

EL DELITO DE MARCAJE O REGLAJE ¿EXPRESIÓN DE UN DERECHO PENAL DE RIESGO?

ALDO FIGUEROA NAVARRO¹

I. INTRODUCCIÓN

En todo sistema social se realizan conductas que vulneran normas, en particular normas penales. Nuestro país no es ajeno a ello. Cuando estas conductas son masivas o se concentran en determinadas modalidades delictivas, se les denomina olas de la criminalidad. Así, se cometen masivamente delitos de homicidio, lesiones, pandillaje, secuestros, violaciones, extorsiones,² etc.

De esta situación da cuenta diariamente la prensa a través de las noticias que propala. Pero esta función informativa no siempre es realizada objetivamente, o mostrada en su real dimensión o con la profundidad debida, imponiéndose lo que se ha venido en llamar “la dictadura de los hechos” que opaca lo “que hay detrás de los hechos”³. Puede ser dramatizada o mediatizada, de manera que se genera mayor desasosiego o intranquilidad en los receptores del mensaje. Con ello se potencia el estado de inseguridad ciudadana⁴.

Frente a esta situación, el sistema político igualmente reacciona. Y lo hace principalmente a través de los actores políticos con capacidad de decisión. Por razones igualmente políticas, dichos actores se apropian del tema, potencian el drama, y politizan el derecho penal, entendiendo negativamente tal fenómeno,

¹ Profesor de Derecho Procesal Penal de la Universidad César Vallejo.

² Para una visión global de las estadísticas de la criminalidad en el Perú: Costa, Gino; Romero, Carlos; *Inseguridad en el Perú: ¿Qué Hacer?* Ciudad Nuestra; 1ra edición; Lima 2011; p. 41 y ss.

³ Heguy, Silvina: en *Seguridad Ciudadana y Medios de Comunicación*; PNUD, Asunción 2008; p. 53.

⁴ No se niega que haya efectivamente un problema de inseguridad ciudadana, pero tendría que ser identificada en su real nivel. Cfr. Basombrío Iglesias, Carlos: *Delito e Inseguridad Ciudadana. Lima y otras ciudades comparadas con América Latina*; Instituto de Defensa Legal; Lima 2007:

como la utilización de las medidas penales para movilizar a la opinión pública, sin que se resuelvan en el fondo los problemas que se promete solucionar⁵.

Una situación como la descrita se presentó en nuestro país, a mediados de año pasado. Uno de los pasivos más importantes del gobierno anterior había sido el de la seguridad ciudadana. La ciudadanía tiene la impresión que la criminalidad ha crecido enormemente en los espacios públicos. Un hecho desencadenante de la reacción política frente al crimen, fue el atentado contra la hija de un Congresista de la República, en agosto pasado. A partir de allí se generó una ola de reacciones para formular políticas que enfrenten a la delincuencia.

En este sentido, el Presidente de la República, a un mes de haber asumido el mando, se puso al frente del Consejo Nacional de Seguridad Ciudadana y pidió que los empresarios también se involucren, transfiriéndose 120 millones de nuevos soles para este efecto. El Congreso puso a la cabeza de los temas de seguridad ciudadana al Congresista aludido. El Ministerio de Justicia activó el Consejo Nacional de Política Criminal, creado dos años antes. El Poder Judicial elaboró un paquete integral de reformas legislativas, que hasta ahora no ha sido remitido al Congreso.

Pasaron ocho meses desde el luctuoso hecho, y no se evidencian productos tangibles. No se ha generado mayor valor público con propuestas serias, integrales, coherentes. Entre las 152 leyes aprobadas por el nuevo Congreso de la República⁶, sólo se dictaron 4 leyes penales; a saber:

- a. una que decreta una amnistía para los que posean armas sin licencia⁷;
- b. otra que tipifica delitos relacionados con la seguridad en los penales;

⁵ Killias, Martin: *La criminalisation de la vie quotidienne et la politisation du droit pénal*: en Société Suisse des Juristes; Rapports et Communications; N° 4; 1995; p. 429.

⁶ Edición del Diario El Comercio del 01 de julio del 2012; p. A10.

⁷ Ley nada novedosa pues estas leyes se dictan con cierta regularidad.

- c. y una tercera que crea el delito de reglaje y marcaje, incorporando el artículo 317 – A al Código Penal⁸. La Ley N° 29859, que tipifica esta conducta fue aprobada casi por unanimidad (96 votos y 1 abstención).

El propósito del presente trabajo es analizar los alcances de este nuevo tipo penal, a efecto de determinar si es capaz de generar valor público⁹, en el ámbito de la política de seguridad ciudadana, o si por el contrario, genera más inseguridad jurídica, sin solucionar el problema.

II. LOS TIPOS PENALES DE MARCAJE Y REGLAJE

En la Ley N° 29859 se tipifican dos tipos de conducta, una básica y otra agravada.

La conducta básica consiste en realizar actos de acopio de información, seguimiento o vigilancia, o poseer armas, vehículos, teléfonos u otros instrumentos facilitadores, para cometer o facilitar determinados contra la vida, el cuerpo o la salud; la libertad personal; sexual o el patrimonio. La pena que corresponde es privativa de libertad de 3 a 6 años.

El tipo agravado se configura cuando el sujeto activo es funcionario o servidor público o mantiene o hubiese mantenido con este último vínculo que lo impulse a depositar en él su confianza (se entiende de la potencial víctima) o

⁸ 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 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 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.

⁹ Entendiendo por valor público el estándar que sirve para medir el rendimiento real de las políticas públicas, resolviendo eficaz y eficientemente un problema colectivo. Cfr. Moore, Mark: *Gestión Estratégica y Generación de Valor en el Sector Público*; Paidós; 1998.

utilice para su realización a un menor de edad. La pena para este caso es de 6 a 10 años de privación de libertad.

III PROPUESTA INICIAL: PROYECTO DE LEY N° 103/2011-CR¹⁰

En la propuesta inicial que se discutió en la Comisión de Justicia del Congreso, se preveía bajo el mismo rótulo, el delito de marcaje o reglaje, con similares características típicas, salvo 4 matices diferenciadores:

- a. En la modalidad básica, el elemento subjetivo distinto al dolo de la conducta sólo abarcaba la finalidad de comisión del delito ulterior. No incluía la finalidad de buscar facilitar su comisión.
- b. Era más detallista para describir la información acopiada por el agente, pues se refería taxativamente a los "*nombres de las personas, lista de directorios, direcciones domiciliarias, números telefónicos*".
- c. Incluía como sujetos activos calificados explícitos a "*los empleados del sistema financiero o centro comercial*".
- d. No preveía como circunstancia agravante la utilización de menores.

IV LEGISLACIÓN COMPARADA

En el ámbito de la legislación comparada, por lo menos en la órbita del derecho continental europeo, no existe ni podría existir un tipo penal, como el que

¹⁰ "El que para cometer los delitos de homicidio, robo, extorsión o secuestro, realiza actos de acopio de información y obtiene nombres de personas, lista de directorios, direcciones domiciliarias, números telefónicos; o realiza actos de vigilancia y seguimiento de personas; o tiene en su poder armas, vehículos, teléfonos u otros instrumentos para facilitar la comisión de los delitos de homicidio, robo, extorsión o secuestro, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de diez años.

Constituye circunstancia agravante si el sujeto activo es funcionario o servidor *público* o empleado de empresas del sistema financiero, centro comercial o mantiene vínculo laboral con el sujeto o mantiene con este último vínculo que le impulsa a depositar su confianza. En estos casos, la pena privativa de libertad no será no menor de diez ni mayor de quince años".

estamos estudiando. Y ello porque las legislaciones de esos países aun son prevalentemente tributarias del derecho penal clásico.

Lo mismo puede decirse del ámbito latinoamericano, por lo menos en este aspecto. Sin embargo, de las diversas legislaciones penales latinoamericanas, encontramos un tipo penal parecido al nuevo tipo penal de marcaje o reglaje. En efecto, en el artículo 214 del Código Penal Cubano se castiga *a quien porte o tenga en su poder un puñal, una navaja, un punzón, un cuchillo o cualquier instrumento cortante, punzante o contundente, cuando las circunstancias evidencien que está destinado a la comisión de un delito o a la realización de un acto antisocial. La pena que corresponde es de 3 meses a un 1 año o multa de 100 a 300 cuotas.*

Este tipo penal resulta coherente con el tratamiento de los actos preparatorios en dicho Código, cuando se señala:

- a. Los actos preparatorios se sancionan únicamente cuando se trate de delitos contra la seguridad del Estado, así como respecto a los delitos previstos en la parte especial.
- b. Se definen los actos preparatorios como *“la organización de un plan, la adquisición o adaptación de medios o instrumentos, la reunión, la asociación o el desarrollo de cualquier otra actividad encaminada inequívocamente a la perpetración del delito”*.
- c. Los actos preparatorios se sancionan igual que para los delitos proyectados. Pero, se deja al juez la posibilidad de rebajar hasta en dos tercios de sus límites mínimos.

V. TERMINOLOGÍA

Ahora bien, para comenzar a conocer una nueva institución, en este caso, un nuevo tipo penal, es necesario hacer una primera aproximación, a través del rótulo que se usa para designarla.

En lenguaje común, de acuerdo a la 22va edición de la DRAE se dice que el "reglaje" es el "*reajuste que se hace en un mecanismo a fin de ponerlo en buen estado de funcionamiento*". Es decir, se alude a un término de la mecánica, como por ejemplo cuando uno lleva su vehículo para que le hagan un reglaje y ponerlo en perfecto estado funcional.

Pero este término, en lenguaje común es distinto al de "marcaje", pues en este caso se designa la "*acción de seguir un jugador a otro del equipo contrario y dificultar o impedir su juego*".

Ciertamente, a estas acepciones no puede haberse referido el legislador. Aparentemente, y a partir del uso policial o del lenguaje de la prensa, refiriéndose a los "marcas", el intérprete debe considerar que el marcaje es "*la acción de acopiar información o de vigilar los movimientos de alguien*", lo que es igual a "*la acción de seguir a una persona sin que ésta se dé cuenta*".

VI. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA

¿En qué contexto normativo debemos situar este nuevo tipo penal? Debemos considerar en primer lugar que estos actos de acopio de información, seguimiento, vigilancia o posesión de determinados objetos, se relacionan eventualmente con los actos de complicidad, entendida como el auxilio o la asistencia para la realización del hecho punible, pero de cualquier delito y, condicionado claro está a que el delito se haya por lo menos intentado cometer¹¹. Esto es, que debe configurarse un elemento objetivo: el comienzo de la ejecución del delito¹².

Excepcionalmente, y por razones de política criminal, el legislador consideró necesario, elevar a la categoría de autoría, por ejemplo, en el ámbito del

¹¹ Cfr. Villa Stein, Javier: *Derecho Penal. Parte General*; 3ra edición; Ed. Grijley; Lima 2008; p. 332.

¹² Hurtado Pozo, José; *Manual de Derecho Penal. Parte general I*; 3ra edición; Grijley; Lima 2005; p. 810 y s.

terrorismo “*el suministro de información, o la facilitación de bienes o medios, para la comisión de conductas terroristas*”.

En el delito de secuestro, igualmente, se tipificó como conducta autónoma y además agravada, “*el suministro de información o proporcionar medios para el secuestro*” (por ejemplo, datos sobre el secuestrado, inmuebles...).

En materia de Tráfico de Drogas, se castiga la conspiración (o el ponerse de acuerdo) para facilitar su comisión.¹³

¿En dónde colocamos al nuevo tipo penal, con relación a la complicidad en general? En realidad, una respuesta rápida nos indicaría que se está castigando por adelantado futuros actos de colaboración en la “facilitación” o “comisión” de los delitos que caen en esta ley, pero con las distorsiones que veremos cuando abordemos la cuestión de la imputación objetiva.

VII. JUSTIFICACIÓN POLÍTICO CRIMINAL

Como es costumbre en nuestro país, las leyes no traen normalmente Exposición de Motivos. De modo que el intérprete debe adivinar o especular sobre cuáles fueron las razones para castigar estos potenciales actos de colaboración.

Por el contexto en que se dictó esta ley, debemos entender que lo que se busca es reforzar la seguridad ciudadana, combatiendo de manera antelada los homicidios, lesiones, secuestros, extorsiones, violaciones o robos.

Pero el Congresista Luis Iberico señaló, saludando esta ley, que lo que se pretende es reprimir los actos de inteligencia¹⁴. Si consideramos los alcances de la definición de inteligencia como generación de información, diríamos que este acto rebasa las posibilidades de los delincuentes ocasionales o individuales. Entonces la

¹³ Alonso Peña Cabrera Freyre, señala otros casos que podrían ser considerados en realidad como delitos de peligro abstracto. Cfr. *Derecho Penal. Parte General*; 2da. Edición; Ed. Rhodas; Lima 2007; p. 394 y s.

¹⁴ Debemos entender que con la frase expresada por el Congresista, se está aludiendo al *proceso sistemático de recolección, evaluación y análisis de información, cuya finalidad es producir conocimiento útil para la toma de decisiones*.

lectura es otra. Se trataría de combatir al crimen organizado, en su labor de generación de información. Si este es el caso no se ha generado un nuevo tipo penal para combatir la inseguridad ciudadana, pues ésta no tiene relación específica con el crimen organizado¹⁵.

Pero si vemos la conexión de estos actos preparatorios con los delitos futuros que se cometan, otra interpretación del sentido de la reforma sería que se trata de reforzar la protección de los bienes jurídicos personales ¿De qué manera?

VIII. SOCIEDAD DE RIESGO: INCIDENCIA EN EL DERECHO PENAL CLÁSICO

En el contexto de una sociedad moderna, en la que interactúan los sistemas social, económico y político, es razonable considerar que las conductas que vulneren o pongan en peligro (concreto) bienes personales valiosos, como la vida, la salud, la libertad, el patrimonio o la familia, deban ser castigadas, a título de autoría y participación.

Del mismo modo, es legítimo que el Estado ejerza su poder punitivo para garantizar la indemnidad de bienes que sin ser personales, son necesarios para el funcionamiento de la sociedad; esto es proteger a bienes institucionales, como la administración, la fe, la paz y la salud públicas, así como la seguridad nacional.

La forma de protección no debe ser irracional ni excesiva. Por ello, con relación a estos bienes jurídicos tienen plena vigencia los principios del derecho penal clásico o liberal (culpabilidad, mínima intervención, fragmentariedad, afectación de bienes jurídicos, legalidad).

Pero como la vida avanza, la ciencia y tecnología se desarrollan y se generan nuevas necesidades y servicios, también se producen nuevos riesgos a estos bienes, que solo pueden ser tolerados y controlados socialmente, pues de lo

¹⁵ Cfr. Para una diferenciación entre crimen organizado y banda, Prado, Víctor: *Criminalidad Organizada*; Idemsa; Lima 2006; p. 52 y ss.

contrario si se prescindiese de ellos, el progreso también desaparecería. Los nuevos riesgos ambientales, tecnológicos, políticos, económicos, culturales, son ubicados por Ulrich Beck, sociólogo alemán, dentro de la llamada sociedad de riesgo¹⁶.

IX SOCIEDAD Y DERECHO PENAL DE RIESGO

El problema que genera esta nueva forma de sociedad ha sido puntualizada por Winfried Hassemer¹⁷ y quienes conforman la llamada Escuela de Frankfurt. Ellos sostienen que en nombre de esta sociedad de riesgo se ha creado un derecho penal de riesgo, con principios distintos a los del derecho penal clásico como los de máxima intervención, punición de conductas no graves, figuras de peligro abstracto, debilitamiento del principio de culpabilidad, tipos difusos, y el dominio de bienes jurídicos colectivos.

Y en el ámbito de la parte especial, la expansión del derecho penal anotada por Habermas para el derecho en general, significa la formulación de nuevos tipos penales, como los delitos ambientales, informáticos o genéticos, y ahora diríamos nosotros con el tipo penal de reglaje y marcaje, los cuales se superponen, se anticipan, devalúan y opacan los bienes jurídicos personales clásicos como la vida, la salud, la libertad, el patrimonio personal o la familia.

¿A qué conduce esta evolución doctrinaria? A que los principios liberales del derecho penal sean relativizados e incluso anulados por el derecho penal de riesgo.

X. ADELANTAMIENTO DE LA BARRERA PUNITIVA

El primer gran problema de este nuevo tipo penal, está relacionado con su ubicación en el itinerario del delito.

¹⁶ Fase de desarrollo de la sociedad moderna donde los riesgos sociales, políticos, económicos e industriales tienden cada vez más a escapar a las instituciones de control y protección de la sociedad industrial". Cfr. *Risikogesellschaft - Auf dem Weg in eine andere Moderne*; Suhrkamp; 1986.

¹⁷ Cfr. *Derecho Penal Simbólico y Protección de Bienes Jurídicos*; en Varios Autores: *Pena y Estado*; Santiago: Editorial Jurídica Conosur, 1995, pp. 23-36.

En el derecho penal clásico se reprime por excelencia conductas punibles consumadas, como el matar, lesionar, robar, secuestrar, violar, extorsionar. Igualmente, tiene relevancia penal porque es una afectación concreta al bien jurídico, los actos de ejecución que impliquen el comenzar a matar, lesionar, robar, secuestrar, violar, extorsionar.

Pero alejándose más de la afectación real y tangible de los bienes jurídicos, se reprimen las conductas peligrosas. Y en este sentido, se prevén delitos de peligro concreto, como el poner en peligro la vida o la salud de de las personas (exposición y abandono de personas en peligro); vulnerar las medidas de seguridad (por ejemplo en un dique o una central nuclear); hacer circular medicamentos peligrosos para la salud de las personas.

Es más discutible, cuando se tipifican conductas de peligro abstracto o presunto, por ejemplo, la posesión de armas sin licencia; conducir en estado de ebriedad, sin peligro a la vista; emitir vertidos por encima de valores límite; integrar una organización criminal.

Fuera de eso estadios en el itinerario delictivo, las conductas anteriores a éstas, son conductas penalmente irrelevantes, neutras o equívocas en su significado; pueden estar destinadas a cometer un delito, pero en general son comportamientos inocuos.

Sin embargo, nuestro legislador, ha dado relevancia penal al acto de informarse, seguir, vigilar, poseer armas, vehículos, celulares u otros instrumentos facilitadores del delito. Estas conductas o estados no revelan *per se* una finalidad delictiva, porque no son unívocos en su significado, en la medida que el agente no ha pasado al acto delictivo, o al menos revelado cierto grado de peligrosidad al

bien jurídico protegido¹⁸. Por ello se sostiene con razón que solo en Códigos autoritarios o poco democráticos se sancionan masivamente actos preparatorios¹⁹

XI. ESTRUCTURA DEL TIPO PENAL

A. BIEN JURÍDICO

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

B. SUJETOS ACTIVOS

El tipo penal en su modalidad básica es un delito común; esto es, cualquier persona puede acopiar información, hacer actos de seguimiento o vigilancia. De la misma manera cualquier persona puede poseer celulares, autos, armas con licencia²⁰, u otros instrumentos facilitadores. Finalmente, en la modalidad agravada por el modo de ejecución delictiva, cualquier persona puede utilizar a menores de edad, para acopiar información o realizar actos de seguimiento o vigilancia. En este caso, se entiende que el agente al valerse del menor para su actividad preparatoria, lo utiliza como intermediario material y, por ende, se coloca como autor mediato.

En la primera modalidad agravada, se estructura el tipo penal como delito especial impropio: sólo pueden ser sujetos activos calificados los funcionarios o servidores públicos, en los términos del artículo 425 del Código Penal. Otra vez se incurre en la concepción moralista y discriminatoria de considerar a los servidores del Estado como sujetos

¹⁸ Cfr. Para una revisión integral del problema planteado, Roxin, Claus; *La Teoría del Delito en la discusión actual*; traducción Manuel Abanto Vásquez; Grijley; Lima 2007; p. 151 y ss.

¹⁹ Mir Puig, Santiago: *Derecho Penal. Parte general*; 4ta ed.; Barcelona 1996; p. 331.

²⁰ Si una persona es intervenida poseyendo un arma sin licencia, incurriría en el delito de tenencia ilícita de armas.

especiales que hay que reprimir más. Sin embargo, debe restringirse su aplicación en dos aspectos.

Primero, la condición especial de funcionario o servidor público no puede agravar la conducta de la posesión de objetos, con finalidad delictiva. No habría una relación lógica entre dicha condición especial y el acto de posesorio, pues los funcionarios o servidores públicos pueden tener celulares, armas con licencia, automóviles u otros instrumentos análogos, independientemente de su condición especial.

Segundo, no basta, aun cuando en el tipo penal no se expresa, tener dicha condición y realizar las conductas de informarse, seguir o vigilar, para configurar la circunstancia agravante. Se requiere que exista una conexión funcional entre la función desempeñada y la conducta desplegada (acopio de información, actos de seguimiento o actos de vigilancia). En otras palabras, que haya un abuso funcional para realizar dichas conductas²¹. Se trataría, por ejemplo, del caso de los miembros de la Policía Nacional, serenazgo municipal, funcionarios que tengan acceso a información financiera o contable.

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

²¹ En el mismo sentido del artículo 46 A del C.P. o del artículo 297, cuando se trate de funcionarios encargados de la prevención del delito.

que abusan de su posición funcional presente o pasada para realizar los "actos de inteligencia".

C. VERBOS TÍPICOS Y OBJETO DEL DELITO

Se trata de un tipo penal alternativo, que se resume en dos tipos de conducta: **a.** realizar actos de acopio de información, seguimiento o vigilancia, **b.** poseer armas, vehículos, teléfonos u otros instrumentos facilitadores. Se trata de un delito de estado.

- a. Con relación a la información la cuestión será determinar qué se entiende por información: datos personales o materiales vinculados a una persona natural o jurídica, relevante para la perpetración del ilícito futuro (datos personales, domicilio, relaciones, horarios, rutas usuales, datos contables, financieros...). Igualmente, deberá establecerse cuánta información es suficiente para que se entienda que constituye acopio. ¿Basta con encontrar en la agenda de un sicario o mafioso el celular o la dirección de una persona para que se configure el delito? Consideramos que no, si entendemos como acopio como *la reunión o acumulación de gran cantidad de algo*.
- b. La determinación de lo qué es seguimiento igualmente será ardua. Para comenzar quién la determina. Tanto en el viejo como en el nuevo modelo procesal penal, es la policía la que se encuentra en la situación funcional de definir este elemento típico. La misma observación vale para la determinación de lo que es vigilancia. ¿Basta con estacionarse en la noche en un vehículo de lunas polarizadas cerca del domicilio de la potencial víctima?
- c. Con relación a las armas, debe entenderse que se trata de las armas propias; esto es, las que son fabricadas o elaboradas con el fin expreso de ser usadas para atacar o defenderse.

- d. ¿Cómo determinar la posesión de vehículos para efectos típicos? Deben ser varios, de procedencia dudosa, de lunas polarizadas sin autorización.
- e. Con el término teléfonos se comprende a todo aparato de comunicación, de diverso tipo o condición: móviles, fijos, satelitales, propios o hurtados.
- f. Con la frase cualquier otro instrumento facilitador del delito, se da entrada a la interpretación analógica. Queda a la imaginación del intérprete el convertir cualquier objeto, en sí inocuo, en un instrumento facilitador del delito, como se describe prolijamente en la legislación cubana: ganzúas, bujías, patas de cabra, alfileres, jeringas, punzones, sogas; grilletes, hojas de afeitar..

XI. IMPUTACIÓN OBJETIVA Y DELITO DE REGLAJE

La imputación objetiva forma parte del tipo objetivo. Es decir no basta con constatar una conducta, sino que ésta deba haber creado o incrementado sustancialmente el riesgo al bien jurídico protegido.

Como habíamos dicho, en una sociedad de riesgo como la nuestra, el progreso también determina que se creen nuevas fuentes de peligro, para el desarrollo de la vida social: por ejemplo conducir vehículos motorizados, tener animales peligrosos, maniobrar una máquina peligrosa. Para efecto de lo que nos interesa, tomemos el caso de la posesión de un arma, pero con licencia.

Estas conductas se encuentran normalmente en el ámbito del riesgo permitido o tolerado socialmente. Sin embargo, incluso dentro de una sociedad de riesgo, hay conductas que no pueden ser permitidas socialmente, porque implican una creación indebida o una intensificación excesiva del riesgo permitido. Entonces debe trazarse una línea superior que permita identificar el riesgo prohibido y, por ende, penalmente peligroso.

Al respecto, qué duda cabe que quien facilita dolosamente un arma a otro para que cometa un robo, se encuentra en el ámbito del riesgo prohibido. Pero la relevancia penal de esta conducta, está condicionada a que la conducta facilitada se haya por lo menos intentado.

Aquí se detecta otro problema con el delito de reglaje o marcaje en el caso de posesión de arma, destinada a facilitar un delito. Porque en estricto sentido se entiende que esta facilitación potencial, no realizada pero presumida, era a su vez para facilitar el delito; en otras palabras: era una posesión para facilitar la futura facilitación del delito. Consecuencia interpretativa inaceptable porque se genera una complicidad en cadena, que no cabe dentro de los alcances del artículo 24 del Código Penal.

La otra posibilidad es la de poseer el arma (con licencia) para cometer luego un delito. La dificultad se mantiene, es menos grosera que la anterior, pero debe ser dilucidada, mediante la prueba indiciaria.

En consecuencia, en términos de imputación objetiva, ninguna de las conductas previstas en el nuevo tipo penal producen o incrementan de manera relevante el riesgo de los bienes jurídicos involucrados en los alcances de la ley.

XII. TIPO SUBJETIVO Y PRUEBA INDICIARIA

¿Qué van a tener que hacer los jueces, cuando el fiscal plantee su caso por delito de marcaje o reglaje? ¿Cómo va a determinar ese elemento de tendencia interna trascendente, distinto al dolo, si el agente no ha pasado al acto ni ha realizado ningún acto de auxilio concreto? Es altamente improbable que el intervenido confiese sus intenciones de cometer un delito o de facilitarlo. No cabe además la prueba directa. Peor aún, la flagrancia ¿la flagrancia con relación a qué? ¿de estar poseyendo un vehículo, un celular? ¿de estar siguiendo a otra persona? ¿de estar vigilándola?

Tendría que recurrirse a la prueba por indicios. Esto es, acumular una cantidad de indicios de cargo, fuertes, concurrentes, no contradichos por contraindicios que permitan hacer una inferencia válida y contundente y probar el hecho. Surge aquí otra dificultad: ¿qué hecho tendría que probarse indirectamente? En realidad no hay un hecho a probar pues el proyectado por el agente no está en el mundo de la realidad. En otras palabras, no se puede pretender probar el pensamiento del acopiador, del seguidor, del vigilante, del poseedor²². A menos que se quiera llamar hecho a la subjetividad del imputado, a lo que pensaba hacer, pero lo que se quería hacer no es lo que ha hecho.

Pero haciendo un ejercicio de imaginación adicional ¿Qué indicios pueden llevar al intérprete a que considere que la prueba indiciaria también se aplica a los pensamientos del imputado?

Con relación a los actos de acopio de información, tendría que acumularse indicios tales como el tipo de información (financiera, contable); su accesibilidad (información reservada o secreta); el lugar donde es intervenido el acopiador, la cantidad de información acumulada, el soporte en donde se encontraba, la justificación que dio el intervenido sobre lo que hacía con esa información, los objetos incautados.

Respecto a los actos de seguimiento y vigilancia podría considerarse el lugar donde fue intervenido, la justificación que da de lo que hacía por allí, datos que poseía sobre el seguido, sus antecedentes (derecho penal de autor), sus vínculos con gente de dudosa reputación, la capacidad delictiva, la frecuencia de los actos de seguimiento o vigilancia.

Lo peligroso de este tipo penal es que puede dar lugar a derivas represivas, que terminen criminalizando conductas de vida. Así, en nombre de la seguridad ciudadana se podría intervenir a personas con un modo de vestir distinto o incluso

²² Distinta es la situación de la probanza de la intención del agente en un caso de lesiones seguidas de muerte, pues en este supuesto hay un hecho externo ilícito y dañoso de un bien jurídico.

extravagante, en función por ejemplo del uso de gorras, doble polo, tatuajes, cicatrices, pelo mal alisado, zapatillas...

XIII. PENALIDAD

Finalmente, si analizamos la cuestión de las penas abstractas, confirmaríamos una vez más la irracionalidad de nuestro legislador. La pena básica para el delito de marcaje es de 3 a 6 años, como si se tratase de un hurto agravado consumado o un robo simple. Incluso la legislación cubana es menos severa en la pena, que puede ser reducida hasta dos tercios por debajo del mínimo legal.

Y si se evalúa la pena para la modalidad agravada, 6 a 10 años de privación de libertad, podemos castigar con la misma severidad a un homicida simple, cuya pena sea ubicada en el tercio inferior. O que dé lo mismo violar a un persona, modalidad básica del 170 C.P., cuya pena es de 6 a 8 años.

De esta manera lo único que logra el legislador es desvalorar o devaluar los bienes jurídicos y, muchas veces, lo que es peor, ser un factor criminógeno, pues si da lo mismo se castigado por un acto preparatorio, entonces mejor vale consumir lo antes posible el acto.

XIV CONCLUSIONES

- a. No cabe duda que la inseguridad ciudadana es un problema aún vigente en nuestro país, por lo que es urgente adoptar políticas integrales, coherentes y de corto o mediano plazo para paliar sus efectos negativos.
- b. Es equivocada sin embargo la concepción político criminal que la solución comienza por adelantar la barrera punitiva, reprimiendo actos preparatorios que, por su equivocidad, y su limitada afectación de bienes jurídicos no caen dentro del ámbito razonable de la imputación objetiva.

- c. La postura adoptada por el legislador al crear el delito de reglaje o marcaje, solo puede explicarse en el contexto de un derecho penal de riesgo, en su máxima expresión.
- d. Los jueces tendrán que optar por hacer control difuso si estiman que el nuevo tipo penal, viola el principio de afectación de bienes jurídicos, de culpabilidad o de legalidad.
- e. De considerarlo como un instrumento legítimo de lucha contra la inseguridad ciudadana tendrán que restringir al máximo sus alcances, descartando el elemento subjetivo para facilitar el delito; introduciendo el criterio del abuso funcional para las circunstancias agravantes; no aplicando la interpretación analógica, respecto de otros instrumentos facilitadores del delito.
- f. De lo contrario tendremos el penoso privilegio de estar a la par de una legislación penal poco democrática como la cubana.