

UNIVERSIDAD NACIONAL

“SANTIAGO ANTÚNEZ DE MAYOLO”

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



**LA INFLUENCIA DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO
EN EL DELITO DE MARCAJE**

Tesis para optar el Título profesional de Abogado

Bach. LEÓN REGALADO MARILIA LIZET

Asesor:

Dr. LUIS WILFREDO ROBLES TREJO

Huaraz – Perú

2017

AGRADECIMIENTO

Mi más sincero agradecimiento a los docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas por la enseñanza brindada en las aulas universitarias.

DEDICATORIA

*A mi madre, que desde el cielo
guía mis pasos y, a mi padre por el
apoyo brindado.*

Marilia

ÍNDICE

	Pág.
RESUMEN.....	IX
ABSTRACT.....	X
INTRODUCCIÓN.....	11

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA Y LA METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

1.1 Descripción del problema.....	13
1.2 Formulación del problema.....	15
1.2.1. Problema General.....	15
1.2.2. Problemas específicos.....	15
1.3 Importancia del problema.....	15
1.4 Justificación y viabilidad.....	18
1.4.1. Justificación teórica.....	18
1.4.2. Justificación práctica.....	18
1.4.3. Justificación legal.....	19
1.4.4. Justificación metodológica.....	19
1.4.5. Justificación técnica.....	19
1.4.6. Viabilidad.....	19
1.5 Formulación de objetivos.....	20
1.5.1. Objetivo general.....	20
1.5.2. Objetivos específicos.....	20
1.6 Formulación de hipótesis.....	20
1.7 Variables.....	20

1.7.1 Variable Independiente (X).....	20
1.7.2 Variable Dependiente (Y)	21
1.8 Metodología de la investigación.....	21
1.8.1 Tipo y diseño de investigación.....	21
1.8.2 Plan de recolección de la información	22
1.8.2.1 Población.....	22
1.8.2.2 Muestra.....	22
1.8.3 Instrumentos de Recolección de la información	22
1.8.4 Plan de procesamiento y análisis de la información	23
1.8.5 Técnica de análisis de datos y/o información	24
1.8.6 Validación de la hipótesis	24

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1 Antecedentes.....	26
2.2 Bases teóricas.....	34
2.2.1 Derecho penal del enemigo.....	34
2.2.1.1 Criterios distintivos del Derecho Penal del enemigo de Jackobs.....	39
2.2.1.2 Derecho penal del enemigo o Derecho penal del enemigo como "tercera velocidad"	41
2.2.2 El Delito de Marcaje ó Reglaje.....	43
2.2.2.1 Naturaleza Jurídica.....	43
2.2.2.2 Conducta Típica.....	45

2.2.2.3	Elementos que componen el delito de marcaje.....	45
2.2.2.4	Desarrollo doctrinario sobre el marcaje.....	48
2.2.2.4.1	El marcaje o reglaje como actos preparatorios sancionados.....	51
2.2.3	El marcaje o reglaje como manifestación del derecho penal del enemigo.....	54
2.2.4	La política criminal en el Perú.....	55
2.2.5	Derechos fundamentales y derecho penal del enemigo.....	57
2.2.5.1	Supresión del estatus de persona.....	58
2.2.5.2	El derecho penal del enemigo como fundamento del delito de marcaje.....	59
2.2.5.3	El adelantamiento de la barrera de punibilidad como manifestación del derecho penal del enemigo.....	60
2.2.5.4	El derecho penal y la sociedad de riesgo.....	61
2.3	Definición de términos.....	62

CAPÍTULO III

RESULTADOS Y DISCUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

3.1	Resultados doctrinarios.....	65
3.1.1	Posturas en contra del derecho penal del enemigo.....	65
3.1.2	Posturas a favor del Derecho Penal del Enemigo.....	72
3.1.3	Fundamentos políticos criminales que regula el delito de marcaje.....	84
3.1.4	Cuestiones dogmáticas que abonan en contra de la vigencia del Marcaje/Reglaje en el ordenamiento jurídico peruano.....	86

3.2 Resultados jurisprudenciales.....	88
Caso: Recurso de Nulidad N°439-2015.....	88
Caso: Carpeta Fiscal N° 501-2012-869-0.....	89
Caso: Carpeta Fiscal N°501 2012 Pisco.....	91
Caso: Carpeta Fiscal N° 469-2013.....	94
3.3 Resultados normativos.....	96
3.3.1 Análisis del delito de marcaje.....	97
3.3.2 Circunstancias agravantes.....	104
3.4 Resultados en el Derecho comparado.....	108
3.5 Discusión de la investigación.....	108

CAPÍTULO IV

VALIDACIÓN DE LA HIPÓTESIS

4.1 Validación de la hipótesis.....	110
CONCLUSIONES.....	114
RECOMENDACIONES.....	115
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	116

RESUMEN

El objetivo de la investigación fue determinar la influencia del derecho penal del enemigo en el delito de marcaje. Con la criminalización desde los actos preparatorios dirigidos por personas que realizan actos de acopio de información, actos de vigilancia o seguimiento de personas y la incorporación de agravantes, el endurecimiento de las penas y la flexibilización de los principios constitucionales son manifestaciones del derecho penal del enemigo, por tanto, contrarias al Estado Democrático de derecho.

La metodología desarrollada de acuerdo a la orientación fue dogmática, jurídica, exegético, hermenéutico, argumentación jurídica, además se realizó un estudio cualitativo, transversal, por lo que se realizó un estudio cualitativo, descriptivo-explicativo cuyo diseño fue no experimental, careciendo de delimitación temporal y espacial. Se utilizó como técnica e instrumentos de recolección de la información la doctrina, jurisprudencia y la normatividad. Se utilizaron como instrumentos de recolección de datos las fichas y fichas de análisis de contenido respectivamente.

La investigación ha demostrado que la incorporación del delito de marcaje o reglaje al código penal no ha sido suficiente para combatir la delincuencia e inseguridad ciudadana, por lo cual debe ser derogada porque la incorporación al código penal no ha surtido los efectos esperados.

Palabras claves: Derecho penal del enemigo, Delito de marcaje.

ABSTRACT

The objective of the research was to determine the influence of the criminal law of the enemy in the crime of marking. With the criminalization of preparatory acts led by persons who carry out acts of gathering information, acts of surveillance or monitoring of persons and the incorporation of aggravating factors, the hardening of penalties and the flexibilization of constitutional principles are manifestations of the criminal law of the enemy, Therefore, contrary to the Democratic State of right

The methodology developed according to the orientation was dogmatic, juridical, exegetical, hermeneutic, juridical argumentation. In addition, a qualitative, transverse study was carried out, so a qualitative, descriptive-explanatory study was carried out, the design of which was non-experimental, lacking a delimitation Temporal and spatial. The doctrine, jurisprudence and normativity were used as technique and instruments of data collection. The data analysis sheets and tabs were used as data collection instruments respectively.

The investigation has shown that the incorporation of the crime of marking or regulation into the penal code has not been enough to combat crime and citizen insecurity, so it must be repealed because incorporation into the penal code has not had the expected effects.

Keywords: Criminal law of the enemy, Marking offenses

INTRODUCCIÓN

La delincuencia en el país va creciendo día a día, es por eso que los legisladores mediante la ley N°29859 de fecha 03 de mayo de 2012 incorporaron el delito de marcaje al código penal, buscando disminuir la ola de delincuencia, sin embargo fue modificado por la ley 30076 de fecha 19 de agosto de 2013, con la finalidad de incorporar circunstancias agravantes y de esa manera garantizar la seguridad ciudadana.

El trabajo de investigación se enfocó en analizar la influencia del derecho penal del enemigo en el delito de marcaje y determinar si la incorporación de agravantes han sido suficientes para combatir la delincuencia, pues el adelantamiento de la punibilidad y el endurecimiento de las penas es manifestación de la teoría del derecho penal del enemigo que es contrario al Estado de Derecho que garantiza el respeto de los derechos humanos. Pues el Estado Social de Derecho no puede considerar como no persona a algunos seres humanos para privarlos del goce de los derechos fundamentales como la dignidad humana, igualdad y la participación como ciudadano, además del cercenamiento de las garantías procesales.

Por ello, el presente trabajo ha sido estructurado en cuatro capítulos: el capítulo I, está referido al problema y la metodología de la investigación, en la cual, siguiendo el diseño de investigación científica se elaboró el planteamiento del problema, la formulación del problema, los objetivos, hipótesis y la metodología.

En el capítulo II se hizo referencia al marco teórico de la investigación, en el cual se realizó el uso de la técnica de fichaje y análisis de contenido para el sustento teórico-doctrinario de la investigación, para lo cual se tomaron las principales teorías del derecho penal del enemigo y el delito de marcaje. El capítulo III, está referido al recojo de información vinculante al tema y a las variables de la investigación, los mismos que fueron analizados en base a la técnica del análisis cualitativo. El capítulo IV, referido a la discusión y validación de la hipótesis, el que en base a los resultados obtenidos se procedió a realizar la discusión de los resultados y luego se procedió a determinar la validez de la hipótesis planteada.

La titulado

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA Y LA METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

1.1 Descripción del problema

El delito de marcaje o reglaje es una expresión de la nueva tendencia respecto al Derecho penal del enemigo, toda vez que al criminalizar el sólo acto de vigilancia, seguimiento, acopio o entrega de información y las agravantes que configuran el delito de marcaje o reglaje, todos ellos pertenecientes a la etapa de actos preparatorios, siendo antes actos impunes, dado que el delito fin no había sido consumado según el derecho penal clásico.

Por ello, los legisladores se pronunciaron a través de la Ley N° 29859, Ley que incorpora el artículo 317°- A del Código Penal, que tipifica el delito de marcaje o reglaje, modificada por la Ley 30076, del 19 de agosto de 2013.

En ese sentido, esta norma nace con la finalidad de sancionar actos preparatorios dirigidos por aquellas personas que realizan actos de acopio de información, o realizan actos de vigilancia o seguimiento de personas, o a quienes tienen en su poder armas, vehículos, teléfonos u otros instrumentos idóneos para facilitar la comisión de los siguientes delitos homicidio simple, parricidio, homicidio calificado, lesiones graves, lesiones culposas, lesiones al feto, secuestro, trata de personas, violación sexual, violación de persona en estado de inconsciencia o en la imposibilidad de resistir, violación sexual de menores, seducción, actos contra el pudor, hurto simple, hurto agravado, robo, robo

agravado y extorsión, en caso que existieran circunstancias agravantes la pena es mayor.

La teoría del derecho penal del enemigo se ha venido desarrollando desde entonces, bien para cuestionarla y rechazarla por ser según algunos dogmáticos, contraria a un estado democrático y social de derecho, así como por mostrar un rechazo a los derechos humanos y derechos fundamentales. Sin embargo, existe una posición de la doctrina que la considera filosóficamente bien fundamentada, específicamente cuando se trata de analizar la realidad de un determinado espacio geográfico donde las normas ordinarias resultan blandas e ineficaces para combatir a una determinada clase de delincuencia, es por ello que, en países donde existe un alto índice de criminalidad, ejemplo México, Colombia, Brasil, entre otros, no han tenido una mejor opción que promulgar paquetes normativos, ello con la finalidad de combatir a determinado grupo de personas que actúan en contra del derecho, por ende en contra del Estado de Derecho.

El Perú no ha sido ajeno al cambio normativo del sistema penal y procesal penal que se ha venido dando en distintos países como los antes mencionados, pues en estos últimos años, el Estado ha creado y modificado leyes penales con la finalidad de combatir el crimen organizado que viene azotando al colectivo, se observa a diario el incremento del sicariato, extorsión, secuestro, entre otras conductas delictivas, las mismas que provienen de organizaciones criminales y los legisladores consideran que con el adelantamiento sustancial de la intervención del derecho punitivo se podrá reducir las cifras de criminalidad en el país, sin

considerar que al maximizar las penas lo que se degradan son los derechos fundamentales.

1.2 Formulación del problema

1.2.1. Problema General

¿Cómo el derecho penal del enemigo influye en la configuración del delito de marcaje?

1.2.2. Problemas específicos

- a) ¿Cuáles son los fundamentos políticos criminales para la regulación del delito de marcaje?
- b) ¿Qué derechos fundamentales se vulneran al regular el delito de marcaje desde la perspectiva del derecho penal del enemigo?
- c) ¿Qué medidas se deben adoptar para que se derogue el delito de marcaje?

1.3 Importancia del problema

En el Perú, la criminalidad se ha ido incrementando con el tiempo, pues la inseguridad en las calles no permite que las personas puedan sentirse tranquilas al salir de un banco o al haber realizado algún cobro de dinero, o simplemente por el hecho de salir a caminar, el temor de que alguien haga seguimiento a los movimientos de una persona genera una gran desconfianza e inseguridad y en el intento de combatir la delincuencia los legisladores adelantan la punibilidad de los delitos criminalizando desde los actos preparatorios y endureciendo las penas

buscando de esa manera reducir las cifras de criminalidad vulnerando derechos y principios.

El Derecho Penal del Enemigo no respeta la dignidad humana al suprimir el estatus jurídico de persona, y ello también se extrae de los diferentes instrumentos internacionales de protección de los Derechos Humanos, en tanto, de ellos se desprende el derecho humano fundamental de que todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.

No es la primera vez que se acude a manifestaciones como el Derecho Penal del Enemigo, y por ello, tenemos el dato histórico de que este tipo de acciones no son la solución al crecimiento de la criminalidad, pues ya desde la Ilustración se conoce que en los países donde las penas son leves, éstas impresionan el espíritu del ciudadano del mismo modo que las graves en otros lugares¹. Es decir que, no es la crueldad de las penas, sino la infalibilidad de ellas, el principal freno a los delitos².

Primer antecedente histórico de la relación entre constitución y derecho penal lo encontramos en el artículo 8 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, donde se establecen los límites del accionar del Estado

¹ MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, prólogo de E. Tierno Galván, trad. De M. Blásquez y P. de Vega, Tecnos, Madrid, 1972. p. 105.

² FERRAJOLI, Luigi: “*Derecho Penal y Estado de Derecho*”, Lima, Gaceta Penal, Tomo. 20 – 2011, pág. 45.

al ejercer su poder punitivo³, y desde aquel antecedente histórico las legislaciones penales deberían haber ido respetando la proporcionalidad en tres momentos: 1. Al momento de la creación de la Ley Penal; 2. Al momento de aplicación de la Ley Penal; y, 3. Al momento de ejecución de la Ley Penal⁴.

En ese sentido, la importancia de que el Derecho Penal respete la proporcionalidad en estos tres momentos se encuentra en que debemos procurar desde la legislación misma el Estado de Derecho, pues no todo Estado es Estado de Derecho (no basta con un Estado administrativo de Derecho), sino que el Estado de Derecho supone la institucionalización jurídica de la democracia política, que encuentra en los Derechos Humanos su verdadera razón de ser⁵.

Por ello, los Derechos Humanos han de ser también el vínculo irrenunciable entre el ser y el deber ser del Derecho penal. Los Derechos Humanos han de ser, en último término, la barrera infranqueable a toda pretensión político-criminal, filosófico-política, filosófico-jurídica, sociológica o dogmática⁶. Y es por ello que, propugnamos un Derecho Penal que respete la proporcionalidad en los tres momentos ya señalados, lo cual no se cumple en una legislación del Derecho Penal del enemigo, en tanto esta criminaliza acciones que aún no han lesionado un bien jurídico concreto, sino sólo en el campo hipotético, lo cual implica un adelantamiento o anticipación de las barreras de protección penal,

³ AGUADO CORREA, Teresa. *El Principio de Proporcionalidad en el Derecho Penal Peruano*, Cuadernos de análisis y crítica a la jurisprudencia constitucional Num. 8, Obra, Lima, Palestra editores, 2010. p. 261.

⁴ AGUADO CORREA, Teresa. Ob. Cit. p. 268.

⁵ BETEGÓN CARRILLO, Jerónimo y otros. *Constitución y Derechos Fundamentales*, Presidencia del Gobierno: Secretaría General Técnica, Madrid, 2004, p. 235

⁶ DEMETRIO CRESPO, Eduardo, *El derecho penal del enemigo: sobre la ilegitimidad del llamado Derecho penal del enemigo y la idea de seguridad*, en: CANCIO MELIÁ, Manuel y GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol I, Editorial Edisofer, Buenos Aires, 2006.

donde se sanciona con penas altísimas por ejemplo, la sola pertenencia a una organización delictiva, o el sólo hecho de colaborar con alguna de ellas como es el caso del tráfico de drogas⁷. Es decir, se establecen sanciones en razón a las consecuencias futuras del hecho y se castiga a las personas en un momento previo a la lesión de un bien jurídico.

1.4 Justificación y viabilidad

1.4.1. Justificación teórica

La investigación desarrollada se encuentra justificada en el paradigma jurídico de la neo criminalización, los mismos que van a permitir justificar la investigación y dar a conocer los fundamentos en los que se desarrolla el delito de marcaje y que ha sido influenciado por el derecho penal del enemigo.⁸

1.4.2. Justificación práctica

El presente trabajo de investigación tiene como finalidad dar a conocer la influencia del derecho penal del enemigo en el delito de marcaje y si éste se justifica en el afán de la lucha contra la delincuencia, pese a que nos encontramos en un Estado Constitucional donde deben respetarse los derechos fundamentales de las personas, pues al buscar reducir la delincuencia e

⁷ GARCÍA CAVERO, Percy. *¿Existe y debe existir un Derecho Penal del Enemigo?*, en línea <https://www.google.com.pe/webhp?sourceid=chromeinstant&ion=1&espv=2&ie=UTF8#q=GARCIA+CAVERO+PERCY+EXISTE+Y+DEBE+EXISTIR+UN+DERECHO+PENAL+DEL+ENEMIGO+pdf>, consulta: 18.12.2016

⁸ JAKOBS, Günther, *Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo*. Trad: CANCIO MELIÁ, Manuel, en: JAKOBS, Günther y Manuel, CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, Navarra: Civitas, 2006, p. 44.

inseguridad en las calles nuestros legisladores degradan las libertades fundamentales a pesar de que nos encontramos en un Estado Constitucional.

1.4.3. Justificación legal

- Constitución Política del Perú
- Ley universitaria 30220
- Estatuto de la UNASAM
- Reglamento general de la UNASAM
- Reglamento de grados y título de la FDCCPP-UNASAM

1.4.4. Justificación metodológica

El método que se empleó en la presente investigación fue el enfoque cualitativo que utilizó la recolección de datos sin medición numérica para descubrir y resolver preguntas de investigación. Asimismo, se empleó el método de la investigación jurídica y la argumentación jurídica.

1.4.5. Justificación técnica

Se contó con el soporte técnico necesario, habiendo previsto una computadora personal, impresora, así como el uso de los programas Word, Power Point y otros bienes logísticos.

1.4.6. Viabilidad

- Bibliográfica: Se contó con el acceso a fuentes de información tanto bibliográficas y hemerográficas, técnicos y metodológicos ubicadas en la biblioteca especializada de la FDCCPP, así como fuentes virtuales.

- Económicos: Se contó con los recursos económicos para afrontar los gastos que ocasione el desarrollo de la presente investigación, los mismos que fueron autofinanciados.
- Temporal: La investigación se ejecutó durante el año 2016-2017.

1.5 Formulación de objetivos

1.5.1. Objetivo general

Analizar la influencia del derecho penal del enemigo en el delito de marcaje.

1.5.2. Objetivos específicos

- a) Determinar cuáles son los fundamentos políticos criminales para la regulación del delito de marcaje.
- b) Identificar qué derechos fundamentales se vulneran al regular el delito de marcaje desde la perspectiva del derecho penal del enemigo.
- c) Señalar qué medidas se deben adoptar para que se derogue el delito de marcaje.

1.6 Formulación de hipótesis⁹

El derecho penal del enemigo constituye el fundamento del delito de marcaje al anticipar la punibilidad de los actos preparatorios, pues los actos no constituyen lo suficiente de la voluntad criminal y del fin para ser un delito consumado, se evidencia la desproporcionalidad entre la conducta atribuida y la sanción aplicable, por lo que debe ser derogado porque vulnera derechos y principios

⁹ ZELAYARAN DURAND, Mauro. *Metodología de la investigación jurídica*. Lima, Ediciones Jurídicas, 2007, p. 239.

constitucionales en la búsqueda de terminar con la delincuencia e inseguridad ciudadana.

1.7 Variables

1.7.1 Variable independiente (X):

La influencia del derecho penal del enemigo.

1.7.2 Variable dependiente (Y):

El delito de marcaje.

1.8 Metodología de la investigación

1.8.1 Tipo y diseño de investigación

- a. **Tipo de investigación:** La presente investigación se realizó a través de la investigación jurídica o dogmática jurídica, analítica y funcional, puesto que, se trató respecto a diversas instituciones jurídicas analizando la ley y la doctrina, que tiene como finalidad dar a conocer la influencia que ha generado el derecho penal del enemigo en el delito de marcaje, siendo el Perú un Estado Constitucional.
- b. **Tipo de diseño:** Correspondió a la denominada No Experimental¹⁰, debido a que careció de manipulación intencional de la variable independiente, además no posee grupo de control ni experimental; la finalidad fue estudiar el hecho jurídico identificado en el problema después de su ocurrencia.

¹⁰ ROBLES TREJO, Luis y otros, *Fundamentos de la investigación científica y jurídica*, Editorial Fecatt, Lima, 2012, p. 34.

- c. **Diseño General:** Se empleó el diseño transversal¹¹, cuya finalidad fue recolectar datos del hecho jurídico en un solo momento o en un tiempo único. El propósito era describir variables y analizar su incidencia e interrelación en un momento dado.
- d. **Diseño específico:** Se empleó el diseño descriptivo¹²-explicativo, toda vez que se realizó el estudio a los factores que generaron situaciones problemáticas dentro de un determinado contexto y de ese modo poder explicar el comportamiento de las variables de estudio.

1.8.2 Plan de recolección de la información

1.8.2.1. Población

1. Universo Físico: Careció de delimitación física o geográfica, ya que estuvo constituida por el ámbito mundial y nacional en general.
2. Universo Social: La población materia de estudio se circunscribió a la dogmática penal.
3. Universo temporal: Correspondió al periodo del 2016 y 2017, espacio temporal donde se ejecutó la investigación.

1.8.2.2. Muestra

4. Tipo: No Probabilística

¹¹HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto y otros. *Metodología de la investigación*, Editorial McGrawHill, México, 2010. p. 151.

¹²Ibíd., p. 155.

5. Técnica muestral: Intencional
6. Marco muestral: Doctrina, jurisprudencia y norma.
7. Unidad de análisis: Documental.

1.8.3 Instrumento(s) de recolección de la información

- a. **Fichaje.** Ello referido a las fuentes o textos bibliográficos y hemerográficos para recopilar información sobre la doctrina sobre el problema de investigación, empleándose fichas textuales, resumen y comentario.
- b. **Ficha de análisis de contenido.** Para el análisis de la jurisprudencia y determinar los fundamentos y posiciones dogmáticas.
- c. **Electrónicos.** La información que se recabó de las distintas páginas web, que se ofertan en el ciberespacio, sobre el problema de investigación, empleándose las fichas de registro de información.
- d. **Fichas de Información Jurídica.** Es un criterio de recolectar la información, a fin de almacenarla y procesarla adecuadamente.

1.8.4. Plan de procesamiento y análisis de la información

El plan de recojo de la información comprendió en primer lugar la selección de los instrumentos de recolección de datos, en ese sentido se emplearon las siguientes:

Para las fuentes bibliográficas, hemerográficas y virtuales se realizó a través de las fichas bibliografías, literales, resumen y comentario. Para la

jurisprudencia se empleó la ficha de análisis de contenido, los que permitieron recoger datos para la construcción del marco teórico y la discusión, y de esa forma validar la hipótesis planteada.

El estudio de la normatividad se realizó a través de los métodos exegético y hermenéutico, para tener una visión sistemática del problema de estudio.

1.8.5. Técnica de análisis de datos y/o información

Se empleó la técnica del análisis cualitativo¹³, debido a que la investigación jurídica dogmática no admite las valoraciones cuantitativas, el análisis de datos debe concretarse a la descomposición de la información en sus partes o elementos, tratando de encontrar la repetición de lo idéntico y las relaciones de causalidad, a fin de describir y explicar las características esenciales del hecho o fenómeno. Esto es lo que se denomina como análisis cualitativo. Donde un dato cualitativo es definido como un “no cuantitativo”, es decir, que no puede ser expresado como número, estos datos son difícilmente medibles, no traducibles a términos matemáticos y no sujetos a la inferencia estadística¹⁴.

Los criterios empleados en el presente proceso de investigación fueron:

- Identificación del lugar donde se buscó la información.
- Identificación y registro de las fuentes de información.
- Recojo de información en función a los objetivos y variables.

¹³ BRIONES, Guillermo. *Métodos y técnicas de investigación para las ciencias sociales*. México: Editorial Trillas, 1986, p. 43.

¹⁴ ROBLES TREJO, Luis, *Guía metodológica para la elaboración de proyectos de investigación jurídica*. Lima, Editorial Ffecaat, 2014, p. 74.

- Análisis y evaluación de la información.

1.8.6. Validación de la hipótesis

Tratándose de un estudio cualitativo, el método para la validación de la hipótesis y logro de objetivos fue mediante la argumentación jurídica¹⁵.

La argumentación jurídica es la forma organizada de demostrar lógicamente por medio de un razonamiento formulado con el propósito de conseguir la aceptación o rechazo de una tesis o teoría determinada. La aceptación o rechazo de esa tesis dependerá de la eficacia o ineficacia de la argumentación que le sirve de apoyo.

Se debe tener presente que en este tipo de investigaciones no se puede probar que una hipótesis sea verdadera o falsa, sino más bien argumentar que fue apoyada o no de acuerdo con ciertos datos obtenidos en el estudio (...) no se acepta una hipótesis mediante la elaboración de una tesis, sino que se aporta evidencias a favor o en contra de esa hipótesis (...)”¹⁶.

En consecuencia, la validez no busca reproducir criterios para lograr la verdad última sobre los fenómenos. Tampoco, se orienta a establecer la congruencia o correspondencia entre las descripciones, interpretaciones o representaciones del investigador (teorías, hipótesis) y las del investigado. La validez busca dar cuenta de los procedimientos efectuados para demostrar ¿cómo se llegó a lo que se llegó? En definitiva, cómo y bajo qué procedimientos se llegó a establecer la objetivación, o esas verdades provisionales.

¹⁵ GASCÓN ABELLÁN, Marina y Alfonso, GARCÍA FIGUEROA, *La argumentación en el Derecho*. Lima, Editorial Palestra, 2005, p. 45 y ss.

¹⁶ RAMOS NÚÑEZ, Carlos. *Cómo hacer una tesis de Derecho y no envejecer en el intento*. Lima, Editorial Grijley, 2011, p. 129.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1 Antecedentes

Realizando la indagación y búsqueda de trabajos relacionados a la investigación se encontraron tesis sustentadas en la FDCCPP-UNASAM, ha sido posible encontrar un trabajo de investigación correspondiente al tesista Jaime Wilder Norabuena Rojas, *“El Derecho Penal del Enemigo y sus implicancias sobre los principios constitucionales que rigen la justicia penal procesal y sustantiva en el Perú”* 2015, que arribó a las siguientes conclusiones:

- El derecho penal del enemigo no sólo flexibiliza los principios constitucionales que fundamentan el derecho penal sustantivo y procesal, sino también que es incompatible con el Estado democrático de derecho, en la medida en la que se obliga a los particulares ciertos ámbitos de su libertad en aras de una seguridad que sólo es aparente, muchas veces potenciada por una lectura sesgada, o manipulada, de ciertos actos violentos.
- Las manifestaciones del derecho penal máximo relativizan el pleno goce de los derechos fundamentales de los particulares, según han sido consagrados en la Constitución Política y en los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, cuyos contenidos esenciales son desconocidos en la implementación de nuevos tipos penales (por ejemplo) o en el trámite de un proceso penal, todo lo cual sin duda justifica mayores reflexiones.

- Cuando el Estado no previene, sino excluye. Y cuando se despoja a los excluidos de su condición de personas (por ende, sin goce de los derechos fundamentales) no nos encontramos frente a lo que se le ha denominado: Derecho Penal de Enemigos. Su aplicación denota que el Estado abandonó su función social (ya no busca la prevención) y, también, la democrática (al considerar individuos o no personas a algunos seres humanos a quienes se les priva del goce de los derechos fundamentales).

A nivel nacional se ha encontrado los siguientes trabajos: MAZUELOS COELLO, Julio F. “Derecho Penal del enemigo” (2006), Universidad San Martín de Porres, donde el autor concluye:

- Por otra parte, el desarrollo del trabajo nos ha permitido establecer que una de las diferencias sustanciales entre el Derecho Penal del Enemigo y el Derecho Penal del ciudadano (o general)- el primero de carácter general y permanente y el segundo de carácter excepcional-, radica en su fundamento. Así pues, una diferencia relevante reside en que el Derecho penal del ciudadano se fundamenta en el concepto mismo de culpabilidad, mientras que el derecho penal del enemigo en la peligrosidad del agente. Es así como el derecho penal general está concebido para intervenir mediante la imposición de una sanción (pena) ante la comisión de actos ilícitos que importan una defraudación de expectativas básicas de convivencia social, entre tanto, el derecho penal del enemigo se anticipa a la comisión del acto ilícito, es decir, interviene cuando aún no se ha lesionado un bien jurídico concreto. Es por ello que su intervención no se dirige a la sanción de determinado acto sino a la conducta

del sujeto considerado peligroso, es decir, se anticipa al acto delictivo que el sujeto podría cometer, sin esperar efectivamente la comisión de un acto delictivo concreto como presupuesto para la imposición de la pena.

Asimismo, Raul Esteban Caro Magni, “El Delito De Marcaje o Reglaje” Análisis Dogmático y Jurisprudencial: Problemas Actuales de Interpretación, (2016), Universidad San Martín De Porres, concluye:

- Mediante la Ley N° 29859 del 03 de mayo de 2012, se introdujo a nuestro Código Penal el artículo 317°-A, el mismo que ha decidido regular, en términos de tipo penal, el delito de marcaje o reglaje. Si bien la mencionada ley fue la norma que incorporó dentro de nuestro ordenamiento jurídico penal el tipo penal del marcaje o reglaje, sin embargo, cabe destacar que por medio de la Ley N° 30076 del 19 de agosto de 2013, tal articulado fue modificado con el fin de poder variar parte de su tipicidad objetiva y permitir el ingreso de nuevas circunstancias agravantes.

- En el sentido de protección del bien jurídico, dentro de una interpretación sistemática y de su ubicación en nuestro Código Penal, cabe precisar que en el delito de marcaje o reglaje lo protegido es la tranquilidad pública como un bien jurídico supra individual o institucional que busca proteger, en forma adelantada-anticipada, bienes jurídicos de carácter personal o individual. Esta última afirmación debe ser complementada en el sentido de entender que si bien el tipo penal del marcaje o reglaje no protege, en forma directa o a priori,

bienes jurídicos de naturaleza personal, es pertinente tener en cuenta que si lo protege en forma indirecta a través de la protección de la tranquilidad pública.

- Se debe señalar, que somos de la posición doctrinaria que entiende que si alguna función o mérito deben tener los bienes jurídicos de carácter supraindividual, es el hecho de entenderlos como bienes jurídicos instrumentos o mediales que buscan proteger, en términos teleológicos, bienes jurídicos individuales, haciéndose destacar que el tipo penal del marcaje o reglaje es una figura que al sancionar el acto preparatorio el delito fin tiene como objetivo evitar que se concrete la lesión o puesta en peligro del bien jurídico del delito fin (vida, integridad, libertad, patrimonio, etc).
- De manera que la introducción de esta nueva tipología penal implica elevar a la categoría del delito consumado un acto preparatorio, esto es, como delito autónomo, que por regla general, conforme a la reglas del *iter criminis*, debería ser impune de acuerdo al principio de lesividad y a un Derecho Penal de mínima intervención tanto en su versión subsidiaria y fragmentaria, ya que de acuerdo a un Derecho Penal nuclear o clásico, la preparación delictiva debería tener un carácter no punible.
- Es por ello que ésta novísima figura del delito de marcaje o reglaje el legislador nacional se anticipa en castigar actos o conductas previas a la ejecución, a la tentativa y a la consumación delictiva, reprimiendo penalmente la preparación delictiva, tema último que es más conocido en la doctrina penal como los actos preparatorios, el mismo que es considerado

como el primer momento de la fase externa de la ruta o de los momentos del delito.

- Por otro lado, el delito de marcaje o reglaje tiene características de lo que modernamente se busca denominar como el “Derecho Penal del enemigo”, no solo por intensificar los criterios de imputación en el sentido de permitir la intervención punitiva en niveles previos a la propia conducta lesiva de bienes jurídicos (adelantamiento de la barrera de la punibilidad), o por el aumento de las consecuencias jurídicas del delito, sino también por la existencia de la flexibilidad y en otros casos el cercenamiento de las garantías procesales.

- Así también, para el caso del injusto penal del marcaje o reglaje se ha introducido, como parte de su tipicidad subjetiva, un elemento subjetivo adicional al dolo, es decir, un elemento de tendencia interna trascendente, de finalidad o de proyección delictiva al describirse lo siguiente: “(...) el que para cometer o facilitar la comisión de cualquiera de los delitos previstos en los artículos (...)”.

- Conforme se podría apreciar, tal novedad delictiva describe obviamente un elemento subjetivo que no es el dolo, sino que de acuerdo a su naturaleza jurídica es un plus al dolo. Este elemento subjetivo de tendencia interna trascendente implica una finalidad o un motivo que va más allá o que trasciende la realización del hecho típico, debiéndose considerar por este motivo como un delito mutilado en dos actos, en donde si bien la finalidad, el resultado ulterior o extratípico podrá ser realizada a futuro o en otro momento

por este mismo sujeto activo, sin embargo, en términos consumativos basta la proyección delictiva y no la ejecución de lo intencionado.

- Para el caso en concreto, ese elemento subjetivo redactado en esta nueva tipología delictiva con la palabra “para”, es una subjetividad adicional de finalidad o de intención que acompaña al dolo. Para redondear la idea, debe destacarse que este elemento subjetivo de finalidad es lo que mueve el comportamiento doloso del sujeto activo del delito. Por eso mismo, no es posible confundir los elementos que conforman la tipicidad objetiva del delito marcaje o reglaje, con respecto a los objetivos de este mismo injusto penal, ya que este último expresa concretamente la finalidad o intención del delito como parte de su tipicidad subjetiva más allá del dolo.
- De acuerdo con esta interpretación, las conductas dolosas de realizar los actos de acopio o de entrega de información, el de realizar los actos de vigilancia o de seguimiento de personas, como el de colaborar con las mismas mediante el uso de armas, vehículos, teléfonos o a través de otros instrumentos idóneos, deben tener, todas ellas, la intención o la finalidad de cometer o el de facilitar la comisión de los delitos especificados.
- Las conductas dolosas descritas deben estar ligadas en forma necesaria con la finalidad de cometer o con la finalidad de facilitar la comisión de los siguientes injustos penales: homicidio simple, parricidio, asesinato, homicidio calificado por la condición oficial del agente, lesiones graves, lesiones al concebido, secuestro, trata de personas, violación sexual (incluido la

seducción y los actos contra el pudor), el hurto simple, el hurto con agravantes, el robo simple, el robo con agravantes y la extorsión.

- En lo que se refiere a la posible colaboración del marcaje o reglaje con otros instrumentos idóneos, o sea, distintos al arma, al vehículo o al teléfono, nuestro legislador con esto hace uso de la técnica de la interpretación analógica, a fin de poder permitir su comisión con la utilización de otros medios que para el caso en concreto podrán ser idóneos, como podría ser con el uso de un largavista o de una cámara fotográfica por hacer mención de algunos ejemplos. Esta modalidad de marcaje o reglaje mediante el uso de armas, el mismo que se podría configurar a través de la posesión de armas propias, es decir, mediante aquellas que por su propia naturaleza sirven para la defensa como para el ataque (armas de fuego), como aquellas armas denominadas como impropias, en donde si bien estas últimas por su propia naturaleza no son armas, para el caso en particular o circunstancial se configurarían como tales (palos, comba, piedras, ladrillo, etc.).

- El tema a discutir, penalmente hablando, es si esta modalidad de marcaje o reglaje se podría cometer por medio del uso de las “armas aparentes”, es decir, a través de aquel tipo de instrumento que por su carácter externo u objetivo parecería ser un arma propia o real, pero que en realidad tal “arma” no podría configurar sus fines u objetivos (arma de fogeo, encendedor con apariencia externa de ser un arma de fuego o un arma real pero malograda). Teniéndose en cuenta que este nuevo delito de marcaje o reglaje es, desde ya,

elevant un acto preparatorio a la categoría de delito consumado, esto es, como una excepción a la regla, debe rechazarse tal posibilidad de encuadramiento delictivo mediante el uso de un arma aparente, comportamiento que no podría configurarse ni siquiera en un delito de tenencia ilegal de armas por no poner en riesgo el bien jurídico de la seguridad pública, pudiéndose sustentar además tanto en el principio de lesividad como en el principio de mínima intervención del Derecho Penal.

- Respecto de la interrogante entre un concurso real de delitos, concurso ideal de delitos y aparente de leyes, nuestro parecer se adscribe en admitir, en principio y como regla, la presencia de un concurso real de delitos, no solo por la comisión separada e independiente de ambos hechos en tiempos y espacios distintos, sino que tal asunción académica se respalda en lo siguiente: conforme se puede advertir, el delito de marcaje o reglaje, por su propia ubicación sistemática y unitaria, tiene como bien jurídico a proteger la tranquilidad pública, siendo considerado como un delito finalístico, siendo un injusto penal de carácter autónomo e independiente del delito que en forma posterior se pretende ejecutar, en donde si estos últimos se materializan originaría la presencia de un concurso real de delitos, con la consecuencia jurídica de la suma o acumulación de penas; además, negamos la presencia del concurso aparente de leyes o unidad de ley, porque, conforme a la estructura de los delitos finalísticos (homicidio, lesiones, secuestro, trata de personas, violación sexual, actos contra el pudor, seducción, hurto, robo y extorsión).

- El delito de marcaje o reglaje no se encuentra consumido o subsumido como un hecho previo impune o copenado en el delito que posteriormente sea ejecutado. A pesar de lo fundamentado es pertinente tener en cuenta que, como un matiz a lo señalado, los distintos comportamientos del marcaje o reglaje, se deben manifestar o concretizar en la etapa de la preparación delictiva (actos preparatorios), a fin de poder configurar un concurso real de delitos cuando los actos posteriores se lleven a cabo (delito mutilado en dos actos), ya que si estos actos de marcaje o reglaje son materializados en el mismo o cercano momento en el que se realiza la ejecución delictiva, tal proceder si se encontraría subsumido en el delito materializado en base a las reglas del concurso de leyes penales bajo el contexto de la intervención delictiva de la autoría y participación, no pudiéndose configurar en ese contexto el injusto penal que es materia de comentario.

- Por tanto, consideramos que cualquier acto que implique ser manifestación objetiva del delito de marcaje o reglaje dentro del ámbito de la ejecución del delito, o sea, en un contexto de inmediata realización delictiva, tal proceder si estaría subsumido o consumido en el delito fin, por ser ya parte de la ejecución del delito.

2.2 Bases teóricas

2.2.1 Derecho penal del enemigo

En octubre de 1999 tuvo lugar en la un congreso titulado “La Ciencia alemana del Derecho Penal ante el cambio de milenio, reflexión retrospectiva y perspectivas de futuro (*Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der*

Jahrtausendwende, Rückbesinnung und Ausblick)¹⁷. En dicho Congreso, Günther Jakobs, catedrático de Derecho penal de la Universidad de Bonn, expuso las características fundamentales de un subsistema penal de combate contrapuesto al Derecho penal común o Derecho penal del ciudadano, que él denominó «Derecho penal del enemigo».

Sin embargo, no fue en aquella ocasión cuando acuñó por primera vez tan polémica expresión. Jakobs menciona por primera vez el Derecho penal del enemigo durante su ponencia en el Congreso de los penalistas alemanes, presentada en Frankfurt Main en mayo de 1985 y titulada “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”¹⁸. En la misma, critica a una serie de preceptos del STGB, que realizan en su opinión criminalizaciones excesivamente anticipadas, llegando a castigar los actos preparatorios. Estos preceptos para el profesor “caen fuera del marco de lo que aquí se denomina Derecho penal del ciudadano y pertenecen al Derecho penal del enemigo”¹⁹ y afirma que “no se pueden legitimar en un Estado de libertades”²⁰. Estas criminalizaciones, a juicio de Jakobs, hacen que el autor no tenga esfera privada, “ningún ámbito para una conducta todavía no socialmente relevante, sino que es sólo una fuente de peligro o, con otras palabras, enemigo del bien jurídico”²¹.

¹⁷ Congreso, *La ciencia del Derecho penal ante el cambio del nuevo milenio*, octubre de 1999, Academia de Ciencias de Berlín-Brandenburg coordinada por Francisco Muñoz Conde, traducidas y recopiladas en: ESER, Albin; HASSEMER, Winfried; BURKHARDT, Björn, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

¹⁸ Congreso *Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico*. 1985, traducida por Enrique Peñaranda Ramos en: JAKOBS, Günther, *Estudios de Derecho Penal*, Madrid: Civitas, 1997. p. 751 a 785

¹⁹ *Ibid.*, p. 298.

²⁰ *Ibid.*, p. 293.

²¹ Congreso *La ciencia del Derecho penal ante el cambio del nuevo milenio*, ob cit., p.295.

Sin embargo, Jakobs cambia visiblemente su parecer en 1999, año en que empieza a afirmar que el Derecho penal del enemigo es la única alternativa perceptible²², porque es la única medida efectiva contra ciertos delitos en el contexto socioeconómico actual. Existe una discusión sobre si Jakobs se limita a hacer una constatación de la realidad, es decir, si únicamente pone de manifiesto que existe Derecho penal del enemigo en determinados Estados, o también pretende darle legitimidad o justificación. Aunque el propio Jakobs respondió tras una ponencia en Frankfurt Oder en 2005 que su planteamiento era meramente descriptivo en un 98%²³, lo cierto es que no lo es tanto.

Cuando Jakobs se preocupa de buscar precedentes iusfilosóficos para tratar de evitar que se descarte a primera vista el Derecho penal del enemigo o cuando dice que el Derecho penal del enemigo es la única alternativa posible, lo está legitimando. En efecto, Jakobs considera que debe darse cabida al Derecho penal del enemigo en nuestro Derecho, si bien se deben definir sus límites claramente, para evitar que contamine al Derecho penal del ciudadano²⁴.

Al tiempo que expresaba en su ponencia de 1999 la necesidad de un Derecho penal del enemigo, sintetizó sus rasgos, que lo diferencian del Derecho penal del ciudadano²⁵: a) amplio adelantamiento de la punibilidad. La pena es prospectiva, no se penan sólo delitos cometidos, sino también actos preparatorios de futuros

²² MUÑOZ CONDE, Francisco (Coord.), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004. p.60.

²³ DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *El Derecho penal del enemigo*, ob. cit., p. 145

²⁴ JAKOBS, Günther, *Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo*. Trad: CANCIO MELIÁ, Manuel, en: JAKOBS, Günther y Manuel, CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, Navarra: Civitas, 2006, p. 42. También en: JAKOBS, Günther “La autocomprensión”, ob. cit., p.61.

²⁵ Ibid., p.58 y s.

delitos. b) ausencia de reducción proporcional de la pena acorde con dicho adelantamiento. Eso implica, entre otras cosas, que los actos preparatorios son penados con la misma gravedad que los hechos consumados. En suma, la pertenencia del autor a una organización se tiene en cuenta para agravar las penas. c) supresión o restricción de garantías y derechos procesales de los imputados; por ejemplo, eliminación de la presunción de inocencia, posibilidad de admisión de pruebas obtenidas ilícitamente o ampliación de los supuestos de incomunicación o intervención en las comunicaciones. Se perciben a las garantías y derechos procesales como obstáculos que impiden la debida protección frente a los enemigos. d) Jakobs no lo menciona expresamente, pero es insoslayable que también implica un recrudescimiento del Derecho penitenciario, mediante el endurecimiento de las condiciones de clasificación de los internos, limitación de los beneficios penitenciarios o incremento de los requisitos para la libertad condicional, entre otras medidas²⁶. e) Aunque Jakobs tampoco lo admita explícitamente, el Derecho penal del enemigo no es un Derecho penal de hecho, sino un Derecho penal de autor, en orden a que no tiene tanto en cuenta los hechos acaecidos, como las características del autor, del “enemigo”²⁷.

Pero, ¿a quién se dirige el Derecho penal del enemigo? En otras palabras, ¿quién es el enemigo? Para responder a esta pregunta debemos comprender previamente la cosmovisión jakobsiana del Derecho y la sociedad, muy

²⁶ GRACIA MARTÍN, Luis, “El trazado histórico iusfilosófico y teórico-político del Derecho penal del enemigo” en: Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, Navarra: Aranzadi, 2005, p. 452.

²⁷ CANCIO MELIÁ, Manuel, *De nuevo: ¿Derecho penal del enemigo?*, en: CANCIO MELIÁ, Manuel; JAKOBS, Günther, *Derecho penal del enemigo*, Navarra: Civitas, 2006, p. 128; ABANTO, Manuel, “El llamado derecho penal del enemigo. Especial referencia al derecho penal económico”, en: CANCIO MELIÁ, Manuel; DÍEZ, Gómez-Jara (coords.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, Vol. 1. Madrid: B de F, 2006, p.20; MUÑOZ CONDE, Francisco, *De nuevo sobre el «Derecho penal del enemigo»*. 1º Edición. Buenos Aires: Hammurabi, 2005. p.37.

influenciada por la Teoría de Sistemas del sociólogo Niklas Luhmann. Para Jakobs, la sociedad se basa en expectativas, sin expectativas no es posible vivir en sociedad. En concreto, describe dos tipos: las normativas y las cognitivas.

Las expectativas normativas nos permiten confiar en que la norma jurídica se debe cumplir y que, por tanto, el Derecho sigue vigente aun cuando alguien actúe contra éste. Si alguien conculca un derecho que nos otorga una norma, podemos presuponer que el infractor será perseguido. Lo que significa que con una defraudación de la norma no desaparece la expectativa normativa, sino que ésta se mantiene contrafácticamente.

En cambio, las expectativas cognitivas nos dan la seguridad de que la norma efectivamente se va a cumplir. De nada sirven las expectativas normativas si no cuentan con una base cognitiva que nos permita esperar que nadie va a vulnerar nuestros derechos.

En base a esto, nos encontramos dos tipos de individuos. Por un lado tenemos las “personas”, que son aquellos sujetos titulares de derechos y obligaciones que nos dan un mínimo de seguridad cognitiva. Esto es, aunque puedan cometer algún delito aislado, podemos esperar que su comportamiento va a ser conforme a Derecho en el futuro. En suma, Jakobs dota de contenido simbólico a la pena: si una persona comete una infracción está comunicando que la norma que ha infringido ya no es vigente; entonces el Derecho penal contradice la afirmación del autor mediante la pena, instrumento con el que

comunica al autor y al resto de ciudadanos que la norma sigue vigente y que la afirmación del autor es irrelevante²⁸. De esta forma, la norma queda “estabilizada”. Ese es, para Jakobs, el fundamento del Derecho penal: la estabilización de la norma, no la protección de bienes jurídicos²⁹.

Y por otro lado tenemos las «no-personas» (*Unpersonen*), los «enemigos». Son individuos que no prestan seguridad cognitiva. A estos sujetos se les arrebató la condición de personas porque no existe ninguna garantía de que vayan a cumplir con la norma, de modo que al ser calificados como no-personas, desaparece la necesidad de concederles derechos, permitiendo entonces –siempre según Jakobs– combatir el peligro que suponen más eficazmente. La pena contra el enemigo pierde en buena medida su papel comunicador y pasa a consistir sobretodo en una mera coacción física inculcadora, para proteger a las personas de los enemigos.

El Derecho es un vínculo entre personas, por lo que la relación con un enemigo no la determina el Derecho, sino la coacción³⁰. En efecto, el propio Jakobs duda de que el Derecho penal del enemigo sea realmente Derecho³¹.

2.2.1.1 Criterios distintivos del Derecho Penal del enemigo de

Jackobs

²⁸ JAKOBS, Gunther, ob. cit., p. 25

²⁹ ALCÓCER POVIS, Eduardo. *Sociedad, Norma y Persona en una Teoría de un Derecho Penal Funcional*, Madrid, Civitas, 1996, p.18.

³⁰ JAKOBS, Gunther. *Derecho penal del ciudadano*, ob. cit., p.27

³¹ JAKOBS, Gunther. *La autocomprensión*, ob. cit. p.58.

“Según JAKOBS, el Derecho penal del enemigo se caracteriza por tres elementos: en primer lugar, se constata un amplio adelantamiento de la punibilidad, es decir, que en este ámbito, la perspectiva del ordenamiento jurídico-penal es prospectiva (punto de referencia: el hecho futuro), en lugar de como es lo habitual retrospectiva (punto de referencia: el hecho cometido).

En segundo lugar, las penas previstas son desproporcionadamente altas: especialmente, la anticipación de la barrera de punición no es tomada en cuenta para reducir en correspondencia la pena amenazada. En tercer lugar, determinadas garantías procesales son relativizadas o incluso suprimidas de modo materialmente equivalente”³².

Podemos sintetizar la aplicación de este derecho en “tres características centrales del Derecho penal del enemigo: incremento del ingreso del Derecho penal a lo que podría llamarse una fase previa al hecho, incremento del nivel punitivo de las penas y disminución o supresión de las garantías procesales reguladoras de la intervención penal”³³.

Pero la aplicación de este derecho en un Estado, no responde a la arbitrariedad de este para crear normas, obedece a una necesidad político criminal de aplacar fenómenos sociales ocurridos en vulneración a la convivencia pacífica “En los casos de intervención del Derecho penal del enemigo, se demuestra que no opera una actitud contrafáctica de la pena, sino una adecuación del sistema propio del fenómeno social; en efecto, la intervención penal se

³² JAKOBS, Gunter y Manuel, CANCIO MELIÁ. *Derecho penal del enemigo*, ob. cit. p. 82.

³³ MAZUELOS COELLO, Julio Fernando. “*El derecho penal del enemigo: un modelo a desarmar*”.
En *En línea*
https://books.google.com.pe/books/about/Derecho_penal_y_sociedad.html?id=phhrPgAACAAJ&redir_esc=visita 21.02.2017

convierte en una adecuación fenomenológica a lo ocurrido, trata por todos los medios, principalmente a través del ejercicio de poder que ostenta el Estado, de instaurar un modelo de Derecho Penal excluyente y anti garantista”.³⁴

Por tanto, podemos decir que el derecho penal del enemigo constituye una reacción frente a la posible inestabilidad que pueda causar las acciones de los “enemigos” contra el Estado. De ahí que para protegerse el Estado de posibles conductas que podrían atentar contra su propia estructura, sanciona con penas a gran escala, fuertes; orientadas a proteger la seguridad de las demás personas que viven en sociedad.

2.2.1.2 Derecho penal del enemigo o Derecho penal del enemigo como "tercera velocidad"

El Derecho Penal del enemigo es aquel que se aparta de los fines ordinarios del Derecho Penal, es decir, de la reafirmación del ordenamiento jurídico o de la norma infringida conforme a la ideología de la llamada actualmente prevención general positiva, de la prevención especial rehabilitadora o de reinserción social. Se trataría de una legislación de lucha o de guerra contra el enemigo cuyo único fin sería su exclusión o inocuización.³⁵

El derecho penal del enemigo consiste en sancionar la conducta de un sujeto peligroso en una etapa muy anterior a un hecho delictivo, sin esperar a una lesión posterior tardía. Se sancionan la conducta y la peligrosidad del sujeto y no sus actos.

³⁴ Ibid., p. 281-282.

³⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del Derecho Penal*, 2ª edición. Madrid, Ed. Civitas, 2001, p. 164.

Con el Derecho Penal del enemigo se trata de combatir a individuos que en su actitud, por ejemplo, en el caso de delitos sexuales, en su vida económica, por ejemplo en el caso de la criminalidad económica o mediante su incorporación a una organización, por ejemplo en el caso del terrorismo o en la criminalidad organizada, se han apartado probablemente de manera duradera, al menos decidido, del Derecho, es decir no ofrecen la garantía cognitiva mínima que sería necesaria para su tratamiento como personas. La reacción del ordenamiento jurídico frente a esta criminalidad se caracteriza porque no se trata en primera instancia de la compensación de un daño a la vigencia de la norma, sino de la eliminación de un peligro. La privación o negación de la condición de persona a determinados individuos y con ello la atribución a ellos de la condición de enemigos, constituye pues el paradigma y el centro de gravedad del Derecho Penal del enemigo como un ordenamiento punitivo diferente, excepcional y autónomo con respecto al Derecho Penal ordinario, de la normalidad o del ciudadano.³⁶

El Derecho Penal del enemigo se caracteriza por tres elementos: en primer lugar, se constata un amplio adelantamiento de la punibilidad. En segundo lugar las penas previstas son desproporcionadamente altas: especialmente, la anticipación de la barrera de la punición no es tomada en cuenta para reducir en correspondencia la pena amenazada. En tercer lugar, determinadas garantías procesales son relativizadas o incluso suprimidas.³⁷

³⁶ JAKOBS, Gunther, *Derecho penal del enemigo*. 1era edición, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2003, p. 38-52.

³⁷ Idem, p. 90-91.

En España Silva Sánchez ha incorporado el fenómeno de Derecho Penal del enemigo en su propia concepción político criminal. De acuerdo con su punto de vista, en el momento se están diferenciando dos "velocidades" en el marco del ordenamiento jurídico penal: la primera velocidad sería aquel sector del ordenamiento en el que se imponen penas privativas de libertad y en el que deben mantenerse de modo estricto los principios político criminales, las reglas de la imputación y los principios procesales clásicos. La segunda velocidad vendría constituida por aquellas infracciones en las que, al imponerse sólo penas pecuniarias o privativas de derechos tratándose de figuras delictivas de nuevo cuño, cabría reflexionar de modo proporcionado a la menor gravedad de las sanciones esos principios y reglas "clásicos". Luego se tiene el derecho penal del enemigo como "tercera velocidad, en el que coexistirían la imposición de penas privativas de libertad y, a pesar de su presencia, la "flexibilización" de los principios político-criminales y las reglas de la imputación.³⁸

La concepción del Derecho Penal del enemigo se encuentra direccionada para los casos de criminalidad organizada consistente en la defensa del Estado frente a un tipo de "ataques" diferentes al que puede surgir desde la criminalidad "común", asimilándolos a un estado de excepción (guerra – terrorismo -narcotráfico) y que intenta justificar y legitimar la estructura de un Derecho Penal y Procesal sin garantías.³⁹

2.2.2 El Delito de Marcaje ó Reglaje

³⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, ob. cit. p. 159-163.

³⁹ RIQUERT, F, "El Derecho Penal del enemigo o las excepciones permanentes". En La Ley, Revista Universitaria, Año V, Nro. 3, 2003, p.5

2.2.2.1 Naturaleza Jurídica

No cabe duda que las modalidades del nuevo delito de marcaje constituyen actos preparatorios criminalizados autónomamente, pues si bien es cierto, al ser éstos actos equívocos o ineficaces para obtener por sí mismos la consumación delictiva, si tienen el sentido de estar claramente dirigidos a una finalidad delictiva, y podrían sancionarse en casos excepcionales en los que se cuestiona abiertamente la vigencia de la norma⁴⁰, como en el supuesto del Art. 317°-A. Pero en este ámbito cabe preguntarnos si el delito de marcaje o reglaje constituye, en sus bases estructurales más profundas, una forma de conspiración para delinquir.

Previamente, resulta trascendental abordar un comentario acerca de la “*Memoria del Ministerio de Justicia prusiano*” del año 1933, que trató desde un punto de vista sistemático y de concepción la renovación jurídico-penal nacional socialista que se proyectaba plasmar en un futuro Código Penal. En ella, se propuso optimizar la protección de bienes jurídicos mediante la creación de “tipos penales de peligro”. Se trató de evolucionar el hasta ahora Derecho Penal de lesión en un Derecho Penal del peligro, tomando como punto de referencia ya el comportamiento peligroso del autor. A la vez, se trataba de un Derecho Penal de la voluntad, en cuanto el objeto central de reproche es la puesta en marcha de la voluntad criminal del autor, el peligro de producción del resultado y no el resultado “ocasionalmente” producido; y de un “Derecho Penal de la intención”, en cuanto atiende a la intención para la imposición de la pena⁴¹.

⁴⁰ GARCÍA CAVERO, Percy. “*Derecho Penal. Parte General*”, 2da edición, Lima, Jurista Editores, 2012, p. 732.

⁴¹ DE PAZ SÁNCHEZ GARCÍA, María Isabel; “*El moderno derecho penal y la anticipación de la tutela penal*”, Valladolid, 1999, p. 30-31; Cfr. también su análisis en ROJAS VARGAS, Fidel, “*El Delito, Preparación, Tentativa y Consumación*”, Lima, Idemsa, 2009, p. 124-125.

2.2.2.2 Conducta típica

Existen puntualmente cuatro conductas típicas que podría desarrollar el agente: 1) “realizar actos de acopio de información”, 2) “realizar actos de vigilancia de personas”, 3) “realizar actos de seguimiento de personas”, y 4) “mantener en su poder armas, vehículos, teléfonos u otros instrumentos para facilitar los *delitos-fin*”. Este tramado de verbos rectores nos lleva a concluir que estamos frente a un “*tipo penal alternativo*” porque basta que el sujeto activo ejecute cualquiera de ellas para que el delito quede perfeccionado.

2.2.2.3 Elementos que componen el delito de marcaje

a) Realizar actos de acopio de información.⁴²

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

En realidad esta descripción típica es propia de la participación delictiva, pues normalmente quien se encarga de estas tareas, por lo general, no interviene en la etapa ejecutiva del delito, por lo que, un emprendimiento así concebido, se eleva a nivel de autoría en un delito independiente⁴³

⁴² ALVAREZ DAVILA, Francisco, “*Criminalizando la conducta de los marcas*”, en línea <http://www.revistadvocatus.com/blog/2012/actualidad/criminalizando-la-conducta-de-los-%E2%80%9Cmarcas%E2%80%9D> consulta : 15.12.2016

⁴³ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl, “*Una nueva manifestación tipológica del derecho penal del enemigo: El delito de reglaje en el Perú, en Estudios Críticos de derecho penal y*

b) Realizar actos de entrega de información⁴⁴

Este es un nuevo comportamiento delictivo de marcaje-reglaje que introduce la Ley N° 30076. El Proyecto de Ley N° 2100/2012-PE de fecha 11 de abril de 2013, presentado por la Presidencia del Consejo de Ministros ante el Congreso de la República, hace mención que si bien el acopio de la información es necesaria para perpetrar delitos ulteriores, se busca agregar que es innegable que dicha información en varias ocasiones se traspasa de una persona a otra⁴⁵, esto es, como la misma finalidad delictiva, por lo que, con el fin de evitar lagunas de punibilidad se considera que es pertinente regular este actuar delictivo en forma expresa.

Una problemática interpretativa, en términos del concurso de leyes penales, se podría presentar entre los actos que impliquen la entrega de la información como parte integrante de la tipicidad objetiva del delito de marcaje-reglaje.

c) Realizar actos de vigilancia o de seguimiento de personas⁴⁶

En cuanto a los actos de vigilancia o seguimiento de personas, estamos frente a comportamientos muy próximos a la etapa ejecutiva del injusto penal, necesarios para la perpetración de figuras delictivas, como el robo, hurto, el secuestro y/o la extorsión. Sin duda, estas son conductas típicas del reglaje, donde

política criminal. A partir de la jurisprudencia nacional y los nuevos tipos penales", Lima, Ideas Solución Editorial, 2013, p. 451

⁴⁴ Ibid

⁴⁵ MORALES CAUTI, Julio César, "El delito de reglaje o marcaje", *¿Protección de bienes jurídicos o derecho penal simbólico?*, Lima, Gaceta Penal & Procesal Penal, t. LIII, Gaceta Jurídica, 2013, p. 29.

⁴⁶ Ibid, ob. cit., p. 420.

el agente acomete y asecha a su víctima, ahora para contar con condiciones óptimas para la realización típica del delito que pretende cometer, como un secuestro, viendo las rutas que emprende en ofendido de su casa a su centro de trabajo o, cuando toma información que el sujeto pasivo que efectuará un retiro de dinero significativo de una entidad bancada y/o financiera, este seguimiento podrá ser prolongado o de tiempo escaso, dependiendo de la complejidad del caso; en circunstancias como las descritas, sí se apreciará del agente que participará en la etapa ejecutiva del delito, ya no será factible la acriminación por este singular delito, sino en grado de tentativa y/o consumación, por el delito, cuyo emprendimiento ha adquirido ya concreción en el mundo fenoménico.⁴⁷

d) Colaboración en los actos del marcaje-reglaje mediante el uso de armas, vehículos, teléfonos u otros instrumentos idóneos para tal fin.⁴⁸

Debe tenerse en cuenta que en un inicio esta modalidad delictiva implicaba su comisión mediante la posesión de armas, vehículos, teléfonos u otros instrumentos que permitían la facilitación del marcaje-reglaje.

Esta modalidad de marcaje-reglaje implicaba sancionar penalmente la mera o la sola posesión de bienes y/o instrumentos que podían servir, a futuro, tanto para dar comienzo a la ejecución delictiva como para su posterior consumación formal exigida por el verbo rector del respectivo tipo penal. De acuerdo a lo descrito, se podía interpretar que se castigaba la sola tenencia de medios-instrumentos de

⁴⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. “*Estructura Básica del Derecho Penal*”. 1ª ed., Buenos Aires, Ediar, 2009.

⁴⁸ NUÑEZ PEREZ, Fernando Vicente. “*El delito de marcaje o reglaje*”, Lima, Ideas Solución Editorial, p. 95.

comisión, que en algunos casos era la sola posición de bienes inocuos o neutros en el que, por sí mismo, no era fácil poder advertir la necesaria y neurálgica finalidad delictiva (como el caso de la posesión de vehículos o de teléfonos), pudiendo ser en otros casos la posesión de singulares bienes que podrían dar un margen de interpretación (como el caso de la posesión de otros instrumentos, como la tenencia de cuchillos, piedras, sogas, esparadrapo, agujas, escaleras, palos, maderas, etc.).

Con la modificatoria introducida se hace mención a la fecha que este nuevo proceder delictual debe implicar la colaboración en la ejecución de tales conductas mediante el uso de armas, de vehículos, de teléfonos o de otros instrumentos idóneos. Con esta nueva redacción debe entenderse que si bien este colaborador no realiza, propiamente, actos de marcaje-reglaje por medio del acopio o de la entrega de la información, ni con actos de seguimiento o de vigilancia, si coadyuva-auxilia tales comportamientos delictivos a través de los mencionados medios.

Constituye circunstancias agravantes si el sujeto activo es funcionario o servidor público o mantiene o hubiera mantenido vínculo laboral con el sujeto pasivo o mantiene o hubiera mantenido con este último vínculo que lo impulse a depositar en él su confianza o utilice para su realización a un menor de edad. En estos casos la pena privativa de libertad será no menor de seis ni mayor de diez años⁴⁹”

2.2.2.4 Desarrollo doctrinario sobre el marcaje

⁴⁹ Ibid., p.141.

Para Morales Cauti Julio César⁵⁰, sostiene que la finalidad de la protección de los bienes jurídicos supraindividuales como la tranquilidad o la seguridad pública, al regularse los delitos de marcaje o reglaje, conducción de vehículo en estado de ebriedad, tenencia ilegal de armas, asociación ilícita para delinquir; es la de buscar la protección, en forma adelantada, de la vida humana, de la salud individual, del patrimonio, de la libertad personal, de la libertad individual, de la indemnidad sexual, entre otros intereses relevantes para el Derecho Penal.

Se debe considerar que la doctrina nacional entiende que el injusto penal del marcaje o reglaje protege los bienes jurídicos del delito fin, pues se sostiene que en el fondo estamos simplemente ante actos de preparación que, de materializarse, originarían que se aplique sólo la ley que comprende la consumación y absorbe el delito que es materia de análisis⁵¹.

En la misma línea, si bien la tranquilidad pública o la paz pública son el objeto de protección en el delito de marcaje o reglaje, como base de toda sociedad que pretende la convivencia pacífica de sus miembros, es pertinente señalar que de esta manera se busca proteger otros bienes jurídicos en forma inmediata y no mediata, siendo que por ello la doctrina especializada los denomina como “delitos de alarma colectiva”, ya que son figuras de prevención, cuya finalidad es evitar ataques contra otros intereses jurídicos⁵².

⁵⁰ MORALES CAUTI, Julio César. *El delito de marcaje o reglaje: ¿Protección de bienes jurídicos o derecho penal simbólico?*, en Gaceta Penal & Procesal Penal, t. LIII, Gaceta Jurídica, Lima, 2013, p.29.

⁵¹ GONZALES ORBEGOZO, Alexander, “¿Es legítimo el acto preparatorio de marcaje o reglaje elevado a la categoría de delito consumado mediante la Ley N° 29859?”. En: Gaceta Penal & Procesal Penal N° 50, Editorial Gaceta Jurídica, Agosto de 2013, p. 107.

⁵² PÉREZ LÓPEZ, Jorge. “El delito de marcaje o reglaje incorporado en el artículo 317-A del Código Penal por la Ley N° 29859”. En: Gaceta Penal & Procesal Penal N° 36, Editorial Gaceta Jurídica, Junio de 2012, p. 16.

Finalmente, si bien en el caso en concreto se viene sosteniendo que el delito de marcaje o reglaje busca proteger el bien jurídico de la tranquilidad pública, se debe tener presente que al día de hoy existen voces que, para ser más exactos dentro del sistema funcionalista, sostienen que en realidad no es función del Derecho Penal prevenir la comisión de los delitos y de las faltas ni la de proteger los bienes jurídicos penales, ya que esta rama del derecho no previene nada por llegar más bien tarde, apareciendo o interviniendo justamente cuando el ilícito penal ya se cometió, sino que su función debe ser direccionada hacia el mantenimiento de la vigencia y estabilidad de la norma (normas prohibitivas y normas de mandatos), en donde cada uno de nosotros debe cumplir un rol esperado dentro de la sociedad, en tanto que si alguno de sus integrantes comete un delito o una falta, esta infracción penal no deberá significar la lesión o la puesta en peligro del bien jurídico a proteger, sino el quebrantamiento de la vigencia de la norma por no haberse comportado conforme al ámbito competencial encomendado, por lo que la pena, bajo este punto de vista, buscará restablecer la vigencia de la norma que ha sido menoscabada, dentro del entendido de que si bien se ha cometido un homicidio, un robo, una violación, un acto de corrupción, por citar algunos ejemplos delictivos, la ciudadanía debe mantener la confianza de que las normas que rigen nuestros destinos siguen vigentes, porque la pena impuesta justamente la ha restablecido.

Autores como PRADO SALDARRIAGA sostuvieron: “Al respecto se ha señalado que las agrupaciones delictivas dedicadas al robo y al secuestro tenían las siguientes características: (...) Actúan provistas de armas de guerra como

fusiles, ametralladoras o granadas; y de un sincronizado sistema de comunicaciones que incluye vehículos de apariencia oficial, radios, teléfonos celulares, etc. (...) Aplican técnicas de inteligencia, seguimiento (“reglaje”) y reconocimiento previo de las rutinas, familias e ingresos de sus objetivos y víctimas⁵³”. Otro sector de la doctrina ha sostenido que el “reglaje” es el seguimiento continuo y permanente que efectúan ciertos agentes delictuales, sobre personas y cosas, con la finalidad de acopiar información y/o datos relevantes, que les permita ejecutar su plan criminal con toda garantía en su ejecución; sea para identificar trayectos de desplazamiento de la víctima, con el objetivo de secuestrarla o de conocer de retiros dinerarios en bancos y otras instituciones financieras, con el afán de apoderarse del objeto material del delito⁵⁴.

2.2.2.4.1 El marcaje o reglaje como actos preparatorios sancionados

Los actos preparatorios son la primera manifestación de exteriorización del plan delictual⁵⁵. Dichos actos consisten en la búsqueda de instrumentos que faciliten la realización del delito, como por ejemplo: armas, máscaras, vehículos, planos, teléfonos, entre otros. Pero los actos preparatorios no se agotan solo en la búsqueda de instrumentos, sino que también consiste en la búsqueda de todo medio que sirva para facilitar el delito, como es el caso de las conductas que regula el marcaje o reglaje.

⁵³ PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. *Criminalidad Organizada*. Lima, Idemsa, 2006, p. 69-70.

⁵⁴ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R., *Una nueva manifestación tipológica del derecho penal del enemigo: el delito de reglaje en el Perú*, en *Libro Homenaje al Profesor José Hurtado Pozo. El Penalista de dos mundos*, Lima, Idemsa, 2013, p. 565-566.

⁵⁵ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho penal. Parte general*, Lima, Grijley E.I.R.L, 2006.

La regla general es que los actos preparatorios son atípicos debido a que son conductas permitidas socialmente, neutrales o inocuas. Al respecto Bramont-Arias Torres⁵⁶ dice: “En principio, estos actos no están castigados, salvo cuando en forma independiente constituyan delito, es decir, cuando el propio Código Penal los señale como tales”. Si bien son conductas que tienen una finalidad delictiva, no son penadas por encontrarse muy lejanas a la efectiva lesión o puesta el peligro concreto de los bienes jurídicos protegidos. Sin embargo, nuestro legislador ha decidido que ciertos actos preparatorios deben ser penados⁵⁷ como es el caso del marcaje o reglaje, así como de la tenencia ilegal de armas, la asociación ilícita, entre otros.

Villavicencio, Felipe al referirse a las formas de actos preparatorios penados señala: La manera como el legislador decide adelantar la ejecución puede ser de dos formas.

Primero, extiende un determinado tipo hasta comprender acciones preparatorias.

Segundo, el legislador decide la *tipificación independiente* de algunas acciones preparatorias. Es decir, crea un delito autónomo.

El marcaje o reglaje, como se aprecia de su descripción típica, regula comportamientos que buscan facilitar la comisión de futuros delitos (delitos fines), sancionándolos sin que se haya producido el fin perseguido. Siendo así, se puede apreciar claramente que el marcaje o reglaje, como parte de una política criminal, tipifica como delito autónomo conductas consideradas preparatorias en

⁵⁶ BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis. *Manual de derecho penal. Parte general*. 4º Edición, Perú, Editorial y Distribuidora de Libros S.A, 2008. p. 344

⁵⁷ Ídem. p.420

el desarrollo del delito. Es por ello que en estos casos se habla de un adelantamiento de la ejecución del delito. Pero, ¿esta forma de adelantamiento de la ejecución del delito que se viene dando no solo con el marcaje o reglaje, sino con muchos más delitos, es legítima?

En la doctrina se asemeja esta figura a la conspiración para delinquir, basado en la voluntad criminal del agente que interviene en esta conducta. La función político criminal de este tipo pena, es el ser un instrumento de lucha contra el crimen organizado⁵⁸. El marcaje forma parte de los actos preparatorios de un futuro delito, y contribuyen en la precisión con que se ejecuta el mismo. La doctrina siempre señaló que los actos preparatorios no eran punibles; pero dado el contexto de inseguridad ciudadana, el marcaje o seguimiento es determinante para la realización del delito fin. De allí la necesidad de atacarlo con fines preventivos. El delito de marcaje o reglaje tiene características que lo acercan al denominado “Derecho penal del enemigo” (Feindstrafrecht), porque en su estructura hay tres particularidades concretas: a) flexibilización de las garantías; b) incremento de las penas o gravedad en la medida; y c) adelantamiento de la barrera de punibilidad.⁵⁹ Cancio Meliá señala que la esencia del concepto de Derecho penal del enemigo es que constituye una reacción de combate del ordenamiento jurídico contra individuos especialmente peligrosos, que nada significa, ya que de modo paralelo

⁵⁸ PAUCAR CHAPA, Marcial Eloy. *El delito de marcaje o reglaje: un análisis dogmático sobre sus notas esenciales*. Revista Digital. Derecho Penal. Dirigido por el Profesor José Hurtado Pozo. Facultad de Derecho de la Universidad de Friburgo. En línea http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20130708_03.pdf, p. 5. Visita: 20.02.2017

⁵⁹ Idem

a las medidas de seguridad supone tan sólo un procesamiento desapasionado, instrumental, de determinadas fuentes de peligro especialmente significativas⁶⁰.

2.2.3 El marcaje o reglaje como manifestación del derecho penal del enemigo

El delito de marcaje o reglaje se da por el incremento de la moderna delincuencia organizada que se viene dando en nuestro país⁶¹. Es así que hoy se dice que vivimos en una sociedad de riesgo, lo cual genera que se cree un Derecho penal del riesgo (Derecho penal moderno), donde se busca flexibilizar los principios limitadores del Derecho penal clásico para hacer frente a la moderna criminalidad organizada, pretendiendo así una máxima intervención del derecho penal⁶². Es por ello que, conforme señala Nuñez Perez⁶³ “se recurre al uso de los delitos de peligro abstracto, protección de bienes jurídicos colectivos”, sanción de los actos preparatorios, entre otros.

En la doctrina se puede apreciar autores que hablan de un “Derecho Penal del enemigo”, para lo cual hacen una división del Derecho Penal: Derecho Penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo. Consistiendo el llamado Derecho

⁶⁰ CANCIO MELIA, Manuel. *¿De nuevo? Derecho penal del enemigo*. Revista Digital. Derecho Penal. Profesor José Hurtado Pozo, en línea http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080526_26.pdf, p, 21

⁶¹ BERMÚDEZ TAPIA, L. *La criminalización de los actos de marcaje o reglaje*, en línea http://www.gestionpublica.org.pe/plantilla/rxv5t4/1029474941/enl4ce/2012/abr/revges_1502.pdf consulta: 15.09. 2015.

⁶² JO VILLALOBOS, L. *La modernización del derecho penal por medio del tipo penal del marcaje-reglaje como una manifestación del derecho penal del enemigo conforme a la ley N° 30076*, en: <http://danielluisjovillalobos.blogspot.pe/2014/01/la-modernizaciondel-derecho-penal-por.htm> consulta: 09.01.2017.

⁶³ NÚÑEZ PÉREZ, Francisco. *El delito de marcaje o reglaje*. ob. cit., pp. 167-168

Penal del enemigo en el eliminar o el combatir los peligros futuros⁶⁴, es decir, conductas que apreciadas ex ante están conducidas a causar, probablemente, una lesión al bien jurídico; es por ello las normas penales son usadas como armas frente al peligro que representa la conducta del enemigo.

Dicha lucha contra el enemigo se puede apreciar cuando: 1) se flexibilizan o minimizan los principios limitadores del Derecho penal clásico; 2) se adelanta la barrera de la punibilidad; 3) se emplea los delitos de peligro abstracto; 4) se aumenta desproporcionadamente la pena privativa de libertad; entre otros. Todas estas manifestaciones solo encontrarían justificación, a nuestro entender, y de manera excepcional, dentro de una lucha eficaz contra la moderna delincuencia organizada. Por tal motivo no puede pretenderse su expansión para proteger de todos los bienes jurídicos.

Es innegable reconocer que la manifestación del Derecho Penal del enemigo se viene dando en nuestra legislación, lo cual no quiere decir, necesariamente, que sea legítimo en todos los casos.

2.2.4 La Política Criminal en el Perú

Como ya se ha mencionado desde hace varios años la respuesta del Estado frente al crimen violento y el crimen organizado ha sido una sola: la represión penal. A través de los años los diferentes gobiernos equivocadamente han

⁶⁴ VILLAVICENCIO TERREROS, Francisco. ob. cit., p. 45

pretendido encontrar en el aumento incesante de las penas el único y último instrumento de combate frente al delito.

Desde la promulgación en abril de 1991 el Código Penal ha sido objeto de más de 200 modificaciones. Todas ellas dirigidas al aumento de las penas o a la creación de nuevas figuras delictivas. Inclusive los delitos más graves hoy se encuentran sancionados con penas de cadena perpetua, pero curiosamente en ese mismo periodo la comisión de delitos ha crecido sustancialmente. Eso, no cabe duda, es el dato más contundente del fracaso de la estrategia del Estado en su Política Criminal y la muestra más palpable de que el problema no es la falta de leyes penales.

Ahora, si tenemos en cuenta que: “El desarrollo más amplio e intenso de los conceptos político-criminales (...) (contribuye en) la elaboración de concepciones de reforma independientes que sean presentadas al mundo de la especialidad para la discusión, y al legislador para motivarlo a iniciativas legislativas”. Por ello considera que la “la ciencia no debe promulgar leyes, sino recomendarlas. Y tampoco estas recomendaciones deben basarse en pareceres subjetivos y arbitrarios, irrelevantes legislativamente, sino deben desarrollar los mandatos de la Constitución concretándolos, es decir, especialmente el principio de Estado de Derecho y Estado Social, la validez absoluta de la dignidad humana, la importancia de los derechos fundamentales y los resultados de la discusión

internacional de reforma. Ésta es una genuina tarea científica y que solamente puede ser llevada a cabo competentemente por científicos”.⁶⁵

Sin embargo, las definiciones sustantivas deben ser complementadas, sobre la base de las características de la Política Criminal en su ámbito de ejecución en un Estado de Derecho Democrático. Por ello, se debe decir que la Política Criminal aglutina a todas las ciencias penales, penitenciarias, policiales y finalmente, al aparato jurisdiccional punitivo del Estado, así como a todas las políticas de intervención social de control. Este aglutinamiento organizado, permitirá al legislador optar por una mejor determinación de los máximos y mínimos de punición respecto a la imposición de una pena en caso de la comisión de un ilícito, así como también le permitirá definir mejor su rol de promotor de la legalidad penal y ordenador del sistema penal, para que finalmente el juzgador, cuando tenga que aplicar la ley, la pueda adecuar a una situación en particular y procurar la paz social. El legislador, por tanto, contará con una línea de proyección cuando requiera modificar la norma penal en todos sus ámbitos, mejorando no sólo los niveles de aplicación de la norma, sino también generando una mejor situación de estabilidad legal, propia de un Estado de Derecho Democrático.⁶⁶

2.2.5 Derechos Fundamentales y Derecho Penal del Enemigo.

⁶⁵ ROXIN, Claus. *Teoría del Delito en la Discusión Actual*. Traducción Manuel Abanto Vasquez., Primera edición, Lima, Grijley. 2007. pp. 27 - 30.

⁶⁶ BERMÚDEZ TAPIA, Manuel, “*La Fragilidad de la Política Criminal y los Derechos Fundamentales en el Sistema Penitenciario Peruano, Urvio*”, Revista Latinoamericana De Seguridad Ciudadana, No. 1, Quito, mayo 2007, pp. 31-37

2.2.5.1 Supresión del Estatus de Persona

Sabemos que uno de los principales planteamientos por parte del Derecho Penal del enemigo es la supresión del estatus jurídico de persona respecto a algunos individuos que son considerados fuentes de peligros⁶⁷. En ese sentido cabe preguntarnos, ¿es esto admisible desde la teoría de los Derechos Fundamentales?

Frente a ello, se podría afirmar que no existe mayor problema pues si el Derecho penal del enemigo priva a un individuo de su condición de persona jurídica, no significa por eso sólo que, además, niegue a aquél su condición de hombre⁶⁸. Sin embargo, la supresión de la condición de persona no se salva por el hecho de que no se profese la supresión del ser humano (aunque a veces sí, con la pena de muerte).

Inclusive los delitos más graves hoy se encuentran sancionados con penas de cadena perpetua, pero curiosamente en ese mismo periodo la comisión de delitos ha crecido sustancialmente. Eso, no cabe duda, es el dato más contundente del fracaso de la estrategia del Estado en su Política Criminal y la muestra más palpable de que el problema no es la falta de leyes penales. En caso contrario, la regulación queda reducida a mera fuerza o coacción, y esto, convierte al hombre en mero objeto de una influencia física, hace de él una cosa entre cosas. Por el contrario, el reconocimiento del hombre como persona responsable es el

⁶⁷ JAKOBS, Günther y Manuel, CANCIO MELIÁ, *Derecho Penal*.... Ob. Cit., p. 22.

⁶⁸ GRACIA MARTÍN, «Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado “Derecho penal del enemigo”», en línea <http://criminet.ugr.es/recpc> consulta 21.02.2017

presupuesto mínimo que tiene que mostrar un orden social si este no quiere forzar simplemente por su poder, sino obligar en tanto que Derecho⁶⁹.

2.2.5.2 El derecho penal del enemigo como fundamento del delito de marcaje

Siguiendo en la doctrina nacional al profesor Percy García Caveró, es preferible decir que en la legislación penal peruana, conforme a los rasgos característicos de los delitos de terrorismo, criminalidad organizada, libertad sexual y corrupción de funcionarios, existe en forma indudable un “Derecho Penal del enemigo”, es decir, que debe reconocerse la existencia de esta modalidad de Derecho Penal, aunque pueda no estarse de acuerdo con esta forma de regulación punitiva⁷⁰, por lo que, una cosa es su existencia-regulación y otra cosa es su cuestionamiento de legitimidad.

Por tanto, desde una perspectiva crítica, se debe considerar que el estudio del “Derecho Penal del enemigo” únicamente permitirá, a través de la identificación de sus características, contar con un instrumento que sirva para cuestionar las excesivas intromisiones por parte del Estado en las libertades jurídicamente reconocidas y, a partir de ello, encarar su ilegitimidad⁷¹.

⁶⁹ WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del Derecho Penal - una introducción a la doctrina de la acción finalista*, traducción y notas por José Cerezo Mir, segunda reimpresión, editorial B de F, Buenos Aires, 2004. p. 250-251, en GRACIA MARTÍN, «Consideraciones (...)» ob. cit. p. 35 ss.

⁷⁰ GARCÍA CAVERO, Percy. *Existe y debe existir un derecho penal del enemigo*, ob. cit., p. 925-948.

⁷¹ PALOMINO RAMÍREZ, Walter. “El delito de marcaje como expresión de un “sistema penal de la exclusión”. Comentarios a propósito de los Proyectos de Ley N°s 2056/2012-CR y 2100/2012-PE”. En: Gaceta Penal & Procesal Penal N° 48, Editorial Gaceta Jurídica, Junio de 2013, p. 319.

2.2.5.3 El adelantamiento de la barrera de la punibilidad como manifestación del derecho penal del enemigo

Como bien se conoce, los actos preparatorios como regla general son actos o manifestaciones humanas impunes o inocuas, sobre todo porque éstos no constituyen una manifestación suficiente de la voluntad criminal y del fin que el autor persigue, siendo ello una exigencia de la seguridad jurídica⁷², así como por la carencia de lesión o de la puesta en peligro de algún bien jurídico penalmente protegido.

Esto ha dado a entender a la doctrina especializada que como a la fecha vivimos una sociedad de riesgo, ha derivado la existencia de un Derecho Penal del riesgo, institución última que se fundamenta en principios, en instituciones y en conceptos distintos a los de un Derecho Penal clásico, haciéndose destacar la existencia de la máxima intervención o expansión del Derecho Penal, la utilización de la técnica del peligro abstracto, como la protección de bienes jurídicos colectivo o de carácter institucional, entre otros supuestos, agregándose que los principios liberales que forman parte del Derecho Penal nuclear son relativizados e incluso anulados por el Derecho Penal del riesgo⁷³.

Esta expansión irrefrenable del Derecho Penal a nuevos ámbitos sociales, esto es, en cuanto a la penalización de comportamientos que tiendan a colocar en

⁷² HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal. Parte General I*. Editorial Grijley, Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad de Friburgo Suiza, Tercera Edición, Lima, 2005, p. 799.

⁷³ FIGUEROA NAVARRO, Aldo. *El delito de marcaje o reglaje ¿expresión de un Derecho Penal de riesgo?* En: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20131008_01.pdf, p consulta: 15.11.2016.

estado de peligro a intereses sociales supraindividuales, ha dado lugar a la llamada modernización del Derecho Penal⁷⁴.

2.2.5.4 El derecho penal y la sociedad de riesgo

El Derecho Penal es un instrumento de protección de bienes jurídicos necesariamente importantes; sin embargo, bajo la premisa de nuevas realidades como “sociedad de riesgo”- nos encontramos frente a nuevos bienes jurídicos.

Respecto a esto, existe la posición que, en efecto, se podrá anticipar la barrera de la punibilidad, siempre y cuando los bienes jurídicos a proteger sean de gran importancia, quiere decir que la lesividad hacia estos sea lo suficientemente justificante para poder legislar un tipo que se encuentre en los actos preparatorios, como es en el caso del delito de marcaje o reglaje.

Se entiende el derecho penal del enemigo como aquel el cual pretende flexibilizar los principios rectores del Derecho penal como los políticos-criminales y las reglas de imputación.⁷⁵ Poseyendo las siguientes Características: La amplia anticipación de la protección penal; la ausencia de una reducción de pena correspondiente a tal anticipación; el tránsito de la legislación jurídico-penal a la legislación de lucha y el socavamiento de garantías procesales. Entonces, el Derecho penal del enemigo sigue siendo Derecho o es ya, por el contrario, un no Derecho, una pura reacción defensiva de hecho frente a sujetos excluidos.⁷⁶

⁷⁴ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Una nueva manifestación tipológica del Derecho Penal del enemigo: El delito de reglaje en el Perú*. ob. cit., p. 461.

⁷⁵ VILLAVICENCIO TERREROS, F, “*Derecho penal parte general*”, ob. Cit., p.35.

⁷⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. “*La expansión del Derecho penal*”, ob. Cit., p.187.

En ese sentido, el delito de marcaje o reglaje es una expresión de la nueva tendencia respecto al Derecho penal del enemigo; toda vez que desglosando el tipo, el sólo acto de vigilancia, seguimiento, acopio u entrega de información configura el delito de marcaje o reglaje, todos ellos pertenecientes a la etapa de actos preparatorios, siendo antes actos impunes, según el Derecho penal clásico.

2.2 Definición de términos

➤ **Actos de acopio de información**⁷⁷

Por “actos de acopio” se han de entender aquellas acciones en las que el agente va a “acumular”, “almacenar”, o “recolectar” información de las posibles víctimas.

➤ **Actos de vigilancia de personas**⁷⁸

Los actos de vigilancia están relacionados con una “*actividad estática de observación*” a víctimas potenciales. Estos actos de vigilancia los realiza el agente en una posición que le permite conseguir información acerca de las personas seleccionadas por éste desde un punto fijo.

➤ **Actos de seguimiento de personas**⁷⁹

Los actos de seguimiento están vinculados con una “*actividad dinámica de observación*” a víctimas potenciales. Aquí, el agente ejecuta dichos actos en un estado de movimiento.

⁷⁷ ALVAREZ DAVILA, Francisco, “*Criminalizando la conducta de los marcas*”, en línea <http://www.revistadvocatus.com/blog/2012/actualidad/criminalizando-la-conducta-de-los-%E2%80%9Cmarcas%E2%80%9D> consulta : 15.12.2016

⁷⁸ Ídem., p.88.

⁷⁹ Ídem., p.89.

➤ **Actos Preparatorios**

Es la etapa en la que el autor dispone de los medios elegidos con el objeto de crear las condiciones para alcanzar el fin que se propone.⁸⁰

➤ **Derechos Humanos**

Son un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humana, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional⁸¹.

➤ **Derecho Penal del Ciudadano⁸²**

El Derecho Penal del ciudadano es aquel que juzga al ciudadano en su condición de persona con todos sus derechos y protegido por la totalidad de las garantías del Derecho penal.

➤ **Circunstancias**

Mediante las circunstancias se puede apreciar, pues, si un delito es más o menos grave y a partir de ello ponderar el alcance cualitativo y cuantitativo de la pena que debe imponerse a su autor o partícipe.”⁸³

➤ **Los enemigos**

Estos son individuos que en su actitud, en su vida económica o mediante su incorporación a una organización, se han apartado del Derecho

⁸⁰ BACIGALUPO, Enrique, “*Derecho penal parte general, presentación y anotaciones de Percy García Caveró*”, Lima, Ara, 2004, p., 438.

⁸¹ PÉREZ LUÑO, Antonio. *Los Derechos Fundamentales*, Madrid, Editorial Tecnos, 7ª edic., 1998, p. 23

⁸² JAKOBS, Gunther, ob. cit. p.48.

⁸³ PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Determinación Judicial de la Pena y Acuerdos Plenarios*, Lima, Idemsa, 2010, p. 138-139.

Penal presumiblemente de un modo duradero y no sólo de manera incidental, y por ello, no garantizan la mínima seguridad cognitiva de un comportamiento personal y demuestran este déficit por medio de su comportamiento.⁸⁴

➤ **Política criminal**

Conjunto uniforme de criterios rectores de los que debe ser el fin del derecho penal y de la pena en una sociedad determinada.⁸⁵

➤ **Principios constitucionales**

Son reglas básicas que guían el funcionamiento coherente y equilibrado de la estructura de una Constitución formal de un Estado determinado.⁸⁶

⁸⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del Derecho Penal*, ob., cit. p. 23.

⁸⁵ VILLA STEIN, Javier, *Derecho Penal-Parte General*, Lima, San Marcos, 2001, p. 51

⁸⁶ OSORIO, Manuel, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1981.

CAPÍTULO III

RESULTADOS Y DISCUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

3.1 Resultados doctrinarios

3.1.1 Posturas en contra del derecho penal del enemigo

Las reacciones contra el concepto de DPE han sido vigorosas y desde los más variados puntos de vista. Destacando en este apartado los trabajos realizados por Manuel Cancio Meliá, cuya obra se ha presentado como una de las más críticas en relación con la adopción de un modelo de DPE, y las argumentaciones del profesor alemán Bernd Schünemann, quien contribuye desde el plano dogmático a deslegitimar la adopción de esta manera de entender el derecho penal en la actualidad.

a) Manuel Cancio Meliá

El profesor Manuel Cancio Meliá ha señalado el contexto “de expansión” en que parece moverse el derecho penal moderno. Esta expansión corresponde a uno de los supuestos de criminalización previa a la lesión de bienes jurídicos, acompañada de penas muy altas, conduciendo a un derecho penal de la puesta en riesgo, de rasgos antiliberales. Esta evolución presenta dos vertientes, que Cancio Meliá caracteriza bajo las denominaciones derecho penal simbólico y resurgir del punitivismo, que considera nucleares en el DPE.⁸⁷

⁸⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. ob. cit., p. 68

Sobre lo que denomina derecho penal simbólico, señala que si bien los elementos de interacción simbólica son inherentes al derecho penal, entiende por dicha caracterización el que persigue como objetivo dar “la impresión tranquilizadora de un legislador atento y decidido”, es decir, en la que prima la función latente sobre la manifiesta. La preeminencia de dicha función se ve en la criminalización de meros actos de comunicación en diversos sectores de la regulación.

El derecho penal “simbólico” no se detiene sólo en la identificación de un “hecho”, sino también (o más bien sobre todo) en un específico tipo de autor que no es definido como un igual, sino como otro. A la norma, que persigue esta definición de un “otro”, excluido de la identidad social, se asocia un punitivismo incrementado. Ambos rasgos unidos permiten entender el surgimiento del DPE. Entre los posibles enfoques críticos, en primer lugar cabe recurrir a fundamentos externos a lo jurídico penal, en razón de constitucionalidad; en segundo lugar, cabe referirse a consideraciones fácticas en cuanto a su efectividad preventivo-policia.⁸⁸

No obstante, Cancio Meliá se concentra en una tercera esfera de cuestionamiento, en cuanto a si el DPE existente fácticamente forma parte conceptual del derecho penal moderno.⁸⁹ Para negar dicha posibilidad, es decir, para delimitar nítidamente ambos conceptos, plantea la existencia de dos diferencias estructurales. La primera crítica sostiene que el DPE supone una

⁸⁸ Ídem, p. 89

⁸⁹ Ídem, p. 91

reacción internamente disfuncional, en cuanto a la función de la pena. Dicha reacción ignora que la percepción social de los riesgos no guarda relación con su dimensión real.

Meliá, “no cabe admitir apostasías del status de ciudadano”.⁹⁰ Por ello, cabe afirmar que el DPE es disfuncional porque reconoce la competencia normativa del infractor, en vez de negársela; la demonización de los autores es lo que precisamente da resonancia a sus hechos.⁹¹

B) Bernd Schünemann⁹²

Bernd Schünemann, ha desarrollado una importante crítica a los planteamientos formulados desde el funcionalismo sistémico de parte de Günther Jakobs, en lo que dice relación con el DPE.⁹³ Señala que Jakobs realiza una diferenciación entre las categorías de DPE y aquel correspondiente al ciudadano, mostrando a ambos como modelos ideales, que en la práctica no se presentan de manera pura, sino que se plasman de manera combinada, dependiendo de las decisiones que se tomen en cada Estado.

Luego, Schünemann realiza los rasgos característicos del DPE de Jakobs, indicando, como primero de dichos rasgos, que en él se presenta una “anulación de la posición de sujeto de derecho de todos aquellos ciudadanos que hayan sido caracterizados como enemigos por algún representante del poder estatal”⁹⁴.

⁹⁰ Ídem, p. 100

⁹¹ Ídem, p 100

⁹² SCHÜNEMANN, Bernd. *Derecho penal contemporáneo. Sistema y desarrollo. Peligro y límites*. Buenos Aires, Hammurabi, 2010. p. 191.

⁹³ Ídem, p 153 y 154

⁹⁴ Ídem, p 145

Luego, nos señala que Jakobs sostiene que los enemigos deben ser tratados como “no-personas actuales”, lo cual implica en consecuencia un trato que no diferiría con el tratamiento que tendría que dárseles a los animales salvajes.

Ante esto, Schünemann replica con dureza. El Estado al hacer uso de la fuerza en estas condiciones, el reproche del análisis debe centrarse en él, y no el presunto terrorista, por cuanto al adoptar un decisión en este sentido para combatir este tipo de peligros, sería el propio Estado quien estaría cayendo “al nivel de un animal salvaje”⁹⁵, y en ese plano, el actuar estatal carecería de toda legitimidad.⁹⁶ Acto seguido, Schünemann critica el enfoque que Jakobs hace a la hora de determinar el objeto de combate en el contexto del DPE, por cuanto el profesor de la Universidad de Bonn instaría por una lucha contra enemigos basada en amenazas de penas previamente formuladas (exacerbadas), junto con un alto rigor en la aplicación de medidas a nivel procesal penal, todo basado en la condición de enemigo que ostenta aquel que realiza este tipo de conductas (crimen organizado, narcotráfico, terrorismo, entre otros).

En otras palabras, podría justificarse la adopción de medidas como las destacadas por Jakobs, pero sólo en la medida en que dicha justificación se base en el carácter del delito realizado, más no así cuando la decisión de adoptar tales medidas se base exclusivamente en el carácter de peligroso del sujeto –el enemigo– que realiza tal conducta, o bien que se dispone a realizarla.⁹⁷

⁹⁵ Ídem, p. 146

⁹⁶ Ídem, p. 146

⁹⁷ Ídem, p. 147

En segundo término, Schünemann destaca otro rasgo del DPE como digno de llamar la atención, el cual vendría dado por la “extensión de los medios estatales de poder en el procedimiento penal”.⁹⁸ Esta extensión de los medios de control a nivel penal, debe necesariamente –según Schünemann– enmarcarse en los parámetros del Estado de Derecho. La evolución de la respuesta penal ante esta nueva forma de criminalidad organizada, debe ser eso, una evolución, y no una involución en el camino recorrido y avanzado en torno al reconocimiento de derechos y garantías en el contexto del proceso penal⁹⁹, por ende la dificultad planteada es netamente un “problema de modernización de la justicia penal como respuesta a una modernización del delito”¹⁰⁰, por lo que la obtención de estas finalidades en las cuales se enmarca esta ampliación de los medios de coerción tradicionales debe hacerse siempre desde el “Estado de Derecho del derecho penal”.¹⁰¹

En este sentido, lo que Schünemann cuestiona de la concepción de Jakobs es esencialmente el tratamiento que se hace respecto del sujeto que es catalogado como enemigo. Crítica en particular su total anulación en cuanto sujeto procesal, dejando de lado una serie de garantías y derechos que deberían serle reconocidos en caso de no mediar esta condición de no-persona. Por ende, en caso que se acepte esta injerencia en la libertad del individuo¹⁰², deben establecerse “controles que actúen ya en un momento en el que el afectado no pueda ser aún informado de

⁹⁸ Ídem, p. 145

⁹⁹ Ídem, p. 149

¹⁰⁰ Ídem, p. 147

¹⁰¹ Ídem, p. 148

¹⁰² SCHÜNEMANN, Bernd. *Derecho penal contemporáneo. Sistema y desarrollo. Peligro y límites*. Buenos Aires, Hammurabi, 2010. p. 147.

la investigación iniciada en su contra, si es que no se quiere perder de entrada el éxito de las investigaciones”¹⁰³, con lo cual descarta cualquier concepción de protección absoluta respecto de derechos y garantías procesales penales.

Volviendo a la génesis de la concepción de Jakobs, Schünemann enfatiza que su principal desacierto estaría en la “tesis central para la diferenciación normativa entre derecho penal del ciudadano y DPE”¹⁰⁴ estableciendo que en el primer caso dicho derecho penal mantendría la vigencia de la norma, en cambio, en aquel enfocado en los enemigos, se combatirían derechamente peligros. Con este desacierto, Schünemann quiere destacar la vuelta atrás que significa adoptar la tesis de Jakobs en este punto, por cuanto ve en la idea de mantención de la vigencia normativa a través del derecho penal resabios de concepciones absolutas (retribucionistas) de la pena, dejando de lado lo que en esencia debe ser la tarea del derecho penal, a saber, proteger de manera preventiva bienes jurídicos, y, como consecuencia de ello, evitar peligros.¹⁰⁵

Ahora, desde una perspectiva empírica, Schünemann acomete contra la tesis de Jakobs concentrándose en las premisas que la sostienen. La principal de estas proposiciones asume que “no todo delincuente es un opositor en general del orden jurídico, sino que existiría una propia categoría de individuos delincuentes que se habrían apartado del Derecho presuntamente de modo permanente, al menos en forma decidida”.¹⁰⁶ Este exceso de individualismo a la hora de analizar

¹⁰³ Ídem, p. 150

¹⁰⁴ Ídem, p. 161

¹⁰⁵ Ídem, p. 162

¹⁰⁶ Ídem, p. 163

el comportamiento desviado, a criterio de Schünemann, resulta por lo menos llamativo, por cuanto Jakobs se ha caracterizado en su historia y desarrollo intelectual por un fuerte apego a la teoría de sistemas¹⁰⁷, lo cual no resulta coherente con esta visión individual del comportamiento, desprovista de las implicancias de las relaciones sistémicas que a partir de allí puedan generarse.

Luego, estos delincuentes que se han apartado del Derecho hacen que esta tesis se torne insostenible en términos semánticos, por la razón de que no existen personas que reúnan esta característica (orientadas de manera general en contra del sistema jurídico).

Para refutar esto, Schünemann da un ejemplo en el plano de la criminalidad organizada, destacando el hecho de que “un jefe de la mafia puede ser un marido y padre que atiende las disposiciones del derecho de familia”¹⁰⁸, con lo cual se muestra, en un caso extremo, cómo un delincuente que objetivamente podría ser catalogado como enemigo.

Por lo anteriormente señalado, Schünemann es de la idea categórica de rechazar al DPE como una manifestación del derecho penal. Haciendo la advertencia de que dicho rechazo no conlleva en lo absoluto la proscripción de todas aquellas medidas que surjan desde el Estado para combatir delitos graves como lo son aquellos asociados al crimen organizado, terrorismo o narcotráfico, entre otros, básicamente para no pasar por alto el mayor peligro que tales

¹⁰⁷ RODRÍGUEZ, Darío y Arnold, MARCELO. *Sociedad y Teoría de Sistemas*, 4ª edición, Santiago, Editorial Universitaria. 2007. p. 130

¹⁰⁸ SCHÜNEMANN, Bernd. *Derecho penal contemporáneo. ob. cit.*, p. 164

conductas llevan aparejado, “por eso, la sospecha de un delito más grave justifica medidas más intensas de investigación, del mismo modo que su prueba legitima una pena más grave.

Sin embargo, también con un delito grave queda siempre dotado el inculpado de derechos y recursos jurídicos propios. Él queda como ciudadano, aun cuando recaiga sospecha en su contra de que se ha comportado de modo enemigo. En un Estado de Derecho no puede existir un enemigo como no-persona”.¹⁰⁹

3.1.2 Posturas a favor del Derecho Penal del Enemigo

Existen dos posiciones doctrinarias que desde distintas esferas buscan justificar y legitimar entre nosotros los planteamientos de Günther Jakobs en relación al DPE. En primer lugar nos avocaremos a exhibir los argumentos del profesor Juan Ignacio Piña Rochefort, quien desde una posición funcional-estructuralista mantiene un hilo conductor con el pensamiento de Jakobs, respondiendo a la misma matriz desde la teoría de los sistemas sociales de Niklas Luhmann. Luego, sintetizaremos los principales aspectos de la tesis de Mario Schilling Fuenzalida, quien desde una perspectiva totalmente distinta a las anteriores, busca una legitimación para el DPE desde la ética de Hans Jonas, en base al principio de responsabilidad estatal y la heurística del temor.

a) Juan Ignacio Piña Rochefort

Desde una perspectiva funcional-estructuralista, Juan Ignacio Piña elabora una postura de defensa de la concepción del DPE de Jakobs, tomando como

¹⁰⁹ GARCÍA CAVERO, Percy. *¿Existe, y debe existir un Derecho Penal del Enemigo?*, ob. cit., p. 926.

principales argumentos las herramientas conceptuales de la teoría de sistemas de Niklas Luhmann.¹¹⁰ La tesis del profesor Piña, la rescatamos desde el libro de su autoría, titulado Derecho penal. Fundamentos de la responsabilidad (2010), siendo con esto uno de los pocos autores nacionales que han tomado postura sobre el tema, y en particular, una posición a favor de los alcances del concepto de DPE. Veamos a grandes rasgos en qué consiste la defensa de Piña Rochefort.

En primer término sitúa la discusión en torno a esta manifestación del derecho penal y una eventual tensión con el principio de igualdad. Antes de esbozar una respuesta ante esta interrogante, Piña opta por una vertiente descriptiva para abordar la existencia del DPE, señala que estamos ante “un episodio de nuestra realidad legislativa y político-criminal, (que) es innegable (...) la afirmación de que actualmente parece existir y difundirse vertiginosamente un sector del derecho penal que incorpora en su regulación consideraciones que calzan con este concepto es difícil de negar”.¹¹¹

Luego, al igual que todo autor que decida adentrarse en el tema, realiza una síntesis de los aspectos centrales que caracterizan al DPE¹¹², para luego constatar que dicha tesis ha sido objeto de abundantes críticas en sus afirmaciones descriptivas (existencia del DPE) y valorativas (legitimidad de esta manifestación del derecho penal). Asumiendo que el DPE existe, Piña Rochefort, se enfoca en torno a la legitimidad de dicha manifestación, para ello indica que se hace

¹¹⁰ RODRÍGUEZ, Darío y Arnold, MARCELO. *Sociedad y Teoría de Sistemas*, ob. Cit., p. 200.

¹¹¹ PIÑA, Juan Ignacio. *Derecho Penal. Fundamentos de la Responsabilidad*, Santiago, Abeledo Perrot, 2010, p.233

¹¹² Idem, p 233 y 234

necesario afrontar de manera previa dos temas: “(a) cómo se construye el DPE y (b) Si su construcción surte efectos en el resto de las estructuras del Derecho penal”.¹¹³ Acto seguido, destaca la afirmación (crítica) de uno de los principales opositores de la posición de Jakobs, a saber, Manuel Cancio Meliá, en cuanto éste señala que “desde la perspectiva del sistema jurídico-penal actualmente practicado, el concepto de DPE sólo puede ser concebido como instrumento para identificar precisamente al no Derecho penal presente en las legislaciones positivas”¹¹⁴, ante lo cual Piña agrega un “por ahora”, advirtiendo con ello que es cosa de tiempo para que esta forma de legislar pase a ser legítimamente hablando parte del derecho penal.

Es más, desde la constatación de la adopción de estas técnicas legislativas (la que reúne las características del DPE) se puede observar claramente una reconfiguración del sistema jurídico penal “mediante la reconfiguración de estructuras que éste utiliza en sus operaciones”¹¹⁵, lo cual no es más que la forma normal en la cual los sistemas se reestructuran, y el sistema jurídico-penal no es la excepción. Ahondando en esta reestructuración sistémica, agrega que la estructura de “persona” se está reconfigurando desde el momento en que se ha dado un reconocimiento a la figura del Hostis como un “entorno no deseado”.

Esta reconfiguración opera como tal, a pesar de que se busque restringir la estructura de Hostis a “malhechores archimalvados”, pasando este Hostis a ser la excepción del concepto de “persona”, es decir, al definir “persona” tendremos

¹¹³ Ídem, p. 234

¹¹⁴ Ídem, p. 232

¹¹⁵ Ídem, p. 234

presente la exclusión de este concepto de aquellos que identifiquemos como Hostis, es decir, con exclusión de la estructura de “enemigo”.¹¹⁶

Luego, Piña utiliza un argumento en pos del DPE basándose en su potencialidad.

Así sostiene que “cualquier afirmación que cuestione que el llamado DPE pueda formar parte conceptualmente del derecho penal, debe considerar que ello es una pregunta que tiene sentido en este momento pero que es posible que en un futuro deba contestarse con un sí rotundo. La presencia de su lógica, si bien aislada, no será posible de mantener en una ‘cuarentena’ permanente pues ya en los episodios en los que aparece reconfigura estructuras del sistema jurídico-penal”.¹¹⁷ Acto seguido, lanza el siguiente pronóstico: “Si el DPE es un derecho penal de autor y no del hecho, quiere decir que nuestro derecho penal está reconfigurando sus estructuras de imputación al autor (aunque recién asistamos al comienzo de dicho proceso)”.¹¹⁸

Este proceso en génesis, tiene claro eso sí el lugar y rol que le corresponde a aquel que es catalogado como enemigo. Estos enemigos, a la luz de la tesis del DPE, son pura “contingencia generadora de riesgo”, por cuanto no ofrecen las garantías mínimas de seguridad cognitiva en relación a su comportamiento personal. Ahora bien, en lo que dice relación a la categorización empleada por Jakobs para referirse a los enemigos como “no-personas”, señala que no puede tomarse tan a la ligera esta afirmación, por cuanto a través de dicho concepto se

¹¹⁶ Ídem, p. 234

¹¹⁷ Ídem, p. 234 y 235

¹¹⁸ Ídem, p. 235.

permite reconfigurar el concepto de “persona”, incorporando la “exclusión”, cambiando para siempre lo que hemos venido entendiendo por “nuestro garantista y buen derecho penal liberal”.

Luego, Piña invierte el argumento utilizado por los críticos del DPE, en cuanto a que éste debe concebirse fuera de los márgenes del derecho penal ordinario, por cuanto de la constatación que se haga de cada aplicación de esta lucha contra los enemigos, tenemos que asumir, que lejos de estructurarse fuera de los límites del derecho penal, el DPE se consolida día a día como parte integrante de este proceso de reconfiguración de las fronteras del derecho penal (formando parte del mismo, y legitimándose como tal). Concluye Juan Ignacio Piña que entonces el DPE primeramente no es un derecho penal que sea excepcional, y en segundo término, tampoco es un derecho dirigido a no-personas.

Estas premisas deben ser dejadas de lado, por cuanto el enfoque principal no debe estar en los aspectos del DPE, ya que este si se ve la práctica cada día recibe mayor aplicación, por lo que es útil plantearse el hecho de que es el derecho penal “ordinario” el que ha cambiado, y dentro de esto, el concepto de persona ya no puede entenderse de la misma manera en la cual se la ha venido concibiendo, “si esto es deseable o no ya no es un asunto jurídico, sino de orden político (y la política no parece estar mayormente alarmada por esto). De este modo, el rechazo visceral del DPE por la mayoría de la doctrina no surte ningún efecto ni es capaz a estas alturas de controlar su consolidación silenciosa en el plano de las estructuras de imputación”.

b) Mario Schilling Fuenzalida

Schilling desarrolla su tesis a lo largo de su obra *El nuevo Derecho Penal del Enemigo*. Sostiene, ante la abundante y copiosa crítica que ha surgido en torno a la construcción teórica de Jakobs, que la expresión DPE “no es una expresión diabólica del Estado autoritario como se la pretendido pintar. Respeta el ordenamiento jurídico, es acorde con el respeto a los derechos humanos y al Estado de Derecho. Tal vez si Jakobs no hubiera utilizado las distinciones de ‘persona y no-persona’; y la expresión ‘enemigo’, sus ideas no habrían provocado la ira internacional de los académicos”.¹¹⁹

Luego, nos presenta cuáles serían los fundamentos filosóficos del DPE, sintetizando los mismos en ocho premisas, a saber: “El derecho penal del ciudadano y el DPE se yuxtaponen como dos tendencias de un mismo derecho penal; El DPE es indicativo de una pacificación insuficiente tanto de los pacificadores como de los rebeldes; El DPE es, en todo caso, Derecho y no mera violencia estatal punitiva; en el DPE se procede con medidas de seguridad más que penas. Se lucha contra un peligro, en lugar de comunicación.

El Estado puede proceder de dos modos con los delincuentes: puede ver en ellos personas que han cometido un error, o individuos a los que hay que impedir mediante coacción que destruyan el ordenamiento jurídico; quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no sólo no puede esperar ser tratado aún como persona, sino que el Estado no debe tratarlo como

¹¹⁹ SCHILLING, Mario. *El Nuevo derecho penal del enemigo*, Santiago, Librotecnia, 2010, p. 199.

tal, ya que de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas; no todo delincuente es un enemigo; Los enemigos no son personas”.¹²⁰

Schilling a partir de estas premisas tomadas del planteamiento de Jakobs busca la conexión de las mismas con el principio de responsabilidad desarrollado por Hans Jonas, intentando en definitiva reconstruir una tesis que permita legitimar el DPE desde la ética del Estado “en su rol de garante de la paz y seguridad individual de las personas”, y con especial énfasis en la prognosis de responsabilidad estatal en relación con las futuras generaciones.

Para justificar el puente argumentativo entre la tesis de Jakobs y los postulados de Hans Jonas, Schilling hace un recorrido por los principales aspectos sostenidos por este último en su obra *El Principio de Responsabilidad. Ensayo para una ética en la civilización tecnológica*. A grandes rasgos, Schilling al citar a Jonas sostiene que éste encamina su ética “principalmente al peligro de destrucción de la vida humana ante el avance técnico, su preocupación no se asocia a los desarrollos sociales ni menos aún al avance progresivo de la delincuencia, por peligrosa que ésta sea”.

Constatado el énfasis de la ética jonasiana, en el sentido de circunscribirse a los riesgos asociados a la naturaleza (catástrofes) y a los avances tecnológicos que puedan redundar en la desaparición de la humanidad, Schilling da un paso más allá y da a la tesis de Jonas un carácter de legitimador del DPE. Basa este

¹²⁰ Ídem, p.190.

nexo legitimador en una cierta “analogía” que permitiría aplicar al DPE los principios de la ética de la responsabilidad de Jonas, así como los postulados de la heurística del miedo de dicho autor.

En este contexto, los “enemigos” para Schilling serían aquellos que logran situarse en una posición tal que mediante sus conductas puedan llegar a “socavar las estructuras mismas sobre las que descansa el Estado de Derecho”¹²¹, tornando a dicho Estado en inoperante y con respuestas ineficaces en relación a las pretensiones sociales de seguridad, las cuales surgirían como una necesidad ante la vulnerabilidad a la cual se vería expuesta la sociedad ante la “intervención tecnológica del criminal incorregible y peligroso”.

Con ello vemos como en la construcción del concepto de enemigo enarbolada por Schilling (en base a la construcción de Jakobs) existe un alto componente de (potencial) peligrosidad. Luego, Schilling, echando mano a los derechos humanos, busca reforzar su construcción en el sentido de que tanto la paz como la seguridad se presentan como derechos esenciales en el contexto de una vida en sociedad, y que como tales requieren de una respuesta estatal eficiente a la hora de protegerlos.

Así, la respuesta que se deba dar al accionar de “criminales peligrosos e incorregibles” que perturben y/o impidan el ejercicio de tales derechos, puede plantearse en dos momentos: uno inmediato y otro remoto.

¹²¹ Ídem, p. 166.

En un tiempo inmediato, reconoce Schilling, que no habría una respuesta satisfactoria para repeler tales conductas, es más, el propio DPE resultaría estéril ante ataques de esta índole, por lo que el énfasis debería estar puesto en la respuesta remota que pueda dar el Estado ante conductas provenientes de estos enemigos, por cuanto “se puede esperar que con la aplicación constante de instrumentos jurídicos más eficientes, las futuras generaciones disfruten de la cosecha, cuya siembra se realizó basada en el principio de responsabilidad del Estado punitivo”.¹²²

Para que se pueda llegar al resultado de brindar seguridad y paz a las futuras generaciones, Schilling toma las premisas de Jonas y las reformula contextualizándolas en el problema de la delincuencia. El imperativo jonasiano utilizado correspondería al siguiente: “obra de tal modo que los efectos de tu acción sean compatibles con la permanencia de una vida humana auténtica en la Tierra”, o, expresado negativamente, “Obra de tal modo que los efectos de tu acción no sean destructivos para la futura posibilidad de esa vida”.

Luego, concluye Schilling que tales imperativos son completamente aplicables en la fundamentación de un DPE e incluso de otro instrumento jurídico más eficaz para la reducción de la delincuencia, reformulando su enunciación en fórmulas en clave positiva: “obra de tal modo que los efectos de tu acción sean compatibles con la permanencia de una vida humana auténticamente segura en la

¹²² Ídem. pp.,168 y 169.

Tierra”, o, en clave negativa: “No pongas en peligro las condiciones de seguridad de la humanidad en la Tierra”.

De estos imperativos, extrae Schilling la conclusión de que hay que combatir a un enemigo. ¿Quién sería este enemigo? Sería aquel que pone en entredicho, aquel que viola el contenido del imperativo. Esto Jonas no lo señala de manera expresa, pero, de manera tácita podríamos entender que Jonas “nos refiere a un enemigo al cual combatir”, y que en la tesis de Schilling correspondería al “que obra de tal modo que los efectos de su acción son destructivos para la futura posibilidad de una vida humana auténtica en la tierra”. Estos que obran de esta manera son los que merecen ser catalogados como “enemigos de la humanidad”.

Esta constatación de quiénes serían los “enemigos” conlleva de plano la necesidad de un actuar de parte del Estado en relación con ellos en un nivel de “políticas punitivas que sean más efectivas y más severas”. Este actuar estatal se justificaría siempre en el entendido que se está protegiendo un futuro, un porvenir en el cual la paz y la seguridad son los pilares esenciales para un pleno desarrollo social, y en definitiva, tomados como derechos que reclaman una protección estatal acorde a su condición de esenciales. Junto con el principio de responsabilidad desarrollado por Jonas, Schilling utiliza otra de las concepciones del autor alemán, a saber, la heurística del temor. Jonas entiende por tal a un mecanismo que busca anticiparse y prevenir catástrofes naturales, así como el minimizar el riesgo de desaparición de la vida humana.

Schilling toma esta argumentación y la traduce al plano de la criminalidad en el sentido de que debemos plantearnos en la posición de que “no queremos que el crimen adquiera mayor poder incluso a límites de penetrar el Estado democrático corrompiendo a sus agentes, o que siga creciendo a tasas y nivel de organización, que las futuras generaciones se encuentren con una sociedad aún más insegura que la actual y con un Estado incapaz de protegerlos.

Con normas vacías cuyo Derecho Penal sea más bien un inventario de conductas contrarias a los valores de la sociedad antes que un instrumento jurídico que resuelva el conflicto penal de las sociedades democráticas y precisamente el temor a que la acción destructiva y acumulativa de la delincuencia siga progresando es lo que nos sugiere a valorar la seguridad no sólo como bien jurídico sino también como bien moral altamente apreciado”. ¿Qué rol juega el Estado en esta cruzada de sobrevivencia? Schilling entiende que el rol estatal es crucial para efectos de alcanzar esta seguridad ciudadana. Este papel constituye un “deber inexcusable” para el Estado que debe responder de la manera más enérgica posible ante esta responsabilidad, para evitar así “los efectos remotos de la acción destructiva y acumulativa del crimen contemporáneo”.

Finalmente Schilling hace la constatación de que en la práctica el DPE existe, viendo en él la mejor solución disponible para enfrentar el reto de entregar seguridad y paz social a los ciudadanos en un futuro, en palabras de este autor, esta “faceta del derecho penal” constituiría “un modo de expresión más apasionado de nuestro deseo social de vivir en paz”, por lo que en caso de que el

Estado no adopte las medidas de técnica legislativa, o bien las adopte con una menor intensidad que la requerida, esta omisión o falencia tendrán como consecuencia necesaria efectos a nivel de integridad física y psicológica de las personas, por cuanto permitirían un desarrollo de la criminalidad asociada a estas esferas de protección, implicando en último término una erosión de “la integridad moral del Estado”, lo que denotaría un actuar irresponsable por parte del Estado, al no haber dispuesto de todos los medios disponibles para salvaguardar el derecho a la seguridad personal de cada uno de los ciudadanos.

Schilling sostiene que el Estado para combatir a aquella delincuencia asociada a delincuentes no posibles de rehabilitar, debe utilizar como medio al DPE en términos de Jakobs, por cuanto constituye la principal “herramienta jurídica para evitar un mal supremo”.

Así, de la síntesis realizada por Schilling respecto de lo sostenido por Jakobs en torno al DPE, podemos destacar el hecho de que en la primera de las premisas por él apuntadas, en lo que dice relación a la existencia y ubicación de dicha tendencia, nos señala que es necesario que ésta coexista con el derecho penal como una manifestación del mismo.

DPE y derecho penal del ciudadano vendrían a ser parte integrante del derecho penal, donde ambos cumplirían fines distintos, uno aplicado a quienes hayan cometido un error, mediante la aplicación de una pena a su respecto, y el otro, aplicado a los enemigos, a través de la respectiva medida de seguridad

acorde a su peligrosidad. La consecuencia de la técnica empleada por los delincuentes habituales, asociados a una peligrosidad mayor en comparación con el delincuente común, ha sido la transformación del “derecho penal tradicional como un mecanismo insuficiente para neutralizarlos”.

3.1.3 Fundamentos político criminales que regulan el delito de marcaje

Por el contexto en que se dictó la Ley N°30076, debemos entender que lo que se busca es reforzar la seguridad ciudadana, combatiendo de manera antelada los homicidios, lesiones, secuestros, extorsiones, violaciones o robos. Dentro del endurecimiento de la política criminal para frenar la inseguridad ciudadana, el Congreso, en ejercicio de su potestad de calificar conductas, y fijar las sanciones y los procedimientos, dictó la Ley N° 30076, que modifica aspectos penales sustantivos, procesales y de ejecución. Ésta técnica legislativa busca justificarse en la actual sociedad de riesgo que vivimos, es así que hoy se habla del derecho penal moderno, considerada también como derecho penal del enemigo.

Excepcionalmente, y por razones de política criminal, el legislador consideró necesario, elevar a la categoría de autoría, por ejemplo, en el ámbito del terrorismo “el suministro de información, o la facilitación de bienes o medios, para la comisión de conductas terroristas”.

La política criminal, está constituida por un conjunto de estrategias o procedimientos por medio de los cuales el Estado y la sociedad organizan sus respuestas al problema de la criminalidad.

Siguiendo a Roxin¹²³, entendemos por política criminal no solo la elección de las sanciones más eficaces para la prevención del delito, sino también el conjunto de los aspectos fundamentales que según la Constitución y el Código Penal deben presidir la fijación y desarrollo de los presupuestos de la penalidad. Los elementos limitadores de la potestad punitiva del Estado, como el principio *nullum crimen* o el de culpabilidad, son parte de la política criminal del Estado de Derecho. Esto último es de relevancia porque la delimitación de las sanciones debe ser conforme a la Constitución.¹²⁴

El marcaje o reglaje, como se aprecia de su descripción típica, regula comportamientos que buscan facilitar la comisión de futuros delitos (delitos fines), sancionándolos sin que se haya producido el fin perseguido. Siendo así, se puede apreciar claramente que el marcaje o reglaje, como parte de una política criminal, tipifica como delito autónomo conductas consideradas preparatorias en el desarrollo del delito. Es por ello que en estos casos se habla de un adelantamiento de la ejecución del delito. Pero, ¿esta forma de adelantamiento de la ejecución del delito que se viene dando no solo con el marcaje o reglaje, sino con muchos más delitos, es legítima?,

En esa línea de crítica nos adscribimos a la posición dogmática de entender que el delito de marcaje-reglaje está influenciado por lo que modernamente se busca denominar como el “Derecho Penal del enemigo”, no sólo por significar el

¹²³ ROXIN, Claus. *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*. En línea: <http://ebiblioteca.org/?/ver/46735> (Consulta 25.03.2017)

¹²⁴ ARBULÚ MARTÍNEZ, Víctor Jimmy. *Comentarios a las recientes modificaciones al Código Penal en materia de seguridad ciudadana A propósito de la Ley N° 30076*, Actualidad Jurídica, octubre N° 239, p. 13 en línea: [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/biblioteca/Biblio_con.nsf/999a45849237d86c052577920082c0c3/C77DD D38729B621205257E68006C540F/\\$FILE/ACTUALIDADJURIDICA239.PDF](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/biblioteca/Biblio_con.nsf/999a45849237d86c052577920082c0c3/C77DD D38729B621205257E68006C540F/$FILE/ACTUALIDADJURIDICA239.PDF) Visita: 20.02.2017.

adelantamiento de la barrera de la punibilidad, o por el aumento de las consecuencias jurídicas del delito, sino también por la existencia de la flexibilidad y en otros casos el cercenamiento de las garantías procesales¹²⁵.

3.1.4 Cuestiones dogmáticas que abonan en contra de la vigencia del Marcaje/Reglaje en el ordenamiento jurídico peruano

Como se adelantó, la propia redacción de aquel tipo penal es confusa y podría llevar a que se castigue con una pena de prisión a una persona que ejerce libremente su profesión, ya que en el plano objetivo no habría diferencia alguna entre una conducta inocua y otra prohibida (en atención al especial peligro que genera). En este sentido, siguiendo con el ejemplo del periodista, tenemos que éste a pesar de ejercer su profesión, esto es, llevar a cabo una actividad cotidiana o estereotipada, que en terminología funcionalista-sistémica podrá entenderse como actuar conforme a un “rol”¹²⁶, cumpliría con el elemento objetivo del delito de marcaje/reglaje.

En el caso del ilícito bajo análisis, para deslindar un comportamiento prohibido de otro que no lo es, habría que recurrir al plano subjetivo con la finalidad de averiguar la especial intención del supuesto sujeto activo, ocasionándose una difícil distinción entre comportamientos que en el plano objetivo son muy similares y que podrían encontrarse insertos dentro del marco general de actuación. En Derecho penal, no ha de olvidarse, en la medida de que

¹²⁵ PEÑA CABRERA, FREYRE, Alonso Raúl. *Estudios críticos de ...*, ob. Cit. p. 440

¹²⁶ CARO JOHN, José. *Sobre la no punibilidad de las conductas neutrales*. En: Montealegre Lynett (Coord.) *Derecho penal y sociedad. Estudios sobre las obras de Günther Jakobs y Claus Roxin, y sobre las estructuras modernas de la imputación*. Tomo II, Bogotá (Universidad Externado de Colombia), 2007, p. 269.

la pena constituye una consecuencia negativa especialmente importante, sólo puede reaccionarse con ésta frente a un injusto cualificado¹²⁷.

Habría, entonces, que prestar atención a que en el Derecho penal de un Estado de libertades lo que se busca es el control de lo externo; mientras que, la pregunta acerca de lo interno solo estará permitida para la interpretación de aquellos fenómenos externos que son en sí mismos perturbadores, pues no siempre será legítimo acudir al lado subjetivo de una persona, siendo necesario una razón especialmente cualificada para ello: *la desaprobación objetiva o la relevancia objetiva de la conducta realizada*¹²⁸.

En la realización de la actividad interpretativa del citado tipo penal, además, se resquebrajaría el criterio metodológico en virtud del cual antes de examinar el aspecto subjetivo (dolo) del agente ha de observarse si éste realizó o no una conducta de riesgo no permitido, pues la propia redacción del art. 317-A CP así lo exige, ya que, como se ha mencionado, en el aspecto objetivo no existe una clara distinción entre conductas permitidas o no que sirva de guía al intérprete. Pregunta: ¿ello no sería acaso una infracción del principio *cogitationis poenam nemo patitur*?

¹²⁷ FRISCH, Wolfgang. *Delito y sistema del delito*. En: Wolter/Freund (eds.) *El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal*. Traducido por: Benlloch Petit/Pastor Muñoz/Ragués I VALLÈS/Robles Planas/Sánchez-Ostiz Gutierrez/Silva Sánchez, Madrid – Barcelona (Marcial Pons), 2004, p. 205.

¹²⁸ ROBLES PLANAS, Ricardo. *La participación en el delito...*, p. 67. Ya, con anterioridad, en el año 1985, también se pronunció JAKOBS, Günther, “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”. En: *Estudios de Derecho penal*. Traducción y estudio preliminar por: Peñaranda Ramos/Suarez Gonzales/Cancio Meliá, Madrid (Editorial Civitas), 1997, p. 302.

Con relación a esto último, cabe señalar, que según tal principio “lo que el sujeto conozca, piense o desee queda en su ámbito privado siempre que no exista una manifestación externa que además sea objetivamente peligrosa”¹²⁹. En el citado tipo penal, lo que faltaría precisamente sería aquella especial peligrosidad, pues no resulta evidente la desaprobación objetiva o la relevancia objetiva de las conductas que aquel tipo alcanza, faltando, consecuentemente, aquella razón para acudir al lado subjetivo¹³⁰.

3.2 Resultados jurisprudenciales

Sala Nacional Transitoria: Recurso de Nulidad N°439-2015

Lima 23-07-2015 Contra La Sentencia N°742 Del 30-12-2014 que condena por el Delito Contra la Tranquilidad Pública – Marcaje O Reglaje.

El presente caso, se aprecia que para la comisión del delito de robo agravado el Sr. Quiroz Palhua, más adelante como el procesado Quiroz Palhua, y sus coprocesados (*ya sentenciados*), realizaron actos de vigilancia y seguimiento, mediante la utilización de armas y vehículos para la comisión del delito, configurándose el delito de marcaje o reglaje.

El abogado del procesado Quiróz Palhua interpone el recurso de nulidad contra la sentencia de fecha 30-12-2014 que lo condenó como autor del delito contra la tranquilidad pública – marcaje o reglaje, en perjuicio del Estado, a cinco años de pena privativa de libertad y a la suma de tres mil nuevos soles por concepto de reparación civil que deberá pagar a favor del perjudicado.

¹²⁹ ROBLES PLANAS, Ricardo. *Ob. cit.*, p. 65.

¹³⁰ Ídem, p. 80.

De forma breve, ya que nos interesa pasar al fondo del asunto, los hechos ocurrieron el día veinticinco de agosto de dos mil doce, en el distrito del Agustino, fecha en la cual un efectivo policial toma conocimiento del asunto por medio de una persona no identificada quien le informa que los procesados lo seguían desde que salió de una agencia bancaria. En mérito a ello se efectuó la intervención policial y al realizarse el registro personal a los procesados, se halló en posesión de uno de los sentenciados, una pistola calibre treinta y ocho, con cinco cartuchos. En aquél vehículo el procesado Quiroz Palhua iba como conductor. Donde al intervenir el vehículo los interrogados entraron en contradicciones, alegando uno de ellos que esperaban asaltar un casino puesto que un empresario se les había escapado.

Comentario: En el caso presentado, se aprecia que se encontraron pruebas suficientes para que se condene al procesado Quiroz Palhua, toda vez que los actos de seguimiento que realizaba sobre la víctima fue con la finalidad de realizar otro delito, lo cual se pudo evitar porque se dio aviso a los efectivos policiales y éstos evitaron que se realice el asalto.

➤ **Carpeta Fiscal N° 501-2012-869-0**¹³¹

Órgano emisor: Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Pisco.

Hechos: El imputado viajó desde la ciudad de Lima a Pisco a efecto de realizar actos de reglaje en agravio de Antonio Chimizu Ortega. Utilizaba para ello una cámara fotográfica. Además tenía posesión de un arma de fuego, diferentes vehículos y un teléfono celular para facilitar la comisión del delito materia de

¹³¹ NUÑEZ PEREZ, Fernando Vicente. *El delito de marcaje o reglaje*, ob. cit. p.185

investigación, actos que realizaría con la finalidad de cometer el delito de homicidio. Al verse descubierto, apuntó con el arma de fuego al agraviado, coligiéndose que este accionar doloso se debe a que el agraviado es dirigente de los trabajadores de una empresa con quien tiene problemas laborales.

El segundo despacho de Adecuación de la Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Liquidación de Pisco DISPONE: Formalizar y continuar con la investigación preparatoria en contra de José Mauro Vega Ticona por encontrarse en el presunto delito contra la paz pública en la modalidad de marcaje o reglaje previsto y sancionado en el primer párrafo del artículo 317-A del Código Penal, en agravio de Juan Antonio Chimizu Ortega.

Se puede apreciar que el fiscal formalizó y continuó con la investigación preparatoria contra José Mauro Vega Ticona por el presunto delito contra la paz pública en la modalidad de marcaje o reglaje, en agravio de Juan Antonio Shimizu Ortega, quien fue alertado por una mujer sobre la toma de fotografías por una persona desconocida, quien al haber confrontado al investigado, sacó un arma y apuntó al agraviado, quien fue apoyado por sus compañeros de trabajo tratando de quitarle el arma al imputado, quien salió corriendo pero fue atrapado por los vecinos y conducido a la dependencia policial.

El fiscal luego de tomar las declaraciones a los testigos, señala que existen indicios reveladores de la existencia del delito de marcaje y que se cumplen con los presupuestos exigidos en el código penal para disponer la continuación y formalización de la investigación preparatoria.

➤ **Carpeta Fiscal N°501 2012 Pisco**¹³²

Órgano emisor: Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Pisco

Hechos: Una persona había solicitado licencia a la empresa en donde trabaja, pero ésta, no le creyó. Por esta razón contrató al imputado, para que lo fotografíe en lugares públicos y acreditar que no estaba cumpliendo con su descanso médico. No se verifica la intención sobre el supuesto homicidio.

El Ministerio Público solicita el sobreseimiento de la investigación seguida contra José Mauro Vega Ticona, debiendo disponerse el archivo definitivo.

El fiscal solicita el sobreseimiento en base a fundamentos tales como que efectivamente se encontró a la persona de José Mauro Vega Ticona realizando tomas fotográficas, sin embargo las fotografías fueron tomadas por motivo de que el agraviado había solicitado licencia por enfermedad, sin embargo éste hecho no fue creído por la empresa donde laboraba, por ello contrataron al imputado para que lo fotografíe en lugares públicos y de esa manera demostrar que no estaba cumpliendo con el descanso médico. Además el fiscal señaló que para que exista el tipo penal de homicidio se debe establecer el delito que es pre requisito, hecho que no sucedió en la carpeta fiscal.

Concluyendo que la toma de fotografías para acreditar que un trabajador no se encontraba cumpliendo descanso médico no configura el delito de marcaje, por tal motivo se señaló que no existen suficientes elementos de convicción para

¹³² Idem., p. 195

que se solicite el enjuiciamiento. Solicitando el sobreseimiento de la investigación seguida contra José Mauro Vega Ticona.

Se llevó a cabo la Audiencia de Control de Sobreseimiento en la investigación seguida por la presunta comisión del delito contra la tranquilidad pública en la modalidad de marcaje o reglaje en agravio de Juan Antonio Shimizu Ortega, delito previsto en el artículo 317-A del Código Penal y luego de haber escuchado el requerimiento de sobreseimiento formulado por el Fiscal provincial, el Juez del Segundo Juzgado Penal de Investigación Preparatoria de Pisco dicta la resolución N° 03, en el que determina que como elementos de convicción se tiene que se encontró al investigado tomando fotografías al agraviado pero que el motivo fue porque éste había solicitado una licencia por enfermedad pero que el empleador no le creyó, por dicho motivo contrataron al investigado para que lo fotografié en lugares públicos y se acredite que no se encontraba con descanso médico.

Para que se configure el delito de marcaje se requiere que el hecho haya sido realizado para cometer un delito contra la vida, el cuerpo y la salud o contra el patrimonio como pre requisito, por lo que no se determinó que existan suficientes elementos de convicción que determinen que el delito fin era el marcaje o reglaje, del seguimiento que hacía el investigado no se ha determinado que haya tenido como fin la comisión de alguno de los delitos contemplados en el artículo 317-A del Código Penal. Por tales motivos el Juez del Segundo Juzgado Penal de Investigación Preparatoria de Pisco resolvió DECLARAR FUNDADO el

requerimiento de sobreseimiento formulado por el representante del Ministerio Público.

Comentario: De los casos descritos se puede apreciar que han sido archivados, toda vez que no se han cumplido con los requisitos exigidos para configurarse como delito de marcaje, pues en el primer caso (Carpeta Fiscal N° 501-2012-869-0), se habían realizado tomas fotográficas por motivo de que el agraviado había solicitado licencia por enfermedad pero que el empleador no creyó y por tal motivo contrató y mandó al denunciado para hacer seguimiento al trabajador y a la vez tomé fotografías que desmentirían el descanso médico solicitado.

El fiscal del Segundo Despacho de Adecuación de la Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Liquidación de Pisco luego de tomar las declaraciones correspondientes a los testigos, imputado, agraviado, señaló que existían suficientes elementos de convicción para la acusación y continuación de la investigación por el delito de marcaje (Carpeta Fiscal N°501 2012 Pisco).

El Fiscal Provincial solicita el sobreseimiento ante el Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria de Pisco, fundamentando principalmente con las declaraciones, que se habían realizado tomas fotográficas pero que la finalidad no era para la comisión de un delito, sino para acreditar que el agraviado no estaba cumpliendo con el descanso médico que había solicitado.

Para que el fiscal determine que se quería cometer el delito de marcaje, tenía que haberse determinado la comisión de otro delito como pre requisito, pero en el caso desarrollado no tuvo esa finalidad, por ello estoy de acuerdo con la resolución N°03 que declara Fundado el requerimiento de sobreseimiento

formulado por el representante del Ministerio Público y el Archivo definitivo de la materia.

➤ **Carpeta Fiscal N° 469-2013¹³³**

Órgano emisor: Quincuagésimo Segunda Fiscalía Provincial Penal de Lima.

Hechos: Que, los imputados hubieran efectivamente realizado búsquedas de información en los Registros Públicos acerca de las propiedades o inmuebles del denunciante y de sus allegados (como así lo ha referido éste), no resulta por sí sólo suficiente para considerarse como un indicio razonable de la realización de algún acto ejecutivo del ilícito denunciado. El denunciante alude a que el ilícito denunciado tendría como delito fin –denuncia calumniosa, el que no se encuentra comprendido como uno de los delitos fin del tipo penal del marcaje o reglaje.

En el presente caso se realiza la denuncia contra Dianette Angela Leyva Saavedra de Cabana, José Antonio Chacón Morante y Cynthia Alejandra Peña Lovera por el presunto delito de marcaje por haber realizado actos de seguimiento y haber realizado búsquedas registrales sospechosas sobre las propiedades y allegados de Víctor Andrés García Belaunde, señalando que la información obtenida podría terminar siendo parte de denuncias falsas por parte de una organización criminal.

El fiscal realiza el análisis de los hechos para determinar si éstos constituyen elementos suficientes del delito de marcaje o reglaje. Para determinar que se realizó el delito se deben cumplir cuatro conductas típicas que son:

¹³³ Idem., p. 203

Realizar actos de acopio de información, realizar actos de vigilancia de personas, realizar actos de seguimiento de personas y, mantener en su poder armas, vehículos, teléfonos u otros instrumentos para facilitar los delitos fin.

De la denuncia se tiene a los actos de acopio de información, los cuales deben ser el acopio de datos relevantes que van a facilitar la comisión de un delito. Del análisis se tiene que no existen pruebas suficientes para determinar la comisión del delito de marcaje, pues de la misma se desprende que los denunciados al recabar información en Registros públicos sobre las propiedades del denunciante y las de sus allegados no resulta suficiente para determinar la realización de un acto delictivo, además que el acceso a la información es público y no se puede determinar que tenga la finalidad de emplear dicha información para cometer o facilitar un delito, o encierre algún propósito criminal.

El denunciante señala que la información obtenida puede terminar siendo parte de denuncias falsas, cuyo delito denunciado sería contra la Función Jurisdiccional- denuncia calumniosa, el mismo que no se encuentra comprendido como uno de los delitos fin del tipo penal del marcaje. Por los fundamentos señalados la Fiscalía provincial penal dispone el ARCHIVO DEFINITIVO de los actuados una vez consentida la resolución.

Comentario: El recabo de información sobre los bienes del denunciante no constituye suficiente elemento para que se realice el delito de marcaje, toda vez que debe existir la consumación de otro delito como pre requisito la disposición del Fiscal Provincial es acertada, toda vez que no se demostró que las personas

denunciadas hayan obtenido información de manera ilícita, además que la calumnia no se encuentra tipificada dentro del delito de marcaje.

3.3 Resultados normativos

El delito de marcaje se encuentra tipificado en el Código Penal

“Artículo 317-A. Marcaje o reglaje”¹³⁴

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.*

¹³⁴ CODIGO PENAL, Jurista Editores E.I.R.L., 2016.

5. Actúa en condición de integrante de una organización criminal”

3.3.1 Análisis del delito de marcaje

a. Bien jurídico

Conforme a la ubicación del delito de marcaje o reglaje, el bien jurídico protegido es la paz pública, entendida como el estado de sosiego o tranquilidad en los espacios públicos, al protegerse anticipadamente la vida, la salud, la libertad personal o sexual y el patrimonio de las personas.¹³⁵

b. Conducta Típica

Existen conductas típicas que debe desarrollar el agente:¹³⁶

1. Realizar actos de acopio de información:

Esta modalidad concreta de marcaje o de reglaje se traduciría en realizar actos que, bajo la vista del hombre profano o promedio, en muchos casos, en sí mismo, serían conductas inocuas, cuya relevancia penal se adquiriría en tanto este acopio de información tendría que estar ligado o vinculado, en forma necesaria, con la finalidad o el propósito delictivo. En realidad esta descripción típica es propia de la participación delictiva, pues normalmente quien se encarga de estas tareas, por lo general, no interviene en la etapa ejecutiva del delito, por lo que, un emprendimiento así concebido, se eleva a nivel de autoría.¹³⁷

¹³⁵ FIGUEROA NAVARRO, Aldo. *El delito de marcaje o reglaje ¿Expresión de un derecho penal de riesgo?*, en línea http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20131008_01.pdf p.11. Consulta 20. 02.2017

¹³⁶ Idem, p 11

¹³⁷ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Una nueva manifestación tipológica del Derecho Penal del enemigo: El delito de reglaje en el Perú*. ob. cit., p. 451.

2. Realizar actos de entrega de información¹³⁸

Este es un nuevo comportamiento delictivo de marcaje-reglaje que introduce la Ley N° 30076. El Proyecto de Ley N° 2100/2012-PE de fecha 11 de abril de 2013, presentado por la Presidencia del Consejo de Ministros ante el Congreso de la República, hace mención que si bien el acopio de la información es necesaria para perpetrar delitos ulteriores, se busca agregar que es innegable que dicha información en varias ocasiones se traspasa de una persona a otra, esto es, como la misma finalidad delictiva, por lo que, con el fin de evitar lagunas de punibilidad se considera que es pertinente regular este actuar delictivo en forma expresa.

Una problemática interpretativa, en términos del concurso de leyes penales, se podría presentar entre los actos que impliquen la entrega de la información como parte integrante de la tipicidad objetiva del delito de marcaje-reglaje, en relación a los siguientes injustos penales:

En el artículo 152° del Código Penal se sanciona penalmente a la persona que, con la finalidad de contribuir a la comisión del delito de secuestro, suministra información que haya conocido por razón o con ocasión de sus funciones, cargo u oficio, o que proporcione deliberadamente los medios para permitir su perpetración.

En el artículo 200° del Código Penal se sanciona penalmente a la persona que, con la finalidad de contribuir a la comisión del delito de extorsión, suministra información que haya conocido por razón o con ocasión de sus funciones, cargo u

¹³⁸ Ídem. p., 450

oficio, o que proporcione deliberadamente los medios para permitir su perpetración.

En la línea de poder dar solución a la problemática interpretativa señalada, esto es, conforme al principio de especialidad, se debe invocar la aplicación exclusiva de los injustos penales del suministro o de la entrega de la información vinculados a los delitos de secuestro y de extorsión, por ser considerados tipo penales más concretos y específicos, ya que el injusto penal del marcaje-reglaje tiene una estructura, en la medida de lo posible, más general.

3. Realizar actos de vigilancia o de seguimiento de personas¹³⁹

Los actos de vigilancia están relacionados con una “actividad estática de observación” a víctimas potenciales. Estos actos de vigilancia los realiza el agente en una posición que le permite conseguir información acerca de las personas seleccionadas por éste desde un punto fijo, como por ejemplo, permaneciendo por horas y sin levantar sospechas, en un local público frente al domicilio, oficina o negocio de la víctima, a efectos de indagar las actividades y horarios que realiza al interior de dichos lugares. Aquí también estarán comprendidos los actos donde el agente realice las denominadas “señas ocultas” en las paredes de los domicilios de las posibles víctimas, con el propósito de clasificar los inmuebles que han de estar seleccionados para ser el blanco de robos. No podemos dejar de mencionar, que siempre habrá situaciones límite entre esta conducta (como actos preparatorios de los delitos-fin), y la conducta per se del delito-fin. Así, concluyen Bramont-Arias

¹³⁹ Ídem., p 451

y García Cantizano¹⁴⁰, al analizar el delito de hurto: “Actos preparatorios serían vigilar la casa, esperar que las personas salgan de la casa, traer al lugar instrumentos para entrar, etc. A pesar de todo, hay que reconocer que hay situaciones límites donde depende de la interpretación de los hechos el saber si el delito está en grado de tentativa o consumado¹⁴¹”.

Por el contrario, los actos de seguimiento están vinculados con una “actividad dinámica de observación” a víctimas potenciales. Aquí, el agente ejecuta dichos actos en un estado de movimiento. Graficando esta modalidad, tenemos el caso de una persona que sigue a la víctima potencial en un vehículo con lunas polarizadas, placas de rodaje clonadas o falsas, con una videocámara para grabarle, etc. Otro caso podría presentarse cuando el agente sigue a pie a su potencial víctima a efectos de conocer su itinerario habitual, la ruta que sigue desde que sale de su casa, identificar las personas de su entorno, etc.

c. Sujetos activos

El tipo penal en su modalidad básica es un delito común; esto es, cualquier persona puede acopiar información, hacer actos de seguimiento o vigilancia. De la misma manera cualquier persona puede poseer celulares, autos, armas con licencia, u otros instrumentos facilitadores. Finalmente, en la modalidad agravada por el modo de ejecución delictiva, cualquier persona puede utilizar a menores de edad, para acopiar información o realizar actos de seguimiento o vigilancia. En este caso, se entiende que el agente al valerse del menor para su actividad

¹⁴⁰ BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto y María del Carmen, GARCÍA CANTIZANO, Manual de Derecho Penal. Parte Especial, 4ta edición, Editorial San Marcos, Lima, 2010, p. 220

¹⁴¹ Ídem, p. 296

preparatoria, lo utiliza como intermediario material y, por ende, se coloca como autor mediato.¹⁴²

En la primera modalidad agravada, se estructura el tipo penal como delito especial impropio: sólo pueden ser sujetos activos calificados los funcionarios o servidores públicos, en los términos del artículo 425 del Código Penal.¹⁴³

No basta, aun cuando en el tipo penal no se expresa, tener dicha condición y realizar las conductas de informarse, seguir o vigilar, para configurar la circunstancia agravante. Se requiere que exista una conexión funcional entre la función desempeñada y la conducta desplegada (acopio de información, actos de seguimiento o actos de vigilancia).

El tipo penal no es claro respecto a quien existe o existió una relación de confianza. Se refiere a “este último”, pero en el contexto del párrafo, ese último sería el funcionario o servidor público, lo que carece de toda lógica. Tendría que asumirse que la persona a la que se refiere el legislador, es la persona seguida, vigilada o respecto a la cual se acopia información. Se trataría entonces de los empleados, servidores de vigilancia, contadores, asesores financieros, funcionarios de bancos, fondo de pensiones, y todo aquél que pueda tener una posición estratégica con relación a la potencial víctima. La razón de la agravación radica en el hecho que abusan de su posición funcional presente o pasada para realizar los “actos de inteligencia”.

¹⁴² Ídem, p. 5

¹⁴³ Ídem, p. 6

d. Sujeto pasivo

El sujeto pasivo puede ser cualquier persona que está siendo reglada, seguida o sobre la que se está obteniendo información. No se requiere de una especial condición.¹⁴⁴

e. Verbos típicos y objeto del delito¹⁴⁵

Se trata de un tipo penal alternativo, que se resume en dos tipos de conducta:

- a. Realizar actos de acopio de información, seguimiento o vigilancia.
- b. Poseer armas, vehículos, teléfonos u otros instrumentos facilitadores. Se trata de un delito de estado.

Con relación a la información la cuestión será determinar 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.

- a. 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. ¿Basta con estacionarse en

¹⁴⁴ HIDALGO BUSTAMANTE, Rafael Alejandro. *El delito de marcaje o reglaje como acto preparatorio y su indebida tipificación en el código penal peruano*. En línea <http://repositorio.upn.edu.pe/handle/11537/1390/browse?type=author&value=Hidalgo+Bustamante%2C+Rafael+Alejandro> Visita : 20.02.2017

¹⁴⁵ FIGUEROA NAVARRO, Aldo. ob. cit., p 13

la noche en un vehículo de lunas polarizadas cerca del domicilio de la potencial víctima?

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

f. Tentativa del delito de marcaje o reglaje¹⁴⁶

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

La tentativa constituye la ejecución de un comportamiento cuyo fin es consumir un delito que se detiene en un punto de su desarrollo antes de alcanzar el grado de consumación, es decir antes de que haya completado la acción típica¹⁴⁷.

g. Penalidad

La pena básica para el delito de marcaje es de 3 a 6 años, como si se tratase de un hurto agravado consumado o un robo simple. Incluso la legislación cubana es menos severa en la pena, que puede ser reducida hasta dos tercios por debajo del mínimo legal.

Y si se evalúa la pena para la modalidad agravada, 6 a 10 años de privación de libertad, podemos castigar con la misma severidad a un homicida simple, cuya pena sea ubicada en el tercio inferior.

3.3.2 Circunstancias Agravantes

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

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

¹⁴⁷ BRAMONT ARIAS TORRES, Luis Miguel. *Tratado del Derecho Penal Parte General*, Edición 4°. Lima: Eddili S.A., 2002.

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

La descripción normativa contenida en la circunstancia de agravante mencionada, nos indica dos variantes: primero, por la específica posición institucional del autor del delito, en cuanto a la actividad funcional de funcionario o servidor público, siempre que se acredite el aprovechamiento de las ventajas del cargo público para la comisión del injusto penal, en cuanto al empleo de información propia de la función desempeñada, para así cometer el delito en cuestión.¹⁴⁸

Segundo, cuando el agente ostenta un vínculo laboral con la víctima, inclusive que lo haya tenido, siempre que el sujeto pasivo haya depositado su confianza en el agente, para tal efecto, debe manifestarse una relación laboral de tal importancia, que le permita al autor contar con cierta información, que precisamente hace uso, para la perfecta realización típica del delito que se pretende materializar. No puede referirse a un cargo menor, dígame por ejemplo de una relación laboral que no le otorga cercanía alguna con la víctima, como el agente de seguridad del representante de la persona jurídica, que a duras penas se cruza con el sujeto pasivo. Es justamente el vínculo laboral que le otorga al sujeto activo una estrechez con la víctima, de tal naturaleza, que este último le otorga

¹⁴⁸ JO VILLALOBOS, Daniel. ob. cit., p. 4.

una serie de aspectos que involucran el manejo económico y/o financiero de la empresa así como ciertos aspectos de su vida personal.

Tercero, la utilización de un menor de edad, esto significa que los actos de reglaje (acopio de información, actos de vigilancia o seguimiento de personas o la tenencia de armas, vehículo, teléfono u otros instrumentos), sean realizados por un impúber, quien deberá tener necesariamente menos de 18 años de edad al cometer dichos actos. Aspecto importante a saber, es que el menor de edad, ha de estar desarrollando dichas labores, a merced de la consigna de un adulto o de otro menor de edad, quienes se aprovechan del estado de inmadurez del autor inmediato, para determinarlos a la ejecución de dichos actos de reglaje, mas no puede desdeñarse que se haga uso de la violencia y/o la coacción para tales propósitos.¹⁴⁹

Otra circunstancia agravante es cuando el agente labore, pertenezca o esté vinculado a una empresa del sistema financiero y, por razón de su cargo u oficio, tiene conocimiento de los ingresos económicos, operaciones bancarias u otros datos sobre el patrimonio de la víctima; esta es una circunstancia agravante novedosa que ha sido introducida a través de la Ley N° 30076 del 19 de agosto de 2013, en donde si bien, conforme se hizo mención en líneas precedentes, el injusto penal que es materia de análisis se estructura bajo el esquema de ser un delito común o de carácter impersonal, ya que podrá ser cometido por cualquier persona, sin embargo, la realidad y la casuística enseña que dentro de las empresas que conforman el sistema financiero, como el caso de los bancos o de las cajas municipales.

¹⁴⁹ JO VILLALOBOS, Daniel. ob. cit., p. 5.

Podrían existir trabajadores que, en base a la información privilegiada o reservada que ostenten y que dominen, podrían realizar actos de marcaje-reglaje en la modalidad de acopiar o de entregar información con la finalidad de que la mencionada información sea utilizada para llevar a cabo un futuro delito contra el patrimonio (delito finalístico), por lo que, consideramos que esta regulación se encuentra justificada.

Y la última circunstancia agravante es cuando el agente actúa en condición-calidad de integrante de una organización criminal; Si bien el artículo 317° del Código Penal regula el delito de asociación ilícita para delinquir, como un injusto penal que puede afectar la tranquilidad pública, permitiéndose sancionar la sola pertenencia y/o ingreso a una organización criminal, el legislador ha decidido incorporarlo como una nueva circunstancia agravante.¹⁵⁰

Para que se pueda aplicar la presente agravante, no basta que el agente sea parte integrante de una organización criminal, sino que el injusto penal tendría que haberse cometido en calidad de integrante de la mencionada organización ilícita, en donde, en caso contrario, se tendría que solo invocar la modalidad típica básica. Si en un caso en concreto se acredita que un agente realizó el delito de marcaje-reglaje, actuando en condición y en calidad de una organización criminal, se presentaría un supuesto de concurso aparente de leyes, prevaleciendo la aplicación del injusto penal que es materia de estudio, en donde la asociación

¹⁵⁰ Ídem, p. 22

ilícita para delinquir se encontraría subsumida, rechazándose la posibilidad de la existencia de un concurso de delitos o de la pluralidad delictiva.

En lo que se refiere a este tema, nuestra Corte Suprema por medio del Acuerdo Plenario N° 8-2007 del 16 de noviembre de 2007, ha establecido que el concepto de organización criminal debe aludir a un proceder singular o plural de sus integrantes, en donde esta organización debe sustentarse en una estructura jerárquica – vertical o flexible – horizontal, agregándose que en la organización criminal la pluralidad de agentes es un componente básico de su existencia, mas no de su actuación. Interpretándose este concepto para el delito de marcaje-reglaje, se debe concluir que el agente individual o colectivo de este concreto injusto penal debe ser siempre parte integrante de una estructura criminal y debe además actuar en ejecución de los designios de ésta.

3.4 Resultados en el Derecho Comparado

No ha sido posible ubicar el tipo penal del marcaje en otros países, asimismo se puede evidenciar que las legislaciones en otros países son respetuosas del derecho penal clásico.

3.5 Discusión de la investigación

La postura desarrollada por el profesor Manuel Cancio Meliá es acertada, toda vez que afirma que el derecho penal del enemigo es disfuncional porque reconoce la competencia normativa del infractor y no se la niega.

Siendo nuestro Estado respetuoso de los derechos, no es posible que el derecho penal del enemigo influya en nuestro ordenamiento jurídico, endureciendo las

penas y criminalizando desde los actos preparatorios, dejando de lado las garantías y los derechos que deberían serle reconocidas a las personas que realizan actos que van contra la norma.

Discrepo con las posiciones doctrinarias que buscan justificar el derecho penal del enemigo, toda vez que ésta posición señala que no debe permitirse a los individuos que destruyan el ordenamiento jurídico, considerándolos enemigos, además mencionan que los delincuentes no son pasibles de rehabilitación y que se debe utilizar como medio el derecho penal del enemigo para evitar otros males,

El considerar enemigos a las personas que realizan conductas pasibles de sanción penal, en este caso en el delito de marcaje no asegura que la criminalidad disminuya, por el contrario, se criminalizan actos que aún no se han cometido, adelanto las barreras de protección penal.

Los fundamentos políticos criminales para que se regule el delito de marcaje es la disminución de la ola de criminalidad, ya que es un tema que aqueja a la ciudadanía pero que la tipificación no está dando los resultados esperados, además que se está avalando una teoría contraria al Estado de Derecho porque la delimitación de las sanciones deberían ser conforme a la Constitución.

CAPÍTULO IV

VALIDACIÓN DE LA HIPÓTESIS

4.1 Validación de la hipótesis

La hipótesis formulada ha quedado validada en base a los siguientes fundamentos:

- a) Los fundamentos político criminales que justifican la regulación del delito de marcaje surgieron para contrarrestar la inseguridad ciudadana, con la criminalización de los actos preparatorios, debido a que no existía norma alguna que sancione las conductas objetivas como el acopio o entrega de información, la vigilancia o seguimiento de personas y la colaboración en la ejecución de actos precedentes mediante el uso de armas, vehículos, teléfonos u otros instrumentos idóneos para facilitar la comisión de los delitos que aparecen en la redacción típica del delito de marcaje incorporado a la norma penal.
- b) El profesor Cancio Meliá Manuel¹⁵¹, señala que el derecho penal del enemigo es disfuncional porque reconoce la competencia normativa del infractor, en vez de negársela, la demonización de los autores es lo que precisamente da resonancia a sus hechos.
- c) Los actos preparatorios en el delito de marcaje no eran punibles, pero dado el contexto de inseguridad, con la modificatoria de la Ley 30076 en relación al delito de marcaje, criminalizando desde los actos preparatorios es determinante para que se configure el delito con la finalidad de prevenir los actos de peligrosidad, habiendo sido influenciado por el derecho penal del

¹⁵¹ CANCIO MELIÁ, Manuel y Gunther JAKOBS. *Derecho penal del enemigo*, Navarra, Civitas, 2006, p. 62.

enemigo, siendo una reacción de combate del ordenamiento jurídico contra individuos especialmente peligrosos.

- d) El delito de marcaje debe ser derogado en base a que se evidencia la influencia del derecho penal del enemigo siendo características del mismo, el adelantamiento y endurecimiento de las penas, siendo contrarios al Estado de Derecho.
- e) La inseguridad ciudadana es un problema aún vigente en nuestro país, por lo que es necesario adoptar políticas integrales, coherentes y de corto o mediano plazo para paliar sus efectos negativos y frenar la ola de delincuencia e inseguridad ciudadana que vaya acorde con el tiempo en el que nos encontramos, sin que ello implique la vulneración de derechos.
- f) Por razones de seguridad ciudadana y prevención de criminalidad que ataca a nuestra realidad nacional, la tipificación del delito de reglaje no es justificable en el sentido de que existe una desproporción en la sanción entre los actos preparatorios y la comisión del evento criminal.
- g) El delito de marcaje ha sido influenciado por el derecho penal del enemigo, debido a que nos encontramos en el contexto de un derecho penal de riesgo, en su máxima expresión y la interacción de los individuos que infringen las normas que generan nuevos riesgos.
- h) En la legislación penal peruana existen determinados grupos de delitos que se incardinan indudablemente en el concepto de Derecho penal del enemigo. La historia de la legislación penal especialmente represiva en nuestro país nos ha mostrado que en algunos casos se ha configurado un Derecho penal absolutamente ilegítimo por desconocer principios y garantías jurídico-penales

básicos. Sin embargo, esta constatación no debe llevar a la conclusión completamente contraria de que todo endurecimiento de las condiciones de represión penal puede ser catalogado de Derecho penal del enemigo y rechazado como ilegítimo, inhumano e inconstitucional.

- i) El tipo penal del marcaje o reglaje es una figura que, al sancionar el acto preparatorio como delito fin, tiene como objeto evitar que se concrete la lesión o puesta en peligro del bien jurídico (vida, integridad, libertad, patrimonio, etc.)
- j) De considerarse la tipificación del delito de marcaje como legítimo, considerando que existe influencia del derecho penal del enemigo en la lucha contra la inseguridad ciudadana, estaríamos frente a una legislación penal poco democrática.
- k) Las medidas que se deben adoptar para que se derogue el delito de marcaje son:
 - a. La desproporcionalidad que existe entre el acto preparatorio que es sancionado máximo hasta con seis años de pena privativa de libertad por los actos de seguimiento, vigilancia o acopio de información, del delito de hurto simple, cuya pena máxima es de tres años de pena privativa de libertad, lo que llevaría a los delincuentes a consumir el delito por ser una pena menor a la de los actos preparatorios.
 - b. Existe una norma que sanciona a las organizaciones delictivas, por ello resulta innecesario que el delito de marcaje se encuentre tipificado en el Código Penal.

c. El delito de marcaje tiene como bien jurídico protegido la tranquilidad pública, pero también pretende proteger otros bienes jurídicos individuales como la vida, la libertad, el patrimonio, etc, bienes jurídicos que ya cuentan con protección autónoma en los tipos penales.

CONCLUSIONES

1. El delito de marcaje o reglaje ha sido influenciado por el derecho penal del enemigo, no sólo por haber intensificado los criterios de imputación con el adelantamiento de la barrera de punibilidad sino criminalizando desde los actos de seguimiento, acopio de información o seguimiento de personas, restringiendo de ésta manera principios y garantías Constitucionales.
2. Los fundamentos político criminales para que se haya regulado el delito de marcaje es la sensación de inseguridad, pero éstos no son efectivos, pues la ola de criminalidad en el país no ha disminuido.
3. La incorporación del delito de marcaje o reglaje en el código penal peruano no es necesaria, por tanto debe derogarse, pues no resulta relevante su tipificación, pues la excesiva intervención del derecho penal podría dañar la libertad de las personas.
4. El delito de marcaje o reglaje puede ser entendido como una aparente lucha contra la delincuencia con la finalidad de brindar seguridad a los ciudadanos sin buscar otros mecanismos de solución.

RECOMENDACIONES

- Se recomienda a los legisladores que se derogue el delito de marcaje, pues el adelantamiento de la punibilidad desde los actos preparatorios no garantiza la disminución de la criminalidad.
- Los legisladores deben tener en cuenta que al momento de emitir normas, éstas no deben ser contrarias al Estado de Derecho y que no sólo se trata de la creación de más tipos penales para contrarrestar la inseguridad.
- Se deben crear mecanismos de solución para hacer frente a la delincuencia, a través de capacitaciones, charlas, a la Policía Nacional del Perú, seguridad ciudadana y personal encargado de velar por la seguridad pública.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. ABANTO, Manuel. *El llamado derecho penal del enemigo. Especial referencia al derecho penal económico*, en: CANCIO MELIÁ, Manuel; DÍEZ, Gómez-Jara (coords.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, Vol. 1. Madrid: B de F, 2006
2. AGUADO CORREA, Teresa. *El Principio de Proporcionalidad en el Derecho Penal Peruano, Cuadernos de análisis y crítica a la jurisprudencia constitucional Num. 8, Obra Colectiva*, Lima, Palestra editores, 2010.
3. AGUILAR AYALA, Carlos, *Argumentación Jurídica*, (en línea) http://www.academia.edu/13816459/Argumentaci%C3%B3n_Jur%C3%ADdica (consulta: 04.12.2016)
4. AGUILAR CABRERA, Denis, *Derecho penal en la sociedad del riesgo: sobre la discusión en torno al derecho penal del enemigo y derecho penal funcional*, Lima, ECB Ediciones, 2014.
5. ALVAREZ DAVILA, Francisco, *Criminalizando la conducta de los marcas*, en línea <http://www.revistadvocatus.com/blog/2012/actualidad/criminalizando-la-conducta-de-los-%E2%80%9Cmarcas%E2%80%9D>
6. BACIGALUPO, Enrique, *Derecho penal parte general, presentación y anotaciones de Percy García Caveró*, Lima, Ara, 2004.
7. BETEGÓN CARRILLO, Jerónimo y otros, *Constitución y Derechos Fundamentales*, Presidencia del Gobierno: Secretaría General Técnica, Madrid, 2004.

8. BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis. *Manual de derecho penal. Parte general*. 4° Edición. Perú, Editorial y Distribuidora de Libros S.A. 2008
9. CANCIO MELIÁ, Manuel; JAKOBS, Günther, *Derecho penal del enemigo*, Navarra, Civitas, 2006.
10. CARO MAGNI, Raúl Esteban, *El delito de marcaje o reglaje. Análisis dogmático y jurisprudencial: Problemas actuales de interpretación*, (en _____ línea) http://www.derecho.usmp.edu.pe/postgrado/doctorado/trabajo_de_investigacion/2016/2.%20Delito%20de%20marcaje.pdf
11. Congreso *La ciencia del Derecho penal ante el cambio del nuevo milenio, octubre de 1999*, Academia de Ciencias de Berlín-Brandenburgo coordinada por Francisco Muñoz Conde, traducidas y recopiladas en: ESER, Albin; HASSEMER, Winfried; BURKHARDT, Björn, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.
12. Congreso “*Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico*”. 1985, traducida por Enrique Peñaranda Ramos en: JAKOBS, Günther, *Estudios de Derecho Penal*, Madrid: Civitas, 1997.
13. DE PAZ SÁNCHEZ GARCÍA, María Isabel; “*El moderno derecho penal y la anticipación de la tutela penal*”, Valladolid, 1999; Cfr. también su análisis en ROJAS VARGAS, Fidel, “*El Delito, Preparación, Tentativa y Consumación*”, Lima, Idemsa, 2009.
14. DEMETRIO CRESPO, Eduardo, “*El derecho penal del enemigo: sobre la ilegitimidad del llamado Derecho penal del enemigo y la idea*

de seguridad, en: CANCIO MELIÁ, Manuel y GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (cords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol I, Buenos Aires, Editorial Edisofer, 2006.

15. FIGUEROA NAVARRO, Aldo. “*El delito de marcaje o reglaje ¿expresión de un Derecho Penal de riesgo?*”. En línea:http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20131008_01.pdf, p. 9.
16. GARCÍA CAVERO, Percy. “*¿Existe y debe existir un derecho penal del enemigo?*” (en línea)
<https://www.google.com.pe/webhp?sourceid=chromeinstant&ion=1&spv=2&ie=UTF8#q=GARCIA+CAVERO+PERCY+EXISTE+Y+DE+BE+EXISTIR+UN+DERECHO+PENAL+DEL+ENEMIGO+pdf>,
consulta: 18.12.2016.
17. GARRIDO MONTT, Mario, *Etapas de Ejecución del Delito Autoría y Participación*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1984.
18. GASCÓN ABELLÁN, Marina y Alfonso, GARCÍA FIGUEROA, “*La argumentación en el Derecho*”. Lima, Editorial Palestra, 2005.
19. GRACIA MARTÍN, Luis, *El trazado histórico iusfilosófico y teórico-político del Derecho penal del enemigo*” en: *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Navarra: Aranzadi, 2005.
20. GONZALES ORBEGOZO, Alexander, *¿Es legítimo el acto preparatorio de marcaje o reglaje elevado a la categoría de delito consumado mediante la Ley N° 29859?*”. En: *Gaceta Penal & Procesal Penal N° 50*, Editorial Gaceta Jurídica, Agosto de 2013.

21. GOODMAN, Marc, *Cibercriminalidad*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México D.F, 2003.
22. HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto y otros *Metodología de la investigación*, México, Editorial McGrawHill, 2010.
23. HUACCHILLO NÚÑEZ, Yenny, *El Delito De Marcaje o Reglaje: ¿Resulta Justificable su incorporación en el Código Penal? (en línea)*, <http://www.lozavalos.com.pe/alertainformativa/index.php?mod=contenido&com=contenido&id=8795>.
24. JAKOBS, Günther, *Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo*. Trad: CANCIO MELIÁ, Manuel, en: JAKOBS, Günther CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, Navarra: Civitas, También en: JAKOBS, Günther “La autocomprensión”, 2006.
25. JAKOBS, Gunter y Manuel, CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, Thomson-Civitas Editor, 2003.
26. JAKOBS, Günther, *Sociedad, Norma y Persona en una Teoría de un Derecho Penal Funcional*, Madrid, Civitas, 1996.
27. MORALES CAUTI, Julio César, “*El delito de reglaje o marcaje*”, *¿Protección de bienes jurídicos o derecho penal simbólico?*, en: *Gaceta Penal & Procesal Penal*, t. LIII, Lima, Gaceta Jurídica, 2013.
28. OSORIO, Manuel, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1981.
29. MUÑOZ CONDE, Francisco, *De nuevo sobre el «Derecho penal del enemigo»*. 1º Edición. Buenos Aires, Hammurabi, 2005.

30. NÚÑEZ PÉREZ, Fernando Vicente, *El Delito de Marcaje o Reglaje Una manifestación del adelantamiento de la punibilidad*, Lima, Ideas Solución Editorial SAC, 2015.
31. PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl, *Estudios críticos de derecho penal y política criminal. A partir de la jurisprudencia nacional y los nuevos tipos penales*. Lima, Ideas solución editorial SAC, 2013.
32. PÉREZ LÓPEZ, Jorge A. *El delito de marcaje o reglaje incorporado en el artículo 317-A del Código Penal por la Ley N° 29859*". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal N° 36*, Editorial Gaceta Jurídica, Junio de 2012.
33. PEÑA PEÑA, Karen, *Métodos, técnicas e instrumentos de investigación* (en línea) http://www.academia.edu/6251321/M%C3%A9todos_t%C3%A9nicas_e_instrumentos_de_investigaci%C3%B3n
34. PEÑARANDA RAMOS, Enrique, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*, traducida por JAKOBS, Günther, *Estudios de Derecho Penal*, Madrid: Civitas, 1997.
35. PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto, *Criminalidad Organizada*, Lima, Idemsa, 2006.
36. PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Determinación Judicial de la Pena y Acuerdos Plenarios*. Lima, Idemsa, 2010.
37. RAMOS NUÑEZ, Carlos. *Cómo hacer una tesis de derecho y no envejecer en el intento*, Lima, Editorial Grijley, 2011.

38. ROBLES TREJO, Luis, *Guía metodológica para la elaboración de proyectos de investigación jurídica*, Lima, Editorial Ffecaat, 2014.
39. ROBLES TREJO, Luis y otros, *Fundamentos de la investigación científica y jurídica*, Lima, Editorial Fecatt, 2012.
40. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “*La expansión del Derecho Penal*”, 2ª edición. Madrid, Ed. Civitas, 2001.
41. SOLÍS ESPINOZA, Alejandro. *Metodología de la Investigación Jurídico Social*, Lima, 1991.
42. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho penal. Parte general*, Perú, Grijley E.I.R.L
43. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Estructura Básica del Derecho Penal*.1ª ed., Buenos Aires, Ediar, 2009.
44. ZELAYARAN DURAND, Mauro. *Metodología de la investigación jurídica*. Lima, Ediciones Jurídicas, 2007.