

“EL DELITO DE REGLAJE O MARCAJE: UN ANÁLISIS DOGMÁTICO SOBRE SUS NOTAS ESENCIALES”

Marcial Eloy Páucar Chappa

I. ANTECEDENTES

Obedeciendo a un proceso bajo la tendencia *político-criminal* de neocriminalización, mediante la Ley N° 29859, publicada el 03 de mayo de 2012, se ha incorporado el Art. 317°-A que contempla el “delito de marcaje o reglaje”.

Ya desde hace mucho tiempo el derecho penal ha dejado de adoptar una visión mono-conductual de los tipos penales. Por el contrario, se ha observado en muchos casos, delitos que sirven de medio para la comisión de otros delitos, como por ejemplo, el delito de homicidio calificado o asesinato (Art. 108°, Inc. 2) que señala: “*Para facilitar u ocultar otro delito*”. Así, encontramos que los antecedentes más próximos de la criminalización del delito de reglaje o marcaje, que en la mayoría de casos hacen referencia directa a actos de suministro de información o de facilitación de medios para la comisión de ciertos delitos, se encuentran en la Ley N° 28760, publicada el 14 de junio de 2006, que incorporó al delito de secuestro (Art. 152°, 3^{er} p), la siguiente fórmula: “*La misma pena se aplicará al que con la **finalidad de contribuir** a la comisión del delito de (...), **suministra información** que haya conocido por razón o con ocasión de sus funciones, cargo u oficio, o **proporciona** deliberadamente los medios para la perpetración del delito*”. Casi un año más tarde, el D.L. N° 982, publicado el 22 de julio de 2007, reproduciendo íntegramente dicho texto legal, lo acopló a la estructura típica del delito de extorsión (Art. 200°, 2^{do} p.), siendo que los criterios de dicha voluntad *político-criminal* fueron adecuadamente plasmados en su Exposición de Motivos¹.

· Fiscal Adjunto Provincial Penal Titular de Lima. Post Grado en Ciencias Penales por la Universidad San Martín de Porres

¹ La Exposición de Motivos del D.L. N° 982 no fue publicado en el Diario Oficial “El Peruano”, pero a solicitud del Ministerio de Justicia, ha sido enviado por el Consejo de Ministros mediante Oficio N° 097-2008-DP/SCM, de fecha 12 de febrero de 2008, del cual consideramos importante el siguiente extracto: “*El crimen organizado, como modalidad de delinquir, tiene una doble consecuencia; por un lado, la objetiva inseguridad de los bienes e intereses ciudadanos y públicos cuya protección compete al Estado; y, por el otro, el incremento del sentimiento ciudadano de que tales bienes no están suficientemente resguardados*”.

II. 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 norma², como en el supuesto del Art. 317º-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 nacionalsocialista 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 (*Verletzungstrafrecht*) en un Derecho Penal del peligro (*Gefährdungsstrafrecht*), tomando como punto de referencia ya el comportamiento peligroso del autor. A la vez, se trataba de un Derecho Penal de la voluntad (*Willensstrafrecht*), 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” (*Gesinnungstrafrecht*), en cuanto atiende a la intención para la imposición de la pena³.

Ahora bien, la conspiración obedece a una doble naturaleza jurídico-penal: **i**) para algunos sistemas jurídicos es una institución de la Parte General (*Allgemeiner Teil*), equivalente a una “*coautoría anticipada*”, y **ii**) en otros sistemas legales consiste en un delito autónomo en la parte especial (*Besonderer Teil*), equivalente a un tipo penal que criminaliza actos preparatorios⁴, es decir, un “delito de preparación” (*Vorbereitungsdelikte*), tal

² GARCÍA CAVERO, Percy, “*Derecho Penal. Parte General*”, 2^{da} edición, Jurista Editores, Lima, 2012, p. 732; dicho autor considera que los casos excepcionales se reducirían al caso de la conspiración contra el Estado o la conformación de una agrupación terrorista.

³ Véase SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M. Isabel; “*El moderno derecho penal y la anticipación de la tutela penal*”, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1999, pp. 30-31; Cfr. también su análisis en ROJAS VARGAS, Fidel, “*El Delito, Preparación, Tentativa y Consumación*”, Idemsa, Lima, 2009, pp. 124-125.

⁴ Cfr. ZAFFARONI, Raúl, “*Derecho Penal – Parte General*”. Editorial EDIAR. Buenos Aires, 2002, p. 811; el autor sostiene que la prohibición de penar “*actos preparatorios*”, no obstante tratarse de una regla elementalísima, también admite excepciones, aunque menos de las que usualmente se aceptan, y que para ello se siguen dos caminos diferentes, (a) el primero consistente en extender lo prohibido excediendo el ámbito de la “*tentativa*” hasta abarcar una parte de la actividad preparatoria, siendo que en este grupo de casos se compone de “delitos incompletos” más amplios que la “*tentativa*”, (b) el otro es la tipificación independiente de ciertos actos preparatorios, pero que implican otras lesividades que exceden las del delito tentado, lo que da lugar a una tipicidad que, a su vez -según los casos- puede admitir la

como se encuentra en algunos casos en nuestro Código Penal⁵. Partir por hacer esta distinción resulta medular y crucial a la hora de analizar la fuente legal y doctrinaria que estudie la conspiración.

En España, por ejemplo, la conspiración se encuentra tipificada en la Parte General, específicamente en el Art. 17º.1 del CP: “*La conspiración existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo (...)*”. Una parte de la doctrina española la toma como una forma de “*coautoría anticipada*”, sosteniendo que dicha figura sólo va a ser punible si todos los que participan en concierto criminal han resuelto ejecutar el delito. Otros en cambio, la conciben como una especie de “*inducción mutua*”, considerando que no es necesario que todos se comprometan a realizar los actos de ejecución, siendo suficiente que los conspiradores influyan en la decisión de cometer un delito, aunque sólo algunos decidan actuar como autores. Por último, hay quienes la enfocan como un “*acto preparatorio de la coejecución de un delito*”⁶. Siendo importante resaltar su diferencia con el delito de asociación para delinquir del Art. 515º, pues éstos son más y menos que la conspiración: más, en cuanto requieren un mínimo de organización y una cierta duración temporal, y menos porque no requieren en los asociados el ánimo individual de ejecutar delito alguno⁷.

Encontramos, que en el caso de Chile, la conspiración se incorpora en el Art. 8º de su Código penal: “*La conspiración y proposición para cometer un crimen o un simple delito, sólo son punibles en los casos en que la ley las pena especialmente. (...) La conspiración existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución del crimen o simple delito*”. Aquí, la doctrina sostiene que en su naturaleza óptica, la proposición y la conspiración, aún en el caso de ser sancionadas, no son en esencia tipos independientes, sino que, al igual que la tentativa y la frustración, forman parte del proceso de desarrollo de un tipo delictivo ya descrito, que necesariamente debe corresponder al de uno susceptible de ser ejecutado con una acción de sujeto plural⁸.

tentativa, lo que no podría suceder en el anterior supuesto. Cfr. también BUSTOS RAMÍREZ, Juan, “*In-seguridad y Lucha contra el Terrorismo*”, en “*El Derecho ante la Globalización y el Terrorismo*”, LOZANO, Mario G. / MUÑOZ CONDE, Francisco (Coordinadores), Tirant lo blanch, Valencia, 2004, p. 409; para dicho autor la criminalización de la conspiración se debería porque de un Derecho penal del hecho hay un deslizamiento subrepticio a un Derecho penal de autor.

⁵ En nuestro país, el Prof. Dr. Víctor Prado Saldarriaga es el jurista pionero que ha propuesto incorporarlo a nuestro Código Penal bajo esos alcances, Cfr. PRADO SALDARRIAGA, Víctor, “*Nuevo Proceso Penal, Reforma y Política Criminal*”, Idemsa, Lima, 2009, p. 507.

⁶ Véase GARCÍA DEL BLANCO, María Victoria, “*El mutuo acuerdo: Problemas de imputación objetiva y subjetiva en coautoría*”, en “*La Respuesta del Derecho Penal ante los Nuevos Retos*”, CUERDA RIEZU, Antonio (Director), Dykinson, Madrid, 2006, p. 290.

⁷ DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, Miguel (Director), “*Protección y Expulsión de Extranjeros en Derecho Penal*”, La Ley, Madrid, 2007, p. 512.

⁸ Véase GARRIDO MONTT, Mario, “*Etapas de Ejecución del Delito Autoría y Participación*”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1984, p. 54.

En la doctrina argentina, ZAFFARONI con una postura sumamente crítica de la viabilidad jurídico-penal de dicha institución ha expresado: “En cuanto a la conspiración, también en esta ley se entromete una extraña figura que tiene definición y que no es la vieja asociación ilícita que tenemos nosotros, la cual no es ninguna de las figuras de participación. Quien la puso no se dio cuenta de que la conspiración en el derecho anglosajón es una forma de violar el principio de legalidad, que inventaron los anglosajones a medida que se les iba imponiendo el derecho escrito”⁹.

En el derecho penal alemán, la conspiración para delinquir se encuentra en el § 30 II de su Código Penal: “(2) *Ebenso wird bestraft, wer sich bereit erklärt, wer das Erbieten eines anderen annimmt oder wer mit einem anderen **verabredet**, ein Verbrechen zu begehen oder zu ihm anzustiften*” (2. Del mismo modo será castigado, quien se declare dispuesto, quien acepte el ofrecimiento de otro o quien con otro **concierte** para cometer un crimen o a instigar a él). Catalogando dicha figura como el ilícito de una tentativa, SANCINETTI acota: “Ello no sería especialmente dramático ante la situación actual, si se piensa que al menos para *la instigación* y para el *declararse dispuesto a cometer el hecho* y otras formas de acuerdo muy anteriores a la ejecución existe una punición autónoma, que prescinde de la accesoriedad externa, como si estas acciones contuvieran en sí el ilícito de una tentativa. Esta es la solución del § 30 StGB y no es extraña a otras legislaciones¹⁰”. GROPP ha sostenido igualmente que en el derecho alemán sólo ciertas formas de preparación del delito son punibles (*Formen der Verbrechensvorbereitung strafbar*) y en ese sentido identifica la tentativa (§ 30 I StGB) y la conspiración para delinquir (§ 30 II StGB)¹¹.

En el derecho norteamericano, la conspiración se encuentra tipificada en el & 371 Tit. 18 United States Code, que señala: “*If two or more persons conspire either to commit any offense against the United States, or to defraud the United States, or any agency thereof in any manner or for any purpose, and one or more of such persons do any act to effect the object of the conspiracy, each shall be fined under this title or imprisoned not more than five years, or both.*” (“Si dos o más personas conspiran para cometer cualquier delito contra los Estados Unidos, o para defraudar a los Estados Unidos, o contra cualquier institución de ésta bajo cualquier forma o cualquier propósito, y uno o más de dichas personas realizan un acto para asegurar el objetivo de la conspiración, será sancionado bajo los alcances de este título o con pena de prisión no más de cinco años, o con ambos”). Aquí si se exige la participación de cuando menos dos personas, sin que se haga mención a la

⁹ Dicha intervención se realizó en la “*Reunión Plenaria de las Comisiones de Asuntos Penales y Regímenes Carcelarios y de Asuntos Constitucionales del Senado de la Nación*” que se llevó a cabo los días 4 y 9 de setiembre de 1997, dicho extracto aparece en “*Código Procesal Penal de Mendoza: Ley 6730*”, Enrique A. Sosa Arditi, Luis N. Jaren Agüero (Editores), Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2000, p. 76

¹⁰ SANCINETTI, Marcelo A. “*Exigencias mínimas de la dogmática del hecho punible en la parte general de los códigos penales*”, en AAVV, “*El Funcionalismo en Derecho Penal. Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs*”, Tomo I, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 159.

¹¹ GROPP, Walter, “*Strafrecht, allgemeiner Teil*”, Springer, Berlin, 2005, p. 338

clase de delito, pudiendo ser cualquiera previsto y sancionado en su normatividad penal a nivel estatal o federal. Sobre su función político-criminal, SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ sostiene que la figura de la *conspiracy* o conspiración para delinquir de Estados Unidos se ha diseñado tempranamente con otros instrumentos dirigidos a una lucha más eficaz contra la delincuencia organizada¹².

La conspiración para delinquir se ha manifestado en nuestro ordenamiento como un delito de criminalización de actos preparatorios, como lo es el caso del Art. 296º, 4º p. en el delito de tráfico ilícito de drogas. En un primer plano, se debe destacar que se pudo lograr una mayor optimización de sus efectos si hubiera sido incorporada en forma autónoma para su aplicación a delitos graves, así pues, un sector calificado de la doctrina lo ha sostenido: “Sin embargo, lo objetable radica en la ubicación sistemática de esta conducta criminal. Esto es, ella debió ser parte integrante del artículo 317º del Código Penal para que su espectro preventivo se irradie sobre toda manifestación de criminalidad organizada¹³”. Por tal razón podemos sostener que el delito de marcaje y reglaje es una sub especie del delito de conspiración para delinquir, es decir, tanto por la criminalización de actos preparatorios, como por la finalidad de cometer, planificar o facilitar a futuro *delitos-fín*.

III. TIPICIDAD OBJETIVA

3.1. Sujeto Activo

Es indudable que el delito de marcaje o reglaje posee los rasgos característicos del “Derecho penal del enemigo” (*Feindstrafrecht*), porque en su estructura uno puede advertir tres particularidades concretas: **a)** flexibilización de las garantías; **b)** incremento de las penas o gravedad en la medida; y **c)** adelantamiento de la barrera de punibilidad¹⁴. Siendo importante resaltar que ya la doctrina nacional ha venido en los últimos años asimilando el análisis del Derecho penal del enemigo respecto de nuestra normatividad penal¹⁵.

¹² SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel, “Perfil Criminológico de la Criminalidad Transnacional Organizada”, en “Serta – In Memoriam Alexandri Baratta”, Fernando Pérez Álvarez (Ed.) Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004, p. 633

¹³ PRADO SALDARRIAGA, Víctor, “Nuevo Proceso Penal, Reforma y Política Criminal”, Idemsa, Lima, 2009, p. 298

¹⁴ Cfr. JAKOBS, Günther/CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho Penal del Enemigo*. Thomson-Civitas. Madrid. 2003, pp. 79-80; POLAINO-ORTS, Miguel, “Derecho penal del enemigo. Desmitificación de un concepto”, Grijley, Lima, 2006, pp. 156-157.

¹⁵ Cfr. al respecto: CARO JOHN, José Antonio, “Normativismo e Imputación Jurídico Penal, Estudios de Derecho Penal Funcionalista”, ARA Editores, Lima, 2010, pp. 115-126; GARCÍA CAVERO, Percy, “Derecho Penal. Parte General”, 2da edición, Jurista Editores, Lima, 2012, p. 195-198; MEINI MÉNDEZ, Iván, “Notas sobre el derecho penal del enemigo y los derechos humanos”, en “Los caminos de la justicia penal y los derechos humanos”, MACEDO, Francisco (Coord.), Idehpucp, Lima, 2007, pp. 151-153; PRADO SALDARRIAGA, Víctor, “Nuevo Proceso Penal, Reforma y Política Criminal”, Idemsa, Lima, 2009, p. 457; PÁUCAR CHAPPA, Marcial, “El nuevo delito de financiamiento del terrorismo en el Perú” en Gaceta Penal & Procesal Penal Nº 42. Gaceta Jurídica, Lima, 2012, pp. 135-150; ALCÓCER POVIS,

Este ilícito penal puede ser cometido por cualquier persona, por lo que al no requerirse ninguna cualidad especial al agente podemos sostener que es un “*delito común*”. Asimismo, es en mi opinión, no es un *tipo penal plurisubjetivo* porque no requiere la corroboración de una pluralidad de agentes, por consiguiente, el autor puede ser detenido, procesado y sancionado individualmente, sin que tampoco sea necesario verificar su pertenencia o conexión a una organización criminal o banda.

3.2. 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. No podemos dejar de mencionar que las modalidades descritas ya habían sido puestas en evidencia algún tiempo atrás por parte de la doctrina más autorizada, pues 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 víctimas¹⁶”. 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 delito¹⁷.

Eduardo, “*La Inclusión del Enemigo en el Derecho Penal*”, Editorial Reforma, Lima, 2009, pp. 91-110; MONTERO CRUZ, Estuardo, “*El ciudadano y el enemigo en el Derecho penal peruano: Una aproximación política y científica desde la teoría de los sistemas sociales autopoieticos*”, en PARIONA ARANA, Raúl (Coord.), “*20 Años de Vigencia del Código Penal peruano*”, Grijley, Lima, 2012, pp. 53-54; TALAVERA ELGUERA, Pablo; “*El Derecho Procesal Penal del enemigo en la Legislación comparada (Parte I)*” en Justicia y Democracia N° 10/2011, AMAG, Lima, 2011, pp. 35-63; en la Jurisprudencia nacional, véase también las STC N° 003-2005-PI/TC y STC N° 0014-2006-PI/TC.

¹⁶ PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto, “*Criminalidad Organizada*”, Idemsa, Lima, 2006, pp. 69-70.

¹⁷ 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*”, Idemsa, Lima, 2013, pp. 565-566.

3.2.1. Actos de acopio de información

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. Para ello el autor podrá realizar también los denominados “*actos de averiguación*”, a través de los cuales indagará por intermedio de otras personas (terceros) datos relevantes que sirvan para la comisión o facilitación de los *delitos-fín*. Así, por ejemplo, puede presentarse el caso que el agente al ser intervenido, se le haya encontrado en su poder páginas impresas con datos de una potencial víctima, pero que ha sido “bajada” (*downloaded*) de una página web con información restringida.

Y precisamente, hoy que vivimos el auge de la cibercriminalidad¹⁸ y su intrusión en varios espacios o segmentos de la criminalidad organizada contemporánea, aparece la figura de los “*hackers*”, quienes pueden, cual virus malsano, acceder a bases de datos prácticamente inaccesibles con mucha facilidad¹⁹, a efectos de cometer múltiples actos ilícitos. En nuestro ordenamiento, dicha tipología criminal se encuentra prevista en el Art. 207º-A, el cual señala: “*El que utiliza o ingresa indebidamente a una **base de datos**, sistema o red de computadoras o cualquier parte de la misma, para (...) **acceder o copiar información** en tránsito o contenida en una base de datos, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicios comunitarios de cincuentidós a ciento cuatro jornadas*”.

En efecto, al revisar dicho texto, advertimos la posibilidad, y muy alta por cierto, de que dicho tipo penal entre en concurso con el delito de reglaje o marcaje. Si bien, es evidente que protegen bienes jurídicos distintos, la principal diferencia entre ambos es la intención o propósito que no aparece en el Art. 207º-A, pero que si lo tiene el Art. 317º-A, esto es, la finalidad de cometer o facilitar los *delitos-fín*.

Obedece también a una cuestión básica, pero importante, determinar los alcances del elemento “*información*”, toda vez que debemos delimitar hasta qué punto ésta puede ser extraída de una base de datos de conocimiento o dominio público.

Al respecto, debemos precisar que uno de los derechos garantizados en la Constitución Política es el de “*acceso a la información pública*”, esto es,

¹⁸ Véase GOODMAN, Marc. “*Cibercriminalidad*”, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México D.F., 2003.

¹⁹ Cfr. GUTIÉRREZ FRANCÉS, Mariluz, “*Notas sobre la delincuencia informática: atentados contra la ‘información’ como valor económico de la empresa*”, en “*Estudios de Derecho Penal Económico*”, ARROYO ZAPATERO, Luis / TIEDEMANN, Klaus (Editores), Universidad Castilla – La Mancha, Cuenca, 1994, p. 186; dicha autora señala que no será infrecuente que la intrusión subrepticia de un “*hacker*” en un sistema de procesamiento automático de datos desemboque en una modificación o suspensión de datos, de extraordinarias consecuencias económicas para la víctima, siendo que dichas situaciones nada tienen de fantasía.

solicitar sin expresión de causa la información que se requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido, pero dado que ningún derecho es absoluto, se presentan algunas excepciones a la regla, como por ejemplo las informaciones que afectan la “*intimidad de las personas*” y las que expresamente se “*excluyan por ley*” o incluso “*por razones de seguridad nacional*”.

Ahora bien, de acuerdo al inciso 6 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú, es garantía constitucional de la persona el derecho a la protección de datos personales: “*Toda persona tiene derecho: 6. A que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar*”. El alcance del precepto constitucional citado es recogido por el artículo 13° del T.U.O. del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, amparando el derecho a la inviolabilidad y secreto de las telecomunicaciones, fijando que los concesionarios de los servicios públicos de telecomunicaciones están obligados a salvaguardar el secreto de las comunicaciones y la protección de los datos personales.

En el ámbito jurisprudencial, el Tribunal Constitucional ha desarrollado el “*principio de autodeterminación informativa*” o protección de datos personales, indicando las siguientes líneas de interpretación²⁰: “(...) El derecho a la autodeterminación informativa consiste en la serie de facultades que tiene toda persona para ejercer control sobre la información personal que le concierne, contenida en registros ya sean públicos, privados o informáticos, a fin de enfrentar las posibles extralimitaciones de los mismos. Se encuentra estrechamente ligado a un control sobre la información, como una autodeterminación de la vida íntima, de la esfera personal. (...) En este orden de ideas, el derecho a la autodeterminación informativa protege al titular del mismo frente a posibles abusos o riesgos derivados de la utilización de los datos, brindando al titular afectado la posibilidad de lograr la exclusión de los datos que considera “sensibles” y que no deben ser objeto de difusión ni de registro; así como le otorga la facultad de poder oponerse a la transmisión y difusión de los mismos. (...) El derecho a la autodeterminación informativa también supone que una persona pueda hacer uso de la información privada que existe sobre ella, ya sea que la información se encuentre almacenada o a disposición de entidades públicas, o sea de carácter privado. En ese sentido, es razonable afirmar que una persona tiene derecho a obtener copia de la información particular que le concierne, al margen de si ésta se encuentra disponible en una entidad pública o privada”.

Encontrando muy clara esta base preliminar, podemos afirmar que la “*información*” a que hace referencia el tipo penal, si bien puede ser extraída de una base de datos de dominio público, será la “*finalidad subjetiva criminal*” que tenga el agente para el uso de dicha información, la que tendrá relevancia para la estructura típica del delito, por tanto, el agente no podrá

²⁰ Véase las Sentencias N° 1797-2002-HD/TC, N° 04739-2007-PHD/TC y N° 0051-2010-HD/TC

alegar como causa de justificación o ejercicio de un derecho, el haber empleado información que es de acceso público no restringido, si tuvo como propósito emplearla para la comisión o facilitación de los “delitos-fin”²¹. Bajo esa línea de análisis, podemos afirmar entonces que los actos de acopio de información importan el acopio de datos relevantes, necesarios para poder asegurar el éxito de la operación criminal²².

Volviendo la mirada a nuestro análisis, cabe la posibilidad real de verificarse un “concurso aparente de leyes” entre la modalidad de “actos de acopio de información para facilitar delitos-fin”, con el “delito de extorsión²³”, en su modalidad del segundo párrafo del Art. 200° del CP (D.L. N° 982, 22/07/2007): “La misma pena se aplicará al 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 oficio o proporciona deliberadamente los medios para la perpetración del delito”. Precisamente, la doctrina nacional ha sostenido que la explicación razonable de su incorporación quizá haya sido tratar desde la ley, unificar criterios respecto a la situación de los que brindan información relevante y proporcionar los medios para que otros cometan el delito de extorsión²⁴. La solución más sustentada recoge el criterio del principio de especialidad, pues, en el caso del delito de extorsión, el agente requiere haber “suministrado” información que haya conocido por razón u ocasión de sus funciones, por tanto, el sujeto activo aquí es un “suministrador”, en tanto que, en el delito de marcaje el agente realiza “actos de acopio de información”, sea cualquiera que fuera la fuente (base de datos o una persona), en tal virtud, obedecerá a las funciones de un “acopiador”.

3.3.2. Actos de vigilancia de personas

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

²¹ Cfr. sobre los *delitos-fin*, SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “La ‘Intervención a través de la organización’, ¿Una forma moderna de participación en el delito?”, en CANCIO MELIÁ, Manuel/ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “*Delitos de organización*”, Editorial B de F, Buenos Aires, 2008, p. 100; POLAINO-ORTS, Miguel, “*Delitos de organización como Derecho penal del enemigo*”, en JAKOBS, Günther/ POLAINO-ORTS, Miguel, “*Delitos de Organización: Un desafío al Estado*”, Grijley, Lima, 2009, pp. 126-128; CASTILLO ALVA, José Luis, “*Asociación para delinquir*”, Grijley, Lima, 2005, p. 15.

²² 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*”, Idemsa, Lima, 2013, p. 568

²³ Cfr. sobre las modalidades de extorsión que existen en nuestro país: MINISTERIO PÚBLICO, “*Boletín del Observatorio de la Criminalidad*”, Año 2, N° 08, Agosto 2011, pp. 6-7.

²⁴ SALINAS SICCHA, Ramiro, “*Derecho Penal. Parte Especial*”, 5^{ta} edición, Grijley/Iustitua, Lima, 2013, p. 1204.

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 y GARCÍA CANTIZANO, 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 consumado²⁵”.

3.2.3. Actos de seguimiento de personas

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.

3.2.4. Actos de posesión de armas, vehículos, teléfonos u otros instrumentos para facilitar los delitos-fin

Continuando con el estudio de las conductas típicas del delito de marcaje o reglaje, observamos que el legislador también ha añadido una modalidad muy particular y que llama poderosamente la atención: “*actos de posesión de armas, vehículos, teléfonos u otros instrumentos para facilitar los delitos-fin*”. A efectos de mantener un orden sistemático y ordenado abordaremos su análisis en forma individual.

A) Posesión de armas

En torno a la “*posesión de armas*”, ha de adoptarse criterios de valoración ya consolidados en la doctrina respecto al concepto de armas. Así, la doctrina nacional es unánime en afirmar que por “*arma*” se entiende todo instrumento físico que cumple en realidad una función de ataque o defensa

²⁵ BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto/ GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen, “*Manual de Derecho Penal. Parte Especial*”, 4^{ta} edición, Editorial San Marcos, Lima, 2010, p. 296

para el que la porta²⁶, y que estén en disposición de funcionar aunque lo hagan en forma defectuosa²⁷.

Aquí, igualmente, juega un papel trascendente diferenciarla de otros tipos penales que pueden entrar en concurso. Ese es el caso del delito de tenencia ilegal de armas, previsto y sancionado en el Art. 279° del C.P., con el cual en algunos casos desembocaría en un concurso aparente de leyes. El texto legal de dicho delito señala: “*El que, ilegítimamente, fabrica, almacena, suministra o **tiene en su poder** bombas, **armas**, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos o sustancias o materiales destinados para su preparación, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años*”. Para que se consuma el delito de tenencia ilegal de armas, deberá crearse un peligro inminente a las personas, mediante la tenencia efectiva del arma, que permita actos concretos de disponibilidad inmediata por el sujeto agente, pues al ser un delito de propia mano, se exige la ejecución personal o corporal del sujeto que se encuentra de manera inmediata aprehendiendo el arma idónea²⁸.

Por el contrario, en el delito de marcaje o reglaje se debe verificar además que dichas armas se encuentren en disponibilidad para la facilitación de los *delitos-fin*, siendo importante destacar que dichas armas no necesitan estar en manos de los agentes, pues cabe la posibilidad de que aquéllas se encuentren en sus domicilios, domicilios de otros integrantes de la banda o de terceros, en sus vehículos o en lugares estratégicos cercanos al lugar de la comisión de los potenciales delitos-fin.

B) Posesión de vehículos

Respecto a la posesión de vehículos cabe hacer varias precisiones en orden de interpretación. Para definir el término “*vehículo automotor*” podemos acudir al artículo 2 del Decreto Supremo N° 016-2009-MTC, que define al vehículo automotor como el vehículo de dos o más ruedas que tiene motor y tracción propia. Por ende, están comprendidos tanto los automóviles, camiones, camionetas, así como las motocicletas lineales e incluso las conocidas “*trimotos*” o “*mototaxis*”. Igualmente, resulta irrelevante la titularidad de los vehículos, pues pueden tratarse de vehículos propios, robados, con placas clonadas, vehículos sin registro o inmatriculados, e incluso “vehículos oficiales”, esto es, vehículos que siendo de propiedad del Estado (*policía nacional, ejército, ministerios, instituciones públicas, etc.*), han sido facilitados por malos funcionarios para la comisión de los delitos-fin.

²⁶ Véase SALINAS SICCHA, Ramiro, “*Derecho Penal. Parte Especial*”, 5^{ta} edición, Grijley/Iustitia, Lima, 2013, p. 1013; BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto/ GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen, “*Manual de Derecho Penal. Parte Especial*”, 4^{ta} edición, Editorial San Marcos, Lima, 2010, p. 312, ROJAS VARGAS, Fidel, “*El Delito, Preparación, Tentativa y Consumación*”, Idemsa, Lima, 2009, p. 615.

²⁷ CASTAÑEDA SEGOVIA, Mateo, “*Límites entre la posesión irregular y la tenencia ilegal de armas de fuego*”, en AAVV. “*El Nuevo Código Penal peruano*”, Fondo Editorial del Congreso, Lima, 2011, p. 368.

²⁸ CASTAÑEDA SEGOVIA, Mateo, “*Límites entre la posesión irregular y la tenencia ilegal de armas de fuego*”, pp. 365-366.

C) Posesión de teléfonos

En este dominio también se deben abordar algunas consideraciones previas. Por “teléfonos” han de considerarse todos aquellos equipos de comunicación, tanto de telefonía fija como celular. Del mismo modo, resulta relevante penalmente verificar la titularidad del mismo, si tiene los accesorios clonados, o se trata de un equipo repotenciado o reensamblado.

Por otro lado, en la *praxis* resulta posible la aparición de un concurso aparente de leyes con el segundo y tercer párrafo del Art. 368°-D, incorporado mediante Ley N° 29867²⁹ (*Ley que incorpora diversos artículos al Código Penal relativos a la Seguridad en los centros de detención o reclusión*), cuyo texto legal es el siguiente: “Si el agente **posee, porta, usa o trafica con un teléfono celular o fijo** o cualquiera de sus accesorios que no esté expresamente autorizado, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de ocho años. (...) Si se demuestra que del uso de estos aparatos se cometió **o intentó cometer un ilícito penal**, la pena será no menor de diez ni mayor de quince años”.

A simple vista podemos afirmar que estamos también frente a la criminalización de la posesión de teléfonos con la intención de cometer un ilícito penal, sin embargo en relación al delito de marcaje o reglaje (Art. 317°-A), se advierten varias diferencias:

i) El primer punto de análisis a abordar estriba en su ubicación sistemática, pues el Art. 368°-D ha sido incorporado por el legislador dentro de los delitos Contra la Administración Pública, específicamente en la Sección II “Violencia y resistencia a la autoridad”. En cambio, el Art. 317°-A se encuentra insertado dentro de los delitos Contra la Tranquilidad Pública, es decir, protegen bienes jurídicos diferentes.

ii) El Art. 368°-D se configura al interior de un centro penitenciario, ya sea de reclusión o de detención, y precisamente, ese mayor contenido de injusto se ve reflejado en la mayor punibilidad, pues mientras el delito de marcaje o reglaje es sancionado con pena privativa de libertad no menor de 3 ni mayor de 6 años, el delito tipificado en el Art. 368°-D, 2 y 3 p., tiene una pena no menor de 10 ni mayor de 15 años.

iii) Otro criterio de interpretación dogmática para su diferenciación oscila en los alcances de los delitos-fin en cada uno. Así, en el caso del delito de marcaje o reglaje es limitado a un grupo cerrado (*artículos 106, 107, 108, 121, 124-A, 152, 153, 170, 171, 172, 173, 173-A, 175, 176, 176-A, 177, 185, 186, 188, 189 o*

²⁹ Cabe precisar que la Primera Disposición Complementaria y Final señaló una Exención de responsabilidad penal en este dominio: “La persona privada de su libertad que voluntariamente entregue armas de fuego o arma blanca, municiones, (...) así como teléfonos celulares o fijos o sus accesorios antes de la vigencia de la presente Ley, estará exenta de responsabilidad penal”; siendo importante hacer mención que la norma entró en vigencia a los sesenta días calendario de su publicación.

200), en tanto que en el delito tipificado en el Art. 368°-D, 2 y 3 p., tiene un radio de acción que comprende cualquier ilícito penal (*tanto del código penal como de leyes especiales*).

iv) Finalmente, otro punto de valoración converge en el análisis del sujeto activo, dado que en el delito de marcaje o reglaje puede ser cualquier persona (*delito común*), mientras que en el Art. 368°-D, 2 y 3 p., necesariamente debe ser una “persona privada de su libertad³⁰” (*delito especial*), claro está, conforme a ley.

D) Posesión de otros instrumentos

Cuando una norma penal hace referencia a una cláusula de esta naturaleza se debe tener en consideración los alcances del Principio de legalidad penal, en particular los parámetros de la “*lex certa*”. Sobre este ámbito ya el Tribunal Constitucional ha sostenido que el derecho penal admite la posibilidad de existan tipos abiertos que, frente a la indeterminación, sobre todo de los conceptos valorativos, delegan al juzgador la labor de complementarios mediante la interpretación, y que el límite de los admisible, desde el punto de vista constitucional, quedará sobrepasado en aquellos casos en que el tipo legal no contenga el núcleo fundamental de la materia de prohibición y, por tanto, la complementación ya no sea sólo cuantitativa, sino eminentemente cualitativa³¹.

Sobre esa base constitucional podemos advertir la legitimidad de dicha cláusula, técnica legislativa que el legislador ya ha estructurado en otros tipos penales como en el delito de violación sexual con la cláusula “*otro acto análogo*” (Art. 170°), o en el delito de estafa con “*otra forma fraudulenta*” (Art. 196°). Entonces haciendo una interpretación *intra legem*, en el delito de reglaje o marcaje el término “*otro instrumentos*” hará referencia por ejemplo a laptops, tablets, mapas, sogas, escaleras, disfraces, pasamontañas, etc.

3.3. Los delitos-fin

El tipo penal de marcaje o reglaje regula este ‘elemento objetivo’ con una fórmula cerrada o catálogo *numerus clausus*: “...*los delitos tipificados en los artículos 106, 107, 108, 121, 124-A, 152, 153, 170, 171, 172, 173, 173-A, 175, 176, 176-A, 177, 185, 186, 188, 189 o 200 del Código Penal*”. Se requiere hacer una revisión de los 20 delitos que componen la lista, abordándolos en forma

³⁰ En el Código Penal existen otras figuras donde el legislador ha encuadrado dicha condición en el sujeto activo, así por ejemplo, en la circunstancia cualificada descrita en el 4º p. del Art. 46°-A: “... *cuando el sujeto activo desde un establecimiento penitenciario donde se encuentre privado de su libertad, comete en calidad de autor o participe...*”; o en el delito de fuga, sancionado en el Art. 413°: “*El que, estando legalmente privado de su libertad, se evade por medio de violencia o amenaza...*”.

³¹ Véase la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 0010-2002-AI/TC-Lima, FJ. 49-51, publicada el 4 de enero de 2003.

sistemática y en función a los bienes jurídicos protegidos, a efectos de verificar su coherencia y armonía con el principio de proporcionalidad.

En primer lugar encontramos los delitos de homicidio (106°), parricidio (107°), homicidio calificado o asesinato (108°), lesiones graves dolosas (121°), y lesiones al concebido (124°-A), los cuales se hallan vinculados dentro de los delitos Contra la Vida, el Cuerpo y la Salud. Con excepción del último, y tal vez bajo un criterio criminológico acertado, éstos evidencian en el legislador la preocupación que tuvo por algunas de las modalidades periféricas de criminalidad organizada en nuestro país, concretamente aquéllas relacionadas con el “*sicariato*”. Por ende, el ‘delito de lesiones al concebido’ no encuentra una base lo suficientemente sólida para su permanencia en la nómina, tanto más si su pena conminada (de 1 a 3 años de pena privativa de libertad), es inferior al delito de reglaje o marcaje (de 3 a 6 años).

Un segundo grupo se halla compuesto por los delitos de secuestro (152°) y de trata de personas (153°), destinados a la protección del bien jurídico ‘libertad personal’. Dicha característica propia los convierte, y no hay duda en ello, en *delitos-fin* apropiados para la configuración del delito del Art. 317°-A, más aún, si revisten un *quantum punitivo* severo en ambos casos, y en el caso del delito de trata de personas, además, por tener actualmente un significado de trascendental importancia dentro de las políticas internacionales contra la criminalidad organizada transnacional.

La tercera agrupación está formada por delitos de violación de la libertad sexual, tales como violación sexual (170°), violación de persona en estado de inconsciencia (171°), violación sexual de persona en incapacidad de resistir (172°), violación sexual de menor de edad (173°), violación sexual de menor de edad seguida de muerte o lesión grave (173°-A), seducción (175°), actos contra el pudor (176°), actos contra el pudor en menores (176°-A), y sus formas agravadas (177°).

El cuarto conjunto viene representado por los delitos de hurto (185°), hurto con agravantes (186°), robo (188°), robo con agravantes (189°), y de extorsión (Art. 200°). Aquí ha sido apropiado y conveniente integrar en dicha nómina, sobretodo, al delito de secuestro extorsivo (Art. 200°, 6^{to} y 7^{mo} p.), toda vez, que dicha figura delictiva representa, por lo menos criminológicamente, un espacio muy amplio donde la criminalidad organizada nacional desarrolla sus actividades ilícitas, tanto más si se trata de una manifestación de criminalidad violenta.

IV. TIPICIDAD SUBJETIVA

4.1. Dolo

Abona importancia a este análisis la especial naturaleza de su tipicidad subjetiva, dado que, si bien nos encontramos frente a un delito doloso, la

especial condición de sus elementos esenciales determinan para su configuración típica sólo el “*dolo directo*”, sin la posibilidad que sean admisibles los casos de dolo eventual.

4.2. Tendencia interna trascendente

Otro factor a tomar en cuenta en nuestro análisis es su condición de “*delito de tendencia interna trascendente*”. Ello se debe a que acompañando al dolo se encuentra una finalidad subjetiva o tendencia interna³² perseguida por el autor: “*para cometer o facilitar la comisión de los delitos tipificados en los artículos: (...)*”. En otros términos, dentro de la propia configuración delictiva se ha introducido, ahora como parte de la tipicidad subjetiva, un elemento subjetivo adicional al dolo, es decir, un elemento de tendencia interna trascendente, de finalidad o de proyección delictiva³³.

Como ya hemos sostenido en trabajos anteriores, el motivo fundamental para la utilización de dicha técnica legislativa obedece a que, al probarse el dolo mediante prueba indiciaria (*Indizienbeweis*), dicha tendencia interna también deberá ser probada mediante tal clase de prueba, facilitando de esta forma la actividad probatoria³⁴.

V. CONSUMACIÓN

Para la consumación del delito analizado no se requiere de la verificación de ningún resultado, por lo que sólo se necesita que el agente realice la conducta típica, razón por la cual es un “*delito de mera actividad*”. Asimismo, es también un “delito instantáneo”, pues resulta relevante cuánto tiempo el agente se haya encontrado realizando los actos de acopio de información, de vigilancia o seguimiento, o mantenido en su poder objetos para la comisión de delitos, basta que los haya ejecutado por un espacio de tiempo breve, o cuanto menos momentáneamente. Tampoco se requiere confirmar la materialización de alguno de los “*delitos-fin*” (artículos 106, 107, 108, 121, 124-A, 152, 153, 170, 171, 172, 173, 173-A, 175, 176, 176-A, 177, 185, 186, 188, 189 o 200 del Código Penal), siendo irrelevante por tanto que con posterioridad éstos hayan tenido éxito o no.

³² Cfr. RUIZ RODRÍGUEZ, Luis Ramón, “*Encubrimiento y receptación. Los específicos elementos subjetivos del injusto*”, en AA.VV., *Libro Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: In Memoriam*, vol. II, Ediciones Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001, p. 609; el autor sostiene que la utilización de elementos subjetivos específicos distintos del dolo en los Códigos y Leyes penales debe responder al *criterio de excepcionalidad* ya que, como se ha visto, se trata de hacer intervenir al sistema penal en supuestos extremos, supuestos que se encuentran en la misma línea divisoria entre lo punible y lo impune, frontera donde las garantías materiales y formales del sistema deben funcionar siempre con todo rigor.

³³ NÚÑEZ PÉREZ, Fernando Vicente, “*El acto preparatorio de marcaje o reglaje elevado a la categoría de delito consumado por medio de la Ley N° 29859*”, *Gaceta Penal & Procesal Penal* N° 35, Mayo 2012, p. 151.

³⁴ Cfr. PAUCAR CHAPPA, Marcial Eloy, “*La investigación del delito de lavado de activos*”, ARA Editores, Lima, 2013, pp. 203-206.

Adicionalmente, es un “*delito de peligro abstracto*” por cuanto la norma no señala o consigna normativamente cuál es el peligro que debe realizar el sujeto activo, sino que existe un merecimiento de pena por ser la conducta típicamente peligrosa por sí misma³⁵.

VI. CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES

Resumiendo el concepto de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, el maestro PRADO SALDARRIAGA señala: “Las circunstancias son factores o indicadores de carácter objetivo o subjetivo que ayudan a la medición de la intensidad de un delito. Es decir, posibilitan valorar la mayor o menor desvaloración de la conducta ilícita (antijuridicidad del hecho); o el mayor o menor grado de reproche que cabe formular al autor de dicha conducta (culpabilidad del agente). 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. Por tanto, la función principal de las circunstancias no es otra que coadyuvar a la graduación o determinación del quantum o extensión de la pena concreta aplicable al hecho punible cometido”³⁶.

Ahora bien, el segundo párrafo del artículo en análisis contiene el siguiente texto, el cual contempla los supuestos de agravación:

“Constituye circunstancia agravante si el sujeto activo es funcionario o servidor público o mantiene o hubiese mantenido vínculo laboral con el sujeto pasivo o mantiene o hubiese 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 años”.

A partir de ello, elaboraremos un estudio de las circunstancias agravantes del delito de marcaje o reglaje, que tienen, casi en su mayoría, como punto nodal común la “condición del agente”.

6.1. Si el sujeto activo es funcionario o servidor público

Este supuesto ha sido utilizado por el legislador en varios tipos penales del Código Penal y leyes especiales, como por ejemplo el delito de tráfico ilícito de drogas (inciso 1 del Art. 297º) y el delito de lavado de activos (inciso 1 del Art. 4º del D.L. N° 1106). Sin embargo, la fórmula planteada resulta insuficiente para justificar un quantum punitivo más elevado por el mayor grado de reprochabilidad, pues no sólo debe verificarse la condición de

³⁵ Cfr. ROXIN, Claus, “*La Imputación Objetiva en el Derecho Penal*”, Traducción de Manuel Abanto, 2^{da} edición, Grijley, 2012, p. 165; este autor los denomina “*delitos de abstracta puesta en peligro*”, y son aquéllos en los cuales se pena una conducta típicamente peligrosa por sí misma, sin que se necesite la producción de un resultado de peligro en el caso concreto.

³⁶ PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Determinación Judicial de la Pena y Acuerdos Plenarios*. Idemsa, Lima, 2010, pp. 138-139.

funcionario o servidor público en base a los alcances del Art. 425°, sino que además, se debería corroborar que el agente se prevaleció de su posición especial para cometer el injusto, esto es, debe configurarse un “*delito de prevalimiento*”³⁷, es decir, el agente de un delito toma ventaja de una concreta y especial situación de predominio, confianza, influencia o autoridad con respecto a la víctima para poder ejecutar con éxito el tipo penal. Para subsanar dicha deficiencia en la técnica legislativa proponemos de *lege ferenda* se reemplace dicho texto por la fórmula “si el agente comete el hecho abusando del ejercicio de la función pública”³⁸.

6.2. Si mantiene o hubiese mantenido vínculo laboral con el sujeto pasivo

En este supuesto resulta irrelevante el tipo de vínculo laboral que se tuvo con el sujeto pasivo. No importa si hubo contrato verbal o por escrito, o si la relación laboral tuvo corta o larga duración, si fue reciente o se dio hace muchos años. El vínculo laboral puede ser directo o indirecto, es decir, puede realizar personalmente con la potencial víctima, o con la familia, o incluso con un grupo de personas donde lo integra la víctima, por ejemplo, la empleada del hogar contratada por la mamá de la víctima, o el guardia de seguridad de una urbanización donde vive el agraviado.

6.3. Si mantiene o hubiese mantenido con este último vínculo que lo impulse a depositar en él su confianza

Este vínculo debe de ser de una naturaleza tal que impulse a la víctima a depositar su confianza en aquél. Puede tratarse de una relación maestro y alumno, de vendedor a comprador, de empresario y proveedor, amigos, vecinos, familiares cercanos o lejanos, repartidores de diarios u otros productos, etc. En realidad se pueden tomar los mismos criterios dogmáticos adoptados para el caso del delito de violación sexual de menor (Art. 173°, párrafo *in fine*): “si el agente tuviere cualquier posición (...) que le dé particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él su confianza”.

6.4. Si utiliza para su realización a un menor de edad

El sujeto activo puede utilizar un menor de edad, ya sea por engaño o coacción, o en supuestos donde éstos tengan plena conciencia y voluntad de

³⁷ Véase sobre el particular: VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando, “*La circunstancia agravante de prevalimiento del carácter público (Art. 22.7ª del código penal)*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001; en esta obra el autor realiza un estudio del contenido del art. 22.7ª CP español, el cual comprende el análisis de sus elementos objetivos y subjetivos, así como el de los principales problemas de compatibilidad, comunicabilidad y error.

³⁸ Cfr. PAUCAR CHAPPA, Marcial, “*El nuevo delito de financiamiento del terrorismo en el Perú*”, en Gaceta Penal & Procesal Penal, N° 42, Diciembre 2012, p. 150; aquí, ya anteriormente también hemos presentado la misma crítica sobre los alcances de la segunda circunstancia agravante del 2do p. del Art. 4°-A, donde proponemos de *lege ferenda* dicha fórmula.

realizar los actos de marcaje y reglaje. Sobre el segundo supuesto, debemos precisar que la “justicia penal de menores” es un tema de amplio debate en la doctrina, pues tal como afirma ROXIN³⁹, lo correcto es afirmar que se trata de una regulación de la exclusión de la responsabilidad que puede basarse bien en que el menor todavía no era normativamente asequible o bien en que no existe ninguna necesidad preventiva de punición.

Ahora bien, aún cuando no son pasibles de penas ni medidas de seguridad, el Código de Niños y Adolescentes (CNA) prevé la aplicación de “*medidas de protección u otras socioeducativas*”, dentro de los límites dados por el Art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, ratificada por el Perú mediante Res. Leg. N° 25278. En la misma línea, como se sabe, los menores infractores no pueden ser sometidos a un proceso penal, pues, aunque la exclusión de la responsabilidad se halla en el terreno del Derecho material, la minoría de edad penal, procesalmente no conduce a la absolución sino al sobreseimiento (*corte de secuela*), sin embargo, el CNA les ha previsto un procedimiento especial donde se determinará su responsabilidad.

VII. PROPUESTA DE *LEGE FERENDA*

Nosotros consideramos que se debería incluir como una finalidad más el “*planificar*”, pues permitiría una mejor adecuación de supuestos involucrados con la etapa de estrategia y toma de decisiones de los criminales. Asimismo, se debería incorporar una circunstancia agravante referida a la intervención de “*agentes pertenecientes de entidades financieras*”, dada la alta incidencia de casos que se da en la praxis. Finalmente, se debería excluir el delito de lesiones al feto del catálogo de delitos-fin, dada su nula operatividad en los casos concretos, así como por su mínimo *quantum* punitivo. Nuestra propuesta es la siguiente:

“Artículo 317-A.- Marcaje o reglaje. *El que para cometer, planificar o facilitar la comisión de los delitos tipificados en los artículos 106, 107, 108, 121, 152, 153, 170, 171, 172, 173, 173-A, 175, 176, 176-A, 177, 185, 186, 188, 189 o 200 del Código Penal, realiza actos de acopio de información; o realiza actos de vigilancia o seguimiento de personas; o tiene en su poder armas, vehículos, teléfonos u otros instrumentos para facilitar la comisión del delito, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.*

Constituye circunstancia agravante si el sujeto activo es funcionario o servidor público o mantiene o hubiese mantenido vínculo laboral con el sujeto pasivo o mantiene o hubiese mantenido con este último vínculo que lo impulse a depositar en él su confianza o utilice para su realización a un menor de edad o haya aprovechado su condición de empleado o

³⁹ ROXIN, Claus, “*Derecho Penal, Parte General*”, Tomo I, Civitas, Madrid, 1997, p. 847

funcionario de una entidad bancaria. En estos casos la pena privativa de libertad será no menor de seis ni mayor de diez años.”

VIII. BIBLIOGRAFÍA

ALCÓCER POVIS, Eduardo, “*La Inclusión del Enemigo en el Derecho Penal*”, Editorial Reforma, Lima, 2009.

BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto/ GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen, “*Manual de Derecho Penal. Parte Especial*”, 4^{ta} edición, Editorial San Marcos, Lima, 2010.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan, “*In-seguridad y Lucha contra el Terrorismo*”, en “*El Derecho ante la Globalización y el Terrorismo*”, LOZANO, Mario G. / MUÑOZ CONDE, Francisco (Coordinadores), Tirant lo blanch, Valencia, 2004.

CARO JOHN, José Antonio, “*Normativismo e Imputación Jurídico Penal, Estudios de Derecho Penal Funcionalista*”, ARA Editores, Lima, 2010.

CASTAÑEDA SEGOVIA, Mateo, “*Límites entre la posesión irregular y la tenencia ilegal de armas de fuego*”, en AAVV. “*El Nuevo Código Penal peruano*”, Fondo Editorial del Congreso, Lima, 2011.

CASTILLO ALVA, José Luis, “*Asociación para delinquir*”, Grijley, Lima, 2005.

DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, Miguel (Director), “*Protección y Expulsión de Extranjeros en Derecho Penal*”, La Ley, Madrid, 2007.

GARCÍA CAVERO, Percy, “*Derecho Penal. Parte General*”, 2^{da} edición, Jurista Editores, Lima, 2012.

GARCÍA DEL BLANCO, María Victoria, “*El mutuo acuerdo: Problemas de imputación objetiva y subjetiva en coautoría*”, en “*La Respuesta del Derecho Penal ante los Nuevos Retos*”, CUERDA RIEZU, Antonio (Dir.), Dykinson, Madrid, 2006.

GARRIDO MONTT, Mario, “*Etapas de Ejecución del Delito Autoría y Participación*”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1984.

GOODMAN, Marc. “*Cibercriminalidad*”, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México D.F., 2003.

GROPP, Walter, “*Strafrecht, allgemeiner Teil*”, Springer, Berlin, 2005.

GUTIÉRREZ FRANCÉS, Mariluz, “*Notas sobre la delincuencia informática: atentados contra la ‘información’ como valor económico de la empresa*”, en “*Estudios de Derecho Penal Económico*”, ARROYO ZAPATERO, Luis / TIEDEMANN, Klaus (Editores), Universidad Castilla – La Mancha, Cuenca, 1994.

JAKOBS, Günther/CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho Penal del Enemigo*. Thomson-Civitas, Madrid, 2003.

MEINI MÉNDEZ, Iván, “*Notas sobre el derecho penal del enemigo y los derechos humanos*”, en “*Los caminos de la justicia penal y los derechos humanos*”, MACEDO, Francisco (Coord.), Idehpucp, Lima, 2007.

MINISTERIO PÚBLICO, “*Boletín del Observatorio de la Criminalidad*”, Año 2, N° 08, Agosto 2011.

MONTERO CRUZ, Estuardo, “*El ciudadano y el enemigo en el Derecho penal peruano: Una aproximación política y científica desde la teoría de los sistemas sociales autopoieticos*”, en PARIONA ARANA, Raúl (Coord.), “*20 Años de Vigencia del Código Penal peruano*”, Grijley, Lima, 2012.

NÚÑEZ PÉREZ, Fernando Vicente, “*El acto preparatorio de marcaje o reglaje elevado a la categoría de delito consumado por medio de la Ley N° 29859*”, Gaceta Penal & Procesal Penal N° 35, Mayo 2012.

PAUCAR CHAPPA, Marcial Eloy, “*La investigación del delito de lavado de activos*”, ARA Editores, Lima, 2013.

PÁUCAR CHAPPA, Marcial Eloy, “*El nuevo delito de financiamiento del terrorismo en el Perú*” en Gaceta Penal & Procesal Penal N° 42. Gaceta Jurídica, Lima, 2012.

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*”, Idemsa, Lima, 2013.

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*”, Idemsa, Lima, 2013.

POLAINO-ORTS, Miguel, “*Delitos de organización como Derecho penal del enemigo*”, en JAKOBS, Günther/ POLAINO-ORTS, Miguel, “*Delitos de Organización: Un desafío al Estado*”, Grijley, Lima, 2009.

POLAINO-ORTS, Miguel, “*Derecho penal del enemigo. Desmitificación de un concepto*”, Grijley, Lima, 2006.

PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto, “*Criminalidad Organizada*”, Idemsa, Lima, 2006.

PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto, “*Nuevo Proceso Penal, Reforma y Política Criminal*”, Idemsa, Lima, 2009.

PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto, “*Determinación Judicial de la Pena y Acuerdos Plenarios*”, Idemsa, Lima, 2010.

ROJAS VARGAS, Fidel, “*El Delito, Preparación, Tentativa y Consumación*”, Idemsa, Lima, 2009.

ROXIN, Claus, “*Derecho Penal, Parte General*”, Tomo I, Civitas, Madrid, 1997.

ROXIN, Claus, “*La Imputación Objetiva en el Derecho Penal*”, Traducción de Manuel Abanto, 2^{da} edición, Grijley, 2012.

RUIZ RODRÍGUEZ, Luis Ramón, “*Encubrimiento y receptación. Los específicos elementos subjetivos del injusto*”, en AA.VV., *Libro Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: In Memoriam*, vol. II, Ediciones Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001.

SALINAS SICCHA, Ramiro, “*Derecho Penal. Parte Especial*”, 5^{ta} edición, Grijley/Iustitia, Lima, 2013.

SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel, “*Perfil Criminológico de la Criminalidad Transnacional Organizada*”, en “*Serta – In Memoriam Alexandri Baratta*”, Fernando Pérez Álvarez (Ed.) Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004.

SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M. Isabel; “*El moderno derecho penal y la anticipación de la tutela penal*”, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1999.

SANCINETTI, Marcelo A. “*Exigencias mínimas de la dogmática del hecho punible en la parte general de los códigos penales*”, en AAVV, “*El Funcionalismo en Derecho Penal. Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs*”, Tomo I, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “La ‘Intervención a través de la organización’, ¿Una forma moderna de participación en el delito?”, en CANCIO MELIÁ, Manuel/ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “*Delitos de organización*”, Editorial B de F, Buenos Aires, 2008.

TALAVERA ELGUERA, Pablo; “*El Derecho Procesal Penal del enemigo en la Legislación comparada (Parte I)*” en Justicia y Democracia Nº 10/2011, AMAG, Lima, 2011.

VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando, “*La circunstancia agravante de prevalimiento del carácter público (Art. 22.7ª del código penal)*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

ZAFFARONI, Raúl, “*Derecho Penal – Parte General*”. Editorial EDIAR. Buenos Aires, 2002.