se utilizó argumentos para explicar objetivamente las relaciones, descripciones, observaciones de las cuestiones jurídicas utilizadas en la investigación y tiene como fundamento la prueba de hipótesis y busca que las conclusiones lleven a la formulación o el contraste de leyes o principios científicos. (Bernal Torres, 2006, p. 116); siendo que para el análisis se explica la manera en cómo viene afectando el tipo penal de reglaje o marcaje a los principios del Estado democrático de Derecho fruto de la aplicación de aquella Política Criminal represiva y que no le permite alcanzar los objetivos perseguidos con la imposición de la pena a ciertas conductas; explicando a través de postulados y

teorías propias del Derecho Penal, con ayuda de la Dogmática Penal y las ciencias de la Criminología. Y por último es, propositivo, esta tipología busca indagar la falta o deficiencia de un enfoque teórico para resolver un problema jurídico; en otros casos se evidencia el vacío o lagunas de una o varias normas jurídicas o se cuestiona las existentes, determinando sus límites o deficiencias para proponer una nueva, la reforma o su derogatoria (Quiroz Salazar, 1998, p. 82-83). Es utilizable este último diseño en razón a que se ha podido advertir que estas conductas no lesionan ni ponen en riesgo los bienes jurídicos individuales o concretos ni el bien jurídico abstracto de la seguridad ciudadana, pues se trata propiamente de actos preparatorios, ubicados dentro del *iter criminis* en un estadio muy lejano al bien jurídico; asimismo, se ha advertido su contradicción a los principios del modelo de Estado, al cual pertenece el país.

1.6.3. De acuerdo a los métodos y procedimientos que utilizan

1.6.3.1. Cualitativa no experimental

En razón a que estuvo encaminada de manera específica a realizar un estudio de índole jurídico- descriptiva, toda vez que en este trabajo de investigación se ha desarrollado diversos postulados doctrinarios, por los cuales no debió incorporarse al Código Penal el delito de reglaje o marcaje y menos como un tipo penal independiente; por tanto, no

se ha realizado encuestas, entrevistas y estadísticas para demostrar la hipótesis.

1.7. HIPÓTESIS

Los fundamentos jurídicos que sustentan la derogatoria del tipo penal de reglaje o marcaje tipificado en el Artículo 317-A del Código Penal son:

- a. La vulneración a los principios de lesividad y proporcionalidad, propios de un Estado democrático de Derecho.
- b. La concretización del Derecho Penal Simbólico con la criminalización de actos preparatorios.
- c. La Corroboración de ausencia o carencia de lesión o puesta en peligro al bien jurídico protegido.

1.8. OBJETIVOS

1.8.1. Objetivo general

Determinar los fundamentos jurídicos que sustenten la derogatoria de del del tipo penal de reglaje o marcaje regulado en el Artículo 317-A del Código Penal.

1.8.2. Objetivos específicos

- a. Evidenciar que el delito de reglaje o marcaje vulnera los principios de lesividad y proporcionalidad propios de un Estado democrático de Derecho.
- b. Determinar que con la criminalización de actos preparatorios y su elevación a la categoría de delitos autónomos se está concretizando el Derecho Penal Simbólico en el Código Penal.

- c. Corroborar la carencia o ausencia de lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido en la ejecución de los actos preparatorios.
- d. Elaborar una propuesta legislativa respecto a la derogación del artículo 317-A del Código Penal.

1.9. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN

Siguiendo a Bonilla y Rodríguez el método científico se entiende como el conjunto de postulados, reglas y normas para el estudio y la solución de los problemas de investigación, que son institucionalizados por la denominada comunidad científica reconocida. En un sentido más amplio el método científico se refiere al conjunto de procedimientos que, valiéndose de los instrumentos o las técnicas necesarias, examina y soluciona un problema o conjunto de problemas de investigación (Bernal Torres, 2006, p. 55). Como ocurre con todas las investigaciones científicas, esta tesis ha hecho uso de los métodos generales: analítico, sintético e inductivo en los momentos en que resultaron necesarios; pero, además, se han utilizado métodos específicos de interpretación jurídica y otros, a fin de comprender de una manera debida los temas relativos a la misma.

1.9.1. Métodos genéricos

La presente tesis aplicó de forma conjunta los siguientes métodos generales:

1.9.1.1. Métodos de análisis-síntesis

El método analítico es un proceso cognoscitivo, que consiste en descomponer un objeto de estudio separando cada una de las partes del todo para estudiarlas en forma individual (Bernal Torres, 2006, p. 56).

A través de este método se analizó por separado los conceptos o elementos del tipo penal del Artículo único de la Ley 29859, la exposición de motivos de los proyectos de leyes 103-2011-CR y 2100-2012-PE, así también se analizó cada uno de los componentes del delito de reglaje a la luz de la teoría del delito; por otra parte, también se analizó el sistema de principios y valores que conforman el estado democrático, la Política Criminal, Dogmática penal y la Criminología.

Por su parte con el método sintético se reúne los elementos para formar un todo; hay síntesis cuando se procede de lo simple a lo complejo (Zelayaran Durand, 1997, p. 111). La tesis desarrolló la problemática del Artículo 317-A del Código Penal, respecto a su derogatoria, partiendo de conceptos generales, como qué es el reglaje o marcaje, su naturaleza jurídica, elementos del tipo penal, comparación con otros sistemas, etc. De esta manera permitió establecer las causas y efectos del problema de investigación.

1.9.1.2. Método inductivo

Es aquel método científico que a partir de verdades particulares concluye en verdades generales (Aranzamendi, 2013, p. 108). Con este método se utiliza el razonamiento para obtener conclusiones que parten de hechos particulares aceptados como válidos, para llegar

a conclusiones, cuya aplicación sea de carácter general. El método se inicia con un estudio individual de los hechos y se formulan conclusiones universales que se postulan como leyes, principios o fundamentos de una teoría (Bernal Torres, 2006, p. 56).

Como se puede observar, existe relaciones entre el análisis y la inducción; ya que el primero coadyuva al segundo, pues, la inducción no solo se orienta a tomar los hechos singulares que tienen en común, sino que, además, trata de encontrar lo que tienen de esencial, en base de operaciones de análisis, de modo que, una correcta inducción requiere del uso cuidadoso del análisis. Que luego de haber realizado un análisis de la figura en investigación y su normatividad sustentatoria, se realizó la contrastación vía argumentación con el marco teórico general del problema de investigación para obtener así los resultados que ha permitido establecer las causas y el porqué de las mismas, ya que luego de establecido el marco teórico general se ha realizado la descripción de cómo se presenta el problema en la legislación a nivel de formulación.

1.9.2. Métodos propios de las investigaciones jurídicas

Como se puede advertir el presente trabajo es una investigación jurídica pura, la cual según Manuel Sánchez Zorrilla (2009) es: “Toda aquella investigación que trate del derecho y que no

pertenezca a ninguna otra disciplina...” (p. 2), la cual también cuenta con sus métodos propios como los siguientes:

1.9.2.1. Método de la Dogmática Jurídica

La investigación jurídica dogmática es el estudio de los diversos institutos, categorías del Derecho, también de las corrientes doctrinarias; busca construcciones lógicas que no contradigan los intereses jurídicos y los Derechos Humanos (Quiroz Salazar , 1998, p. 54). Su objeto debe estar constituido por las fuentes formales que lo integran. Es el principal método utilizado en esta investigación, toda vez que el trabajo de investigación es uno de tipo dogmático-formalista en el que se ha utilizado aspectos conceptuales, instituciones o normas jurídicas en estudio adhiriéndole un análisis crítico iusfilosófico en la que finalmente se determinó que el delito de reglaje o marcaje si contradice los principios garantistas de una estado democrático de Derecho, su pertenencia al Derecho Penal Simbólico y su falta de lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos que contiene el tipo penal.

1.9.2.2. Método de la Hermenéutica Jurídica

El término hermenéutica vio la luz por primera vez en el siglo XVII, cuando el teólogo de Estrasburgo Johann Conrad Dannhauer lo inventó para denominar lo que anteriormente se llamaba el arte de la interpretación y si hay necesidad de recurrir a este método, es porque el sentido de la escritura

no goza siempre de la claridad de la luz del día, por ello la interpretación (exponere, interpretar) es aquí el método o la operación que permite llegar a la comprensión del sentido, al *intelligere* (Grondin, 2014, p. 11).

Este método permite entender el significado del objeto que se estudia a partir de una triple perspectiva: a) la del fenómeno en sí mismo; b) la de su engarce sistémico-estructural con una totalidad mayor, y c) la de su interconexión con el contexto histórico-social en el que se desenvuelve.

Este método es un recurso básico en las investigaciones de diversas áreas de las ciencias sociales, como la educación, sociología o psicología y en la ciencia jurídica es válido cuando el centro del estudio lo constituyen normas jurídicas.

Este método se emplea de mejor manera cuando hace posible precisar el objetivo de la norma jurídica; valorar la correspondencia entre éste y lo que declara; hacer inteligible su estructura; develar el sistema de relaciones que establece con el resto del entramado jurídico; comprender las motivaciones teleológicas de su creación y desentrañar el condicionamiento ambiental y cultural del momento histórico que lo produjo, y para ello es necesario tener en cuenta al menos cuatro variables: a) gramatical; b) teleológica; c) histórica, y d) sistemática.

En cuanto la variable gramatical tiene que ver con el significado literal de un enunciado sobre la base de reglas semánticas, sintácticas y pragmáticas vigentes, determinando el significado de las palabras sobre la base de las pautas lingüísticas que gobiernan las relaciones de estas con el enunciado y el texto marco. En este proceso no sólo cada palabra adquiere una dimensión significativa determinada en dependencia del contexto en el que se valore, sino que además cada cápsula lingüística (enunciado, fragmento, texto) adquiere también un determinado sentido.

En el caso del delito de reglaje o marcaje respecto de esta variable se puede decir que es posible identificar algunas impresiones en las conductas que describen el tipo penal.

En cuanto la variable teleológica, se hace referencia a la relación que existe entre la norma objeto de estudio y su ratio, destacando la finalidad de ésta, la que puede objetivarse en varias dimensiones: los propósitos generales de la misma, las necesidades de la disciplina jurídica o sector normativo a la que obedece, los hechos fácticos que motivaron su promulgación, etcétera. En el caso del delito de reglaje o marcaje en base a este variable se puede determinar que el objetivo del legislador fue la de reprimir penalmente estas conductas que revisten algún grado de peligrosidad y que anteriormente eran impunes con ánimos

de calmar en la sociedad la coyuntura sobre el incremento de la delincuencia.

A través de la variable axiológica se destacan los principios éticos en los que se sostiene la norma objeto de estudio; esto a partir de aceptar que el Derecho tiene una fundamentación ontológica que sustenta su andamiaje conceptual e institucional y posee un plexo axiológico que se alimenta de referentes de la nación en la que se estructura y se enraíza en la cultura histórica de la humanidad, los que son en definitiva las claves del proyecto de deber ser y de los presupuestos de justicia de éste. Mediante esta variable el legislador al crear el delito de reglaje o marcaje lo que pretendió en el fondo es defender bienes jurídicos individuales o concreto tan importantes como la vida, libertad, patrimonio, considerando únicamente la sanción a la peligrosidad de estas conductas sin importar la proximidad que debe de existir con la lesión o puesta en peligro de dichos bienes jurídicos.

Mediante la variable histórica se saca a la luz el entorno histórico cultural que le dio origen, lo cual es posible a través de dos vías: haciendo inteligibles las razones que motivaron al legislador en el momento de concebir la norma y el comportamiento histórico-evolutivo que ha tenido la institución en cuestión. Con esta variable lo que el legislador peruano pretendió es sancionar aquellas conductas

antisociales que hace algunos años no eran pasibles de una sanción penal, tratando de prevenir que el sujeto agente cause algún peligro o lesione los bienes jurídicos concretos. Es por eso que, puede afirmarse que detrás de toda norma existen antecedentes remotos e inmediatos, y circunstancias intervinientes durante los trabajos preparatorios en que se gesta (Villabella Armengol, 2009).

1.9.2.3. Método de la Argumentación jurídica

Debido a que la presente es una investigación de carácter doctrinaria y dogmática, con soporte en la filosofía y la lógica, es necesario, sobre la base de los parámetros que permite la investigación, que para establecer fundamentos jurídicos que sustentan el paradigma homocéntrico, es necesario recurrir a la argumentación, porque consiste en “la exposición de las razones que sostienen una conclusión, a partir de sus premisas” (Gonzalez Placencia, 2008, p. 41). Por ello, en la presente investigación, a partir de las premisas que se seleccionen se elaborarán las conclusiones referentes al trabajo.

1.9.2.4. Método literal o gramático

Este método consiste en deducir de las palabras mismas, de su lugar en la frase y de la sintaxis, de la misma puntuación, el sentido exacto del artículo de que se trata (Pasquier, 1994, p. 259). Mediante este método se logró determinar el

verdadero significado del delito de reglaje o marcaje tal como ha sido planteado por el legislador.

1.10. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS

1.10.1. Técnicas

Las técnicas de investigación social son prácticas de reducción de la complejidad de lo social, aportando a la investigación referencias de la experiencia construida procedimentalmente (Callejo Gallego, 2009, p. 21). En la presente investigación se utilizaron las siguientes técnicas:

1.10.1.1. Análisis documental

Esta técnica está basada en el recojo y análisis de toda la información bibliográfica existente como libros, códigos, revistas, artículos, entre otros que han permitido obtener la información necesaria para poder fundamentar la hipótesis y la contrastación de la misma.

1.10.1.2. Fichaje

Es una técnica auxiliar de todas las demás técnicas empleada en la investigación científica; consiste en registrar los datos que se van obteniendo en los instrumentos llamados fichas, las cuales, debidamente elaboradas y ordenadas contienen la mayor parte de la información que se recopila en una investigación por lo cual constituye un valioso auxiliar en esa tarea. En el

desarrollo de la tesis se ha aprovechado las ventajas del uso de las fichas bibliográficas, textuales, de resumen y de comentario, artículos de revistas, de críticas, reflexiones, aportes y comentarios personales, exposición de motivos. Todo ello para registrar información importante en cuanto a doctrina, disposiciones fiscales, artículos, leyes y jurisprudencia que se revisó a lo largo de la investigación a través de: Fichas bibliográficas, de comparación, resúmenes, de citas todo en lo que concierne a la incorporación del Artículo 317-A del delito de reglaje.

1.10.2. Instrumentos de investigación

Estos consisten en el análisis del reporte de las estadísticas que existe sobre el delito de reglaje o marcaje y de las respectivas disposiciones fiscales de archivo que fue proporcionado por el los Distritos Fiscales de Cajamarca, La Libertad, Ayacucho, Lambayeque y Puno, de las cuales se aprecia la problemática que se ha indicado.

1.11. UNIDAD DE ANÁLISIS O UNIDAD DE OBSERVACIÓN

La presente investigación, en estricto, no tiene unidad de análisis, porque esta hace referencia a un individuo (persona); sin embargo, la unidad de observación es el artículo 317-A del Código Penal.

1.12. UNIVERSO Y MUESTRA

La presente investigación no tiene ni universo, ni muestra, por tratarse de un trabajo de investigación de naturaleza dogmática; sin embargo, de manera representativa si se registra en la contrastación de la hipótesis datos estadísticos de casuística desde el ámbito nacional, a fin de conocer cifras referentes a la incidencia del delito tipificado en el artículo 317-A del Código Penal.

1.13. ESTADO DE LA CUESTIÓN

Después de haber efectuado la consulta respectiva en el Registro Nacional de Trabajos de Investigación (RENATI) de la SUNEDU, se constató que a nivel nacional existen sólo siete tesis que abordan el delito de reglaje o marcaje; pero que ninguna de estas ha realizado un abordaje específico desde la Política Criminal, la Criminología y la Dogmática penal para comprobar los fundamentos jurídicos que sustentan su derogatoria del ordenamiento punitivo; por tanto, dicha situación constituyó una limitación y a la vez un reto para poder desarrollar el presente trabajo de investigación.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. ASPECTO IUS FILOSÓFICO

2.1.1. Introducción al marco filosófico y epistemológico

Para poder comprender el por qué se han criminalizado en la legislación peruana los actos preparatorios de acopio de información, seguimiento y vigilancia, elevados a la categoría de un delito autónomo, es muy importante, abordar los fundamentos filosóficos y epistemológicos de la ciencia; para ello, se tiene que analizar las principales corrientes filosóficas desde una postura crítica y las estrategias didácticas que permitan entender los problemas de investigación en los diversos campos de cada profesión.

Cualquier ciencia se cimenta a partir de la modernidad y hay muchos autores que han venido participando en esta discusión, pero desde donde se la puede abordar, habido una gran discusión acerca de los diferentes paradigmas, lo que ha llevado a una verdadera revolución científica en el área de las ciencias sociales, pues una revolución en el área del humanismo ideal con grandes pensadores han hecho aportaciones para la construcción de la ciencia moderna y sobre los métodos de investigación entre ellos: Galileo, Bacon, Newton y otros, quienes hicieron muchos aportes para la ciencia moderna y los métodos de la investigación.

Cuando la ciencia moderna se iniciaba, la mayor parte de los pensadores pretendían o procuraban superar la filosofía aristotélica; es decir aquella investigación basada únicamente en el razonamiento o en la observación y se pretendía crear una nueva ciencia; como decía Bacon se quería obligar que la naturaleza diera respuestas mediante la experimentación; en ese sentido, se puede decir que la experimentación trataba de superar un poco las limitaciones que nos imponía los métodos utilizados en la filosofía antigua, principalmente en la aristotélica, que si bien dieron grandes aportes en la investigación en el avance del conocimiento, no realizaba el proceso de experimentación y por tanto no se podía comprobar todo lo que se afirmaba a partir del razonamiento.

Entonces, se tenía, que la razón era muy importante y hablaba de la duda metódica, consistente en que luego de hacer una investigación se debe retornar y revisar el método utilizado; pues un error en el método puede llevar a un resultado erróneo; entonces se tiene que llevar a la razón hasta las últimas consecuencias; pero lo fundamental es el método que se utiliza para la investigación.

Todos esos razonamientos que se utilizaban para la investigación, coincidieron con el desarrollo del Empirismo, el cual consiste en la experiencia, algo que se puede abordar a través de los sentidos; entonces el conocimiento únicamente no solo se obtenía con el razonamiento, sino que se tenía que fusionar el racionalismo con el empirismo, es decir la razón con la evidencia empírica y alguien

que logró desarrollar este método es Galileo Galilei con sus experimentos en el área de Astronomía, a quien le permitía no solo descubrir el conocimiento si no que este se corroboraba a través de la experimentación y esto llevó a la búsqueda de leyes; ya no solo era explicar algo sino que además se tenía que descubrir las leyes que la naturaleza tiene y fue Newton quien empezó a realizar este tipo de investigaciones y decir que la ciencia lo que debe de buscar es la construcción, la búsqueda de leyes naturales y a partir de ahí la ciencia debe tener un sentido útil. A partir de aquí, el hombre empezó a preocuparse en la búsqueda de las leyes en la naturaleza para controlarlas, para modificarlas para hacer innovaciones tecnológicas que lo beneficien y que le permitieran ir construyendo nuevas tecnologías apropiándose del conocimiento.

Con estos antecedentes, surgió en el siglo XVIII el Positivismo, el cual trata de retomar todas estas tradiciones de la investigación en el área de las ciencias naturales, pero trata de insertarlas en el área de las ciencias sociales. El positivismo hizo una crítica a la sociedad del siglo XIX, en la cual asume que los problemas que se vivía en ese entonces como las revoluciones armadas eran a consecuencia de que la ciencia no había logrado desarrollarse de manera correcta y, por lo tanto, en las ciencias sociales se estaba padeciendo ciertos problemas. La idea del Positivismo era crear una ciencia que ayude a resolver los problemas sociales, descubriendo las leyes que rigen el desarrollo de la sociedad y por tanto habría que construir una ciencia social muy parecida a las

ciencias naturales; una ciencia social que permitiera descubrir estas leyes para que el ser humano las pudiera manipular, modificar y en ese sentido construir una sociedad en la cual no existiera desórdenes sociales.

El Positivismo planteaba la existencia de un solo método (monismo metodológico) para construir el conocimiento y este era el método científico aplicado en las ciencias naturales, pero ahora trasladado a las ciencias sociales; de igual manera algo que buscaba el Positivismo era la búsqueda de estas leyes naturales, pero ahora encontrar estas leyes ya aplicadas a las ciencias sociales; es decir, en la comprensión de la sociedad y si era posible apoyarse en las matemáticas. Y finalmente, lo que buscaba el Positivismo era que una vez que se conocieran las leyes de la sociedad se podría predecir lo que iba a suceder, se podía explicarlo, se podía manipular a la sociedad, tratando de eliminar todos aquellos problemas sociales que se presentaran y esa era la utilidad que se buscaba con la ciencia desde esta perspectiva; el Positivismo tenía como creencia que así como en las ciencias naturales también en las ciencias sociales se tiene que buscar leyes naturales; como si la sociedad fuera en sí mismo un ente natural que se desarrolla por sí mismo y en donde aparentemente los seres humanos no tendrían mucha injerencia en su formación o en su modificación y entonces esta es una de sus principales críticas que se le hace, el hecho de querer aplicar los mismos métodos de las ciencias naturales que a las ciencias sociales, cuando en realidad en estas

últimas, como en el caso de la ciencia del Derecho, se aplica métodos diferentes dado que la sociedad no se construye por entes homogéneos sino por personas totalmente diferentes. En este sentido, el Positivismo refleja un poco el empirismo que hasta ese momento se había desarrollado, pero no logra construir un método específico que realmente pudiera aplicarse a las ciencias sociales; a partir de aquí surgen bastantes críticas al método Positivista.

Ya a inicios del siglo XIX surgió el Paradigma Interpretativo o Hermenéutico; es decir se llegó a la conclusión de que no es posible encontrar leyes naturales en la sociedad y por lo tanto, no se puede aplicar el mismo método científico que se aplica en las ciencias naturales a las ciencias sociales, porque en las ciencias sociales no se puede experimentar; entonces no se puede buscar leyes porque no existen en la sociedad, estas funcionan y transitan por procesos diferentes; lo que sí se puede hacer es interpretar lo que se observa, lo que se ve en la realidad.

2.1.2. El conocimiento científico y sus diferentes enfoques

La ciencia es una construcción del ser humano y como tal, su definición cada vez más es compartida como un conocimiento provisional. Gracias a su provisionalidad es posible el progreso científico. La ciencia puede o debe considerársela como una estructura de conceptos que está en cambio y de métodos contingentes que sirven para obtener nuevos conocimientos. Advertida la provisionalidad del conocimiento científico no parece

tan extraño que periódicamente hayan de revisarse sus contenidos y aplicaciones. Más que cambiar, la ciencia evoluciona, y lo hace apoyada en la sedimentación que van dejando los anteriores conocimientos científicos constituidos en paradigmas o teorías (Toulmin, 2007, p. 133).

Si esto no fuera así, el progreso de la ciencia no tendría sentido, no estaría al servicio de la sociedad y no tendría los contrastes necesarios para validarse a sí misma. Estos dos aspectos, servicio a la sociedad y verificación de la validez del saber científico, son precisamente los contemplados por la tecnología.

Cada concepción o planteamiento supone nuevas líneas de estudio e investigación, desde las que se generan nuevos conocimientos que, a su vez, dan lugar a nuevas críticas y nuevas concepciones. La consideración de un conocimiento como científico, no depende sólo del conocimiento en sí mismo, su caracterización o la forma en que se ha obtenido, sino de la corriente de pensamiento que se utilice o se tome como criterio para la valoración o análisis de ese conocimiento. De ahí se deriva la importancia de un estudio detallado (Quiroz Salazar, 1998).

La evolución de las ciencias ha venido caracterizándose a lo largo de este siglo por una creciente diversificación de sus enfoques, que surgen como consecuencia de un proceso de síntesis y de lógica evolución de las corrientes teóricas que se han desarrollado durante la historia del pensamiento contemporáneo.

Así por ejemplo, después de la II Guerra Mundial predominó el enfoque racionalista o positivista, o también llamado por otros enfoque empírico-analista, sobre otros enfoques del mundo científico marcando una tendencia homogeneizadora y una visión unificada de la ciencia, entendida ésta bajo las premisas de la verificabilidad de los conceptos y la construcción de teorías de corte hipotético-deductivo, posterior a este fueron apareciendo otros como el enfoque interpretativo y posteriormente el social crítico.

Al conocimiento científico también se le puede definir como proceso y como resultado; como proceso, es el sistema de actividades que se realiza para obtenerlo (es decir para lograr conseguir un conocimiento nuevo), y como resultado, es el conocimiento nuevo obtenido, precisamente, con el proceso referido. Así, por ejemplo, la teoría general del acto jurídico, la teoría del delito, la teoría de la acción como derecho autónomo, la teoría general del proceso, etc. se constituyen como conocimiento-resultado; pero el sistema de actividades que se utilizaron para obtener dichas teorías son lo que se conoce como conocimiento-proceso.

Tanto a la ciencia-proceso (investigación científica) y a la ciencia-resultado (conjunto de conocimiento sistematizado producto de la utilización del método científico) se las conoce como “ciencia” de allí la denominación “ciencia- proceso” y “ciencia- resultado”. Al respecto Mario Bunge (2004) sostiene: La ciencia es un estilo de pensamiento y de acción: precisamente el más reciente, el más universal y el más provechoso de todos los estilos. Como ante toda

creación humana se tiene que distinguir en la ciencia entre el trabajo -investigación-y su producto final, el conocimiento (p. 3).

El conocimiento-proceso cuenta con cinco elementos estructurales: el sujeto cognoscente (investigador), el objeto cognoscente problemático (problema), el objeto cognoscente hipotético (hipótesis), la metodología (métodos, técnicas, herramientas) y el objeto cognoscente nuevo (teoría científica) (Moreno Gálvez, 2016, p. 25).

Si bien, estos elementos estructurales son componentes de todo conocimiento-proceso, sea científico o no; la característica que distingue a un conocimiento científico con el que no lo es, radica en el tipo de método que utiliza, pues el científico utiliza el método creado y convenido para tal fin: el método científico.

Para evidenciar la existencia de estos cinco elementos en cualquier conocimiento-proceso se puede citar el ejemplo clásico del “buen café”: Si alguien (sujeto cognoscente) desconoce ¿cómo se prepara un buen café? (Problema), para resolver el problema identificado partirá de una idea de lo que cree como debe prepararse un buen café que no es otra cosa que la hipótesis (si el investigador supone que se prepara con media cucharadita de café, una cucharadita de azúcar y una taza de agua caliente) (objeto cognoscente hipotético); luego, procede a prepararlo (demostrar la hipótesis) utilizando los ingredientes descritos utilizando un método, técnica y herramientas elegidas (metodología) y si al

probar el café parece que es un buen café se habrá llegado a un conocimiento nuevo (objeto cognoscitivo nuevo).

Como se puede apreciar en el ejemplo, sobre la base de un conocimiento previo sobre el conocimiento que se quiere llegar que es asumido como hipótesis, al término del “conocimiento-proceso” se llega al “conocimiento-resultado”.

Con el ejemplo anterior, se demuestra que todo conocimiento-proceso tiene los mismos elementos; es decir, el proceso de conocer empíricamente, científicamente y filosóficamente no se diferencia por los elementos sino por la categoría de sus elementos; pues el conocimiento científico como proceso (conocido como ciencia) tiene como sujeto cognoscente al científico, como objeto cognoscente hipotético a la hipótesis científica, y como método al científico, (seleccionado según especificidades y particularidades de la investigación), sus técnicas (para obtener o procesar la información o datos) así como sus herramientas (que utiliza las técnicas para recolectar y analizar los datos) diseñadas de manera rigurosa, que da como resultado a un objeto cognoscitivo nuevo denominado también ciencia-resultado o teoría científica.

2.1.3. Los niveles del conocimiento y las principales corrientes para obtenerlo

Una investigación científica para obtener un conocimiento científico nuevo se ve influenciada por corrientes de manera decisiva; como

consecuencia de que el conocimiento nuevo se encuentra dividido en niveles: científico, el empírico y filosófico.

2.1.3.1. Conocimiento empírico

El nivel más elemental del conocimiento se denomina conocimiento empírico, y se obtiene sólo de la *experiencia* (vocablo distinto al “*experimento*” como método científico). Es decir, el conocimiento empírico se obtiene a través de los sentidos como consecuencia de interactuar el sujeto cognoscente con el objeto cognoscente problemático; dicho de la manera más sencilla, con el simple contacto con la realidad problemática.

Este conocimiento no es lógicamente razonado, pues es obtenido con un método no predeterminado por la ciencia; por tanto, ni de las fuentes de información son confiables y menos los datos han sido recolectados con rigor para lograr obtenerlo.

Los conocimientos empíricos suelen ser imprecisos e inciertos, influidos por ideas preconcebidas o explicaciones metafísicas y son dogmáticos. Sin embargo, el conocimiento empírico sirve, muchas veces, de base al conocimiento científico.

Como ejemplos de conocimiento empírico podemos citar a los siguientes: Conocer que en verano sube la temperatura y en invierno baja, que la forma del vientre de una mujer embarazada predice el sexo del concebido, que el dolor de cabeza por vergüenza se cura sobándola con periódico partido en tres partes, el susto con pasar el huevo fresco de gallina, que el grito de lechuza predice muerte de alguien, etc.

2.1.3.2. Conocimiento Científico

Se encuentra en el segundo nivel del conocimiento humano existente; se obtiene a través de métodos, técnicas y herramientas pre concebidas con rigor, donde el conocimiento empírico puede servir para llegar al conocimiento científico.

Como conocimiento, producto de una investigación científica, se integra en un sistema de conceptos, teorías y leyes. Así, el conocimiento científico supera al conocimiento empírico en validez, pues resiste la confrontación con la realidad, descarta explicaciones metafísicas, y utiliza fuentes confiables (especialmente de primera mano), puede generalizarse y pronosticarse también.

En el presente trabajo de investigación se ha obtenido un conocimiento nuevo de nivel científico, al afirmar que la derogatoria del artículo 317-A del Código penal se debe a

la vulneración de los principios de lesividad y proporcionalidad de las sanciones, propios de un Estado democrático de Derecho, a la concretización de un Derecho Penal Simbólico con la criminalización de actos preparatorios y a la falta de vulneración de bien jurídico protegido.

2.1.3.3. Conocimiento filosófico

Este conocimiento es el más elevado o el más importante del ser humano, existen tres posturas que explican la formación del objeto de conocimiento.

- a) **El Idealismo.** Para esta postura el objeto de conocimiento es estructurado o se forma por las ideas del hombre, no existe sin ellas.
- b) **El Materialismo.** Para esta postura, el objeto de conocimiento existe independientemente de la razón o de las ideas del ser humano.
- c) **El Agnosticismo.** Esta postura sostiene que los juicios sobre la realidad son proporcionados por convenciones o sensaciones; pero al ser estas (incluso la misma realidad cambiante), no se debe profesar dogmas (leyes) de ningún tipo. Para esta postura, los datos o la información que se obtienen llegan a través de los sentidos y son aparentes, por tanto, no hay razón para afirmar que una afirmación

es más verdadera que otra. Niega también la posibilidad de la teoría explicativa, reduce la causalidad a la pura regularidad. Esta corriente está en desacuerdo con lo que generalmente es aceptado como verdad. Para esta postura no hay nada verdadero o falso, bueno o malo. Para esta postura no hay verdad objetiva, pues todo es subjetivo, pues dependía del sujeto y no del objeto (Moreno Gálvez, 2016, p. 40).

2.2. MARCO DOCTRINAL: BASES TEÓRICAS

Para comprender los alcances del delito del reglaje o marcaje, es necesario analizar todas las circunstancias que dieron origen a este tipo penal; que más responde al ámbito de la Política Criminal, que del Derecho Penal. Por estas razones, en el presente capítulo se revisarán, en principio la relación que existe entre el Derecho Penal y la Política Criminal, la relación entre la Política Criminal y la Criminología y un pequeño análisis de la Dogmática penal; para de esta manera evaluar si se justifica o no la criminalización en el país de los actos preparatorios para convertirlos en un delito autónomo.

Es muy importante decir, que el sistema penal no se agota o no termina sólo en la ley penal, ya que existen varios sistemas que conforman el control social, los cuales para su valoración no se puede realizar dentro del plano de la pura normatividad jurídica, sino que han de ser valorados, igualmente, los diversos procesos de definición del crimen, de selección de

delincuentes, de aplicación del Derecho Penal sustantivo, de ejecución de sanciones, de diseño y puesta en marcha de estrategias preventivas penales, de atención a las víctimas, etc. Para ello, resulta necesario analizar, pues, no sólo los contenidos de la ley penal, sino también, y, sobre todo, de los instrumentos extrapenales, públicos o no, que apuntan a los mismos objetivos preventivo-tutelares; haciendo referencia a la Política Criminal, aquella que debe ser coherente y compatible con el actual modelo de estado democrático, donde esa función de combatir el incremento del fenómeno criminal debe estar apoyado indispensablemente por la ciencia empírica de la Criminología y además limitada por el Derecho Penal en base a principios, valores y garantías de los ciudadanos.

2.2.1. La Política Criminal

Es aquella ciencia teórica que consiste en un sector de la Política nacional de un país, encargada de combatir el fenómeno criminal en dos aspectos tanto en su incremento como en la variación de sus modalidades; la cual, con la finalidad de dar una respuesta inmediata y eficaz únicamente viene recurriendo al Derecho Penal desde hace mucho tiempo, lo cual hoy en día viene siendo duramente criticado, toda vez que, al buscar únicamente sanciones a los responsables de un ilícito penal, los delitos o tipos penales se están creando desde los escritorios del legislador, basados únicamente en los argumentos teóricos del Derecho Penal y de la Dogmática penal, muchas veces bajo la presión de la población y de los medios de comunicación social, contradiciendo de esta manera los postulados garantistas de un Estado democrático constitucional de Derecho; donde, este poder

de decisión que tiene el legislador de criminalizar conductas tiene que estar limitado justamente por el Derecho Penal; por principios y garantías constitucionales; y con la finalidad de conseguir sus objetivos esta labor tiene que estar apoyada lógicamente por la evidencia empírica de la Criminología y solo así de esta manera el legislador podrá valorar y determinar si para combatir determinadas conductas reprochables tiene que recurrir necesariamente al Derecho Penal, creando tipos penales o si por el contrario la Política Criminal puede utilizar otras estrategias u otros mecanismos de intervención propios de la Política Social o Administrativa.

Para Nieves Sanz Mulas: “la Política Criminal es aquella medida o conjunto de medidas (jurídicas, sociales, educativas, económicas, etc.) que adopta una sociedad políticamente organizada para prevenir y reaccionar frente al delito, a efectos de mantenerlo en unas cuotas tolerables. Esto es, son las decisiones que una sociedad toma frente al delito, el delincuente, la pena, el proceso y la víctima” (Mulas, 2019, p. 19).

Según Jiménez de Asúa reconocía que es muy difícil saber quién empleó por primera vez el término de Política Criminal, pero según la Sociología criminal de Ferri, indica que el autor italiano señala a Feuerbach como quien la habría empleado por primera vez en 1799. Sin embargo, otros autores consideran que muchos antes ya se había hecho referencia a este término y que fue Kleinschrod, quien fue el primero en realizar un debate epistemológico sobre Política Criminal considerándolo como «arte legislativo», lo que servirá para

diferenciarla ya del Derecho Penal. En tal sentido, la Política Criminal sería el conocimiento de aquellos medios que el legislador tiene para conocer el fenómeno criminal y así de esta manera poder elaborar disposiciones normativas para prevenir y combatir las conductas delictivas, protegiendo así un Estado a sus ciudadanos (Rivera Beiras, 2005, p. 24).

Por otra parte, se dice que el origen de la denominación de la Política Criminal se ubica en el movimiento encabezado por el alemán Franz Von Liszt y tuvo gran influencia como tendencia técnica en Italia y Alemania. Liszt, señalaba que el Derecho penal es la infranqueable barrera de la Política Criminal, concibiéndolo, por un lado, como ciencia social; y por otro, como ciencia jurídica; este doble carácter de la ciencia universal responde a una tendencia contradictoria, señalando que en la Política criminal incluye los métodos adecuados para la lucha contra el delito, misión social del Derecho Penal, mientras que a este último, en sentido jurídico, debe corresponder la función liberal del Estado de Derecho, esto es, asegurar la igualdad en la aplicación del derecho y la libertad individual frente al ataque del Estado.

La Política criminal aparece como un aspecto de la Política (Binder, 1997, p. 12), al igual que ocurre con las políticas económica, educacional o de salud social; está ligada, por consiguiente, con el conflicto del poder, la violencia y el Estado; al respecto el jurista argentino Zaffaroni brinda su propia definición sobre Política criminal “[...] la Política criminal es la política referente al fenómeno delictivo

y, como tal, no es más que un capítulo de la política general del Estado.

En este sentido, se entiende que no está ni puede estar en oposición al Derecho Penal porque este mismo es una materialización de aquella. La Política Penal no sería más que el aspecto más importante de la Política Criminal” (Zaffaroni, 1998, p. 150).

Este último autor, a diferencia de Von Liszt, indica que tanto el Derecho Penal y la Política Criminal no están en oposición, lo que implicaría que entre ambas se complementan o existe una copulación; toda vez que la primera sería una materialización de la última; en efecto, Zaffaroni indica una norma jurídica (y no solamente en la esfera penal) presupone una decisión política; sin decisión política —sin valoración previa— no puede haber producción de normas jurídicas, pues no habrá una individualización del ente valorado a tutelar jurídicamente. Advirtiéndolo, además, que si bien es cierto que una decisión política da origen a una norma jurídica no significa que esta quede sometida totalmente; pudiendo cortar el cordón umbilical que les une a las mismas con la aplicación del principio de legalidad.

Mientras que el Derecho penal se preocupa más por el fenómeno criminal, es decir, por los delitos; la Política Criminal, para que pueda lograr sus objetivos necesita de un conjunto interdisciplinario de conocimientos, así se sirve del Derecho Penal, Derecho Procesal Penal y de la Criminología; siendo esta última una

de las más importantes para cumplir eficazmente sus objetivos, toda vez que le brinda evidencia empírica de las conductas antisociales que ocurren en la sociedad, ello supone proceder a formular las reformas punitivas, que de dicha valoración se infieran, cuando de la contemplación estricta de la ley penal, se observen evidentes grietas de impunidad, que han de ser cubiertas en orden a cautelar el fin preventivo del Derecho Penal, en cuanto a la protección preventiva de bienes jurídicos (Peña Cabrera Freyre, 2015, p. 290).

Es decir; que el Derecho penal en un determinado Estado cumplirá su verdadero rol de proteger los bienes jurídicos; siempre y cuando exista una buena labor por parte de la Política Criminal; pues se debe tener en cuenta, que la principal carga genética de una norma jurídica se halla en el bien jurídico que tutela; sin embargo, si este componente teleológico —que le da sentido a la norma— ha sido mal traducido en la formulación legal, este defecto ya no podrá suplirse acudiendo libremente a la decisión política, sino que, la labor supletoria tendrá limitaciones que dependen de cada sistema, pero siempre hallará límites.

Esto ocurre actualmente en el país, cuando los legisladores que cumplen con su labor de realizar una Política Criminal crean normas jurídicas que no son apropiadas para un Estado democrático y constitucional de Derecho que luego se incorporan al ordenamiento jurídico penal con algunas características especiales como por ejemplo la criminalización de los actos preparatorios como delitos independientes que solo crean una falsa expectativa de justicia en

las víctimas o agraviados y hasta se podría decir una carga laboral inoficiosa en las intuiciones del Ministerio Público y Policía Nacional; ya que la mayoría de las denuncias por estos delitos resultan archivándose.

Roxin también señalaba que la vinculación al Derecho y la utilidad de la Política Criminal no pueden contradecirse, sino que tienen que compaginarse en una síntesis y que esta unidad sistemática debe incluirse en la estructura de la Teoría del delito (Roxin, 2000, p. 49-51), siendo hoy una misión que tiene planteada el ordenamiento jurídico con todos sus sectores; el maestro considera que las concretas categorías del delito deben sistematizarse, desarrollarse y contemplarse desde un principio, bajo el prisma de su función político-criminal.

En la sociedad no se puede hablar de una sola Política Criminal, debido a que los distintos grupos y sectores políticos quienes tratarán de influir en la formulación y en la configuración de la Política Criminal, cada uno de ellos según sus propios objetivos, finalidades y concepciones políticas. Esa influencia de la Política ha hecho que el poder penal se instale en dos niveles, los cuales son los siguientes:

- a) **En el nivel de formulación;** es el nivel donde se define, en qué casos y qué medios utilizará el poder penal, cuáles serían sus instrumentos y reglas, por ejemplo, cuando se discute si tal conducta debe ser penada o no y con qué intensidad.

b) El nivel de configuración; se refiere al funcionamiento concreto de las instituciones encargadas de canalizar el poder penal (policías, fiscales, jueces, cárceles, etc.). Ambos niveles se encuentran en una relación de mutua influencia.

Este tema, guarda relación con los fundamentos del Derecho Penal, al referirse al poder penal como ejercicio de la coerción estatal que se manifiesta a través del sistema penal en sus dos manifestaciones. Por un lado, cuando se refiere a la criminalización primaria, a través del cual el legislador cumple la tarea de tipificar conductas declaradas delictivas y establece la consecuencia penal respectiva, en esta etapa interviene tanto el Poder Legislativo como el Poder Ejecutivo; por otro lado, se tiene a la criminalización secundaria, que tiene que ver con la aplicación de la Ley penal, asignar la calidad del delincuente y ejecutar las sanciones que realizan las agencias del sistema penal a través de los policías, fiscales, jueces, defensores (Villavicencio Terreros, 2007, p. 22).

Se ha hablado de los niveles de la Política Criminal, en razón a que actualmente en el Estado peruano se observa una intervención deliberada por parte de los creadores de las normas jurídicas que forman parte del sistema, hoy en día el legislador se está extralimitado en su función creadora de normas, pues se están incorporando al ordenamiento jurídico tipos penales especiales como el reglaje o marcaje que llegan a afectar principios constitucionales del Estado democrático como el de subsidiariedad, proporcionalidad y lesividad entre otros. A continuación, se tiene la

relación que existe entre la Política criminal con el Derecho Penal y la Criminología.

2.2.1.1. Relación entre Política Criminal y Derecho Penal

Es indudable la estrecha relación que existe entre ambas disciplinas, donde esta última también se la conoce como Dogmática Penal y tiene como objeto el estudio sistemático de las normas, principios e instituciones penales, a efectos de dar al operador jurídico los criterios y pautas que faciliten su labor de aplicación de la ley; es decir, debe plasmar formal y materialmente las decisiones de la Política criminal, siendo ahí donde necesariamente interactúan ambas disciplinas. Pero algo que también se tiene que decir, es que el Derecho Penal también se constituye en los límites que tiene el legislador para cumplir sus funciones de criminalizar las conductas antisociales y transformarlos en delitos o tipos penales.

Y algo que se está viendo hoy en día es que la Política Criminal, como política legislativa, se ha impuesto, donde los juristas y criminólogos se han visto desplazados en sus funciones asumiendo los políticos todo el protagonismo y lo que es peor, eludiendo en muchas ocasiones los principios sistemáticos fundamentales en el Derecho Penal.

Para poder evitar esto, los políticos de ahora deben tener una formación sólida en Política Criminal, así como los juristas y criminólogos deben aportar líneas de equilibrio entre las necesidades de lucha contra la criminalidad en una sociedad

compleja y cambiante. Por otra parte, también es muy importante que el Estado reactive o repotencie organismos poco conocidos pero muy importantes para poder lograr los objetivos de la Política Criminal como por ejemplo el Consejo Nacional de Política Criminal (CONAPOC) y el Observatorio Nacional de Criminología e incluso se debe ya contar con un Instituto de Criminología de los cuales debe servirse el legislador en sus funciones y solo así de esta manera se podrá conseguir normas eficaces que cumplan con realizar justicia en la sociedad.

Por ello, también, se debe estar atentos a los cambios y demandas sociales, a las prácticas de juzgados y tribunales, aprender de los éxitos y fracasos de las soluciones adoptadas en el derecho comparado y, sobre todo, se debe entender las características de la nueva criminalidad. Porque la legitimidad de una ciencia ya no se mide por sus fundamentos ni por su rigurosidad, sino por su capacidad de resolver problemas.

2.2.1.2. Relación entre Política Criminal y Criminología

La Criminología es aquella ciencia sintética, causal explicativa, natural y cultural de las conductas antisociales, que para Enrico Ferri debe basarse en la Antropología y en la Sociología criminales, la cual propone el estudio completo del criminal y del crimen, no considerado este último como una abstracción jurídica sino como una acción humana, como un hecho natural y social, utilizando como método el de la observación y la experimentación (Manzanera, 1979, p. 3-4).

La Criminología en su objetivo de establecer cuáles son las causas que llevan al hombre a delinquir, se orienta a la obtención de datos fiables acerca de la criminalidad, a fin de ponerlos al servicio de la sociedad o aún mejor al servicio del Estado para disminuir la delincuencia y sus consecuencias. Por su parte, la Política Criminal busca plantear las soluciones legislativas idóneas con el mismo objetivo, bajo la perspectiva de la eficacia y la justicia, para lo cual es obvio que necesita una base sólida de evidencia empírica criminológica; esto es, las medidas que se adopten por los poderes públicos deben basarse en la información criminológica disponible, de modo que cuenten con suficientes elementos de juicio respecto de su oportunidad y/o eficacia. Ahora bien, y por desgracia, muchas veces esto no es así, sino que se legisla y se produce diversos tipos penales cómodamente desde un escritorio, teniendo más en cuenta las categorías teóricas del Derecho Penal, los índices y encuestas electorales o las expectativas de los posibles votantes, así como la presión de la población o de los medios de comunicación; dejando a un lado los pilares de la justicia, la eficacia, la real protección de bienes jurídicos y los resultados de las investigaciones criminológicas. De este modo, lo único que el legislador hace es realizar continuamente reformas a la legislación penal, según la alarma social de turno, y sin tener en cuenta los más mínimos criterios técnicos, criminológicos ni políticos criminales.

La Criminología tiene como objeto de estudio las conductas antisociales y por lo tanto los sujetos que las cometen; existiendo una

clara distinción entre estas y el delito; siendo que las primeras son todo aquel comportamiento humano que va en contra del bien común; mientras que delito es la acción y omisión que castigan las leyes penales, es la conducta definida por la ley; de aquí se puede deducir con claridad que ni todo delito es una conducta antisocial ni toda conducta antisocial es delito; pues bien pueden existir conductas que pueden ser antisociales, que no están tipificadas en los Códigos Penales, por ejemplo: la homosexualidad, la prostitución, el alcoholismo, la drogadicción, otras que son francamente antisociales, y que tampoco son contempladas, por lo general, por la ley penal, como la contaminación del ambiente, la publicidad mentirosa y abusiva, la llamada "criminalidad de cuello blanco", etc.; igualmente ocurre en el caso del delito, pueden existir tipos penales claros en el Código Penal que no contengan una conducta antisocial; por ello no hay que confundir un hecho antisocial con delito; por esto, una de las funciones de la Criminología es determinar que conductas son antisociales y cuales no; por lo que, toda esta información que se pueda conseguir desde el plano fáctico, sin duda será de vital importancia para una producción legislativa de excelencia, reflejándose en la eficacia de los tipos penales que se incorporen al ordenamiento punitivo; ya que el legislador sabrá discriminar si para tal conducta antisocial opta por recurrir al bien al Derecho Penal o si por el contrario opta por acudir a políticas sociales preventivas que serían mucho más eficaces que acudiendo a la primera alternativa; pues como dice Beccaria: "el fin principal de

toda buena legislación es evitar los delitos que castigarlos” (Beccaria, 1822, p. 193).

En el presente trabajo de investigación se ha podido advertir que los actos preparatorios, desde el punto de vista de la Criminología responden efectivamente a una conducta antisocial y que cómodamente, sin un soporte de esta disciplina empírica, el legislador los ha criminalizado y convertido en delito autónomo o independiente; dando a entender la aplicación de una Política Criminal sancionadora o represiva propio de los estados totalitaristas opuesta al actual modelo de Estado democrático constitucional de Derecho, optando también por la aplicación de un Derecho Penal Simbólico que no solucionan el problema de fondo generando una carga laboral inoficiosa en la administración de justicia; cuando lo correcto debió ser que el legislador peruano para combatir estas conductas antisociales de reglaje o marcaje, debió solicitar el apoyo del Consejo Nacional de la Política Criminal (CONAPOC) del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, para así descartar la utilización del Derecho Penal y más bien debió optar por la implementación de una Política social basada en acciones preventivas y proactivas por parte de la Policía Nacional del Perú, Ministerio Público con la colaboración de otros actores sociales con la finalidad no solo de sancionar o reprimir estas conductas sino también de prevenir que en el futuro se vuelvan a presentar; habiendo así de esta manera una verdadera Política Criminal que se

condice con el actual modelo de Estado democrático constitucional de Derecho.

2.2.2. Teorías expansionistas del Derecho Penal

El Derecho Penal ha ido evolucionando paralelamente con el pasar de los tiempos y con el avance de la industria y la tecnología; asimismo, se diría que el crecimiento económico en algunos países subdesarrollados ha generado también la actualización en la valoración de los bienes jurídicos tradicionales y la creación de otros por parte de la Política Criminal; al respecto el jurista español Jesús María Silva Sánchez dice: “las causas de la expansión del Derecho Penal se debe a la aparición de nuevos bienes jurídicos o la aparición de nuevos intereses a la revaloración de intereses preexistentes y ello se debe a la generalización de nuevas realidades que antes no existían o no con la misma incidencia o al deterioro de realidades tradicionalmente abundantes y que en estos días se manifiestan como bienes escasos otorgándoles un valor que anteriormente no se les daba como por ejemplo el medio ambiente” (Silva Sánchez, 2001, p. 25).

Esta expansión del Derecho Penal, también se debe a la efectiva aparición de nuevos riesgos jurídicos, pues en el Perú desde la existencia del terrorismo, narcotráfico, crimen organizado, lavado de activos y la existencia del internet se vive en una sociedad de riesgo constante; el mismo que incluso se ha institucionalizado por la sociedad; ante lo cual la Política Criminal debe analizar razonablemente estos nuevos riesgos para criminalizarlos con tipos

penales eficaces tomando en cuenta el actual modelo de Estado en el que se vive.

Hoy en día, se dice que para enfrentar las nuevas formas de criminalidad que puedan devenir junto a estos cambios tecnológicos, el legislador, de forma errada, ha adoptado medidas de un Derecho Penal claramente preventivo y acentuadamente anticipatorio de la punibilidad, en donde se toma en cuenta tres aspectos: (Mendoza, 2001, p. 68).

- a)** La creación de nuevos bienes jurídicos supraindividuales de contenido difuso, dado que en el mundo actual se privilegia la protección de condiciones o estándares de seguridad y la evitación de perturbaciones sociales por sobre la represión o castigo de daños individuales y concretos: tal como ocurre con la tranquilidad o paz pública respecto del delito de reglaje o marcaje.
- b)** La utilización creciente de delitos de peligro (y en especial, de peligro abstracto como el reglaje o marcaje) ante las nuevas necesidades de protección y seguridad, ya que, además del deseo de evitar la producción imprudente de un resultado lesivo, se desea adelantar la prevención con el fin de garantizar una propia sensación de seguridad; como ocurre con la regulación de los actos preparatorios.
- c)** La flexibilización y desformalización del Derecho Procesal Penal y del Derecho Penal Sustantivo, ya que sólo de esta manera se

crea que es posible reaccionar de una forma más eficiente ante estos nuevos problemas.

A continuación, se desarrolla las diferentes corrientes que han dado origen a la expansión del Derecho Penal, en donde se observa la justificación o no de penalizar conductas delictivas como el delito de reglaje o marcaje.

2.2.2.1. Derecho Penal Simbólico

El Perú durante estos últimos años ha sido testigos de un alto crecimiento de los índices de criminalidad y el esfuerzo del Estado por querer reducir tales cifras, acudiendo para ello de primera mano en forma irrazonable al Derecho Penal a través de la creación de nuevos tipos penales. Este actuar del legislador es muy frecuente y reprochable; toda vez que ilegítimamente se sirve del Derecho Penal para venenciarse políticamente, creando normas jurídicas muy cuestionables que carecen de los fundamentos materiales para su configuración y que las penas a aplicarse no cumplirían los fines que le son propios, renunciando a las Políticas Sociales que tienen que ver con acciones preventivas; que si bien implican tiempo y presupuesto; sin embargo, tendrían mayor eficacia en la realidad que la norma penal para combatir el fenómeno criminal.

Esta expansión del Derecho Penal, ha generado el resurgimiento del Derecho Penal Simbólico y el Derecho Penal Punitivista (Jakobs & Cancio Mella, 2003, p. 65); esto quiere decir, que los Estados buscan solucionar el fenómeno de la criminalidad, a través del

establecimiento de nuevos delitos (Simbolismo) y además por medio de la elevación de las penas en los delitos ya existentes (Punitivismo).

El Derecho Penal Simbólico desarrollado por el Jurista alemán Winfried Hassemer (1940-2014), resalta de manera objetable que las nuevas tendencias de criminalización en las legislaciones penales responden a simples efectos simbólicos.

El Derecho Penal Simbólico corresponde, en primer lugar, a aquellos fenómenos de neo-criminalización o conductas antisociales de aquellos sectores de poder como el económico, tecnológico y político, respecto de los cuales se afirma críticamente que tan sólo cumplen efectos meramente “simbólicos”. Esta visión entiende que “determinados agentes políticos tan sólo persiguen el objetivo de dar la impresión tranquilizadora de un legislador atento y decidido; es decir, que predomina una función latente sobre la manifiesta.

Esta tendencia identifica una especial importancia de la labor del legislador con dichas normas como comunicación política a corto plazo; se constituye en un Derecho Penal que no opera para disminuir la criminalidad, su efecto simbólico lo limita a calmar los temores y miedos de la sociedad. Esta transformación del Derecho Penal se puede constatar claramente en el paulatino abandono del principio de subsidiaridad, en tanto ya no se utiliza el Derecho Penal como última ratio, sino muchas veces como prima ratio y más aún, como sola ratio. Un Derecho Penal Simbólico con una función de

engaño no cumple la tarea de una Política Criminal y mina la confianza de la población en la administración de justicia.

Ahora bien, reconducir los fenómenos de “expansión”, que aquí interesan de modo global, sólo a estos supuestos de promulgación de normas penales meramente simbólicas, no atendería al verdadero alcance de la evolución; pues el recurso al Derecho Penal no sólo aparece como instrumento para producir tranquilidad mediante el mero acto de promulgación de normas evidentemente destinadas a no ser aplicadas, sino que, también existen procesos de criminalización “a la antigua usanza”, es decir, la introducción de normas penales nuevas con la intención de promover su efectiva aplicación con toda decisión, o sea, procesos que conducen a normas penales nuevas que sí son aplicadas, o al endurecimiento de las penas para normas ya existentes (Jakobs y Cancio Mella, 2003, p. 62).

La tendencia actual del legislador es la de reaccionar con “decisión” dentro de muchos sectores diversos de regulación en el marco de la “lucha” contra la criminalidad; es decir, con un incremento de las penas previstas. En este sentido, se advierte la existencia en el debate político de un verdadero “clima punitivista”: el recurso a un incremento cualitativo y cuantitativo en el alcance de la criminalización como único criterio político-criminal. Por lo tanto, el Derecho Penal simbólico y el resurgir del punitivismo mantienen una relación fraternal que de dicha unión surge la corriente del Derecho Penal del Enemigo (Jakobs y Cancio Mella, 2003, p. 78). En el

presente trabajo de investigación se comprobará que el delito de reglaje o marcaje corresponde específicamente a este Derecho Penal Simbólico, donde el legislador únicamente pretende calmar la coyuntura que vive el país sobre la crisis del Derecho Penal que se ha indicado, creando tipos penales que no cumplen con su finalidad.

2.2.3. Teoría del Garantismo

El Garantismo es una ideología jurídica; es decir, una forma de representar, comprender, interpretar y explicar el Derecho. Su difusión se debe sobre todo a la obra del jurista italiano Luigi Ferrajoli, quien a partir de 1989 ha construido una completa y muy estructurada teoría del garantismo aplicado a la materia penal. Este autor afirma que por garantía puede entenderse “toda obligación correspondiente a un derecho subjetivo, entendiendo por ‘derecho subjetivo’ toda expectativa jurídica positiva (de prestaciones) o negativa (de no lesiones) y por garantismo un modelo de derecho orientado a garantizar derechos subjetivos. (Ferrajoli, 2006, p. 4). Se puede distinguir varios tipos de garantismo, pero es en el ámbito del Derecho Penal donde el garantismo se ha desarrollado como teoría y como práctica jurídica, en oposición, primero, a los contundentes legados de la legislación fascista y, después, a las numerosas leyes excepcionales y de emergencia que han terminado reduciendo en contra de los principios constitucionales el ya débil sistema de garantías contra el arbitrio punitivo.

La teoría penal del garantismo es la consolidación jurídica, normativa, filosófica y política de los principios que actualmente

constituyen la base de gran parte de los ordenamientos penales en el mundo. El garantismo, que alude tanto a un modelo normativo de derecho, un instrumento político para maximizar la libertad, como un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del Estado en garantía de los derechos de los ciudadanos.

Cabe precisar, que el garantismo ya vino estudiado y analizado por Locke y Montesquieu, quienes arribaron a establecer que siempre de todo poder se espera un potencial abuso y que para neutralizar dicha situación se debe crear un sistema de garantías para tutelar los derechos. Así es que el garantismo se contrapone al autoritarismo en política y decisionismo en derecho, propugnado frente al primero, la democracia sustancial y frente al segundo, el principio de legalidad.

La cuestión criminal actualmente ha cambiado, es una criminalidad nueva que se está desarrollando, de la cual provienen las ofensas más graves a los derechos fundamentales y a la convivencia civil; esto es, se trata de una criminalidad del poder, de la criminalidad organizada hasta la gran corrupción organizada. Se trata de una criminalidad relativamente nueva, que es tal vez el signo más perverso de la crisis profunda por la que ha atravesado en estos años el sistema político. Esta nueva criminalidad es el producto de una degeneración de la política; generada por la incapacidad del Estado, de la Política Criminal y de todo el sistema político de afrontarla con los instrumentos de la política, de tal manera que

sólo el Derecho Penal ha estado interesado, con el inevitable efecto de una acentuación del rol político de la jurisdicción penal.

Como consecuencia de ello, se está dando en estos tiempos una inflación o saturación de la legislación penal, el número de denuncias, investigaciones y procesos judiciales, que se cuentan hoy en millones cada año y que, sin embargo, terminan en un montón de archivos, absoluciones, sobreseimientos, preclusiones, suspensiones condicionales de las penas y similares.

Al respecto Luigi Ferrajoli sostiene: "...en Italia, conviven tres derechos penales: el de las grandes investigaciones sobre la mafia y la corrupción, sin duda el más conforme, más allá del sacrificio de las garantías, con la finalidad propia del Derecho Penal de prevención de los delitos; un Derecho Penal, al cual llama "burocrático", que se manifiesta en un trabajo tan inútil —o aún dañoso— como ineficiente y dispendioso, y que corresponde al grueso de la justicia penal; en fin, el Derecho Penal de la represión efectiva, manifestado principalmente en la reclusión carcelaria, aunque para delitos no graves, de sujetos débiles y marginados...". (Ferrajoli, 2006, p. 24).

La cárcel, en resumen, sigue siendo un instrumento de control y de represión social reservado a los sujetos marginados, tóxico-dependientes, emigrantes y jóvenes sub proletarios, son en cantidad creciente los destinatarios principales, con motivo del aumento del desempleo y la pobreza, de la crisis simultánea del

Estado social y de sus prestaciones asistenciales, y por otro lado de las crecientes presiones represivas que animan a la opinión pública, movilizándola contra los sujetos débiles y diferentes. Contra ellos la justicia penal es extraordinariamente rápida y “eficiente”.

Este garantismo, es también conocido como un Derecho Penal Mínimo, el cual como paradigma meta-teórico consiste en una doctrina que justifica el Derecho Penal si y sólo si puede alcanzar dos objetivos: la prevención negativa o, al menos, la minimización de las agresiones a bienes jurídicos y derechos fundamentales, y la prevención o minimización de las penas arbitrarias; en una palabra, si y sólo si es un instrumento de minimización de la violencia y del arbitrio que en su ausencia se producirían.

Mientras que como modelo normativo de Derecho Penal, designa el sistema adecuado de garantías —penales y procesales— para satisfacer estos dos fines, o sea, el racionalizar prohibiciones, penas y procesos encaminándolos a la doble tutela de los bienes y de los derechos fundamentales: de los pertenecientes a los sujetos perjudicados contra los daños causados por los delitos y de los imputados, así como, posteriormente, de los detenidos, contra el arbitrio policiaco y judicial y contra los excesos y los abusos de las autoridades penitenciarias. Por eso también se dice al Derecho Penal mínimo como la ley del más débil contra la ley del más fuerte.

Con la incorporación del delito de reglaje o marcaje al ordenamiento punitivo, se puede advertir que el legislador se ha apartado de esta teoría para optar por una teoría de expansión del Derecho Penal, donde se ha criminalizado una conducta antisocial que se encuentra en un estadio previo o muy lejano a la lesión o puesta en riesgo de los bienes jurídicos individuales o concretos, creándose bienes jurídicos abstractos o colectivos como el de seguridad ciudadana, anticipándose las barreras de punibilidad, lo que no es típico de un Estado democrático y constitucional de Derecho.

2.2.4. Modelo penal de la seguridad ciudadana o modelo bienestarista

Para hablar de los orígenes de la cultura de un Derecho Penal de Bienestar, habría que remontarse a la importancia que desde la segunda mitad del siglo XIX fue adquiriendo la llamada «cuestión social» (nacimiento del «movimiento» obrero, primeras luchas colectivas, nacimiento del sindicalismo, etc.); el cual, en sus primeros inicios presentó las siguientes características: el Estado empezó a ser más intervencionista en la regulación del mercado; las huelgas, los sindicatos y la primera legislación social comenzaron a ser entendidos como parte de la «cuestión social» que el Estado debía regular y «proteger»; la regulación del trabajo, horarios, descanso, vacaciones, derechos sociales incipientes, etc., marcaron así una primera forma de «asistencialismo». Las manifestaciones del mismo, en la cultura política y económica.

El Estado del Bienestar sería retomada y se entendería por éste como “[...] el conjunto de servicios sociales provistos por el Estado, en dinero o en especie, así como la regulación de actividades privadas de individuos o empresas. (Rivera Beiras, 2005, p. 161).

En el campo de la Política Criminal, Ferrajoli defiende la tesis de que en la segunda mitad del siglo XX ha tenido lugar un auténtico «cambio de paradigma» en el derecho positivo de las democracias avanzadas, el cual impone una revolución epistemológica en las ciencias penales y, en general, en la ciencia jurídica en su conjunto. Como se verá en seguida, tal cambio de paradigma en la estructura del derecho positivo se ha producido, en Europa, sobre todo después de la Segunda Guerra Mundial, gracias a las garantías de rigidez de las constituciones introducidas con la previsión de procedimientos especiales para su revisión, además del control de legitimidad de las leyes por parte de tribunales constitucionales. Y no es casual que todo ello haya tenido lugar tras la derrota del fascismo y del nazismo. Con esto se puede decir que, con el nacimiento de un estado de bienestar, donde la finalidad ha sido proteger a los más débiles, a nivel Político Criminal también se fueron adoptando medidas garantistas a proteger los derechos no solo de los ciudadanos sino también como los denomina Jakobs de los no ciudadanos.

El profesor español Díez Ripollés, hace una crítica al garantismo y ha señalado la necesidad de no quedarse sumergidos en esta postura debido a su inmovilismo y por la incapacidad de abordar

iniciativas de control social; asimismo, rechaza el Derecho Penal del Enemigo; y, propone este modelo de un Derecho Penal Bienestarista, que se caracterizará por su eficacia y prevención de la delincuencia, que anteponga una aproximación social preventiva a una aproximación represiva hacia la delincuencia.

Para Ripollés, el elemento más característico del modelo de intervención garantista, seguidor del modelo resocializador, ha sido adoptar las mismas cautelas a la hora de establecer el ámbito legítimo de actuación de los poderes públicos encargados del descubrimiento y enjuiciamiento de las conductas delictivas; sin embargo, refiere que este modelo ya no proporciona las claves para interpretar los recientes cambios político criminales, por la sencilla razón de que éstos obedecen a una nueva forma de configurar y modelar el control social penal. Señala que la efectividad y eficacia de las medidas de intervención social a tomar, la misma que no debe caer ni en el modelo resocializador ni en el bienestarismo autoritario que explica el crimen sobre la base de decisiones racionales y libres del delincuente, con lo cual la sociedad se autoexculpa de toda responsabilidad en los fenómenos criminales. Asimismo, hace referencia a la indebida “expansión del Derecho Penal”, en el que se advierten continuas reformas legales encaminadas a endurecer el arsenal punitivo y por mostrar mayor interés por la nueva criminalidad que aqueja a su sistema.

El modelo penal bienestarista desarrolla la institución de la Seguridad Ciudadana, cuyo objetivo prioritario es la lucha contra la

delincuencia, abandonando su tradicional aproximación a la criminalidad desde las causas y no desde los síntomas; reconoce la modernización del Derecho Penal hacia ámbitos socioeconómicos y comunitarios que permite incorporar la criminalidad de los poderosos y liberar el estigma que el Derecho Penal es sólo de los pobres. La función del Derecho Penal debe estar orientada a los presupuestos esenciales para la convivencia; la intervención penal deberá acreditar su utilidad o el plus de utilidad que le hace preferible a otro tipo de intervenciones.

Este modelo bienestarista o de seguridad ciudadana satisface muchas de las necesidades, toda vez, que se asienta sobre un conjunto de valores que se estiman incuestionables, distingue nítidamente entre ciudadanos y delincuentes, pondera la dureza frente a intrusos y extraños, ignora las desigualdades sociales y suministra, en suma, certezas en extremo convenientes para desenvolverse en un mundo desregulado e imprevisible.

2.2.5. Teoría de protección de los bienes jurídicos

Antes de conocer a fondo esta teoría; primero, se debe conocer que significa el término “Bien Jurídico”, concepto que se le atribuye al alemán Johann Michael Franz Birnbaum durante la primera mitad del siglo XIX. Para el jurista alemán Krey Volker “Bienes jurídicos son bienes vitales, valores sociales e intereses reconocidos jurídicamente que son recogidos o recién acuñados por el ordenamiento jurídico y que son valiosos para el individuo o la generalidad y que por ello gozan de protección jurídica”. En ese

sentido, para la mayoría de autores los bienes jurídicos vienen hacer “intereses sociales”, “valores”, “relaciones reales de la persona con unidades sociales de función”, circunstancias, etc. (Abanto Vázquez, 2006, p. 4).

Mediante esta teoría lo que se pretende es que los Estados democráticos garantes de los bienes jurídicos, le otorguen una vital importancia al momento de legislar en materia penal y tener en cuenta que al igual que una persona los estados también tienen derechos subjetivos como el exigir obediencia de sus ciudadanos y para ello, deben objetivizar el objeto de protección de los delitos; esto es, que a través del Derecho Penal pueda proteger objetos concretos o valores concretos denominados por el legislador bienes jurídicos, pues de lo contrario; donde no hay lesión a un "derecho subjetivo", sea de un particular o del Estado, no puede haber delito.

Algunos autores sostienen que los objetos de protección o los bienes jurídicos no existen como tales" y que "sólo son un producto de un pensamiento jurídico específico quedando con ello el concepto apto para ser continente de cualquier cosa que el Estado quisiera colocar bajo protección penal; lo cual está ocurriendo actualmente cuando el legislador peruano ha creado bienes jurídicos colectivos o abstracto como el de la “seguridad ciudadana”, tranquilidad o paz pública” en el delito de reglaje o marcaje, bajo pretexto de defender los derechos individuales de los integrantes de la sociedad; lo cual no significa que esta no sea importante o que no le interese al Estado; solo que esta figura sería protegida de manera eficaz con políticas sociales, con

acciones preventivas de los distintos actores sociales que recurriendo únicamente al Derecho Penal.

En un estado democrático como el Perú, el bien jurídico o el objeto de protección de una norma penal tiene un origen social y no puede estar reducido a una decisión política del legislador. Si bien es cierto formalmente, como consecuencia del principio de legalidad todo precepto penal es el resultado de un proceso legislativo, pero la determinación del bien jurídico corresponde a la base social que comunicará su decisión a las instancias políticas que formalmente tengan el deber de materializar dicha decisión; pues solo de una sociedad democrática puede surgir el bien jurídico.

Por otra parte, el Derecho Penal en una sociedad democrática no está en condiciones de dar una protección amplia; sin embargo, por su carácter de última ratio el ámbito de protección a los bienes jurídicos está restringido únicamente para los ataques más graves.

Entonces se dice que el bien jurídico es un elemento de la Política Criminal y no del sistema jurídico penal, ya que es el legislador quien le otorgaría esa valoración o haría una creación conceptual jurídica de ciertos valores u objetos que luego se plasman en una norma a través del Derecho Penal; esto se puede apreciar por ejemplo con el bien jurídico protegido del delito de reglaje o marcaje, cuando el legislador, influenciado en su labor criminalizadora por la teoría Derecho Penal Simbólico, trata de tranquilizar a la población con la

creación de un delito que en el fondo no resuelve el problema de fondo.

Una de las formas utilizadas para limitar la arbitrariedad del poder penal del antiguo régimen consistió en declarar la prohibición de establecer penas que no tengan su fundamento en la existencia de un bien jurídico afectado. Para impedir la criminalización por motivos morales o religiosos se estipula, primero dogmáticamente y luego en las constituciones liberales, que no se puede crear un delito si la conducta perseguida no produce una lesión a un bien jurídico. Así aparece el límite material a la criminalización quizá más importante de la Política Criminal de la Constitución. Esto es lo que se conoce como «principio de lesividad».

Por ello, debe definirse qué es lo que es una injuria o lesión a un derecho de otro, o sea qué es un bien jurídico sin cuya afectación no puede darse lugar a criminalizaciones, y esto pasa con el delito de reglaje ya que el denominado bien jurídico protegido de la seguridad ciudadana no se puede ver afectada y sobre todo gravemente con actos meramente preparatorios, pudiendo ser estas conductas antisociales combatidas por diferentes acciones preventivas o labores de sensibilización por parte de los actores sociales competentes como la Policía Nacional del Perú, las Fiscalías de Prevención del Delito con la participación de los gobiernos locales, quienes realizan también algunos planes estratégicos para combatir y reducir los índices de la delincuencia a través del Serenazgo, juntas vecinales y Rondas Urbanas; no descartando también la

utilización de los medios de comunicación social, los cuales tienen una gran función en un estado democrático para brindar una información útil y que sea de utilidad para el legislador y se puedan tomar buenas decisiones y además de educar al ciudadano en el respeto que se debe tener a sus derechos.

Por ello, no se debe olvidar que el primer y principal requisito para criminalizar una conducta antisocial es la de que provoque un daño al Derecho de un individuo en forma directa o indirecta, pues de lo contrario se permitiría otra vez penar a conductas contrarias a valores morales, pero no dañinas.

Esta teoría de la protección de bienes jurídicos no ha dejado de ser la piedra angular de todo Derecho Penal que aspire a considerarse como uno propio de un Estado de Derecho, la cual basa su fundamento en la idea de protección de bienes jurídicos y tuvo su punto de partida en el principio de lesividad prescribiendo que el ejercicio del *ius puniendi* a través del Estado solamente se vería legitimado a través del objetivo de proteger bienes jurídicos.

En cuanto a la importancia del concepto bien jurídico, este se manifiesta en las funciones que cumple; desde una función crítica, el penalista estaría en condiciones de discutir la legitimidad de aquellos tipos penales creados o por crearse que no cumplan con proteger bienes jurídicos. Ese es el motivo por el cual no deberían perseguirse penalmente las concepciones morales o éticas de las minorías; desde una función interpretativa o dogmática, indica que

para interpretar los elementos del tipo penal, deberá servir para descubrir los alcances de una determinada prohibición (por ejemplo, si en el delito de homicidio se protege la vida, no podrá haber delito cuando ya no hay vida humana que proteger), determinar luego si existiría una permisibilidad extraordinaria de la afección al bien jurídico ante la preeminencia de otros intereses sociales (causas de justificación), fijar los alcances de la imputabilidad individual por el hecho cometido (culpabilidad) y la punibilidad de la conducta, así como la magnitud de la pena. Finalmente, también se habla de una cierta función sistemática cuando se utiliza al bien jurídico para agrupar los delitos: por ejemplo, delitos contra la vida, delitos contra la integridad corporal, delitos contra el patrimonio.

En tiempos más recientes, Claus Roxin, ha defendido la teoría de la protección de bienes jurídicos como tarea del Derecho Penal, pues constituiría un principio irrenunciable para limitar el poder de la intervención estatal.

Roxin excluye la existencia de un “bien jurídico” tutelable penalmente en los siguientes casos: en caso de normas motivadas solamente por una ideología (ejemplo, las expresiones críticas al régimen político); cuando la norma solamente describiera el objetivo de la ley (mantener a la sociedad libre de drogas, excluir consideraciones comerciales de la donación de órganos, etc.); cuando se tratara de simples atentados morales (la práctica homosexual libre entre adultos, el lesbianismo, etc.); ante leyes exclusivamente simbólicas, o sea las que no son necesarias para la convivencia Pacífica, pero

siguen fines extrapenales. Por lo demás, no podría ser “bien jurídico” cualquier “abstracción impalpable” como la “salud pública” (para el tráfico de drogas) o la “tranquilidad pública” (en el caso de la incitación a la violencia). Por su parte otros autores han postulado una concepción constitucional radical, pues no bastaría con exigir sin más al Derecho Penal la protección de bienes jurídicos. Se debe vincular esta exigencia a bienes jurídicos constitucionales”, pues recién entonces existiría la posibilidad de poner límites. Esta teoría se derivaría de principios constitucionales, en especial los principios constitucionales de “legalidad” y “proporcionalidad”.

Últimamente, Ronald Hefendehl ha propuesto una teoría propia que, por un lado, busca, a partir de la Constitución, definir los bienes jurídicos que el Derecho Penal debe proteger, como también fijar los “límites” a la intervención penal. Aunque la Constitución no describa de manera precisa y completa la tarea del Derecho Penal, por lo menos permitiría establecer los requisitos mínimos para la legitimidad de los tipos penales.

2.3. MARCO CONCEPTUAL

2.3.1. Los actos preparatorios y las teorías para su punición

Los actos preparatorios como su propio nombre lo indica son todas aquellas acciones o condiciones que el sujeto activo del delito, realiza para asegurarse la consumación de un delito; es decir, que desde que un sujeto se forma una idea en su imaginación hasta el agotamiento de la ejecución del delito existe todo un proceso denominado *iter criminis* o "camino del crimen", en la cual esa

primera fase de la imaginación en la cual se contiene una voluntad o intención de causar un daño no se exterioriza, de tal forma que no puede ser advertido por otra persona más que por el propio autor; significando así el *iter criminis* como el conjunto de etapas que se suceden cronológicamente en el desarrollo del delito.

Entre todas ellas cabe distinguir, por ejemplo, los siguientes estadios de desarrollo del delito: concepción, decisión, preparación, comienzo de ejecución, culminación de la acción típica, acontecer del resultado típico, agotamiento del hecho. Al respecto Zaffaroni sostiene: “En realidad, el desarrollo del delito es un proceso continuo, ininterrumpido, en el que se pueden distinguir o señalar estos momentos y otros más, porque ópticamente no hay límites tajantes en esta línea ascendente.

A estos efectos, lo que interesa es señalar algunos de estos momentos, que son los que el tipo penal toma en cuenta para abarcar al hecho dentro del campo de lo prohibido o para hacer depender de él una consecuencia práctica. Todos los demás momentos que puedan señalarse y que tienen importancia para otras disciplinas, como las ciencias de la conducta, por ejemplo, carecen de trascendencia práctica para nosotros” (Zaffaroni, 1999, p. 410).

Entre las etapas del *iter criminis* más importantes se tienen a cuatro: la etapa preparatoria, la etapa de tentativa, la consumación y el agotamiento.

Se debe tener en cuenta que las etapas que tienen lugar en el fuero interno del sujeto, no pueden ser nunca alcanzadas por la tipicidad, acorde al elemental principio de Ulpiano "*cogitationis poenam nemo patitur*" (nadie sufre pena por su pensamiento).

Asimismo, tampoco es punible la etapa que ya trasciende al plano objetivo; es decir, aquellas acciones que ya se exteriorizan en una forma que excede el ámbito de la mera manifestación del deseo o del propósito, para configurar la parte de conducta inmediatamente precedente a la ejecución misma; es decir, la preparación. La regla general es que las acciones que están en el *iter criminis* comienzan a ser punibles cuando comienza la actividad ejecutiva, siendo atípicos los actos preparatorios.

Si bien la regla general es que los actos preparatorios son atípicos, frecuentemente el legislador atrapa esos actos en tipos penales especiales, quebrando la regla; tal como ha sucedido en la legislación peruana con el ahora tipo penal autónomo del reglaje o marcaje. Para ello sigue dos caminos diferentes, consistentes el primero en extender lo prohibido excediendo el ámbito de la tentativa hasta abarcar una parte de la actividad preparatoria, es decir, en alterar el alcance que tiene la fórmula general en su función de dispositivo amplificador de la tipicidad.

Este primer supuesto no da lugar a ninguna tipicidad independiente, sino solo a una excepción a la regla. El otro método adoptado por la ley es la tipificación independiente de ciertos actos preparatorios, lo

que da lugar a una tipicidad propia (como el reglaje o marcaje en el Perú), es decir, a un delito independiente, con la consecuencia de que, a su vez, éste podría admitir la tentativa, cosa que no puede acontecer en el caso anterior.

Las diferencias entre la ampliación de la tipicidad a actos preparatorios y la tipificación independiente de actos preparatorios, se reflejará también en que, en caso de que el hecho se llegue a tentar o consumir, se penará teniendo en cuenta la tentativa o el delito consumado, según el caso, siempre que se trate de una ampliación de la tipicidad, sin que en ningún caso pueda concurrir con el delito tentado o consumado. Por el contrario, tratándose de un tipo penal independiente, la tipicidad del mismo quedará fijada con su consumación o con la tentativa, permaneciendo como hecho precedente o punible solo en el caso de que su contenido injusto no exceda en ningún sentido el contenido injusto de la tentativa o de la consumación.

Una conducta delincuencia que cumpla con todos los elementos del tipo para que pueda llegar a consumarse debe pasar por distintas etapas o momentos, en primer lugar, discurre primero por una fase interna y luego por una externa.

Como bien se sabe todo delito parte de una acción humana en la mente del autor, la deliberación puede ser más o menos breve, e incluso faltar; pero la resolución, más o menos lúcida, es presupuesto de todo hecho doloso.

La fase interna no es objeto de castigo por el Derecho Penal, para que lo sea tiene que trascender al plano objetivo, es decir exteriorizarse en conductas con ciertas condiciones; y es que en el Derecho Penal moderno parte de la distinción liberal entre Moral y Derecho que prohíbe a éste la regulación de los pensamientos y limita su esfera de acción al terreno social de los actos externos.

La fase externa se divide en dos grandes momentos: la fase de actos preparatorios y la fase de la ejecución. Los actos preparatorios —no siempre son concurrentes— suponen un momento intermedio entre la fase interna y el propio inicio de la ejecución del tipo previsto en la Parte Especial. Entre algunos actos preparatorios se tiene por ejemplo procurarse los medios, observar el lugar, proporcionarse cómplices, etc.

Iniciar una acción de disparar sobre la víctima ya es, en cambio, un ejemplo de comienzo de la fase ejecutiva. Hasta aquí es necesario formularse las siguientes preguntas ¿es necesario castigar ya los actos preparatorios?, o ¿Hay que esperar a que se realicen los actos ejecutivos? Pues bien, algunos ordenamientos punitivos parten del principio de impunidad de los actos preparatorios, exceptuando algunos supuestos que se reputan especialmente peligrosos como la conspiración, la proposición y la provocación para delinquir, regulados en el Código Penal español, cuando expresamente se castiguen por la ley (actos preparatorios punibles). Iniciada la fase ejecutiva se parte del principio contrario, la punición de la tentativa,

que sólo encuentra excepción en materia de faltas, las cuales únicamente se castigan cuando son consumadas, salvo por lo que se refiere a las faltas intentadas contra las personas o el patrimonio.

En cuanto a este tema que se está tratando, resulta también importante preguntarse sobre el fundamento de la punición de fases anteriores a la consumación y el ¿Por qué castiga la ley conductas que no llegan a la lesión del bien jurídico protegido? Si, por ejemplo, la ley quiere evitar que se mate, ¿por qué castigar el disparo que no alcanza a la víctima y no le da muerte?; al respecto el jurista Mir Puig en su obra Derecho Penal parte general sostiene que, existen tres grupos de teorías que tratan de responder a esta pregunta por caminos distintos (Muir Puig, 1979, p. 338-340).

2.3.1.1. Las teorías objetivas

Esta teoría sostiene que la razón del castigo de los actos preparatorios es la puesta en peligro del bien jurídico protegido. Ello explicaría que, aun dirigidas por una misma finalidad subjetiva, se castiguen de diversa forma la preparación (cuando es punible), la ejecución imperfecta y la consumación.

La razón sería la mayor o menor proximidad objetiva respecto de la lesión del bien jurídico. Este punto de vista objetivo fue característico de la doctrina penal liberal del siglo XIX (así, Feuerbach en Alemania y Carrara en Italia) y a la cual me adhiero; pero adicionando que la proximidad a la lesión debe ser corroborada objetivamente con la

intención o voluntad del sujeto agente. Las consecuencias político-criminales que trae esta primera teoría son las siguientes:

- a) El principio de impunidad de los actos preparatorios, puesto que se hallan objetivamente demasiado lejos de la lesión del bien jurídico (insuficiente peligrosidad objetiva).
- b) La menor punición de la tentativa respecto de la consumación, ya que objetivamente es menos grave la puesta en peligro que la lesión del bien jurídico.
- c) La impunidad de la tentativa absolutamente inidónea, porque no resulta objetivamente peligrosa.

2.3.1.2. Las teorías subjetivas

Estas teorías ven el fundamento de la pena de las fases anteriores a la consumación en la voluntad contraria a Derecho manifestada. Faltando o no teniendo importancia la lesión del bien jurídico, lo decisivo sería la dirección de la voluntad hacia dicha lesión, en cuanto se manifiesta externamente.

Este punto de vista subjetivo se defendió en Italia por la Escuela Positivista (Garofalo) y, en parte, gracias al finalismo de Welzel, se halla hoy ampliamente extendido en Alemania. Sus consecuencias político-criminales serían:

- a) Una tendencia a la ampliación de la esfera de los actos ejecutivos punibles, adelantando el momento de su comienzo, a costa de reducir el ámbito de los actos preparatorios impunes. La razón

sería que ya desde el principio se manifestaría la voluntad criminal.

- b) Igual punición de tentativa y consumación, pues la ausencia del resultado no supone una voluntad delictiva menos disvaliosa.
- c) Punición de la tentativa absolutamente inidónea, puesto que la idoneidad objetiva no empieza a la presencia de una perfecta voluntad criminal.

2.3.1.3. Las teorías mixtas

Estas teorías son seguidas en la actualidad por un importante sector de la doctrina alemana, parten de la voluntad delictiva como fundamento del castigo, pero creen necesario limitar éste por exigencias objetivas, como la de que el hecho produzca una conmoción de la colectividad (teoría de la impresión o conmoción). En otras palabras, el objeto de la punición sería la voluntad, pero el merecimiento de pena lo decidiría la conmoción del sentimiento de seguridad de la colectividad (Muir Puig, 1979, p. 339). Las consecuencias político-criminales de esta perspectiva serían:

- a) La adopción de criterios objetivos para la delimitación de actos preparatorios y actos ejecutivos: sólo se deben castigar los actos que producen ya una objetiva conmoción social.
- b) La atenuación facultativa de la pena de la tentativa: según se aminore o no la conmoción social.
- c) La impunidad de la tentativa irreal, porque no determina alarma social alguna.

De las tres posiciones expuestas queda claro que la respuesta a la incógnita planteada es la del criterio objetivo; en la cual, los actos preparatorios únicamente deben ser sancionados por el Derecho Penal siempre y cuando estas conductas estén próximas a lesionar o poner en peligro los bienes jurídicos.

2.3.2. Seguridad ciudadana

Este concepto está considerado como un derecho humano, condición primordial para el funcionamiento de la sociedad y uno de los principales criterios para asegurar la calidad de vida; para ello, el Estado debe adoptar medidas a través de los cuerpos de seguridad, el aparato de administración de justicia y los demás órganos del Estado, concretos y eficaces para reducir la delincuencia contra las personas y los bienes; pero estas medidas no pueden ser contrarias a otros derechos humanos, sino por el contrario deben guardar consistencia y coherencia con ellos.

Desde los primeros inicios de la civilización, el hombre buscaba reunirse para poder preservarse de los elementos naturales, de las fieras, aún en las cavernas, en los clanes ya buscaba la seguridad como medio fundamental para su supervivencia; en el Perú desde el imperio incaico el hombre empezó a reunirse para defenderse de cualquier ataque externo y conseguir sus propósitos de la expansión. De esta manera ya se fueron visualizando las primeras bases de los liderazgos, ya empezaba a nacer el sentido del orden, de reconocimiento y de la convivencia integral.

Se empezaba a notar, como humanos en ese tiempo, que la seguridad era sinónimo de organización, de responsabilidad, de solidaridad, que generalmente los grupos humanos fueron desarrollando. Conforme crecen las ciudades, conforme crecen las necesidades de seguridad, es que se empiezan a formar las organizaciones más complejas, con mejor infraestructura, mayor exposición de acciones directas para mantener la tranquilidad y el orden dentro de estas comunidades. Es en este contexto, que se empiezan a formar los primeros seres con su preocupación fundamental de alertar a las comunidades cuando se presentaba algo que iba a interrumpir su sueño, su descanso o su trabajo normal y se comenzaron a formar las guardias, las milicias, las organizaciones policiales y desde ahí se identifica la acción policial por la acción represiva de la actitud delincinencial. Desde allí se empezó a actuar previniendo la acción delincinencial porque interrumpía el desarrollo normal de las actividades de las comunidades. Al innegable auge de la delincinencia, los medios de comunicación le dan gran difusión y ello provoca una reacción en la opinión pública que muchas veces se ve reflejada en una legislación de emergencia en materia penal (Derecho Penal Simbólico), generalmente adelantando barreras de punibilidad o aumentando las penas, que no es realizada teniendo presente una política criminológica coherente. Esta política criminológica no puede ser aislada o indiferente de una política social. Los programas y políticas

sobre el delito tienen que estar relacionados con los procesos sociales, históricos y económicos del país.

El Perú está viviendo una profunda crisis de seguridad ciudadana, la cual más allá de las estadísticas que ofrecen los gobiernos de turno, se palpa en la calle. Toda persona ha sufrido o ha sido víctima en algún momento de algún delito o ya sea un familiar, un amigo o un compañero de trabajo que lo ha padecido, el cual en general no es denunciado por lo que pasa a integrar la denominada cifra negra de la delincuencia, de la que no hay ningún tipo de estadística estatal.

Al respecto también es importante indicar que, si los ciudadanos poseen un trabajo estable, una vivienda digna, tienen acceso a una mejor educación y además por ello ejercen en toda su amplitud sus derechos civiles y políticos, la consecuencia es que se va a producir una mejora en la calidad de las instituciones y un descenso en la cifra de la criminalidad.

En el contexto institucional, la seguridad ciudadana supone una situación política y social en la que las personas tienen legal y efectivamente garantizado el goce pleno de sus derechos y libertades y obtienen el pleno resguardo de esos derechos y garantías emanadas del Estado de Derecho: vida, integridad, libertad, bienestar personal, propiedad, igualdad ante la ley e igualdad de oportunidades, derechos económicos, sociales y culturales etc.

El derecho a la seguridad ciudadana en un Estado Democrático de Derecho consiste en el conjunto de garantías que debe brindar el Estado a los ciudadanos para el libre ejercicio de todos sus derechos; sin embargo, existe una carencia constatada por parte de las instituciones del Estado, de las herramientas y conocimientos para hacer frente al problema y responder a las legítimas demandas de seguridad de la ciudadanía sin adoptar políticas autoritarias y contrarias a un Estado democrático de derecho, fórmulas que han generado mayor inseguridad. Se considera necesario promover políticas más efectivas e integrales delante del delito, y no continuar reaccionando solamente por la vía de los sistemas de justicia penal. Por lo tanto, las Políticas Sociales tienen que comprender una amplia prevención primaria, con acciones en todos los ámbitos del bienestar social, y procurar que los beneficios del desarrollo lleguen a todos los sectores de la población y promuevan la integración, y la no exclusión, de los sectores pobres y marginales, al considerar que a la problemática social la acompañan los fenómenos de la corrupción, el paro, la subocupación, violencia, así como pérdida y sustitución de valores. Por lo referido anteriormente, se concluye que los conceptos de seguridad ciudadana y derechos humanos deben conformar un matrimonio imprescindible y el fruto de esa unión será la paz social.

Al respecto, en el Perú el 11 de febrero del 2003 se publicó la Ley N°27933 (Ley del Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana), en la cual se establece su objeto, su definición, sus integrantes, sus

competencias y sus funciones, con la finalidad de garantizar la paz o la tranquilidad pública de la población, contando además con un Observatorio Nacional de Seguridad Ciudadana que pertenece al Ministerio del Interior; constituyéndose como un centro de generación de datos e investigación aplicados al conocimiento de fenómenos criminales y economías ilegales para la formulación de políticas públicas, de la cual poco o nada se sabe de las coordinaciones que se tiene con el Congreso de la República para que esta última pueda aplicar una Política Criminal acorde con el modelo de Estado y sobre todo respetando los principios garantistas de un Derecho Penal.

2.3.3. Delitos de peligro

En estos delitos el legislador, de acuerdo a la experiencia, considera que determinados comportamientos son idóneos para perjudicar bienes jurídicos; este interés en reprimirlos radica en la idea de que para protegerlos con eficacia es indispensable adelantar la barrera de protección (Prado Saldarriaga y Hurtado Pozo, 2011, p. 70). Esta corriente considera que en lugar de esperar la producción de un daño real (resultado material) estima que es mejor intervenir en el momento previo a que se produzca este suceso, es decir, cuando el agente crea una situación que pueda producirlo (situación de peligro).

Los delitos de peligro se clasifican en delitos de peligro concreto y de peligro abstracto.

2.3.3.1. Delitos de peligro concreto

Es aquella infracción definida en el tipo legal constituida por una acción que produce una situación real y efectiva de riesgo para el bien jurídico; en efecto, al igual que ocurre en los delitos de lesión, en este tipo de delitos el tipo legal prevé, como elemento constitutivo de la infracción, una modificación del mundo exterior, física y cronológicamente, diferente de la acción incriminada. En el delito de peligro concreto, el legislador si respeta el principio de lesividad cuando condiciona la represión de la acción a la creación de un riesgo (resultado) cuya existencia debe ser probada para considerar consumada la infracción (riesgo real); lo cual no ocurre con los actos preparatorios que no existe lesión a bien jurídico alguno y de existir un riesgo o peligro para el bien jurídico concreto en la práctica resulta imposible de probar.

2.3.3.2. Delitos de peligro abstracto

En este tipo de delitos no supone alteración alguna del mundo exterior diferente e independiente de la acción en que consiste, se consuma con la realización de la acción reprimida como peligrosa. El legislador busca prohibir determinados comportamientos peligrosos sin que sea necesario verificar si el peligro se ha dado efectivamente, pues lo que pretende es bloquear su fuente. Se trata pues de un delito general y difuso y no de un efectivo y real como en el de peligro concreto. Su finalidad, es ampliar la

intervención del Derecho Penal para proteger supuestamente con más eficacia ciertos bienes jurídicos.

2.3.3. La teoría del delito

Las corrientes contemporáneas del Derecho Penal que están utilizando los legisladores en el presente siglo al momento de criminalizar ciertas conductas deben tener en cuenta siempre el principio de la dignidad humana como presupuesto básico para la concepción de los derechos humanos y es desde aquí de donde se debe partir dicha labor, ya que cualquier violación a la humanidad o lesión a la dignidad de la persona humana puede significar su deshumanización; por lo que Zaffaroni hace algunas afirmaciones al respecto como las siguientes: “que la negación a este principio significa convertir a la persona en objeto o animalizarla y que se debe combatir al Derecho Penal del Enemigo construyendo la Teoría del Delito y de la pena sobre la base de las mejores tradiciones constitucionales”; estos es, tener siempre un respeto por la persona humana su derecho a la vida y a la libertad, el nexo de unión entre legalidad y libertad, la separación entre derecho y moral, la tolerancia política, la libertad de conciencia, la independencia de la función judicial y los límites de los poderes del Estado, son valores fundamentales del moderno Estado de Derecho madurados principalmente en el terreno del Derecho Penal mediante las luchas iluministas contra la intolerancia religiosa y contra el absolutismo del *ancien régime*. Principios estos incorporados en las constituciones

modernas como garantías penales y procesales (Zaffaroni, 2016, p. 73-80).

Al respecto el jurista español Muir Puig sostiene: “La teoría del delito es obra de la doctrina jurídico-penal y constituye la manifestación más característica y elaborada de la dogmática del Derecho Penal. Ésta tiene como objetivo teórico más elevado la búsqueda de los principios básicos del Derecho Penal positivo y su articulación en un sistema unitario. La teoría del delito constituye un intento de ofrecer un sistema de estas características. No es, pues, fundamentalmente una propuesta incondicionada sobre lo que el delito debería ser — no es una construcción iusnaturalista—, sino una elaboración sistemática de características generales que el Derecho positivo permite atribuir al delito, a la vista de la regulación que aquél efectúa de éste”. (Muir Puig, 1979, p. 136).

Con esto, lo que se entiende es que tanto el legislador como el operador jurídico deben utilizar este concepto normativo como una herramienta para poder identificar los principios y elementos que son comunes a todos los delitos para reunirlos en un solo sistema, cosa que no ha ocurrido con los actos preparatorios en su criminalización. A continuación, se describe cada uno de estos elementos de la Teoría del Delito.

a. Sujeto activo

El legislador lo identifica con los artículos gramaticales, “El”, “La”, “Los”; mientras que en el Código Penal se lo puede identificar

con la siguiente frase: “El que...”, lo que nos lleva a deducir que en estos casos el sujeto activo puede ser cualquier persona, denominando a esta clase de tipos penales como delitos impropios; sin embargo, también existe otra clase de delitos que son cometidos por un funcionario público, la madre, el hijo el profesional, etc., a los cuales se les denomina delitos propios. (Almanza Altamirano y Peña Gonzales, 2010, p. 71-72). En el presente trabajo, se puede advertir que el delito de reglaje sería un delito mixto propio e impropio ya que puede ser cometido tanto por cualquier persona en su forma básica, así como por un funcionario o servidor público en su forma agravada.

Cuando el legislador hace alusión al término “El que” en el delito de reglaje o marcaje se ha perfilado en el ordenamiento jurídico como un delito común, consiguientemente puede ser sujeto activo cualquier persona tanto varón como mujer (Salinas Siccha, 2015, p. 937).

b. Sujeto pasivo

Este elemento en el delito de reglaje o marcaje genera de alguna manera confusión con el sujeto pasivo de los 21 delitos en la lista o catálogo que contiene el tipo penal de reglaje o marcaje; pues se debe tener en cuenta que cuando el sujeto activo ejecuta los actos preparatorios de acopiar información o realizar actos de seguimiento o vigilancia no está afectando o poniendo en peligro de manera objetiva bienes jurídicos concretos o individuales como la vida, o el patrimonio y que a

quien estaría afectando, según la norma, sería a un bien jurídico abstracto como es la seguridad ciudadana o tranquilidad pública, un concepto muy abstracto creado por el legislador civil y que ha sido introducido al campo del Derecho Penal; garantizándose su protección con acciones distintas al Derecho Penal o con Políticas Sociales preventivas; por lo que también los bienes jurídicos concretos de las personas estarían garantizadas cuando se vean amenazados o vulnerados con verdaderos actos de ejecución con figuras como la tentativa y la consumación. Por tanto, esta confusión puede generar algunas dificultades en los operadores de justicia respecto de este delito. Muir Puig (1979) sostiene que: “Además de la persona física normal, pueden ser sujeto pasivo los inimputables, la sociedad, la persona jurídica y el Estado, siendo discutible si pueden serlo el difunto y el feto. La extensión del concepto de sujeto pasivo a algunos de estos supuestos, como la sociedad, es posible porque no es preciso en él la formal titularidad de un derecho subjetivo (sólo concurrente en sujetos de derechos), sino que basta la del interés esencial en el delito (p. 220). Se debe tener en cuenta que en todo tipo penal supone la presencia de tres sujetos que se encuentran en una relación recíproca: El sujeto activo, el sujeto pasivo y el Estado llamado a reaccionar con una pena, pero aquí es importante hacer presente que en algunos delitos como el regale o marcaje el sujeto pasivo no coincide necesariamente con el sujeto sobre el que recae la acción ni con

el perjudicado; lo cual es distinto en los delitos contra las personas porque en ellos el titular del bien jurídico protegido es precisamente la persona sobre la que recae materialmente la acción típica; hecho que como se reitera puede traer como consecuencia algunas dificultades en los operadores de justicia.

c. Bien jurídico protegido

En el delito de reglaje o marcaje, el bien jurídico protegido es la seguridad nacional o seguridad ciudadana, la tranquilidad pública o paz social, un concepto jurídico del Derecho Civil, utilizado por el legislador penal para justificar la criminalización de los actos preparatorios y su tipificación como un tipo penal autónomo; sin embargo, como se viene sosteniendo la Política Criminal no puede servirse fácilmente del Derecho Penal para combatir todas las amenazas que tenga el Estado y sus ciudadanos sino, por el principio de subsidiariedad o última ratio y de fragmentariedad, únicamente puede acudir a ella para regular aquellas conductas sumamente graves y peligrosas que dan inicio a la fase posterior de ejecución de actos preparatorios y que ponen en un verdadero riesgo bienes jurídicos concretos.

d. Tipo básico

El delito de reglaje es un tipo penal alternativo, que básicamente se resume en dos clases de conducta:

- a. Realizar actos de acopio de información, seguimiento o vigilancia.
- b. Poseer armas, vehículos, teléfonos u otros instrumentos facilitadores para la comisión de las primeras conductas.

Antes de analizar en qué consiste cada una de ellas, es necesario indicar que todo tipo penal está compuesto también por elementos descriptivos y elementos normativos; siendo que los primeros expresan una realidad naturalística aprensibles por los sentidos; mientras que los últimos aluden a una realidad determinada por una norma jurídica o social.

Siendo esto así se evidencia que el tipo penal de reglaje o marcaje, tal como tal como está regulado, únicamente está compuesto por elementos descriptivos, los cuales corresponde ahora determinar en qué consiste cada una de ellas:

Con respecto a la información, la cuestión radica qué se entiende por información: datos personales o materiales vinculados a una persona natural o jurídica, relevante para la perpetración del ilícito futuro (datos personales, domicilio, relaciones, horarios, rutas usuales, datos contables, financieros...). Igualmente, deberá establecerse cuánta información es suficiente para que se entienda que constituye acopio. ¿Basta con encontrar en la agenda de un sicario o mafioso el celular o la dirección de una persona para que se configure el delito o un croquis de la dirección de su víctima? Considero que no, si se entiende como acopio la reunión o acumulación de gran cantidad de algo.

La determinación de lo qué es seguimiento igualmente será ardua. Para comenzar quién la determina. Tanto en el viejo como en el nuevo modelo procesal penal, es la policía la que se encuentra en la situación funcional de definir este elemento típico. La misma observación vale para la determinación de lo que es vigilancia, pero ¿Basta con estacionarse en la noche en un vehículo de lunas polarizadas cerca del domicilio de la potencial víctima? para que se configure este delito.

Con relación a las armas, debe entenderse que se trata de las armas propias; esto es, las que son fabricadas o elaboradas con el fin expreso de ser usadas para atacar o defenderse.

¿Cómo determinar la posesión de vehículos para efectos típicos? Deben ser varios, de procedencia dudosa, de lunas polarizadas sin autorización. Con el término teléfonos se comprende a todo aparato de comunicación, de diverso tipo o condición: móviles, fijos, satelitales, propios o hurtados.

Con la frase cualquier otro instrumento facilitador del delito, se da entrada a la interpretación analógica. Queda a la imaginación del intérprete el convertir cualquier objeto, en sí inocuo, en un instrumento facilitador del delito, como se describe prolijamente en la legislación cubana: ganzúas, bujías, patas de cabra, alfileres, jeringas, punzones, sogas; grilletes, hojas de afeitar. En consecuencia, se advierte que el tipo penal tiene una redacción especial, pues inicia con la consecuencia jurídica y finaliza con el supuesto de hecho y además las conductas típicas está

redactado con términos genéricos.

Para la modalidad básica de la comisión de este delito el Código Penal vigente contempla una pena no menor de tres ni mayor de seis años de pena privativa de la libertad.

En cuanto a la forma agravada de este delito se contempla una pena privativa de la libertad no menor de seis ni mayor de diez años de pena privativa de la libertad cuando el sujeto activo es: Funcionario o servidor público y aprovecha su cargo para la comisión del delito.

1. mantiene o ha mantenido un vínculo laboral con el sujeto pasivo o hubiese mantenido con este último vínculo que lo impulse a depositar en él su confianza
2. Utilice para su realización a un menor de edad
3. 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.
4. Actúa en condición de integrante de una organización criminal.

En el presente trabajo de investigación, se ha podido conocer a través de la casuística que existe en los Distritos fiscales mencionados que la mayoría de los casos por el delito de reglaje existentes desde el año 2012 (año en que se incorporó el reglaje como tipo penal autónomo) hasta el mes de noviembre del año 2022, han sido ejecutados únicamente en su forma básica.

e. Tipo subjetivo

El delito de reglaje o marcaje, según el Código Penal se comete únicamente de manera dolosa cuando el sujeto agente cumple con realizar los tres elementos de la fase interna del proceso del *iter criminis* como son; la ideación la deliberación y la realización y comienza con la ejecución de la primera manifestación de la fase externa; esto es, con la realización de los actos preparatorios.

Sin embargo, según la doctrina se dice que el elemento subjetivo del delito de reglaje o marcaje no solo estaría conformado por el dolo, sino que existe un elemento adicional distinto a este, que la doctrina nacional lo define como la tendencia interna trascendente, ello se debe a que acompañado al dolo se encuentra una finalidad subjetiva o tendencia interna perseguida por el autor a vulnerar posteriormente otros bienes jurídicos distintos del delito de reglaje (Gaceta Penal y Procesal Penal. Tomo 46, abril 2013, p.145). Situación que complicaría al operador jurídico para poder determinar la concurrencia de este elemento normativo del tipo penal.

f. Consumación

El término consumir significa perfeccionar, acabar; es decir, que un delito se consuma cuando se realiza cumpliendo todos los elementos constitutivos del tipo penal.

El reglaje o marcaje, es un delito de mera actividad, ya que no es necesario que el agente logre su finalidad, esto es, que lesione o ponga en peligro los bienes jurídicos del catálogo de delitos que contempla el reglaje, basta que se compruebe que el sujeto agente realizó acopio de información, actos de seguimiento y vigilancia o se le encuentra en posesión de armas o instrumentos idóneos para su propósito para consumar el delito. Y aquí la crítica a su tipicidad es que con estas conductas o elementos descriptivos del tipo, si bien es cierto no se requiere para su configuración que lesionen o pongan en peligro los bienes jurídicos de los delitos fin; sin embargo, si se requiere que se precise que deben tratarse de conductas muy graves que lesionen o pongan en peligro al menos el bien jurídico de la tranquilidad pública y por último que tengan una concepción inequívoca de que de otra manera no sería posible lesionar los bienes jurídicos concretos de los delitos fin del reglaje.

g. Penalidad

El delito de reglaje o marcaje contempla una pena privativa de la libertad no menor de 03 años ni mayor de 06 para su tipo base y para su forma agravada contempla una pena privativa de la libertad no menor de 06 ni mayor de 10 años; omitiendo establecer de manera expresa una pena de multa o inhabilitación para el caso de los funcionarios o servidores públicos; pudiendo ser incluso esta la medida más idónea para prevenir este tipo

de conductas, acompañando de otras medidas de política social para conseguir su eficacia en la realidad. Sin embargo, como se puede ver en el delito de reglaje o marcaje la pena en algunos casos resulta ser mayor o igual que para el delito fin al cual se proyecta el sujeto activo; tal como se puede ver en la contratación de la hipótesis.

h. Tentativa

La tentativa, es la creación a través de medios materiales, de un peligro que, enjuiciado sobre la base de la representación del autor, resulta próximo a la realización típica; se exige para la tentativa un inicio inmediato, un disponerse inmediatamente a la realización de la conducta típica. Por lo tanto, lo que tiene lugar antes de ese "inicio inmediato o disposición inmediata" -la preparación del hecho típico- no es tentativa. (Roxin, 2014, p. 434).

En el delito de reglaje o marcaje no se reprime o sanciona la tentativa, al tratarse de un delito de mera actividad que se configura con la sola realización de los mismos.

i. El *iter criminis*

Según Zaffaroni: "Desde que el designio criminal surge como un producto de la imaginación en el fuero íntimo del sujeto hasta que se opera el agotamiento de la ejecución del delito, tiene lugar un proceso, parte del cual no se exterioriza necesariamente en forma que pueda ser advertida por ningún observador fuera del propio autor. A este proceso se denomina *iter criminis* o "camino del crimen", significando así al conjunto de etapas que se

sucedan cronológicamente en el desarrollo del delito” (Zaffaroni, 1999, p. 409).

Esta figura del "*iter criminis*" fue desarrollado por Francesco Carrara, principal autor de la Escuela Clásica Italiana; es concebido como aquellas etapas constitutivas de un delito (Villavicencio Terreros, 2007, p. 415).

Es un proceso que parte desde un momento mental (se concibe la idea de cometer el delito) hasta llegar al momento externo (se llega a consumir el resultado).

El *iter criminis* está compuesta por dos fases:

1) Fase interna: ideación, deliberación y resolución criminal

El *iter criminis*, comienza en la mentalidad del sujeto con la ideación, deliberación y resolución delictiva. A esta etapa psicológica se le denomina comúnmente “fase interna”, porque el sujeto no ha exteriorizado a través de una conducta sus pensamientos, los cuales aún permanecen en el terreno de la psiquis, y naturalmente son íntimos o internos en el individuo. “El hecho punible se forma primero en la mente de su autor y luego se realiza en el mundo material”. Es regla general que la ideación es impune, en la doctrina existe unanimidad respecto a la impunidad de quien se limita a deliberar sobre las posibilidades de cometer una infracción, aun cuando tome la decisión de ejecutarla y la comunique a terceros, pero no llega a materializarla mediante actos concretos.

2) Fase externa: actos preparatorios, tentativa y consumación

Con este nombre se designan ciertos actos preliminares que únicamente en la siquis del hechor se vinculan a la comisión de un delito, por cuanto se relacionan con él sólo en forma mediata e indirecta; por ejemplo, la compra del arma para perpetrar un homicidio. Como la “ejecución del delito es un viaje emprendido por el malvado hacia la violación de la ley”, es frecuente que se realicen actos previos al momento ejecutivo que, sin ser parte de él, al menos lo hacen posible.

Es frecuente que, antes de dar principio a la realización del delito a través de su ejecución por hechos directos, es decir, antes del estadio de la tentativa, el actor realice actos preparatorios que apuntan a hacerlo posible o a facilitar esa ejecución.

En la fase externa, se sale del dominio psicológico de las intenciones, o de la resolución simplemente manifestada, y se llega a la materialización de la voluntad criminal. Los actos externos se dividen en dos categorías: “indirectos o preparatorios” y de “ejecución”, que comprenden la tentativa, el delito frustrado y el delito consumado.

A nivel de jurisprudencia se tiene que, según la Ejecutoria Suprema del 11 de enero de 1999, Exp. 4804-98- Huaura “los actos preparatorios, vienen a ser la etapa del proceso en el que el autor dispone de los medios elegidos con el objeto de crear las condiciones para lograr el fin que se propone, los que

generalmente, también son atípicos, por ende, impunes (Prado Saldarriaga V. , 2019, p. 182-183).

Para Zaffaroni (1999): “Si bien la regla general es que los actos preparatorios son atípicos, frecuentemente el legislador atrapa esos actos en tipos penales especiales, quebrando la regla”. Para ello sigue dos caminos diferentes, consistente el primero en extender lo prohibido excediendo el ámbito de la tentativa hasta abarcar una parte de la actividad preparatoria, es decir, en alterar el alcance que tiene la fórmula general del artículo 42, en su función de dispositivo amplificador de la tipicidad. Este primer supuesto no da lugar a ninguna tipicidad independiente, sino solo a una excepción a la regla del artículo 42. El otro método adoptado por la ley es la tipificación independiente de ciertos actos preparatorios, lo que da lugar a una tipicidad propia, es decir, a un delito independiente, con la consecuencia de que, a su vez, éste admitirá la tentativa, cosa que no puede acontecer en el caso anterior. El primer grupo de casos se compone de delitos incompletos más amplios que la tentativa; el segundo de delitos completos que a su vez admiten la tentativa”. (p. 410-411).

Para Roxin, son actos preparatorios principalmente tres grupos de casos de constante actualidad:

- a.** La obtención y posesión de armas e instrumentos del delito, así como la producción de condiciones decisivas para el delito.

b. La búsqueda del lugar para cometer el delito y la permanencia (aún) discreta en el mismo.

c. El reconocimiento y la creación de la ocasión para la comisión.

Merece destacarse, no obstante, que esto vale también para el caso de que la acción realizada en el estadio previo a la realización típica revele una gran energía criminal y resulte punible como un delito autónomo de otra clase, o incluso constituya la contribución más importante al delito. (Roxin, 2014, p. 493).

La tentativa se da, según el artículo 16 del Código Penal cuando el agente comienza la ejecución de un delito, que decidió cometer. Los actos que se extienden desde el momento en que comienza la ejecución hasta antes de la consumación son actos de tentativa. Así pues, el comienzo de la ejecución típica del delito y su no consumación representan sus límites.

Según la Jurisprudencia: “La tentativa consiste en el inicio de la ejecución del delito, sin consumir, el comienzo de la ejecución comprende el inicio de la acción típica, así como la realización de actos demostrativos por el agente para poner en obra su finalidad”.

A diferencia de los actos preparatorios, la tentativa puede ser punible; esta es una etapa superior en el desarrollo del delito, pues cuando se pasa a los actos de ejecución, los actos preparatorios quedan absorbidos por estos. Dentro del *iter*

criminis, la tentativa se encuentra ubicada entre los actos preparatorios y la consumación.

En el delito de reglaje al haber sido incorporado al Código Penal como un tipo penal autónomo no admite su comisión mediante tentativa, ya que la misma realización de los actos preparatorios consuman la configuración como delito.

2.4. MARCO LEGAL

2.4.1. Los actos preparatorios como delito en la legislación

comparada

Los actos preparatorios se encuentran también regulados como tipos penales autónomos en diferentes ordenamientos punitivos de distintos países, así, por ejemplo:

En el Código Penal de Chile, el artículo 8 se regulan actos preparatorios como la conspiración y la proposición, conductas que no son punibles, excepto cuando la propia ley así lo establezca.

La punibilidad excepcional de algunos actos preparatorios específicos como delitos autónomos está prevista no solo en el Perú sino en varias legislaciones como Austria, Finlandia, Croacia, Japón y Brasil; en la de Polonia, como tentativa de ciertos delitos.

En el Código Penal italiano se prevé la impunidad de la mera incitación a la comisión de un delito y del simple acuerdo (conspiración), en la medida que no siga a continuación la comisión de un delito, salvo que la ley establezca lo contrario.

En el Código Penal Español se regulan tres clases de actos preparatorios susceptibles de sanción penal porque se reputan especialmente peligrosos: la conspiración, la proposición y la provocación.

En Francia, la casuística jurisprudencial ha fijado ciertos límites al principio de que la resolución criminal, como los actos preparatorios, deben quedar impunes, determinando que actos preparatorios como el señalamiento y visita de lugares se asimilan a un comienzo de ejecución.

En Alemania por el contrario en el artículo 22 del Código Penal califica estos actos como formas de actos preparatorios no punibles a título de tentativa. La simple preparación de una guerra de agresión y el mero emprendimiento de actos de agresión son castigados en la parte especial como delitos autónomos.

En el Código Penal Húngaro se introdujo una reforma (1994) destinada a penalizar la preparación de crímenes graves (cuya pena es superior a 8 años de prisión), cometidos principalmente en materia de delincuencia organizada, lo que implica una excepción a la regla general que exige para el castigo de la tentativa el comienzo de ejecución del delito.

Como se puede ver en el ámbito de la legislación comparada, por lo menos en la órbita del derecho continental europeo, no existe ni podría existir un tipo penal, como el reglaje o marcaje del ordenamiento punitivo peruano. Y ello porque las legislaciones de

esos países aún son prevalentemente tributarias del Derecho Penal clásico o garantista.

Lo mismo puede decirse del ámbito latinoamericano, por lo menos en este aspecto. Sin embargo, de las diversas legislaciones penales latinoamericanas, existe un tipo penal parecido al tipo penal de marcaje o reglaje del Perú. En efecto, en el artículo 214 del Código Penal Cubano sanciona penalmente a quien porte o tenga en su poder un puñal, una navaja, un punzón, un cuchillo o cualquier instrumento cortante, punzante o contundente, cuando las circunstancias evidencien que están destinados a la comisión de un delito o a la realización de un acto antisocial. La pena que corresponde es de 3 meses a un 1 año de pena privativa de la libertad o multa de 100 a 300 cuotas. Figura muy parecida en cuanto a la posesión de armas que prescribe el artículo 317-A del Código Penal peruano; sin embargo, la legislación penal cubana no hace mención a los actos de acopio de información, seguimiento y vigilancia pero si hace precisión que debe tratarse de conductas preliminares que hacen evidente, de manera indubitable que se lesionará con dichas conductas un bien jurídico, existiendo entre ambas una conexión temporal; lo cual no sucede con el reglaje o marcaje del ordenamiento jurídico peruano.

2.4.2. Los actos preparatorios como delito en la legislación

nacional

En el ordenamiento jurídico peruano los actos preparatorios empezaron a regularse penalmente por primera vez desde el año

2012, cuando mediante el Proyecto de Ley N°103-2011-CR del 05 de agosto del año 2011, a iniciativa del Congresista Elías Nicolas Rodríguez Zavaleta se incorpora el artículo 317-A al Código Penal, referido al delito de marcaje o reglaje como un tipo penal autónomo e independiente. Posteriormente un año después se aprobó el Proyecto de Ley N°2100-2012-PE, de fecha 11 de abril del año 2013, presentado por el presidente de Consejo de ministros de aquel entonces Juan Jiménez Mayor, mediante el cual se planteó reformas en el delito de reglaje o marcaje, tipificado en el artículo 317-A del Código Penal al advertir algunas deficiencias en el primer proyecto respecto a la configuración de dicho tipo penal. Y finalmente con la Ley N° 29859, publicada en el diario oficial El Peruano el día 03 de mayo del 2012 se incorporó por primera vez al ordenamiento punitivo actos preparatorios elevados a la categoría de un tipo penal autónomo.

CAPÍTULO III

CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS

La presente investigación tuvo como hipótesis: “Los fundamentos jurídicos para derogar el delito de reglaje o marcaje tipificado en el artículo 317-A del Código Penal; son: a) Vulneración al Principio de lesividad y proporcionalidad propios de un Estado democrático de Derecho; b) Concretización del Derecho Penal Simbólico, c) Corroboración de la ausencia o carencia de la lesión o puesta en peligro de bien jurídico protegido; la misma que responde al problema de investigación: ¿Cuáles son los fundamentos jurídicos que sustentan la derogatoria del delito de reglaje o marcaje tipificado en el artículo 317-A del Código Penal.

Los métodos utilizados en la presente investigación son los generales analítico-sintético y el inductivo. Como métodos propios del Derecho se utilizaron el método dogmático, el método hermenéutico y el de la argumentación jurídica.

El método analítico y sintético se aplicó en el momento de descomponer las categorías que involucró esta investigación, específicamente las categorías que conforman el delito de reglaje o marcaje para saber que se trata de actos preparatorios.

El método dogmático se utilizó para hacer un análisis puro de las normas y categorías jurídicas relacionadas con la regulación de los actos preparatorios, así como de las deficiencias que presentan cada una de ellas, de tal forma que a partir de eso se pueda elaborar una propuesta legislativa.

El método hermenéutico permitió el análisis de las normas dentro de un contexto determinado, de tal forma que permita comprender la razón de su promulgación, de evaluar su evolución en el tiempo y de cómo debe ser la ley en la actualidad.

La contrastación de la hipótesis, en resumen, se realiza teniendo en cuenta el proceso de argumentación deductiva, haciendo uso de los métodos establecidos para la presente investigación, así como de la elaboración de argumentos; asimismo, respetando el modelo del Estado contemplado en la Constitución Política del Perú.

La contrastación de la hipótesis comprende evidenciar el cumplimiento de los objetivos de la investigación, y la contrastación propiamente dicha.

Al respecto Mario Bunge (2004) señala que: “Empíricamente contrastable’ significa sensible a la experiencia. Ahora bien: una hipótesis sensible a datos empíricos puede verse apoyada (confirmada) o minada (desconfirmada) por ellos” (p. 231).

Siendo así, se tiene que la hipótesis, se ha podido contrastar, siguiendo el orden de las categorías que las integran, tal como se han planteado.

Así se tiene entonces que: la derogatoria del tipo penal de reglaje o marcaje tipificado en el artículo 317-A del Código Penal debe derogarse por los siguientes fundamentos:

3.1. VULNERACIÓN A LOS PRINCIPIOS DE LESIVIDAD Y PROPORCIONALIDAD, PROPIOS DE UN ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO

Para contrastar esta categoría de la hipótesis, se ha tomado en cuenta lo prescrito en el artículo 43 de la Carta Magna que contempla el modelo de Estado en el cual se rige el país, siendo un modelo democrático en el que existe un sistema de principios y valores ligados a la dignidad de la persona humana que deben ser respetados por cualquier persona y más aún si se trata del legislador al momento de criminalizar las conductas desviadas o antisociales para convertirlas en delitos o de los operadores jurídicos al momento de aplicar el *ius puniendi*.

Con la ayuda del método dogmático y con la aplicación de la Teorías descritas en el marco teórico, se ha llegado a la conclusión de que el legislador peruano al criminalizar los actos preparatorios y elevarlos a la categoría de un delito autónomo está contradiciendo flagrantemente el modelo de Estado, vulnerando además de manera evidente los principios garantistas del Derecho Penal como es el de lesividad y proporcionalidad de las penas, los que se constituyen en un límite no solo para legislador, sino también para el operador jurídico.

Esta forma o modelo de gobierno que tiene Estado peruano es muy importante tenerlo en cuenta, ya que significa que debe existir un respeto absoluto por la dignidad de la persona, por sus derechos fundamentales y por los principios que están contenidos en todo el ordenamiento jurídico; por tanto, el poder de decisión de los legisladores de criminalizar las

conductas antisociales tiene que estar limitada justamente por los principios que subyacen en este modelo de Estado y que pertenecen al Derecho Penal como el de lesividad regulado en artículo IV del título preliminar del código penal y el principio de proporcionalidad de las sanciones regulado en el artículo VIII del título preliminar del mismo cuerpo normativo.

3.1.1. Vulneración del principio de lesividad

El principio de lesividad se encuentra regulado en artículo IV del Título Preliminar del Código Penal, el cual prescribe taxativamente lo siguiente: “La pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley”, lo cual guarda relación con la teoría de la protección de los bienes jurídicos del Derecho Penal, la cual indica que una norma penal será válida siempre y cuando exista una lesión o puesta en peligro a un bien jurídico.

Teniendo en cuenta lo prescrito en dicha norma, se tiene en primer lugar que el artículo 317-A del Código Penal, regula el delito de reglaje o marcaje, el cual consiste en actos preparatorios, como el acopio de información, el seguimiento y la vigilancia de la víctima, criminalizado ahora como un delito autónomo, sanciona o aplica una pena privativa de la libertad a dichas conductas; seguidamente, al realizar un análisis de estos actos preparatorios desde la Teoría del Delito y sobre todo tomando en cuenta el concepto del *iter criminis* o camino del delito se tiene que no lesionan y no ponen en grave peligro el bien jurídico protegido, ya sea individual o colectivo;

toda vez que se trata de conductas preliminares que cronológicamente se ubican en un estadio más distantes que la tentativa y la consumación; por lo que, de esta manera se puede afirmar que al criminalizarse los actos preparatorios se ha infringido o vulnerado flagrantemente este principio de lesividad; tratándose de un norma jurídica que en la práctica o en la realidad no sirve para sus propósitos.

Y para fortalecer esta primera verdad, existe bastante jurisprudencia al respecto que sostiene lo siguiente:

"La pena debe enmarcarse dentro de los principios de lesividad y proporcionalidad recogidos en los artículos IV y VIII del Título Preliminar del Código Penal, siguiendo los lineamientos que establecen los artículos 45 y 46 del Código acotado y atendiendo a un análisis crítico-jurídico de la prueba aportada en razón del grado de responsabilidad del justiciable" (Ejecutoria Suprema 18/04/99. Exp. 430-99. Huánuco. "Guía Rápida de Jurisprudencia Penal y Procesal Penal". (p. 31).

"Para la configuración de un delito, se requiere necesariamente de la lesión opuesta en peligro de un bien jurídico tutelado por el ordenamiento penal, siendo esta consecuencia, requisito sine qua non para la imposición de una pena, al no existir la posibilidad de imponer una sanción sin la verificación del mismo" (Expediente 1482-96 de 30/10197. (Caro Coria. P. 132).

"Los tipos de peligro abstracto han sido proscritos del ordenamiento penal, en función del principio de lesividad, consagrado en el

artículo IV del Título Preliminar del Código Penal" (Resolución Superior SP-CSJ Camaná-Arequipa. Exp. 90-080-04-0401-JXP. Caro Coria. p. 97).

3.1.2. Vulneración del Principio de proporcionalidad

El artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal vigente contiene el Principio de proporcionalidad de las sanciones, el cual prescribe que "la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho...".

En este caso, se tiene que el legislador aplica una pena privativa de la libertad a los actos preparatorios que conforman el tipo penal de reglaje o marcaje tan igual o superior a la pena privativa de la libertad prevista para algunos de los 21 delitos finales que contiene el tipo penal y al cual se proyecta consumar el sujeto agente mediante el delito de reglaje o marcaje.

Así se tiene que, al realizar la comparación respecto de la penalidad del delito de reglaje o marcaje y de los delitos fin, se advierte, que en su tipo base contempla una pena privativa de libertad no menor de 03 ni mayor de 06 años y en su forma agravada una pena privativa de la libertad no menor de 06 ni mayor de 12 años; sin embargo, al analizar la penalidad de los 21 delitos que contiene el tipo penal de reglaje o marcaje se tiene por ejemplo que el delito de lesiones graves, tipificado en el artículo 121, contempla en su tipo base una pena privativa de la libertad no

menor de 04 ni mayor de 08 años y en su forma agravada una pena no menor de 06 ni mayor de 12 años; asimismo, ocurre con el artículo 175 que regula el delito de violación sexual mediante engaño, el cual contempla una pena privativa de la libertad no menor de 06 ni mayor de 09 años. De igual forma, ocurre con el artículo 176 que regula el delito de tocamientos, actos de connotación sexual o actos libidinosos sin consentimiento, el cual contempla una pena privativa de la libertad en su tipo base no menor de 03 ni mayor de 06 años y en su forma agravada no menor de 06 ni mayor de 09 años de pena privativa de la libertad. Y lo más curioso es lo que ocurre con el artículo 185 que regula el delito de hurto simple, el cual contempla una pena privativa de la libertad no menor de 01 ni mayor de 06 años. El delito de hurto agravado regulado en el artículo 186 contempla una penalidad igual a la del delito de reglaje no menor de 03 ni mayor de 06 años de pena privativa de la libertad. El delito de robo regulado en el artículo 188, contempla una pena privativa de la libertad no menor de 03 ni mayor de 08, lo cual resulta menor a la penalidad que contempla el delito de reglaje en su forma agravada. Y respecto del delito de extorsión se tiene que contemplar en su tipo base una penalidad no menor de 05 ni mayor de 10 años de pena privativa de la libertad, lo cual resulta ser menor a la penalidad que contempla el delito de reglaje o marcaje en su forma agravada que es no menor de 06 ni mayor de 12 años.

Para una mejor claridad, veamos el siguiente cuadro.

Tabla 1

Cuadro comparativo de la penalidad del delito de reglaje o marcaje.

Modalidad delictiva	Tipo penal	Forma básica	Forma agravada
Reglaje o marcaje	Art. 317-A	3-6	6-12
Violación mediante engaño	Art. 175	6-9	
Tocamientos, actos de connotación sexual o actos libidinosos sin consentimiento	Art. 176	3-6	6-9
Hurto simple	Art. 185	1-3	
Hurto agravado	Art. 166	3-6	8-15
Robo	Art. 188	3-8	
Extorción	Art. 200	5-10	

Nota. Fuente: Código Penal de 1991

Habiendo así de esta manera el legislador peruano establecido una pena igual o mayor al delito de reglaje o marcaje, considerado un delito de medios, de bagatela, que consta de actos preparatorios como el acopio de información, el seguimiento y la vigilancia de su víctima, que para los delitos finales a los que se proyecta ejecutar, donde aquí el sujeto agente si revela una gran energía criminal; toda vez que su conducta ingresa dentro del terreno de lo prohibido del bien jurídico ya sea para lesionarlo o ponerlo en peligro; en consecuencia se ha corroborado también la vulneración a este principio de proporcionalidad de las sanciones.

3.2. CONCRETIZACIÓN DEL DERECHO PENAL SIMBÓLICO CON LA CRIMINALIZACIÓN DE ACTOS PREPARATORIOS

Para esta categoría de la hipótesis, se tiene en primer lugar la evidente inclinación del legislador peruano por las teorías de expansión del Derecho Penal, específicamente por el Derecho Penal Simbólico, al criminalizar actos preparatorios (acopio de información, seguimiento y vigilancia) y

cualquier conducta que reviste algún grado de peligrosidad sin contar con un sustento científico y técnico de la Criminología; procediendo de esta manera hacerle frente la crisis que viene atravesando el Derecho Penal, creando tipos penales que supuestamente están a la altura de los nuevos desafíos de la modernidad, dejando así de lado el principio de última ratio para recurrir únicamente del Derecho penal; sin embargo, al indagar los resultados en la práctica judicial se evidencia que el delito de reglaje o marcaje no está resolviendo el problema de fondo de la criminalidad; toda vez que, al denunciar esta clase de delitos resultan mayormente archivándose; por lo que, se puede afirmar rotundamente que en vez de que legislador peruano recurra únicamente al Derecho Penal para sancionar estas conductas, lo más conveniente es que aplique Políticas Sociales para poder conseguir los objetivos planteados por el legislador.

Al recurrir al método dogmático se puede advertir que la pena aplicable en este delito no cumple con los fines preventivos ni mucho menos con la resocialización de la persona toda vez, ya que al no existir lesión o puesta en peligro al bien jurídico las denuncias que se presenten por estas conductas terminan archivándose, lo cual también se ha podido corroborar con la caustica que nos revela la problemática de estos delitos; por tanto, esto también lo hace merecedor de su pertenencia al Derecho Penal Simbólico y de su respectiva concretización dentro del ordenamiento punitivo.

La concretización o implementación de este tipo de Derecho Penal en nuestro ordenamiento punitivo, también se debe a la creación y utilización,

por parte del legislador, de bienes jurídicos abstractos, universales o colectivos como la seguridad ciudadana, para con ello justificar, como en este caso, la incorporación de los actos preparatorios como un tipo penal autónomo; el cual, luego de realizar también un análisis de la casuística se ha podido advertir que con la ejecución de los actos preparatorios no se ha visto alterada o modificada ya que en la mayoría casos se han ejecutado de manera aislada muchas veces por una sola persona; sin embargo, lo que si se ha podido comprender gracias al método hermenéutico es que, el legislador al criminalizar actos preparatorios, adelantando las barreras de punibilidad y elevando a la categoría de delito autónomo su intención en el fondo no es proteger tanto la seguridad ciudadana si no los bienes jurídicos individuales o concretos, como la vida, la integridad, física el patrimonio entre otros de los 21 delitos que están contenidos en el tipo penal de reglaje; los cuales es imposible su protección con un delito que contiene actos preparatorios, por lo que, para estos se cuenta con figuras jurídicas como la tentativa y la consumación, actos que ya entran en contacto con el bien jurídico ya sea para ponerlo en peligro o para vulnerarlo y es recién que a partir de aquí se justifica la aplicación de una pena para aquellas conductas antisociales que si ponen en grave riesgo el bien jurídico protegido.

Esta concretización o materialización del Derecho Penal Simbólico, se debe también a que el legislador al momento de criminalizar los actos preparatorios como un tipo penal autónomo ha omitido realizar coordinaciones o requerir el apoyo de una institución muy importante pero

poco conocida como es el Consejo Nacional de Política Criminal (CONAPOC), creada mediante ley 29807 y vigente desde el 21 de marzo del 2012, para que así de esta manera contando con un informe o una evidencia empírica y luego de una análisis de costo-beneficio se hubiera optado por medidas más eficaces que el Derecho Penal y lograr así una verdadera protección al bien jurídico protegido seguridad ciudadana.

Con todo lo dicho se puede afirmar que el delito de reglaje o marcaje no está en la posibilidad de producir cambios en la realidad; esto es, de poder reducir los índices de inseguridad ciudadana; si no que, su incorporación al ordenamiento punitivo solo cumpliría una función simbólica, donde lo que más le importa al legislador es dar una impresión tranquilizadora a la sociedad, descuidando las razones de la Dogmática penal.

Recurrir al Derecho Penal Simbólico en el país solo se justifica su aplicación para criminalizar asuntos de neocriminalización; es decir para aquellas conductas de aquellos sectores de poder como la tecnología, la economía y la política; donde necesariamente el Estado tiene que tomar acciones políticas de manera preventiva; pero no para actos preparatorios cometidos por personas de escasos recursos económicos, desempleados y sin estudios.

Finalmente, gracias al apoyo de las ciencias de la Dogmática Penal, la Política Criminal y la información de la casuística, se puede afirmar que con la criminalización de los actos preparatorios se está concretizando de manera precipitada poco a poco un Derecho Penal Simbólico, provocando así una inflación en el Código Penal con figuras delictivas, investigaciones

inoficiosas y dejando estas conductas en la misma impunidad que antes de su criminalización.

3.3. CORROBORACIÓN DE LA AUSENCIA DE LESIÓN O PUESTA EN PELIGRO AL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Para contrastar esta categoría de la hipótesis se ha considerado un concepto muy importante que corresponde a la Teoría del Delito denominado el *iter criminis*, con el cual fácilmente el legislador o el operador jurídico pueden saber si las conductas antisociales que se quieren criminalizar o sancionar cronológicamente corresponden a actos preparatorios o se está frente a actos de ejecución como la tentativa o la consumación, donde aquí el agente revela una mayor carga criminal y por tanto, son pasibles de una sanción penal ya que aquí si se logra dañar el bien jurídico protegido.

También se ha considerado el concepto del bien jurídico protegido y su respectiva clasificación. Siendo que por un lado se tiene a los bienes jurídicos concretos o individuales, los cuales están garantizados su protección con los conceptos jurídicos de la tentativa y la consumación; por otro lado, se tiene los bienes jurídicos abstractos o colectivos como la seguridad ciudadana o tranquilidad pública en el delito de reglaje o marcaje, que no puede ser garantizado su protección con la criminalización de actos preparatorios, siendo lo más viable para este caso la aplicación de políticas sociales.

Esta tercera categoría de la hipótesis, se logra corroborar con la ayuda del método dogmático, el método analítico, el *iter criminis* de la teoría del delito

y el análisis de la casuística que existe durante los más de 10 años de vigencia del tipo penal de reglaje o marcaje.

Teniendo en cuenta los beneficios que nos ofrece la Teoría del Delito, se tiene que según el concepto del *iter criminis* los actos preparatorios cronológicamente son la primera manifestación de la exteriorización de la fase interna; sin embargo, al encontrarse en un estadio muy distante a los bienes jurídicos concretos es imposible que lo pueda lesionar o exponer a algún peligro, lo que si ocurre con los actos de ejecución como la tentativa y la consumación, en donde el sujeto activo y el bien jurídico se encuentran tan cercanos que dichas conductas son capaces de causarle un daño. Por lo tanto, esta tercera categoría de la hipótesis también se ha comprobado o confirmado.

Al hacer el análisis de los casos prácticos, en la mayoría que ha resuelto el operador jurídico no se ha podido determinar ni la vulneración al bien jurídico colectivo o abstracto de seguridad ciudadana ni mucho menos que se haya logrado lesionar o poner en peligro los bienes jurídicos concretos o individuales del delito final, al cual, en el fondo, el sujeto activo se ha proyectado dañar.

Otro aspecto a tomar en cuenta para la corroboración de esta categoría que conforma la hipótesis es que, el legislador está recurriendo frecuentemente a la creación de delitos de peligro, específicamente de Peligro Abstracto, como en este caso el delito de reglaje o marcaje, en donde la conducta del sujeto agente (acopio de información, seguimiento y vigilancia), si bien es cierto pueden crea una situación de riesgo; sin embargo, es imposible que

por sí solas puedan realizar un cambio en la realidad; por lo que, el legislador lo único que hace es sancionar con una pena privativa de la libertad la conducta catalogada como peligrosa para bloquear o neutralizar su fuente, lo cual como se ha visto no trae los resultados esperados; por lo tanto, queda demostrado que la ejecución de las conductas que comprende un delito de peligro abstracto como el reglaje o marcaje tipificado en el artículo 317-A del Código Penal no lesionan o ponen en peligro el bien jurídico protegido.

Finalmente, en esta parte también se ha tomado en cuenta la casuística que existe en algunos Distritos Fiscales como Cajamarca, La Libertad, Ayacucho, Lambayeque y Puno, durante más de 10 años de vigencia del tipo penal de reglaje o marcaje, en donde al realizar el análisis de los fundamentos por los cuales el operador jurídicos archiva las denuncias, se puede advertir que justamente es porque al operador jurídico le es imposible recabar elementos de convicción que sirvan para probar la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido.

3.4. REPRESENTACIÓN DE LA CASUÍSTICA SOBRE DELITO DE REGLAJE O MARCAJE

Para reforzar la corroboración de las tres categorías que conforman la hipótesis, se tiene la casuística existente en 05 Distritos Fiscales de todo el país, encontrando lo siguiente resultado:

En el Distrito fiscal de Cajamarca, en más de 10 años de vigencia del delito de reglaje, existen sólo 16 casos por el delito de reglaje, de los cuales 15

están archivados y existe 01 sola sentencia condenatoria basada en un acuerdo de terminación anticipada; siendo esto así, se advierte aquí en primer lugar muy poca incidencia respecto a la denuncia de este delito, así mismo al encontrarse archivados la mayoría de casos, se advierte también que con este delito no se está cumpliendo las finalidades para las cuales se creó este tipo penal y mucho menos se está combatiendo el incremento del fenómeno criminal.

Tabla 2

Número de denuncias en 10 años de vigencia de del tipo penal de reglaje o marcaje, tipificado en el artículo 317-A.

DISTRITO FISCAL	CON ARCHIVO	CON SENTENCIA	CON SOBRESEIMIENTO	EN TRAMITE	TOTAL
Cajamarca	14	01	01	0	16
La Libertad	08	03	00	23	34
Ayacucho	08	00	00	00	00
Lambayeque	13	09	03	05	30
Puno	03	01	00	03	07

Nota. Fuente de Información proporcionada por cada Presidencia de la Junta de Fiscales Superiores del país.

De 07 Disposiciones Fiscales que se consiguieron en este Distrito Fiscal, se ha podido advertir que los hechos que se denunciaron se trata realmente de actos preparatorios o preliminares en el camino del delito, imposibles de poner en riesgo y menos lesionar bienes jurídicos protegidos tanto los individuales como los colectivos o abstractos; por ejemplo, se denunciaron tomas fotográficas que se realizan dos personas que tienen un problema por un negocio familiar, figuran denuncias por existir grafitis en la fachada de un centro comercial, denuncias por amenazas de muerte halladas en un teléfono celular, denuncias por seguimiento, porque un familiar buscaba insistentemente a un Fiscal para pedirle apoyo en el caso de su hijo que se encontraba internado en un centro penitenciario o denuncias por

encontrarlos con objetos contusos; es decir, se trata denuncias por actos preparatorios, donde el operador jurídico no puede acreditar lesión o puesta en peligro a bien jurídico alguno, razón por la cual, ha procedido a archivarlas.

En el Distrito Fiscal de Ayacucho, nos llama poderosamente la atención el hecho de que, en más de 10 años de vigencia del delito de reglaje o marcaje, únicamente existan un total de 08 denuncias, de los cuales, curiosamente, todos se encuentran archivados; siendo que al realizar el análisis de 02 Disposiciones Fiscales que se obtuvieron, se tiene que las denuncias interpuestas son similares a los hechos que se suscitan en el Distrito Fiscal de Cajamarca. Suscitándose lo mismo en el Distrito Fiscal de Puno, donde solo existen un total de 07 casos, donde las denuncias existentes son por hechos similares y las Disposiciones fiscales que las archivan son por los mismos fundamentos.

Algo distinto, ocurre en los Distritos Fiscales de Lambayeque y La Libertad, donde por ser ciudades con mayor crecimiento económico, la incidencia de estas conductas antisociales de reglaje o marcaje es un poco mayor y esto se debe a que se trata de ciudades con mayor crecimiento económico; en donde también no se ha podido conocer con exactitud la cantidad de denuncias interpuestas por delito de reglaje ya que en la información que se ha conseguido se evidencia que las denuncias han sido por el delito de reglaje en concurso con otros delitos.

Así se tiene que en el Distrito Fiscal de Lambayeque en más de 10 años de vigencia del delito de reglaje o marcaje, existen un total de 30 denuncias

por este delito, lo que implica que se han interpuesto un promedio de 03 denuncias por año.

En el Distrito Fiscal de La Libertad existen un total de 34 casos, lo que implica casi la misma cantidad de denuncias interpuestas por año y; si bien es cierto que, en estos Distritos fiscales no se ha podido agenciar de alguna Disposición fiscal para poder conocer los argumentos en las cuales se sustentan las decisiones que las archivan, también se tiene que tener en cuenta que el presente trabajo al tener un enfoque cualitativo no experimental, implica que de acuerdo al delito que se ha investigado, al método dogmático utilizado y a los fundamentos que se han indicado respecto de las semejanzas de las denuncias por estos delitos, en su mayoría estas denuncias tendrían el mismo resultado.

Tabla 3

Número de Disposiciones Fiscales y Sentencias judiciales analizadas.

DISTRITO FISCAL	CON ARCHIVO	CON SENTENCIA	CON SENTENCIA ANTICIPADA	CON SOBRESEIMIENTO	TOTAL
Cajamarca	07	01	00	01	09
La Libertad	00	00	00	00	00
Ayacucho	02	00	00	00	00
Lambayeque	00	00	00	00	00
Puno	01	00	01	00	02

Nota. Fuente de Información proporcionada por cada Presidencia de la Junta de Fiscales Superiores del país.

Finalmente, al haber comprobado que el delito de reglaje o marcaje durante más de una década de su vigencia en el país no está ayudando a solucionar el problema de fondo, que es combatir la inseguridad ciudadana y que con su incorporación al ordenamiento punitivo como un tipo penal independiente o autónomo, el legislador simplemente pretende aparentar

la lucha contra el crecimiento del fenómeno criminal; en consecuencia, se puede afirmar rotundamente que la hipótesis en su integridad ha sido confirmada.

CAPÍTULO IV

POPUESTA LEGISLATIVA

La propuesta se fundamenta en la necesidad de despenalizar el delito de reglaje o marcaje tipificado en el Artículo 317-A del Código Penal; así como de derogar la ley N° 29859; pues como se ha podido evidenciar con la demostración de la hipótesis, no existe justificación válida respecto a su incorporación como tipo penal independiente; por lo que ahora nos corresponde plantear como una propuesta el siguiente proyecto de ley en búsqueda de su derogación.

PROYECTO DE LEY

“LEY QUE DEROGA EL ARTÍCULO 317-A DEL CÓDIGO PENAL QUE REGULA EL DELITO DE REGLAJE O MARCAJE”

A. BASE LEGAL

Artículo 107 de la Constitución Política del Perú.

B. FÓRMULA LEGAL

Artículo 1: La presente Ley tiene por objeto derogar el artículo 317-A del Código Penal que regula el delito de reglaje o marcaje, respetando los principios de protección de bienes jurídicos, ultima ratio y proporcionalidad.

Artículo 2: **Se derogue el artículo 317-A del Código Penal: Delito de reglaje o marcaje.**

“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. La pena privativa 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 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.

C. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS:

1. Según la Constitución Política del Perú establece que la persona humana y su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado, lo cual implica que para combatir el incremento del fenómeno criminal debe regular a través del Derecho Penal únicamente aquellas conductas antisociales sumamente graves que lesionen o pongan en peligro de manera concreta bienes jurídicos concretos como la vida, el patrimonio, la integridad física; y sobre todo tomando en cuenta los principios y valores que corresponden al actual modelo de Estado Democrático y Constitucional de Derecho, donde la dignidad de la persona humana es la piedra angular de todas las decisiones que se tomen dentro de cualquier decisión política y más dentro de una Política Criminal de Estado; por lo que, normas jurídicas especiales

como el reglaje o marcaje, regulado en el artículo 317-A del Código Penal, que no corresponden a una Política Criminal preventiva, no tiene eficacia en la realidad; por cuanto, este dispositivo legal contradice la forma de gobierno que tiene el Perú y que está regulado en el artículo 43 de la Carta Magna; así como no existe una afectación o puesta en peligro al bien jurídico colectivo de la seguridad ciudadana y a los bienes jurídicos individuales que contiene el tipo penal mencionado.

2. Los bienes jurídicos individuales o concretos, que en el fondo el legislador pretende proteger con la incorporación del delito de reglaje o marcaje, se puede conseguir con los actos ejecutivos de la tentativa y la consumación, los cuales consisten en actos de ejecución que según el *iter criminis* son acciones o conductas que están más cerca a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico; y, respecto a la protección del bien jurídico de la seguridad ciudadana, ésta se puede conseguir de manera más eficaz, que recurriendo al Derecho Penal, con una Política social preventiva del Estado como por ejemplo con la instalación de cámaras de videovigilancia en aquellas zonas con mayor índice de estas conductas, con operativos preventivos por parte de los actores sociales del control social como la Policía Nacional del Perú, el Ministerio Público a través de las Fiscalías de Prevención del Delito y de otros actores sociales como el propio Gobierno Nacional y Local, con participación de Serenazgo e incluso de las Rondas urbanas.
3. Respecto a la punibilidad de este delito, se tiene que existe una vulneración al principio de proporcionalidad de las sanciones; puesto que para el delito

de reglaje o marcaje, el cual es un delito de medios, se contempla en su tipo base una pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años y en su forma agravada una pena privativa de la libertad no menor de seis ni mayor de doce años; pena que resulta ser igual o mayor que para alguno de los 21 delitos de contempla el tipo penal de reglaje; tal como ocurre con el delito de lesiones graves, contemplado en el artículo 121 el cual contempla en su tipo base una pena privativa de la libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años y en su forma agravada una pena no menor de seis ni mayor de doce años; asimismo, ocurre con el artículo 175 que regula el delito de violación sexual mediante engaño, el cual contempla una pena privativa de la libertad no menor de seis ni mayor de nueve años. De igual forma ocurre con el artículo 176 que regula el delito de tocamientos, actos de connotación sexual o actos libidinosos sin consentimiento, el cual contempla una pena privativa de la libertad en su tipo base no menor de tres ni mayor de seis años y en su forma agravada no menor de seis ni mayor de nueve años. Y lo más curioso es lo que ocurre con el artículo 185 que regula el delito de hurto simple, el cual contempla una pena privativa de la libertad no menor de uno ni mayor de seis años. El delito de hurto agravado regulado en el artículo 186 contempla una penalidad igual a la del delito de reglaje no menor de tres ni mayor de seis años de pena privativa de la libertad. El delito de robo regulado en el artículo 188, contempla una pena privativa de la libertad no menor de tres ni mayor de ocho, lo cual resulta menor a la penalidad que contempla el delito de reglaje en su forma agravada. Y respecto del delito de extorsión contempla en su tipo base una penalidad no menor de cinco ni mayor de diez, lo cual resulta ser menor a la penalidad que contempla el delito de reglaje o

marcaje que es no menor de seis ni mayor de doce. En consecuencia, el sujeto activo podría ser sancionado con una pena igual o más elevada por el delito medio del regale o marcaje que por el delito final, al cual se ha proyectado, lo cual no es razonable y resulta desproporcional al acto delictivo.

4. El Código Penal, establece la necesidad de resguardar la tranquilidad pública y las buenas costumbres como bienes jurídicos; ello porque la estructura y desarrollo del Código Penal se determina de acuerdo a la Constitución, y en esta última el Estado peruano es el principal responsable de garantizar a todos los ciudadanos un ambiente equilibrado y sano para poder desarrollarse de manera óptima. De esta manera el Estado se ve en la necesidad de sancionar cualquier conducta que altere este clima de paz, pero debe hacerlo respetando el modelo de Estado garantista que se tiene, el sistema de principios y valores con que se cuenta y sobre todo teniendo en cuenta la dignidad de la persona. Por todo esto el delito de reglaje o marcaje creado mediante Ley 29859 debe derogarse al igual que el Artículo 317-A del Código Penal.

CONCLUSIONES

1. En tiempos de modernidad y de la globalización frente a la presencia de nuevos bienes jurídicos y la aparición de nuevos riesgos, el legislador peruano con la finalidad de hacer frente la doble crisis del Derecho Penal (su credibilidad y su capacidad de crear tipos penales a la altura de los nuevos desafíos) está incorporando al ordenamiento punitivo tipos penales especiales como el delito de reglaje o marcaje, el cual consiste en actos preparatorios como el acopio de información, el seguimiento y la vigilancia de la víctima, que no se condice con el modelo de Estado democrático, regulado en el artículo 43 de la Constitución Política, el cual está constituido por un sistema de principios y valores que deben respetarse tanto por el legislador así como por los operadores de justicia. Vulnerándose además el principios garantistas como el de lesividad y proporcionalidad de las sanciones.
2. El legislador peruano al igual que el operador jurídico, muchas veces en sus funciones son presionados no solo por la sociedad sino también por los medios de comunicación social, que a diario bombardean con noticias que tienen que ver con la seguridad ciudadana, donde mayormente se da a conocer la afectación de bienes jurídicos concretos como la vida y el patrimonio; situación coyuntural que es aprovechada ilegítimamente por el propio legislador, quien con el fin de afrontar la doble crisis del Derecho Penal, ha empezado a criminalizar últimamente conductas especiales como el acopio de información, el seguimiento, la vigilancia y la posesión de armas o instrumentos peligrosos; amparándose en las teorías de expansión

del Derecho Penal, sin contar con un sustento de la ciencia empírica de la Criminología, sirviéndose como siempre del Derecho Penal para con ello concretizar o materializar de esta manera un Derecho Penal Simbólico dentro del ordenamiento punitivo, el cual, como se ha demostrado en este trabajo, no es útil para combatir el fenómeno criminal.

3. Al comprender los conceptos de *iter criminis*, delitos de peligro abstracto o saber diferenciar entre bienes jurídicos concretos de los bienes jurídicos abstractos, se puede afirmar con seguridad que la ejecución de los actos preparatorios que integran el delito de reglaje o marcaje como el acopio de información, el seguimiento y la vigilancia de la víctima o la posesión de armas o instrumentos peligrosos; por sí solas, nunca podrían lesionar o poner en grave riesgo al bien jurídico protegido del tipo penal.
4. Los insumos indispensables para poder criminalizar válidamente una conducta antisocial son la Política Criminal, la Dogmática Penal y la Criminología; pudiendo así contar con tipos penales que cumplan verdaderamente con su finalidad en la realidad; justificándose por lo tanto, la propuesta legislativa planteada para conseguir la derogación del delito de reglaje o marcaje

RECOMENDACIONES

1. Se recomienda que el legislador peruano para que pueda criminalizar e incorporar nuevos tipos penales que estén a la altura de los nuevos desafíos de la modernidad, debe no solo agenciarse del Derecho Penal, si no también debe recurrir a las ciencias de la Política Criminal y la Criminología para que de esta manera considere si es necesario utilizar una pena privativa de la libertad, o si por el contrario es mejor recurrir a Políticas Sociales que serían más eficaces para combatir el fenómeno criminal.
2. Se recomienda que el Estado peruano, a través del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos deba potenciar el Observatorio Nacional de Política Criminal-Indaga que tiene como función principal el de gestionar conocimiento útil, oportuno y científico sobre aquellos factores que explican la violencia y la criminalidad, así como producir una inteligencia estratégica que sirva para la formulación de la Política Criminal. Debiendo también dotar de mayor presupuesto al Consejo Nacional de Política Criminal (CONAPOC) para empoderarlo como un verdadero órgano de consulta y validación técnica de toda propuesta de producción o modificación de la legislación penal.
3. Se recomienda que todo proyecto de ley, ya sea que tenga que ver con criminalización o sobrecriminalización debe estar sustentado en una información criminológica empírica que identifique su necesidad o utilidad para la sociedad; ya que sin esta información el legislador muchas veces deja de lado otras estrategias u otras alternativas mucho más eficaces, recurriendo únicamente al Derecho Penal.

4. Se recomienda que frente al crecimiento del fenómeno criminal y la doble crisis que atraviesa el Derecho Penal, se hace indispensable que el Estado peruano mediante ley se pueda crear un Instituto Nacional de Criminología; de aquella criminología aplicada; esto es, de investigación real de la criminalidad en los hechos, que no sea un simple curso de historia de criminología llevada en las aulas universitarias; lográndose así que la Política Criminal sea más efectiva.

5. Se recomienda que, ante la falta de aplicación de Políticas Sociales de aplicación inmediata por parte del gobierno central, para prevenir las conductas antisociales del delito de reglaje o marcaje, teniendo en cuenta su diminuta incidencia en la realidad, semestralmente en cada ciudad se establezcan de manera obligatoria mesas de diálogo entre representantes de la Policía Nacional del Perú, Ministerio Público, Serenazgo, Juntas Vecinales, Rondas Urbanas y con participación de los gobiernos locales que los pueda dotar de presupuesto para la elaboración de planes estratégicos como la ejecución periódica de operativos preventivos, la instalación de cámaras de videovigilancia en lugares estratégicos, charlas informativas o campañas de difusión sobre seguridad ciudadana entre otros más y conseguir así de esta manera una protección inmediata al bien jurídico protegido seguridad ciudadana o tranquilidad pública.

LISTA DE REFERENCIAS

1. Abanto Vázquez, M. A. (2006). Acerca de la Teoría de los Bienes Jurídicos. *Doctrina*, 44. Obtenido de https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20130208_01.pdf: https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20130208_01.pdf
2. Almanza Altamirano, F., & Peña Gonzales, O. (2010). *Teoría del Delito-Manual Práctico para su aplicación en la Teoría del Caso*. Lima-perú: APECC.
3. Aranzamendi, L. (2013). *Instructivo teórico práctico del diseño y redacción de la Tesis en Derecho*. Perú: Grijley.
4. Babie, E. (2000). *Fundamentos de la Investigación Social*. Mexico: Thomson.
5. Beccaria. (1822). *Tratado de los Delitos y las Penas*. Madrid: En la imprenta Alban.
6. Bernal Torres, C. (2006). *Metodología de la investigación*. Mexico: Pearson Educación.
7. Binder, A. (1997). *Política criminal de la Formulación a la Praxis*. Buenos Aires: AD HOC SRL.
8. Bunge, M. (2004). *La investigación Científica*. Buenos Aires Argentina: Siglo XXI, 3° Edición.
9. Callejo Gallego, J. e. (2009). *Introducción a la técnicas de investigación social*. España: Centro de estudios Ramón Areces.
10. Ferrajoli, L. (2006). *Garantismo Penal*. Mexico.
11. Flores Càceres, T. (2022). *Observatorio de Gobierno y Políticas Públicas*. Obtenido de ¿Qué es una Política Social?: <https://politicapublica.cl/definicion-de-politica-social/>
12. Gonzalez Placencia, L. (2008, núm.15). *¿Puede la investigación jurídica considerarse científicamente válida? La argumentación como criterio de validez*. Obtenido de file:///C:/Users/wiigs/Downloads/Dialnet-PuedeLaInvestigacionJuridicaConsiderarseCientifica-7103672.pdf
13. Grondin, J. (2014). *¿Qué es la Hermenéutica?* Barcelona: Herder.
14. Hurtado Pozo, J. (2005). *Manual de Derecho Penal Parte General I*. Lima Perú: GRIJLEY E.I.R.L.
15. Jakobs, G., & Cancio Mella, M. (2003). *Derecho Penal del Enemigo*. España: CIVITAS S.L.

16. Manzanera, L. R. (1979). *Criminología*. MEXICO: PORRUA, S.A.
17. Mendoza, B. (2001). *El Derecho Penal en la Sociedad de Riesgo*. Madrid-España: CIVITAS.
18. Moreno Gálvez, M. A. (2016). *Inconsistencia de la doctrina de los elementos extranjeros en el Derecho Internacional Privado*. Obtenido de <http://dspace.unitru.edu.pe/bitstream/handle/UNITRU/1879/TESIS%20DOCTORAL%20MARCO%20ANTONIO%20MORENO%20GALVEZ.pdf?sequence=1>
19. Muir Puig, S. (1979). *Derecho Penal-Parte General*. Barcelona España: REPERTOR, 8ª Edición.
20. Mulas, N. S. (2019). *Política Criminal*. Nicaragua: INEJ.
21. Muñoz Conde, F. (2008). *De Nuevo Sobre el Derecho Penal del Enemigo*. Buenos Aires Argentina: HAMMURABI 2ª Edición.
22. Pasquier, C. D. (1994). *Introducción al Derecho*. Lima Perú: Jurídica Portocarrero, 5ª Edición.
23. Peña Cabrera Freyre, A. R. (2015). *Derecho Penal Parte Especial, Tomo II*. Perú: IDEMSA 3ª Edición.
24. Peña Jumpa, A. (2016). *Problemas actuales de Política Criminal - Anuario de Derecho Penal 2015-2016*. Obtenido de http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2015_09.pdf
25. Prado Saldarriaga, V. (2019). *Derecho Penal y Política Criminal, Problemas Contemporáneos*. Lima-Perú: EL BUHO E.I.R.L.
26. Prado Saldarriaga, V. R., & Hurtado Pozo, J. (2011). *Manual de Derecho Penal Parte General, Tomo II*. Lima-Perú: IDEMSA, 4ª Edición.
27. Quiroz Salazar, W. (1998). *La investigación Jurídica*. Perú: IMSERGRAF EIRL.
28. Rivera Beiras, I. (2005). *Política Criminal y Sistema Penal*. España: ANTHROPOS.
29. Roxin, C. (2000). *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*. Argentina: HAMMURABI, 2ª Edición.
30. Roxin, C. (2014). *Derecho Penal Parte General - Especiales formas de aparición del Delito*. España: THOMSON-REUTERS-CIVITAS.
31. Salinas Siccha, R. (2015). *Derecho Penal Parte Especial, Volumen 2*. Lima-Perú: IUSTITIA, 6ª Edición.
32. Sánchez Zorrilla, M. (2009). La investigación jurídica pura. *Derecho y Cambio Social*, 7.

33. Silva Sánchez, J. (2001). *La Expansión del Derecho Penal, Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Posindustriales*. España: CIVITAS, 2º Edición.
34. Toulmin, S. E. (2007). *Los Uso de la Argumentación*. Barcelona-España: Península, Primera edición.
35. Villabella Armengol, C. M. (2009). Obtenido de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3983/46.pdf>
36. Villavicencio Terreros, F. (2007). *Derecho Penal Parte General*. Lima-perú: GRIJLEY.
37. Zaffaroni, R. E. (1998). *Tratado de Derecho Penal -Parte General, Tomo I*. Argentina: EDIAR.
38. Zaffaroni, R. E. (1999). *Tratado de Derecho Penal -Parte General, Tomo IV*. Córdoba Argentina: EDIAR.
39. Zaffaroni, R. E. (2016). *Derechos Humanos y Poder*. Córdoba-Argentina: Filosofía y Humanidades/UNC, 1º EDICIÓN.
40. Zelayaran Durand, M. (1997). *Métodos aplicables a la Investigación Jurídica*. Perú: Ediciones Jurídicas.