

EL DELITO DE MARCAJE COMO EXPRESIÓN DE UN “SISTEMA PENAL DE LA EXCLUSIÓN” COMENTARIOS A PROPÓSITO DE LOS PROYECTOS DE LEY N° 2056/2012-CR Y 2100/2012-PE

Walter Palomino Ramírez

I. APUNTE PREVIO

La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico-estatal¹ y, como consecuencia de ello, la validez de todos los actos y normas que los poderes públicos emiten se encuentran sometidos a los principios y valores que ésta consagra². Existe consenso en que la Constitución contiene “los derechos, principios y valores que dotan de legitimidad a toda regulación jurídica y, *en especial*, a la intervención penal, toda vez que ésta plantea los límites negativos (mandatos y prohibiciones) del pluralismo ideológico”³.

En esta línea, una importante consecuencia de la constitucionalización de nuestro sistema jurídico es el que “los derechos constitucionales informan y se irradian por todos los sectores del ordenamiento jurídico”⁴; se sostiene, asimismo, que la actual relevancia de los derechos fundamentales “es el factor que mayor peso ha jugado en el proceso de transformación del Estado de Derecho en Estado Constitucional. Esto hace que los derechos fundamentales se conviertan en un concepto prioritario, envolvente y recurrente”⁵.

En atención a lo expuesto, se observa que la Constitución busca la limitación del poder político y la garantía de los derechos fundamentales⁶. Es más, el propio legislador ve reducido su ámbito de discrecionalidad para tipificar comportamientos e imponer los límites máximos o mínimos de la pena, pues debe respetar las garantías materiales y procesales propias de un Estado democrático de Derecho, dentro de la que destaca el *principio de proporcionalidad*, entre otros bienes constitucionales, que se constituyen en el fundamento y límite del poder punitivo del Estado⁷.

· Maestría en Derecho penal por la Pontificia Universidad Católica del Perú y con estudios de maestría en Derecho procesal por la USMP.

¹ En este sentido ver: STC n° 2209-2002-AA/TC. Caso: Urello Álvarez (FJ 7) / STC n° 5854-2005-AA. Caso: Lizana Puelles (FJ 3) / STC n° 0019-2005-PI/TC. Caso: Más del 25% del número legal de miembros del Congreso de la República (FJ 36) / STC n° 0012-2006-PI/TC. Caso: Colegio de Abogados de Lima (FJ 1), entre otras.

² STC n° 2209-2002-AA/TC. Caso: Urello Álvarez (FJ 7).

³ ZUÑIGA RODRIGUEZ, Laura. *Criminalidad organizada y sistema de Derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*, Granada (Editorial Comares), 2009, p.16. (cursiva mía)

⁴ STC n° 0976-2001-AA/TC. Caso: Llanos Huasco (FJ 5).

⁵ CORREA HENAO, Magdalena. *La limitación de los derechos fundamentales. Temas de Derecho Público (71)*, Bogotá (Departamento de publicaciones de la Universidad Externado de Colombia), 2003, p. 19.

⁶ AGUILÓ REGLA, Josep. “Sobre la Constitución del Estado Constitucional”. En: *Doxa* (24), 2001, p. 40 (<http://publicaciones.ua.es/filespubli/pdf/02148678RD21823696.pdf>) [última visita 18.04.13]

⁷ Ver, entre otras, la STC n° 0012-2006-PI/TC. Caso: Colegio de Abogados de Lima (FJ 14).

Resulta extraño, entonces, que desde un sector de la doctrina se afirme que solo quien “prometa de modo más o menos confiable fidelidad al ordenamiento jurídico tiene derecho a ser tratado como persona en derecho. Quien no preste esa promesa de modo creíble será tendencialmente heteroadministrado; **se le priva de sus derechos**. Sus deberes [sin embargo] siguen incólumes”⁸. En otras palabras, desde dicha perspectiva, si bien la “persona” es portadora de derechos y deberes, “si incumple determinados deberes de manera obstinada, (...) ya no puede ser tratada como persona, esto es, no desempeña el papel de “persona” de tal manera que en la realidad tenga sentido contar con ello”⁹.

Tal expresión es característica del denominado “Derecho penal del enemigo”, fenómeno lamentable que, sin embargo, es actual y se encuentra presente en el ordenamiento jurídico peruano, como expresión de la resignación e incapacidad del Estado ante la criminalidad y cuyo ensalzamiento —desde distintos sectores— se realiza, como apunta MÁLAGA CARRILLO, “sin análisis sociológico alguno, sin estadística penitenciaria y sin noción de cuáles son los efectos de la ejecución de las penas en nuestras cárceles”¹⁰.

En este sentido, en la doctrina comparada se ha afirmado, que “el derecho penal del enemigo tal y como está planteado en sus fundamentos por JAKOBS, es contrario a los fundamentos de nuestro Estado democrático de derecho”¹¹. Así también, en el ámbito nacional, se indica que el Derecho penal del enemigo significa un recorte ilegítimo por parte del Estado de los ámbitos de libertad de la persona¹² y que tal legislación debe ser sometida a un control sobre su compatibilidad con los diversos principios y garantías jurídico-penales recogidos en la Constitución¹³.

De este modo, si bien es cierto que, el Estado en ejercicio de sus atributos y cumpliendo sus deberes para con la sociedad, puede establecer medidas en materia penal, procesal penal y penitenciaria, que permitan hacer frente a un fenómeno que ponga en peligro a la sociedad¹⁴, las mismas no pueden ser contrarias a los principios, valores y derechos constitucionales que sitúan al sistema penal dentro del marco del Estado Constitucional y que, solo a partir de su estricto respeto, vía ponderación en casos de conflicto, permiten la restricción en el ejercicio de las libertades jurídicamente reconocidas en aras a lograr la defensa de otro valor o interés que también presenta relevancia constitucional.

⁸ JAKOBS, Günther. “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad”. 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. 110. [resaltado mío]

⁹ JAKOBS, Günther. “Coacción y personalidad. Reflexiones sobre una teoría de las medidas de seguridad complementarias a la pena”. En *INDRET (1)*, 2009, p. 11 (<http://www.indret.com/pdf/601.pdf>) [última visita: 15.06.13]

¹⁰ MÁLAGA CARRILLO, Armando. “El enemigo y el discurso de la seguridad ciudadana”. En: *Ius et Veritas* 44/2012, Lima, p. 342.

¹¹ FEIJOÓ SÁNCHEZ, Bernardo. “El derecho penal del enemigo y el Estado democrático de derecho”. En: *Revista Internacional Derecho Penal Contemporáneo* 16/2006 (Versión electrónica). Disponible en: <http://www.legis.com.pe/> [última visita 18.04.13]

¹² MEINI, Iván. “Notas sobre el Derecho penal del enemigo y los Derechos humanos”. En: *Imputación y responsabilidad penal. Ensayos de Derecho penal*, Lima (Ara Editores), 2009, p. 28.

¹³ GARCÍA CAVERO, Percy. ¿Existe y debe existir un Derecho penal del enemigo? 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. 189.

¹⁴ Así, por ejemplo, véase la STC n° 00033-2007-PI/TC. Caso: Días Montes y 8, 971 ciudadanos (FFJJ 36 y 37).

En ese sentido, el presente trabajo tendrá como finalidad realizar un análisis crítico del delito de marcaje/reglaje (art. 317-A CP), pues, como se observará, presenta en su configuración típica las características de un discurso de la exclusión (“Derecho penal del enemigo”), que sumado a otros defectos de índole metodológico, tornan dudosa su legítima permanencia en nuestro sistema jurídico. Tal carácter se acentuaría con la aprobación del Proyecto de Ley n° 2056/2012-CR, que prevé la extensión ilimitada del citado ilícito, la agravación de sus penas y la cuestionable incorporación de las entidades financieras como terceros civilmente responsables. Las propuestas planteadas en el Proyecto de Ley n° 2100/2012-PE, que —según sus proponentes— se configurarían como una solución ante los defectos de orden dogmático, así como sistemáticos, de la actual redacción del delito materia de comentario, tampoco lograrán salvar tales deficiencias.

II. EL DELITO DE MARCAJE/REGLAJE COMO PARTE DE UN DISCURSO DE LA EXCLUSIÓN O LA “EMERGENCIA”

De manera muy breve, cabe señalar que con la denominación “Derecho penal del enemigo”¹⁵, se hace referencia al trato de los infractores como enemigos, esto es, “como meras fuentes de peligro que deben ser neutralizadas del modo que sea”¹⁶. Así, enemigo será sinónimo de *fente de peligro* y denotará a una persona que voluntariamente se autoexcluye¹⁷ del sistema social, vía el constante cuestionamiento del ordenamiento jurídico¹⁸, por lo que no ofrece garantía (cognitiva) de que cumplirá con los deberes exigibles a toda persona en Derecho (comportamiento fiel al ordenamiento jurídico)¹⁹.

Pese a las negativas consecuencias que podría provocar tal postura, que suprime en los “delincuentes peligrosos”²⁰ el estatus de persona y con ello las garantías que rodean su

¹⁵ Sobre lo impropio de tal definición: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. 2da edición, Montevideo-Buenos Aires (B de F Ltda.), 2010, pp. 59 – 61.

¹⁶ Así, de manera descriptiva GARCÍA CAVERO, Percy. ¿Existe y debe existir..., p. 179.

¹⁷ Por ello, se afirma que si el enemigo cambia su conducta podrá “volver a convertirse en ciudadano”. Ver: JAKOBS, Günther. “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de..., p. 110.

¹⁸ MEINI, Iván. “Notas sobre el Derecho penal del..., p. 25.

¹⁹ Dicha concepción teórica se contraponen al Derecho penal del ciudadano —también elaborado por Jakobs— en el que la imposición de penas se lleva a cabo al interior de un proceso rodeado de garantías y en el que cuando éste delinque no se entiende que ha atentado contra la constitución misma del Estado, de manera que la pena buscará el restablecimiento de la vigencia de la norma y no la eliminación del sujeto peligroso. Mayor detalle en: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. “Normatividad del ciudadano versus facticidad del enemigo: sobre la necesaria autoorientación de la normativización jurídico-penal”. En: Cancio Meliá/Gómez- Jara Díez (Coord.) *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*. Volumen 1, Montevideo-Buenos Aires (Editorial B de F Ltda.), 2006, pp. 977 – 1002.

²⁰ Bajo la excusa de combatir a los sujetos peligrosos (¡enemigos!) se busca justificar la legitimidad de un “Derecho penal de la peligrosidad”, de cuyo seno surgen productos sumamente represivos como, por ejemplo, la custodia de seguridad alemana, que, debe resaltarse, ha motivado un pronunciamiento en rechazo a tal medida (y de los fundamentos que la sostuvieron) por parte del propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sentencia de 17 de diciembre de 2009), propiciando que el Tribunal Constitucional alemán, pese a fallos anteriores en los que se decantó a favor de su legitimidad, termine por derogar dicha normativa por considerarla lesiva de derechos fundamentales. Al respecto ver: RIVAS GARCÍA, Nicolás. “La libertad vigilada y el Derecho penal de la peligrosidad”. En: Demetrio Crespo (Dir.)/Maroto Calatayud (Coord.) *Neurociencias y Derecho penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*, Madrid (EDISOFER – Editorial B de F), 2013, pp. 616 – 620. En nuestro país se está buscando, aunque con ciertas diferencias, regular medidas de seguridad *post-penales* para condenados por delitos de terrorismo y abuso sexual consistente en la internación con fines de custodia de

procesamiento de cara a una pena cualificadamente grave, JAKOBS entiende que el “Derecho penal del enemigo” sigue siendo derecho, ya que vincula a los ciudadanos y, con mayor precisión, al Estado en la lucha contra tales riesgos. Agrega, además, que el derecho penal del enemigo no es una regulación para la aniquilación ilimitada, sino que, “en un Estado de derecho administrado con inteligencia, una *ultima ratio* que es aplicada conscientemente en cuanto excepción, como algo que no es idóneo para su uso permanente”²¹. Sostiene, en esa línea, que “el Derecho penal del enemigo debe ser limitado a lo necesario, y ello con completa independencia del mandato racional preexistente de limitar la violencia física por sus efectos secundarios corruptores”²².

Por mi lado, desde una perspectiva crítica, considero que el estudio de tal posición teórica 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 ilegitimidad²³. Las características del “Derecho penal del enemigo”, en base a las cuales se someterá a crítica la forma de proceder del Estado ante determinados tipos de criminalidad, son: 1) amplio adelantamiento de la intervención del Derecho penal; 2) falta de una reducción de la pena proporcional a dicho adelantamiento y 3) relajación o supresión de garantías individuales de orden procesal²⁴.

Ahora bien, dentro del marco de disposiciones que dan indicios de formar parte del “Derecho penal del enemigo” debe situarse al delito de marcaje/reglaje, cuya Exposición de Motivos²⁵, por ejemplo, afirmó la necesidad de contar con un ordenamiento jurídico especial para sancionar a la “criminalidad del marcaje”, como acto preparatorio del delito de robo o extorsión, “pues, estos delitos cometidos por imputables peligrosos son tan violentos que causan temor en la soberanía. Así, por fundamentos similares [según los proponentes] se ha sancionado por delito de terrorismo, a quien tenía en su poder planos de distribución e

aquellos que, habiendo sido sancionados previamente por los citados delitos, reflejen un *pronóstico grave*, así como *fundado*, de que volverán a cometerlos en el futuro (juicio de peligrosidad que se realizaría a través de una prognosis de la vida del sujeto en el futuro). Ver: Proyecto de Ley n° 2068/2012-PE. Disponible en: <http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey2011.nsf> [última visita 11.06.13]

²¹JAKOBS, Günther. “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de...”, p. 111.

²²JAKOBS, Günther. “¿Terroristas como personas en Derecho?”. En: Cancio Meliá/Gómez- Jara Díez (Coord.) *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*. Volumen 1, Montevideo-Buenos Aires (Editorial B de F Ltda.), 2006, p. 88.

²³ Lo señalado ya ha sido expuesto por Iván Meini, quien en estricto indicó que el Derecho penal del enemigo, “en tanto diagnóstico del comportamiento estatal, ofrece la posibilidad de confrontar la política-criminal que siguen los Estados con los estándares propios de un Derecho penal liberal que pretenda garantizarla libertad. En otras palabras, si se mantiene la naturaleza descriptiva del Derecho penal del enemigo se podría echar mano de una herramienta útil para denunciar los excesos en que incurren ciertos gobiernos en su afán por brindar seguridad en detrimento del respeto de los derechos de aquellos a quien considera sus enemigos”. Ver: MEINI, Iván. “Notas sobre el Derecho penal del...”, p. 21. Así también, para ALCÓCER POVIS, Eduardo. *La inclusión del enemigo en el Derecho penal*, Lima (Editorial Reforma), 2009, p. 115: “conocer el concepto de “Derecho penal del enemigo” resulta útil, pues permite identificar y describir sectores del ordenamiento penal existente, que son algo más que indeseables o ineficaces para distinguir de modo crítico lo que es verdadero Derecho penal de lo que sólo se llama así”.

²⁴GARCÍA CAVERO, Percy. *¿Existe y debe existir...*, pp. 180 y 181.

²⁵ Dicha propuesta se encontró en el Proyecto de Ley n° 103/2011-CR que, previa modificatoria por parte de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, incorporó, a través de la Ley n° 29869, el delito de marcaje/reglaje como un nuevo supuesto delictivo en el Código Penal.

información detallada del Congreso de la República; o por tráfico ilícito de drogas, a quien poseía insumos para la elaboración ilícita de drogas”²⁶.

En atención a lo expuesto, se aprecia cómo se pretendió —con éxito— extender el alcance del tratamiento que se desarrolló contra el Terrorismo al ámbito de la seguridad ciudadana²⁷; lo que se intentó justificar infructuosamente en base a los lamentables casos emblemáticos que la realidad de nuestro país nos muestra a diario. El citado delito en estricto señala lo siguiente:

“Artículo 317-A.- Marcaje o reglaje

El que para cometer o facilitar la comisión de 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, 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. En estos casos la pena privativa de libertad será no menor de seis ni mayor de diez años.”

Es evidente que con la tipificación del mencionado comportamiento se ha adelantado la intervención del Derecho penal, pues se está sancionando la comisión de actos preparatorios que, en principio, deberían ser impunes, ya que podrían ser empleados para realizar acciones socialmente permitidas o, incluso, valoradas positivamente por la sociedad.

Así, por ejemplo, podría alegarse como acto de marcaje o reglaje, el desarrollo de una actividad de acopio de información por parte de un detective privado o, incluso, el seguimiento realizado por un periodista a un funcionario público con la finalidad de investigar ciertos actos de corrupción. Ello, como consecuencia de que, como se observará más adelante, en el ámbito objetivo no existe diferencia alguna entre los actos socialmente permitidos y los prohibidos por la citada disposición.

Del mismo modo, con la proscripción del marcaje/reglaje también es manifiesta la falta de una reducción de la pena proporcional a dicho adelantamiento de la barrera de punibilidad, ya que, teniendo en cuenta que la pena privativa de libertad prevista es no menor de tres ni mayor de seis años, esta irónicamente resulta mayor que la prevista para algunos de los delitos que se pretenden evitar con la tipificación autónoma de tal acto preparatorio. Ello sucede en casos como el del art. 124 –A CP, que proscribire los daños al concebido con una pena máxima de tres años, que es menor al del marcaje/reglaje, pues este prevé una pena de hasta seis años. Lo mismo ocurre con el tipo base de actos contra el pudor (art. 176 CP) y con el hurto simple (art. 185 CP).

²⁶ Exposición de Motivos del Proyecto de Ley n° 103/2011-CR, p. 5. Luego, se agregó que “Se hace más evidente legislar en procura de una mejor seguridad ciudadana y adecuada protección de la tranquilidad pública. A través de una verdadera punición de actos criminales; y para ello basta recordar los lamentables casos emblemáticos de inseguridad ciudadana que nuestra realidad nos muestra a diario y que son de conocimiento público”.

²⁷ Sobre la inseguridad ciudadana y la errada reacción político-criminal del Estado, así como de las propuestas de ley que buscan hacer frente a la mayor comisión de ilícitos, puede verse: MADRID VALERIO, Cecilia/PALOMINO RAMÍREZ, Walter. “Aproximación crítica sobre las recientes acciones frente a la inseguridad ciudadana”. En: *Gaceta penal & Procesal penal* (46), Lima (Gaceta Jurídica), 2013, pp. 335 – 359.

Además, la relajación o supresión de garantías individuales de orden procesal no se hacen esperar, en la medida que, como consecuencia de la tipicidad objetiva de este delito, el solo acopio de información por parte de un sujeto, o la posesión de vehículos o teléfonos, podría servir de argumento, aunque sumamente cuestionable, para afirmar la configuración de un supuesto de flagrancia del delito materia de comentario.

Estas características propias de un “modelo de la exclusión” presentes en el delito de marcaje/reglaje pretenden ser reforzadas a través del Proyecto de Ley n° 2056/2012-CR, que, pese a indicar en su Exposición de Motivos que la inclusión de delitos leves desvirtuó la naturaleza y la intención primigenia del autor de la propuesta legislativa, propone la tipificación del siguiente párrafo *“El que incurriere en los supuestos previstos en el primer párrafo [la comisión del reglaje/marcaje] del presente artículo, para la comisión de otros delitos no precisados en el mismo, será sancionado con la pena prevista para el delito final”*²⁸.

Así, desde un interpretación literal, se posibilitaría que el marcaje/reglaje sea extensivo a cualquier ilícito de la parte especial de nuestro Código Penal. No satisfechos con ello, se propone también que la pena del citado ilícito se eleve a no menos de 6 ni mayor de 10 años en el tipo base; mientras que, en su forma agravada el extremo mínimo sea no menos de 10 años y el máximo alcance sea 15 años de pena privativa de libertad.

Un punto importante a tomar en cuenta es que la citada propuesta —a pesar de defender un aumento de las penas para el ilícito de marcaje/reglaje— también busca que, ante la comisión de otros delitos no precisados en el propio texto, un acto preparatorio (elevado a la categoría de ilícito) se entienda tan grave como un delito consumado para efectos de pena, pues se postula la imposición de la sanción prevista para el delito final al acto de reglaje, obviándose que la puesta en peligro de un bien jurídico debería diferenciarse valorativamente de su efectiva lesión.

Otra medida que se buscaría implantar, pero esta vez de orden procesal, sería la inclusión como tercero civilmente responsable de un entidad financiera en caso de que al interior de sus instalaciones se originen, prosigan o culminen —a través de la realización del delito de marcaje llevado a cabo como consecuencia de la infracción de ciertas “medidas mínimas de seguridad”²⁹ — cualquier tipo de ilícito previsto en nuestro Código Penal que atente contra el patrimonio.

Con ello, se deja de lado que el tercero civil responsable interviene en el proceso penal en atención a que debe responder civilmente y en forma solidaria por los daños ocasionados en la comisión de un hecho delictivo en el que, a pesar de no haber intervenido en su comisión, sí existe una vinculación especial de dependencia, sea porque el agente del delito se encuentra bajo su cuidado o cuando el tercero es titular del bien con el que se ha causado el daño, lo cual no se desprende del supuesto de hecho propuesto en el citado proyecto de ley. Dicha propuesta, en atención a lo mencionado, debería ser rechazada de plano³⁰.

²⁸ Exposición de Motivos del Proyecto de Ley n° 2056/2012-CR, p.3.

²⁹ Se propone un conjunto de medidas que, dada su amplitud, aquí no se reproducirán. Solo a modo de ejemplo se podría mencionar el exigir documento de identidad, pasaporte o carnet de extranjería, así como impedir el ingreso de personas con lentes oscuros, gorros, sombreros, entre muchas otras.

³⁰ Lo único salvable sería la incorporación del privado que por razón de su cargo proporciona información; sin embargo, la citada disposición que prevé el marcaje/reglaje es —desde mi perspectiva— ilegítima.

Ahora bien, la comentada propuesta no es la única que pretende llevar a cabo modificaciones al texto actual del delito de marcaje/reglaje, pues vía el Proyecto de Ley n° 2100/2012-PE se plantea, previa mejora en la redacción del citado tipo penal, incluir al que labora, pertenece o está vinculado a una empresa del sistema financiero y que, por razón de su cargo u oficio, tiene conocimiento de los ingresos económicos, operaciones bancarias u otros datos sobre el patrimonio de la víctima, los cuales emplea para cometer o facilitar la comisión de alguno de los ilícitos previstos actualmente en el primer párrafo del art 317-A CP.

Con relación a esta última propuesta, si bien es loable que se haya buscado subsanar los serios defectos del actual art. 317-A CP, lo cierto es que sigue siendo difícil poder diferenciar en el aspecto objetivo del tipo si es que se está ante un comportamiento prohibido en atención a su especial (cualificada) peligrosidad para un bien jurídico o, por el contrario, si nos encontramos ante una arbitraria intervención del Estado en las libertades jurídicamente reconocidas a los ciudadanos, lo que no se trata de un problema superfluo, sino de una exigencia de un Derecho penal del hecho, esto es, de aquel que vincula la punibilidad a una acción concreta y en donde la sanción solo representa la respuesta al hecho individual³¹, que no puede castigarse por la mera intención con la que —supuestamente— partirá un sujeto si es que la misma no se ha traducido en una configuración externa objetivamente desaprobada, pues se correría el riesgo de conducirse a un “Derecho penal de la voluntad”³².

III. CUESTIONES DOGMÁTICAS QUE ABONAN EN CONTRA DE LA VIGENCIA DEL MARCAJE/REGLAJE EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO

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”³³, 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 la pena constituye una consecuencia negativa especialmente importante, sólo puede reaccionarse con ésta frente a un injusto cualificado³⁴.

³¹ ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general. Tomo I*. Traducción de la 2da edición alemana por Diego Manuel Luzón Peña/Miguel Días y García Conlledo/Javier de Vicente Remesal, Madrid (Editorial Civitas), 1997, p. 176.

³² ROBLES PLANAS, Ricardo. *La participación en el delito: fundamento y límites*, Madrid-Barcelona (Marcial Pons), 2003, p. 65.

³³ Al respecto ver: 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.

³⁴ 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

Habr , 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*³⁵.

En la realización de la actividad interpretativa del citado tipo penal, además, se resquebrajar  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 permitido³⁶, 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 será acaso una infracción del principio *cogitationis poenam nemo patitur*?

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”³⁷. En el citado tipo penal, de acuerdo a la tesis esbozada en el presente trabajo, lo que faltará precisamente será 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 subjetivo³⁸.

I VALL S/Robles Planas/Sánchez-Ostiz Gutierrez/Silva Sánchez, Madrid – Barcelona (Marcial Pons), 2004, p. 205.

³⁵ 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.

³⁶ Sobre la importancia de la creación del riesgo desaprobado: FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento t pico e imputación del resultado*. Traducción a cargo de: Cuello Contreras/Serrano Gonzales de Murillo, Barcelona (Marcial Pons), 2004, p. 85: “La noción de que el peligro desaprobado es el requisito central del comportamiento prohibido procura de entrada claridad sobre el momento determinante para el enjuiciamiento del peligro”. Asimismo, desde un perspectiva funcional-sistémica, en vista de que los “elementos subjetivos *no son cognoscibles directamente*, sino a través de los elementos externos que objetiva la conducta”³⁶, se apunta que se ha de seguir el siguiente orden de análisis imprescindible: a) comprobación del significado social perturbador de la conducta y, luego, b) imputación al autor de la conducta a título de dolo o culpa. Ver: CARO JOHN, José. “De nuevo sobre el “caso Utopía”: lo común de la imputación objetiva en los delitos de comisión y omisión”. En: *Dogmática penal aplicada*, Lima (Ara Editores), 2010, p. 66.

³⁷ ROBLES PLANAS, Ricardo. *La participación en el delito...*, p. 65.

³⁸ En este sentido, dentro del marco del proceso global de subsunción de la conducta en el tipo, debe señalarse que, si bien en un inicio se intentó introducir en el juicio de tipicidad un primer juicio de valor referido al proceso psíquico subyacente a la conducta externa del sujeto, en la actualidad la mera “consideración de dicho aspecto [psiquismo del sujeto] no proporciona por sí sola una valoración suficientemente global de la conducta humana a los efectos de determinar la opinión que la misma merezca al Derecho penal. Y ello, por dos razones: primero: porque las concepciones actuales de la teoría de la acción no otorgan una relevancia tan exclusiva a los datos psíquicos subyacentes, sino que consideran junto con ésta también la trascendencia externa (física y social) de la conducta; y segundo, porque, en consonancia con este giro del pensamiento filosófico, el Derecho penal contemporáneo ha incrementado sustancialmente su orientación hacia las consecuencias, limitando con fuerza el papel —innegable— de las consideraciones de la actitud y de motivación a favor de las de carácter consecuencialista. Hasta tal punto

Lo apuntado cobra especial relevancia cuando, desde un importante sector de la doctrina, se ha apuntado que "(...) Si no hay creación desaprobada de un peligro unido a la conducta, entonces lo que en realidad falta es una conducta prohibida (con relación a su posible peligrosidad para bienes). La vinculación de la conducta con un (determinado) peligro desaprobado o peligrosidad es, en este sentido, el elemento nuclear de la conducta típica de los delitos de resultado [pero no solo para ellos]. Cuando no concurre este aspecto falta también la conducta presupuesta en los tipos de delito de resultado consumados"³⁹.

Otro punto a tomar en cuenta es que el tipo penal, de acuerdo a una posición pacífica en la doctrina, tiene asignada una triple función: a) función seleccionadora de los comportamientos humanos penalmente relevantes, b) función de garantía, pues únicamente los comportamientos subsumibles en aquel podrán ser sancionados penalmente, y c) una función motivadora general, en virtud de la cual se entiende que con la descripción de los comportamientos en el tipo penal, el legislador busca comunicar a los ciudadanos que comportamientos se encuentran prohibidos, de manera que se abstengan de realizarlos⁴⁰.

Asimismo, en atención al principio de legalidad, la doctrina y nuestro propio Tribunal Constitucional⁴¹ han afirmado que dicho principio impone, entre otros, la exigencia de la *lex stricta*, que ordena un cierto grado de precisión de la ley penal; así como la garantía de la *lex certa*, que comunica al legislador la necesidad de realizar una descripción exhaustiva de las prohibiciones y de las sanciones. En suma, en virtud de este principio se exige que las normas, ante la violación de algún deber propio del ciudadano, contengan todos los presupuestos que condicionaran tanto la pena como la consecuencia jurídica.

En el caso del delito de marcaje/reglaje se observa que no se atienden tales exigencias, pues resulta sumamente complejo poder diferenciar cuáles son los comportamientos realmente considerados como penalmente relevantes en atención a su especial lesividad, en comparación a otros, que no serían otra cosa que expresión de la libertad jurídicamente reconocida. Como consecuencia de ello, decaería la función motivadora general que el tipo tiene asignado, pues a

esto es así que (...) se puede afirmar que en la actualidad resulta completamente ilegítimo, con los valores de nuestro Ordenamiento jurídico y los predominantes en nuestra sociedad a la vista de la pretensión de reducir la valoración jurídico-penal de la conducta a la de su motivación y sustrato psíquicos. Pues ello significaría un desprecio manifiesto hacia valores esenciales de nuestro Ordenamiento (...), que también en el Derecho penal han de encontrar su asiento". Ver: PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. *El riesgo permitido en Derecho penal (Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas)*, Madrid (Ministerio de Justicia e Interior – Centro de publicaciones), 1995, pp. 96 y 97.

³⁹ FRISCH, Wolfgang. "La teoría de la imputación objetiva del resultado: Lo fascinante, lo acertado y lo problemático" En: FRISCH, Wolfgang/ROBLES PLANAS, Ricardo. *Desvalorar e imputar. Sobre la imputación objetiva en Derecho penal*, Montevideo-Buenos Aires (Editorial B de f), 2006, pp. 49 y 50.

⁴⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal...*, p. 252.

⁴¹El Tribunal Constitucional ha establecido en distintas sentencias la relevancia del principio de legalidad. Así, podemos mencionar lo indicado en la sentencia recaída en el Exp. n° 0010-2002-AI/TC, Fundamento jurídico n° 8, en la que señala: "(...) que los principios de culpabilidad, legalidad, tipicidad, entre otros, constituyen principios básicos del derecho sancionador (...)", precisión que también se encontró presente en el Fundamento Jurídico n° 4 de la sentencia recaída en el Exp. n° 2192-2004-AA/TC. Asimismo, Hassermer ha afirmado que "El principio de legalidad se ha convertido así en uno de los símbolos más característicos del estado de derecho. En él se concretan las esperanzas de que tanto el sistema como la administración de justicia penal sean transparentes, controlables y sinceros". Ver: HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho penal*. Traducido por: Muñoz Conde/Díaz Pita, Santa Fe de Bogotá – Colombia (Editorial Themis), 1999, p. 5.

los ciudadanos difícilmente se les podría exigir que reconozcan los comportamientos que se encuentran prohibidos y que, en atención a ello, deban ser evitados.

Hay que destacar, además, que de aprobarse el Proyecto de Ley n° 2056/2012-CR, tendríamos que la introducción de su último párrafo⁴² significaría una evasión de las exigencias de *lex stricta*, y de *lex certa* (garantías derivadas del principio de legalidad); debido a que, no habría la precisión mínima que toda la ley penal requiere ni mucho menos una descripción exhaustiva de las prohibiciones, pues en principio, con la citada propuesta, el reglaje/marcaje se extendería a todos los ilícitos previstos en nuestro Código Penal.

Llegado a este punto, considero necesario —en aras reforzar la idea sobre la arbitraria intervención que el ilícito de marcaje/reglaje supone en el ámbito de las libertades— la realización de un test de proporcionalidad⁴³. Ello, pues el citado test, resulta adecuado para resolver casos de colisión entre medidas adoptadas que restringen o limitan ciertos derechos, ya que, como se sabe, “la arbitrariedad puede no limitarse a la actuación por fuera del derecho, sino incluso desembocar en un uso abusivo. Es decir: la utilización de las herramientas jurídicas dentro del marco formal del sistema jurídico, pero incompatibles con los contenidos materiales de los valores, principios y derechos constitucionales o, con mucha frecuencia, abiertamente contrarios a la lógica práctica”⁴⁴.

IV. EL TEST DE PROPORCIONALIDAD

Como se afirmó al comienzo del presente trabajo, la vinculación del legislador a los derechos fundamentales y su garantía por parte de una jurisdicción constitucional es una característica de los Estados constitucionales y democráticos de Derecho⁴⁵, lo que obliga a que, en casos de colisión entre una medida de intervención por parte del Estado frente a derechos, se tenga que llevar a cabo un examen sobre la idoneidad, necesidad y proporcionalidad (en sentido estricto) de la misma en aras a afirmar su legitimidad⁴⁶.

⁴² Aquel que indica que “*El que incurriere en los supuestos previstos en el primer párrafo [la comisión del reglaje/marcaje] del presente artículo, para la comisión de otros delitos no precisados en el mismo, será sancionado con la pena prevista para el delito final*”.

⁴³ No se debe olvidar que, como bien indica Mir Puig, el principio de proporcionalidad es reconocido por la doctrina y la jurisprudencia constitucionales como el que impone los límites materiales que debe respetar toda acción del Estado que afecte derechos fundamentales. Ver: MIR PUIG, Santiago, “El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal”. En: Carbonell/Gonzales/Orts (Dir.)/Cuerda (Coord.) *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomas Salvador Vives Antón*. Tomo II, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2009, p. 1361.

⁴⁴ BERNAL CUELLAR, Jaime/MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. El proceso penal. Fundamentos constitucionales y teoría general. Tomo I (con la colaboración de Bautista Pizarro/Bernal Pulido/Burbando Cifuentes/Guerrero Peralta/Lamprea Montealegre/Lizano Van Der Laat/López Sterup/Pedormo Torres/Tovar Maldonado), 6ta edición, Bogotá (Universidad Externado de Colombia), 2013, p. 88.

⁴⁵ Aunque con un tono crítico: LOPERA MESA, Gloria Patricia. “Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales” En: Miguel Carbonell/Pedro P. Grández Castro (Coord.) *El principio de proporcionalidad en el Derecho contemporáneo. Cuadernos de análisis y crítica a la jurisprudencia constitucional 8*, Lima (Palestra), 2010, p. 157

⁴⁶ Asimismo, como bien apunta San Martín Castro, ha de señalarse que la plena vigencia y aplicación del principio de proporcionalidad opera tanto para el legislador como para el Juez a la hora de enjuiciar la aplicación de una medida restrictiva que afecte un derecho fundamental. Ver: SAN MARTIN CASTRO, César.

En este sentido, en lo que a la limitación de derechos se refiere, para el citado test “el medio es idóneo, cuando con su ayuda puede ser fomentado el fin deseado; es necesario, cuando no pudo ser establecido otro medio, igualmente adecuado para el logro del fin, pero que suponga una menor restricción para el derecho afectado. A su vez, la limitación al derecho fundamental debe ser proporcional en sentido estricto, debe guardar una afectación razonable con el peso e importancia de los argumentos que hablan a favor de una mayor y mejor protección del derecho afectado.”⁴⁷.

Con mayor precisión, LOPERA MESA, refiere que “en virtud del subprincipio de idoneidad sólo puede justificarse una medida a la luz de determinado fin si ésta en efecto contribuye a su consecución, pero no si resulta indiferente o incluso contraproducente de cara a la realización del fin propuesto. Con el subprincipio de necesidad, por su parte, se quiere poner freno a la tendencia a emplear los medios más contundentes, más invasivos, para alcanzar los objetivos legislativos de un modo pretendidamente más eficaz. Finalmente, el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, al exigir que la libertad que se protege con la intervención del legislador no resulte inferior a la que se sacrifica, representa una clara concreción del principio de utilidad”.⁴⁸

En este sentido, atendiendo a que el presupuesto para aplicar el test de proporcionalidad será la existencia de una colisión entre principios constitucionales, lo primero que se deberá observar es a qué derechos fundamentales *prima facie* afectados por la ley penal nos estamos refiriendo, tanto a través de la norma de conducta como mediante la clase y cuantía de la pena establecida en la sanción⁴⁹.

Con relación al primer punto, dado por sentado que solo se puede reaccionar a través del Derecho penal ante un hecho que merece y necesita pena, ya que reaccionar “en nombre del Derecho ante una conducta que no contradice el ordenamiento jurídico sería paradójico, irracional e injusto, porque la conducta jurídicamente correcta merece confirmación y no reprobación”⁵⁰, se observa que la redacción del actual art. 317-A CP genera que la intervención incida en el derecho al libre desarrollo de la personalidad, esto es, en aquel espacio de libertad para la estructuración de la vida personal y social⁵¹.

“Proceso penal, Constitución y principios procesales”. En: *Libro homenaje al profesor José Hurtado Pozo. El penalista de dos mundos*, Lima (IDEMSA), 2013, p. 849.

⁴⁷ CLÉRICO, Laura. “El examen de proporcionalidad Entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto”. En: CARBONELL (Ed.) *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Quito, 2008, p. 126.

⁴⁸ LOPERA MESA, Gloria Patricia. “Principio de proporcionalidad y control constitucional...”, p. 160. La citada autora agrega, con relación al principio de proporcionalidad, que: “Aunque no puede afirmarse que se trata de la única estructura de argumentación útil para resolver las colisiones entre derechos fundamentales y otros principios constitucionales, sí constituye la más satisfactoria de la que hasta ahora se dispone, pues es la que posibilita en mayor medida vincular la interpretación constitucional con la teoría de la argumentación jurídica, lo que a su vez contribuye, si se emplea bien, a dotar de mayor racionalidad las decisiones del Tribunal, no porque elimine la inevitable discrecionalidad que depara la determinación del contenido definitivo de los derechos fundamentales en los casos difíciles, sino porque, al acotar y hacer explícitas tales valoraciones, obliga al Tribunal a dar buenas razones que respalden sus elecciones valorativas”.

⁴⁹ LOPERA MESA, Gloria Patricia. “Principio de proporcionalidad y control constitucional...”, p. 161.

⁵⁰ FRISCH, Wolfgang. “Delito y sistema...”, p. 204.

⁵¹ Ver: STC n° 0008-2012-PI/TC. Caso: 10609 ciudadanos (FFJJ 17, 18 Y 19). Debe ponerse atención, además, en que “(...) la libertad general de acción es en sí misma un bien constitucionalmente protegido, el cual solo puede ser restringido en atención a intereses de protección particularmente importantes. Y a esto se agrega que en el derecho penal la restricción de la libertad general de acción aparece sometida a una intervención

A ello, además, habrá que sumarse la afectación al principio de legalidad, pues como el propio Tribunal Constitucional ha indicado el mismo “(...) se configura como un principio, pero también como un derecho subjetivo constitucional de todos los ciudadanos. Como principio constitucional, informa y limita los márgenes de actuación de los que dispone el Poder Legislativo al momento de determinar cuáles son las conductas prohibidas, así como sus respectivas sanciones. En tanto que, en su dimensión de derecho subjetivo constitucional, garantiza a toda persona sometida a un proceso o procedimiento sancionatorio que lo prohibido se encuentre previsto en una norma previa, estricta y escrita, y también que la sanción se encuentre contemplada previamente en una norma jurídica”⁵².

Asimismo, el citado tribunal, siguiendo la línea jurisprudencial desarrollada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁵³, agregó que “(...) En la elaboración de los tipos penales se debe tener presente el principio de legalidad penal, es decir, una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales como la vida o la libertad”⁵⁴.

Ahora, en relación con la norma de sanción, cabe mencionar que el citado tipo penal se encuentra provisto de una pena no menor de tres ni mayor de seis años y, en su versión agravada, con una sanción privativa de libertad no menor de seis ni mayor de diez años. Además, habría que prestar atención a que todo castigo penal incorpora una connotación estigmatizante que no siempre está presente en otro tipo de consecuencias producidas por las demás parcelas del ordenamiento jurídico, llegando, incluso, ya que su imposición también conlleva un juicio de reproche ético, a una afectación en el honor de la persona sobre la que recae⁵⁵.

Precisados aquellos puntos, conviene entonces desarrollar el filtro acerca de la idoneidad de la medida legislativa (tipificación del reglaje/marcaje), tomando en cuenta para ello a los principios de exclusiva protección de bienes jurídico y de lesividad, toda vez que “la prohibición de una conducta mediante la limitación de derechos fundamentales sólo será constitucionalmente válida si ésta tiene como fin la protección de bienes jurídicos de relevancia constitucional, y siempre y cuando la medida prohibida lesione o ponga en peligro tal bien jurídico justifican que este bien sea *merecedor* de protección por parte del Estado”⁵⁶.

En el caso en concreto, a partir de la ubicación sistemática del delito materia de comentario, el bien jurídico protegido vendría a ser la tranquilidad pública, que es un bien de orden espiritual

particularmente intensa representada por la conminación legal de la pena. Aquí se halla una de las razones fundamentales para el así llamado carácter fragmentario del derecho penal”. Ver: KINDHÄUSER, Urs. “El consentimiento en el Derecho penal. Costa Andrade/Joao Antunes/Aires de Sousa (Coord.) Reflexiones desde las teorías de las normas”. En: *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*. Volume II, Portugal (Universidade de Coimbra), 2009, p. 568.

⁵² STC n° 0012-2006-PI/TC. Caso: Colegio de Abogados de Lima (FJ 18)

⁵³ Hace referencia a las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos Cantoral Benavides vs. Perú (párrafo 157) y Castillo Petrucci vs. Perú (párrafo 121).

⁵⁴ STC n° 0012-2006-PI/TC. Caso: Colegio de Abogados de Lima (FJ 21)

⁵⁵ LOPERA MESA, Gloria Patricia. “Principio de proporcionalidad y control constitucional...”, p. 161.

⁵⁶ STC n° 0008-2012-PI/TC. Caso: 10609 ciudadanos (FJ 31)

e inmaterial, pues se define como un estado de percepción cognitiva que se forma en la psique de los ciudadanos y a partir de lo cual tienen una sensación de seguridad sobre el marco social donde han de desenvolverse —“sentir tranquilidad”— y de que, en ese sentido, sus bienes jurídicos fundamentales no han de verse lesionados por actos que generen zozobra y pánico en la población⁵⁷.

Así definido da la idea de que cualquier comportamiento que atente contra aquella situación (¿psicológica?) de tranquilidad ha de estar legítimamente proscrita; sin embargo, como ha indicado PEÑA CABRERA FREYRE, no debe olvidarse que la “tranquilidad o el orden público” han sido preferentemente invocadas por Estados totalitarios y dictatoriales para llevar a cabo un orden represivo sin límites en evidente oposición a la dignidad de las personas⁵⁸. Por ello, el simple recurso a tranquilidad pública (y todo lo que ello significa) no debe justificar sin más la proscripción de cualquier tipo de comportamiento, en tanto que el Derecho penal solo ha de atender a aquellos que se muestran especialmente perturbadores (desaprobación cualificada de la conducta)⁵⁹, lo que, precisamente, en el art. 317-A CP no se observa en tanto comportamientos que son expresión de las libertades jurídicamente reconocidas también se ven atrapados por los alcances del mencionado delito⁶⁰.

Llegado a este punto, cabe hacer mención, como se indicó al principio de este trabajo, que en la Exposición de Motivos⁶¹ del citado ilícito se señaló expresamente la voluntad de trasladar los fundamentos que coadyuvaron a proscribir determinadas formas de intervención o cooperación en el delito de terrorismo al ámbito de la seguridad ciudadana. Así, se señaló expresamente que: “Se hace más evidente legislar en procura de una mejor seguridad ciudadana y adecuada protección de la tranquilidad pública. A través de una verdadera punición de actos criminales; y para ello basta recordar los lamentables casos emblemáticos de inseguridad ciudadana que nuestra realidad nos muestra a diario y que son de conocimiento público”⁶².

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

⁵⁷ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonzo Raúl. *Derecho penal. Parte especial*. Tomo IV, Lima (IDEMSA), 2010, p. 389.

⁵⁸ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonzo Raúl. *Derecho penal...*, p. 392.

⁵⁹ Así, antes de pasar a emplear un discurso legitimante, Jakobs señalaba que: “En un Estado de libertades están exentas de responsabilidad no sólo las *cogitationes*, sino toda conducta que se realice en el ámbito privado y, además, toda conducta externa que sea per se irrelevante. Un ciudadano sólo se convierte en autor si desborda el marco que se acaba de indicar y se comporta de modo perturbador, es decir, se arroga actualmente la configuración de ámbitos de organización ajenos. Solo si y sólo en la medida en que sea reconocible *ex re* una arrogación actual, resulta legítimo preguntar el autor cómo llegó a ésta conducta y que fin perseguía con ella, esto es, cómo hay que interpretar, por tanto, su conducta a la luz de los factores internos”. Ver: JAKOBS, Günther, “Criminalización en el estadio previo...”, p. 303.

⁶⁰ Cabe hacer mención, como se indicó al principio de este trabajo, que en la Exposición de Motivos se señaló expresamente la voluntad de trasladar

⁶¹ Exposición de Motivos del Proyecto de Ley n° 103/2011-CR, p. 5.

⁶² Exposición de Motivos del Proyecto de Ley n° 103/2011-CR, p. 5.

Finalmente, aun cuando ya quedó establecido que la citada medida no superará el subprincipio de idoneidad, es oportuno indicar que tampoco se superaría el de necesidad, toda vez que el mismo representa el uso de uno de los medios más contundentes e invasivos del ordenamiento jurídico para alcanzar los objetivos legislativos de un modo —pretendidamente— más eficaz cuando la mejor alternativa hubiese sido la realización de políticas de cohesión social, que no solo buscan la participación local y regional en forma aislada, sino que, de manera coherente y conjunta, busca la implementación de políticas de inclusión, que constituyan políticas de Estado a largo plazo y que mejoren la calidad de vida de sus ciudadanos en forma sostenible, significando un mecanismo adecuado frente a la inseguridad ciudadana⁶³.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

- a. El denominado “Derecho penal del enemigo” posibilita a través de la identificación de sus características, el contar con un *instrumento* para denunciar la ilegitimidad de las normas que intervienen excesivamente en las libertades jurídicamente reconocidas y, en virtud de ello, poner al debate su permanencia en el ordenamiento jurídico vigente. No se debe aceptar un discurso o postura que legitime la supresión del estatus de persona y con ello las garantías que rodean su procesamiento de cara a una pena cualificadamente grave.
- b. El delito de marcaje/reglaje, previsto en el art. 317-A de nuestro Código Penal, presenta en su configuración típica las características de un discurso de la exclusión o la “emergencia” (“Derecho penal del enemigo”). Tal carácter se acentuaría con la aprobación del Proyecto de Ley n° 2056/2012-CR, que prevé la extensión ilimitada del citado ilícito y la agravación de sus penas, entre otros.
- c. Se observa que el delito de marcaje/reglaje no atiende las exigencias propias del principio de legalidad ni con su redacción permite el satisfactorio desarrollo de las funciones que se encomiendan al tipo penal. Asimismo, 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, ya que la propia redacción del art. 317-A CP impone acudir al ámbito subjetivo para evaluar la peligrosidad de la conducta.
- d. La proscripción del marcaje/reglaje no es una medida que pueda justificarse a la luz de un determinado fin (tutelar la tranquilidad pública), pues no contribuye a su consecución, sino que, por el contrario, produce un clima de inseguridad en el sentido de que difícilmente se podrá discriminar —en el ámbito objetivo— los comportamientos que se encuentran prohibidos y que, en atención a ello, deban ser evitados, resultando, incluso, contraproducente de cara a la realización del fin que se ha propuesto.

⁶³ DAMMERT, Lucia. *Desafíos para la seguridad ciudadana y la cohesión social*, p. 10. http://www.urba13.eu/uploads/descargas/paper_Lucia_Dammert.pdf [última visita: 10 de abril de 2013]