



**UNIVERSIDAD PARTICULAR DE CHICLAYO**  
**FACULTAD DE DERECHO Y EDUCACIÓN**

---



**TÍTULO:**

***“LA ACTIVIDAD PROBATORIA SUFICIENTE Y LA  
ACREDITACIÓN DEL DELITO DE MARCAJE Y REGLAJE A  
PARTIR DE CASOS EN LA CORTE SUPERIOR DE  
JUSTICIA DE LAMBAYEQUE”***

**TESIS**

**PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE  
ABOGADA**

**BACHILLER:**

**LOALY STEFANY CANCINO QUIROZ**

**CHICLAYO – PERÚ  
2019**

**“LA ACTIVIDAD PROBATORIA SUFICIENTE Y LA  
ACREDITACIÓN DEL DELITO DE MARCAJE Y REGLAJE A  
PARTIR DE CASOS EN LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE  
LAMBAYEQUE”**

Tesis presentada por la Bachiller **LOALY STEFANY CANCINO  
QUIROZ**, a la Facultad de Derecho y Educación de la Universidad  
Particular de Chiclayo, para optar el **TÍTULO PROFESIONAL DE  
ABOGADA**.

---

**Loaly Stefany Cancino Quiroz**  
**BACHILLER**

---

**Mg. Javier Díaz Díaz**  
**ASESOR**

**Aprobado por:**

---

**Mg. Lito R. Becerra Angulo**  
**PRESIDENTE**

---

**Mg. Fermin E. Valdivieso Villena**  
**SECRETARIO**

---

**Dr. Teófilo R. Rojas Quispe**  
**VOCAL**

## DEDICATORIA

*A Dios, a la Virgen de Guadalupe, por bendecir e iluminar mi camino, brindandome fortaleza y sabiduría en mi vida.*

*A mi hermano, por el aprecio infinito que tengo hacia su persona y por los buenos momentos compartidos, anhelo todo lo mejor para él.*

*A mis padres, por su apoyo y por darme la oportunidad de poder lograr uno de mis grandes sueños, ser abogada.*

*A Raul Vallejos, mi compañero de vida, porque me enseñaste hacer una persona fuerte, segura y decidida. Que siempre prevalezca y perdure nuestro amor.*

## **AGRADECIMIENTO**

*Un agradecimiento especial a mi madre, por todo el esfuerzo que ha realizado para hacer de mi una profesional y por su apoyo constante que siempre me brinda.*

*A mi mamá Maruja, por darme un consejo en el momento oportuno y por todos sus cuidados.*

*A mi padre Franco Cancino, por hacer de mi infancia la etapa más feliz de mi vida, haciendome sentir la reina porque todo lo he tenido y sobre todo su cariño y protección, porque nunca permitió que viera el lado oscuro y negro del mundo, hasta que emprendió su largo viaje.*

# ÍNDICE

**PORTADA**

**DEDICATORIA**

**AGRADECIMIENTO**

**ÍNDICE GENERAL**

**RESUMEN**

**ABSTRACT**

## **CAPITULO I INTRODUCCIÓN**

- 1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**
- 1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA**
- 1.3. HIPÓTESIS**
- 1.4. OBJETIVOS**
  - 1.4.1. OBJETIVO GENERAL**
  - 1.4.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS**

## **CAPITULO II MARCO TEÓRICO**

- 2.1. ANTECEDENTES NORMATIVOS**
- 2.2. BASES TEÓRICAS**
  - 2.2.1. REFERENCIAS HISTORICAS DEL DELITO DE MARCAJE O REGLAJE**
  - 2.2.2. NATURALEZA JURÍDICA DEL DELITO DE MARCAJE O REGLAJE**
  - 2.2.3. DEFINICIÓN DE MARCAJE O REGLAJE**
  - 2.2.4. LOS TIPOS PENALES DE MARCAJE O RECLAJE**
- 2.3. EL ESTADO DE DERECHO**
- 2.4. LA POLÍTICA CRIMINAL EN EL ESTADO PERUANO**
- 2.5. EL ITER CRIMINIS**

- 2.6. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO
- 2.7. GRADOS DE DESARROLLO DEL DELITO
- 2.8. PENALIDAD

### **CAPITULO III**

#### **LA PRUEBA INDICIARIA EN LA PROBANZA DEL DELITO DE MARCAJE O REGLAJE**

- 3.1. EL PRINCIPIO DE IMPUTACIÓN NECESARIA O SUFICIENTE
- 3.2. DEFINICIÓN DE PRUEBA INDICIARIA
- 3.3. LA PRUEBA INDICIARIA EN EL DELITO DE MARCAJE O REGLAJE
- 3.4. ANÁLISIS DOCTRINARIO

### **CAPITULO IV**

#### **EL DELITO DE MARCAJE O REGLAJE A TRAVÉS DE LA JURISPRUDENCIA PERUANA**

- 4.1. EL DELITO DE MARCAJE EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA
- 4.2. EL DELITO DE MARCAJE EN LA LEGISLACIÓN ARGENTINA
- 4.3. EL DELITO DE MARCAJE EN LA LEGISLACIÓN CHILENA

### **CAPÍTULO V**

#### **METODOLOGÍA**

- 5.1. TIPO Y DISEÑO DE INVESTIGACIÓN
- 5.2. POBLACIÓN Y MUESTRA
- 5.3. VARIABLES DE ESTUDIO
- 5.4. TÉCNICAS, PROCEDIMIENTOS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS
- 5.5. PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE DATOS

### **CAPÍTULO VI**

#### **RESULTADOS Y DISCUSIÓN**

**CONCLUSIONES**

**RECOMENDACIONES**

**REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

**ANEXOS**

## RESUMEN

Al generarse la percepción de que vivimos períodos de inseguridad ciudadana, el Estado, para prevenir, controlar y reducir las oleadas de criminalidad, se ha visto en la necesidad de promulgar normas que de alguna forma regulen o frenen dicha ola delincencial, tal es el caso del tipo penal del marcaje y reglaje, tema que es de suma importancia analizar debido a la sanción que reciben los actos preparatorios.

La investigación propuesta busca realizar un análisis dogmático de los principios que orientan el derecho penal, como son el principio de lesividad, fragmentariedad, subsidiaridad.

También, se analizará las interrogantes existentes sobre el concurso ideal de delitos, concurso real de delitos, así como el concurso aparente de leyes o unidad de ley penal respecto al delito de marcaje o reglaje con el delito fin; toda vez que son cuestiones aún no claras en nuestra jurisprudencia y doctrina peruana.

En la misma línea, debemos puntualizar los problemas aún sin respuestas respecto del delito de marcaje o reglaje mediante la utilización de armas de fuego, el cual no es nada pacífica respecto de las cuestiones a resolver. Y por otro lado aún mucho más preocupante las cuestiones respecto del delito de marcaje o reglaje mediante utilización de armas aparentes o conocidas por el ardid jurídico como armas de fogeo.



## **ABSTRACT**

By generating the perception that we are experiencing periods of citizen insecurity, the State, in order to prevent, control and reduce the waves of crime, has seen the need to promulgate norms that somehow regulate or curb said crime wave, such is the case of the criminal type of marking and adjustment, an issue that is very important to analyze due to the penalty that preparatory acts receive.

The proposed research seeks to perform a dogmatic analysis of the principles that guide criminal law, such as the principle of injury, fragmentation, subsidiarity.

Also, the existing questions about the ideal crime contest, real crime contest, as well as the apparent competition of laws or criminal law unit regarding the crime of marking or adjustment with the final crime will be analyzed; since they are still unclear issues in our Peruvian jurisprudence and doctrine.

Along the same lines, we must point out the problems even without answers regarding the crime of marking or adjustment by means of the use of firearms, which is nothing peaceful regarding the issues to be resolved. And on the other hand even more worrisome issues regarding the crime of marking or adjustment through the use of apparent weapons or known by the legal scheme as firearms.

## **CAPITULO I INTRODUCCIÓN**

La investigación propuesta tiene como finalidad poder establecer parámetros de tratamiento jurídico respecto del aún moderno tipo penal del marcaje o reglaje, figura que es parte del siempre cuestionado derecho penal del enemigo, como una manera de anteposición a las barreras criminales, siendo ésta una de las figuras muy cuestionadas debido a la sanción que reciben los actos preparatorios.

De la misma forma, debemos de dejar en claro que los pilares del Derecho Penal clásico o tradicional han ido cambiando, y para mayor ejemplo la presente figura de delito de marcaje o reglaje. En este sentido, la investigación propuesta busca realizar un análisis dogmático de los principios que orientan el derecho penal; ya que todas ellas deberán de cuestionarse bajo las figuras que se están creando a partir de la punibilización de conductas antes inocuas como son los actos preparatorios.

Finalmente, bajo la premisa de que aún nuestra novísima figura de marcaje o reglaje no posee mucha jurisprudencia, en el cual podamos apilar nuestras interrogantes, realizaremos un análisis correlacional de lo contemplado en el derecho comparado.

## **1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

En nuestro país, como en otros sistemas sociales se ejecutan con mayor frecuencia conductas que vulneran normas, en particular normas de carácter penal. Dichas conductas cuando son masivas o se concentran en determinadas modalidades delictivas, se les denomina olas de la criminalidad. Así, cada año se cometen masivamente acciones delictivas con una fuerte dosis de violencia: delitos de homicidio, lesiones, pandillaje, secuestros, violaciones, extorsiones, etc.

Sin embargo, pese a los esfuerzos realizados por los entes encargados del orden y la seguridad en nuestro país, surge un dato criminológico bastante preocupante, puesto que indica que existe la imposibilidad en un gran porcentaje, de detener a los agentes al no encontrárseles evidencias objetivas de la comisión de un hecho punible, lo que propicia un escenario de impunidad, aumentando la sensación de miedo e inseguridad por parte de la población; situación, que muchas veces influye y genera decisiones de los actores políticos quienes se apropian del tema, potencian el drama, y politizan el derecho penal, entendiendo negativamente tal fenómeno, como la utilización de las medidas penales para movilizar a la opinión pública, sin que se resuelvan en el fondo los problemas.

El objetivo político ha sufrido una mutación sustancial, pues las estrategias públicas ya no se encaminan a reducir tasas de delito en una sociedad, sino a reducir los niveles de miedo o ansiedad que experimenta la ciudadanía.

De esta forma, la inseguridad y el miedo se convierten en promotores de cambios en la legislación penal y procesal penal.

El delito de Marcaje o Reglaje surge como consecuencia de la crisis e inseguridad ciudadana que se vive en nuestro país, es sabido que la delincuencia ha alcanzado niveles descomunales en los últimos años.

Frente a esta situación de emergencia, el Estado, se ha visto en la necesidad de promulgar normas que de alguna forma regulen o frenen dicha ola delincencial, tal es el caso del tipo penal del marcaje y reglaje, tema que es de suma importancia analizar debido a que se punibiliza acciones que estudiadas individualmente son conductas totalmente lícitas, además de tratarse íntegramente de un acto preparatorio, porque se da en la fase previa a la comisión de un delito y al haberse conceptualizado como delito, el Estado estaría vulnerando ciertos principios que limitan su *Ius Puniendi Estatal* (facultad sancionadora del Estado) para crear normas penales.

El marcaje es una forma de labor de “inteligencia” que realizan los delincuentes, en lugares como bancos, centros comerciales o negocios, donde las personas realizan transacciones y circulan dinero o valores, siendo objeto de vigilancia, para luego de identificada la víctima (“marcada”), sea seguida y asaltada de forma violenta. Sin embargo, debemos saber que, según nuestro ordenamiento jurídico vigente, la conducta previa al asalto no configura delito. Pues, el hecho es punible a partir del momento en que el autor emplea violencia contra la persona, es decir, desde el momento en que la víctima es alcanzada y amenazada; y se consuma, cuando los asaltantes se apoderan de su dinero. Como se verá, los delitos por la modalidad del “marcaje”, sólo son sancionables cuando se comete el delito de robo.

A mayor ahondamiento, estas conductas sólo son sancionables a partir del momento en que se inicia la ejecución de dichos delitos. Quiere decir, que si el delito no se concretiza, la conducta del “marcaje” queda impune, pues no está prevista como delito.

Bajo esta premisa, surge la necesidad de determinar si el delito de marcaje o reglaje es compatible o no con el derecho penal clásico, pues éste castiga de forma adelantada un hecho que realmente no corresponde a un delito concreto o consumado que vulnere el bien jurídico protegido, es decir busca sancionar solo actos preparatorios.

## **1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA**

¿En que medida la falta de actividad probatoria suficiente en los delitos de marcaje y reglaje, constituye un atentado al principio de la seguridad jurídica cuando los órganos jurisdiccionales se exceden en sus atribuciones?

## **1.3. HIPÓTESIS**

Si, al no econtrarse debidamente acreditado la comisión del delito de marcaje o reglaje y se sanciona sin tener en consideración los principios y derechos de la persona; entonces, se podría afectar a la seguridad jurídica.

## **1.4. OBJETIVOS**

### **1.4.1. OBJETIVO GENERAL**

- Establecer lineamientos para la aplicación correcta y justa de los medios probatorios en los delitos de marcaje y reglaje, basada en principios jurisdiccionales de ponderación y razonabilidad a fin de preservar la seguridad jurídica y la presunción de inocencia y el derecho a la libertad.

### **1.4.2. OBJETIVOS ESPECIFICOS**

- Describir una muestra de casos en los que ha quedado acreditado la comisión del delito de marcaje o reglaje en el Distrito Judicial de Lambayeque.
- Sugerir recomendaciones basadas en principios jurídicos para la aplicación correcta de los medios de prueba en los delitos de marcaje o reglaje, sin lesionar la seguridad jurídica, la presunción de inocencia y el derecho a la libertad.

## **CAPITULO II MARCO TEÓRICO**

### **2.1. ANTECEDENTES NORMATIVOS**

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 artículo 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 (artículo 108°, inciso 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 (artículo 152°, 3er párrafo), 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 Decreto Legislativo N° 982, publicado el 22 de julio de 2007, reproduciendo íntegramente dicho texto legal, lo acopló a la estructura típica del delito de extorsión (artículo 200°, 2do párrafo), siendo que los criterios de dicha voluntad político-criminal fueron adecuadamente plasmados en su Exposición de Motivos<sup>1</sup>.

---

<sup>11</sup> 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-

## **2.2. BASES TEÓRICAS**

### **2.2.1. REFERENCIAS HISTORICAS DEL DELITO DE MARCAJE O REGLAJE**

Debemos tener en cuenta que las modalidades del 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 norma, como en el supuesto del artículo 317° - A (Campo Moreno, 2000, pag. 76).

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.

Es decir, se trató de evolucionar el hasta ahora Derecho Penal de lesión en un Derecho Penal del peligro, tomando como punto de referencia ya el comportamiento peligroso del autor.

---

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".

A la vez, se trataba de un Derecho Penal de la voluntad, en cuanto el objeto central de reproche es la puesta en marcha de la voluntad criminal del autor, el peligro de producción del resultado y no el resultado ocasionalmente producido; y de un Derecho Penal de la intención, en cuanto atiende a la intención para la imposición de la pena (Campo Moreno, 2000, pag. 79).

Ahora bien, la conspiración obedece a una doble naturaleza jurídico penal: i) para algunos Sistemas Jurídicos es una institución de la Parte General equivalente a una coautoría anticipada, y ii) en otros sistemas legales consiste en un delito autónomo en la parte especial, equivalente a un tipo penal que criminaliza actos preparatorios, es decir, un delito de preparación, tal como se encuentra en algunos casos en nuestro Código Penal.

Realizar 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 artículo 17.1 del Código Penal: 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.



Siendo importante resaltar su diferencia con el delito de asociación para delinquir del artículo 515°, 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 alguno (Campo Moreno, 2000, pag. 80).

En la doctrina argentina, el profesor 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 (Campo Moreno, 2000, pag. 83).

En el Derecho Penal Alemán, la conspiración para delinquir se encuentra en el artículo 30° II de su Código Penal, que regula lo siguiente: 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.

El profesor Sancinetti acota que 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.

En el Derecho Norteamericano, la conspiración se encuentra tipificada en el artículo 371°, título 18 del United States Code, que

señala: 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 clase de delito, pudiendo ser cualquiera previsto y sancionado en su normatividad penal a nivel estatal o federal.

Actualmente como se conoce a través de los medios de comunicación el Gobierno de Bolivia esta pasando por conflictos a causa de una crisis electoral que se desató el día veinte de octubre del presente año, por la repentina suspensión de la transmisión de los resultados de las elecciones presidenciales celebradas ese día justo cuando obligaban a una segunda vuelta entre Morales y Mesa.

El Gobierno de Bolivia señala que aprovechará su próximo examen ante el Consejo de Derechos Humanos de la ONU para denunciar la violencia durante las protestas postelectorales, que el presidente Evo Morales, ha atribuido a una “conspiración” política y económica contra su ejecutivo.

### **2.2.2. NATURALEZA JURÍDICA DEL DELITO DE MARCAJE O REGLAJE**

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 norma<sup>2</sup>, como en el supuesto del artículo 317°-A. Pero en este ámbito cabe preguntarnos si el delito de marcaje o reglaje constituye, en sus bases estructurales más profundas, una forma de conspiración para delinquir.

Previamente, resulta trascendental abordar un comentario acerca de la “Memoria del Ministerio de Justicia Prusiano” del año 1933, que trató desde un punto de vista sistemático y de concepción la renovación jurídico-penal 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 en un Derecho Penal del peligro, tomando como punto de referencia ya el comportamiento peligroso del autor.

A la vez, se trataba de un Derecho Penal de la voluntad, en cuanto el objeto central de reproche es la puesta en marcha de la voluntad criminal del autor, el peligro de producción del resultado y no el resultado “ocasionalmente” producido; y de un “Derecho Penal de la intención”, en cuanto atiende a la intención para la imposición de la pena<sup>3</sup>.

### **2.2.3. DEFINICIÓN DE MARCAJE O REGLAJE**

En un sentido común:

Reglaje.- es el reajuste que se hace en un mecanismo a fin de ponerlo en buen estado de funcionamiento.

Marcaje.- Acción de seguir un jugador a otro del equipo contrario y dificultar e impedir su juego.

---

<sup>2</sup> GARCÍA CAVERO, Percy, “Derecho Penal. Parte General”, 2da 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.

<sup>3</sup> 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”, Ídem, Lima, 2009, pp. 124-125.

Ahora, de acuerdo a nuestro estudio el concepto de “Reglaje o marcaje”; 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 permitan ejecutar su plan criminal con toda garantía en ejecución; sea para identificar trayectos de desplazamiento de la víctima, con el objeto de secuestrarla o de conocer su retiros dinerarios en bancos y otras instituciones financieras, con el afán de apoderarse del objeto material del delito (A. R. Peña Cabrera Freyre 2006).

Existen puntualmente cinco conductas típicas que podría desarrollar el agente:

- i)* “realizar actos de acopio de información”.
- ii)* “realizar actos de entrega de información”.
- iii)* “realizar actos de vigilancia de personas”.
- iv)* “realizar actos de seguimiento de personas”.
- v)* “colaborar en la ejecución de tales conductas mediante el uso de armas, vehículos, teléfonos u otros instrumentos idóneos”.

Este entramado de verbos rectores nos lleva a concluir que estamos frente a un “tipo penal alternativo” porque basta que el sujeto activo ejecute cualquiera de las conductas típicas para el delito quede perfeccionado (Prado Saldarriaga, Criminalidad Organizada 2006) .

#### **2.2.4. LOS TIPOS PENALES DE MARCAJE O RECLAJE**

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

### **2.3. EL ESTADO DE DERECHO**

El concepto de Estado de Derecho es complejo pues ha sido abordado de distinta forma por distintos autores y por diversas tradiciones jurídicas. Así, el Common Law habla del “Rule of Law” y en el derecho continental se prefieren las expresiones francesas de “Etat de droit” o alemana de “Staatsrecht”, sin que se trate de conceptos totalmente equivalentes.

Luigi Ferrajoli: sostiene que “Con la expresión ‘Estado de Derecho’ se entienden, habitualmente, en el uso corriente, dos cosas diferentes que es oportuno distinguir con rigor. En sentido lato, débil o formal, ‘Estado de Derecho’ designa cualquier ordenamiento en el que los poderes públicos son conferidos por la ley y ejercitados en las formas y con los procedimientos legalmente establecidos”.

En este sentido - que corresponde al uso alemán del término Rechtsstaat - todos los ordenamientos jurídicos modernos son Estados de Derecho, incluso los más antiliberales, en los que los poderes públicos tienen una fuente y una forma legal.

“En un segundo sentido, fuerte o sustancial [agrega], ‘Estado de Derecho’ designa, en cambio, solo aquellos ordenamientos en los que los poderes públicos están, además, sujetos a la ley (y, por tanto, limitados o vinculados por ella), no solo en lo relativo a las formas, sino también en los contenidos”. Según este significado más restringido - que es el predominante en el uso italiano - “son Estados de Derecho aquellos ordenamientos en los que todos los poderes, incluido el legislativo, están vinculados al respeto de principios sustanciales,

establecidos por las normas constitucionales, como la división de poderes y los derechos fundamentales” (Ferrajoli, 2003, página 13-14).

El Estado de Derecho remite en general a una idea básica común, que es la noción de imperio de la ley, esto es, al esfuerzo por controlar y al mismo tiempo legitimar el poder del Estado por medio del derecho. Pero esa idea ha recibido formulaciones muy diversas. Incluso algunos sólo hablan de Estado de derecho con cualificaciones precisas, por ejemplo para distinguir entre Estado liberal de derecho, Estado social de derecho y Estado democrático de derecho (Díaz, 1974), o para diferenciar entre una visión más histórica, formalista, procesal o sustantiva del Estado de derecho legislativo (Fallon, 1997: 11 ss.).

Las concepciones normativas sobre el Estado de Derecho se estructuran a partir de la distinción desarrollada desde la filosofía clásica, por autores como Aristóteles, entre gobierno de leyes y gobierno de personas (III, 15-16). Conforme a esta visión, el Estado de derecho es esencialmente un tipo de Estado gobernado por leyes, en donde todas las autoridades deben respetar y cumplir esas normas generales, que deben haber sido previamente promulgadas. El comportamiento de las autoridades de este Estado de leyes sería entonces menos arbitrario y más previsible, lo cual incrementaría la seguridad jurídica y la libertad de los ciudadanos, puesto que todos los funcionarios deben acatar esas normas generales.

En el siglo XX, el Estado constitucional y democrático de derecho experimentó un nuevo desarrollo pues a los tradicionales derechos civiles y políticos, que implican esencial, aunque no exclusivamente, obligaciones de abstención para el Estado, se sumaron los derechos sociales, como la educación o la salud, que suponen prestaciones positivas de parte de las autoridades. La incorporación de estos derechos sociales implicó así el paso de un Estado de derecho liberal, que sólo establecía límites a las autoridades para proteger la libertad individual, a un Estado social de derecho, que impone obligaciones al

Estado, a fin de lograr la satisfacción de las necesidades materiales de los ciudadanos.

Un documento relativamente reciente del Secretario General de Naciones Unidas, que buscaba estructurar una terminología común para el trabajo de esa organización, definió al Estado de Derecho en los siguientes términos:

*Se refiere a un principio de gobierno según el cual todas las personas, instituciones y entidades, públicas y privadas, incluido el propio Estado, están sometidas a unas leyes que se promulgan públicamente, se hacen cumplir por igual y se aplican con independencia, además de ser compatibles con las normas y los principios internacionales de derechos humanos. Asimismo, exige que se adopten medidas para garantizar el respeto de los principios de primacía de la ley, igualdad ante la ley, rendición de cuentas ante la ley, equidad en la aplicación de la ley, separación de poderes, participación en la adopción de decisiones, legalidad, no arbitrariedad, y transparencia procesal y legal” (ONU, Secretario General, 2004, en el pár. 6).*

Esta conceptualización más política del Secretario General comparte elementos básicos con aquella defendida por muchos autores en el ámbito académico.

#### **2.4. LA POLÍTICA CRIMINAL EN EL ESTADO PERUANO**

La percepción de la ciudadanía sobre la seguridad de los Estados ha tomado especial relevancia en la región latinoamericana. El problema de la delincuencia y de la seguridad ciudadana se ha convertido en el principal que han de afrontar los Estados de América Latina según las recientes estimaciones de la ONG Latinobarómetro<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> M. LAGOS y L. DAMMERT, Informe: La Seguridad Ciudadana, el problema principal de América Latina. Latino barómetro, Lima 2012.

En el Perú, las Organizaciones No Gubernamentales (Que no dependen del gobierno y sin fines de lucro) como son:

Instituto de Defensa Legal.-

Asociación Civil que se dedica a la defensa de los derechos humano y jurisprudencia, así como alertar y crear violencia política en America Latina.

Proética.-

Se constituyó en el año dos mil dos. Primera Organización No Gubernamental dedicada a promover la ética y luchar contra la corrupción. Conformada por:

- Comisión Andina de Juristas.
- Instituto Prensa y Sociedad.
- Asociación Civil Transparencia.
- Asociación de Exportadores.

Estas organizaciones no gubernamentales antes mencionadas, han encontrado que la inseguridad ciudadana es el tema de principal preocupación de la población peruana<sup>5</sup>.

Ello se condice con las estimaciones de victimización en el país, tales como la Encuesta Nacional de Programas Estratégicos que realizó el INEI realizada en el año dos mil diez, que estimó que del total de la población nacional urbana de quince y más años de edad, más de las tres cuartas partes (79,2%) percibe que será víctima de algún evento que atente contra su seguridad en los próximos doce meses<sup>6</sup>.

De manera similar, los resultados de la encuesta nacional de la ONG Ciudad Nuestra mostraron que casi las tres cuartas partes de los

---

<sup>5</sup> M. LAGOS y L. DAMMERT, Informe: La Seguridad Ciudadana, el problema principal de América Latina. Latino barómetro, Lima 2012.

<sup>6</sup> INSTITUTO NACIONAL DE ESTADISTICA E INFORMÁTICA, Principales resultados: Seguridad ciudadana y accidentes de tránsito. INEI, Lima 2011.



entrevistados (72%) manifestaron sentirse inseguros en sus respectivas ciudades de residencia en el Perú.

Ello revela un interés legítimo de la opinión pública que ha sido llevado a la agenda política y que ha sido abordado por el presidente del Consejo de Ministros, Juan F. Jiménez Mayor, quien en su discurso ante el Congreso de la República manifestó que la seguridad ciudadana y la defensa nacional constituyen el primero de los aspectos claves que asume la gestión del Gabinete Ministerial que él dirige.

Frente a este reto, varios países de la región han orientado sus gestiones a la creación de instancias públicas - generalmente desde los sectores del Interior o de Justicia, y con diferentes niveles de intersectorialidad - encargadas de abordar el problema desde una perspectiva político criminal. Ello supone que en países como Argentina, Brasil, Chile, Uruguay y Colombia, aun cuando se parte de diferentes enfoques y de diversas metodologías y caracterizaciones de la problemática, se han generado diagnósticos o evaluaciones del problema de la delincuencia y de la criminalidad, así como las consecuentes propuestas de planes de acción, programas e indicadores de mejora en la materia.

De hecho, en el Perú la Comisión Nacional de Seguridad Ciudadana desarrolló una propuesta político criminal al generar espacios de articulación de actores en el ámbito local y regional, así como al realizar un diagnóstico de causas del delito y una propuesta de refuerzo de los servicios que brindan el sector Educación, los municipios o el sector mujer a las poblaciones vulnerables, entre otros<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> CONASEC, Plan Nacional de Seguridad Ciudadana y Convivencia Social 2012. Secretaría Técnica CONASEC, Lima 2012

## 2.5. EL ITER CRIMINIS

Sin lugar a duda, la introducción de esta nueva tipología penal implica elevar a la categoría de delito consumado un acto preparatorio. Esto es, se le da tratamiento como delito autónomo a lo que por regla general, tal como esta establecido por las reglas del iter criminis, de ser impune, de acuerdo al principio de lesividad y a un derecho penal de mínima intervención, tanto en su versión subsidiaria (en donde el derecho penal debe castigar las conductas más lesivas a los bienes jurídicos penalmente protegidos); pues, en términos de un derecho penal nuclear o clásico, la preparación delictiva debería tener un carácter no punible.

Con esta regulación se anticipa la sanción de actos o conductas previas a la ejecución, tentativa y consumación delictiva. Se reprime la preparación del delito (actos preparatorios)<sup>8</sup> que es considerado como el primer momento de la fase externa de la ruta o de los momentos del delito.

Tal como lo sostiene en diversas partes la doctrina que se ha pronunciado sobre el tema, el problema aquí implica un típico caso de definición, concretamente de lo que es un acto preparatorio. Así es, pues este nuevo comportamiento delictual castiga una mera conducta de delito de peligro, en su versión abstracta, esto es como un acto o trabajo de inteligencia<sup>9</sup>.

Debe recordarse que, clásicamente, los actos preparatorios o la preparación delictiva ha sido definido como el proceso por el cual el

---

<sup>8</sup> En la doctrina nacional, Burgos Mariños, justificaba la introducción en el ordenamiento jurídico del delito de marcaje o reglaje de la siguiente manera: “Finalmente, habría que pensar también en la necesidad de adelantar la intervención del derecho penal, para sancionar también el “marcaje” como un acto preparatorio del delito de robo o extorsión, pues estos delitos son tan violentos, que causan temor en la ciudadanía”. *Burgos Mariños, Víctor. (2012). Quien marca a los marcas. Alerta Informativa.*

<sup>9</sup> LÓPEZ ZEGARRA, Deysy. (2012). El Nuevo Delito de Marcaje. Jaque a los marcas. Cuestiones Empresariales.

autor se procura los medios elegidos, con miras a crear las condiciones para obtención del fin<sup>10</sup>.

Por regla general, como bien se conoce, los actos preparatorios son manifestaciones humanas impunes o inocuas. Esto se debe a que tales actos no constituyen una manifestación suficiente de la voluntad criminal y del fin que el autor persigue. Además, tampoco evidencian una lesión o puesta en peligro de algún bien jurídico penalmente protegido. En consecuencia, la regla de su impunidad se erige como una exigencia de la seguridad jurídica<sup>11</sup>.

De acuerdo a ello, preparar el delito es llevar a cabo una actividad externa dirigida a facilitar su realización ulterior: va dirigida a su ejecución. Se enfatiza que los actos preparatorios son anteriores al comienzo de la ejecución, pero no son abarcados por la fórmula de la tentativa. Esto último, sin perjuicio que la ley los prohíba mediante tipos anticipadamente especiales, como ocurre con el delito de marcaje o de reglaje, que son delitos de peligro que no admiten la tentativa, porque no son más que tipificaciones de actos previos a ella.

Siguiendo ese contexto, como excepción a la regla, nuestro legislador ha decidido regular como conductas delictivas independientes, ciertos actos preparatorios. De esta manera, coloca de relieve la importancia del bien jurídico protegido, que de acuerdo a su ubicación sería la tranquilidad pública<sup>12</sup>.

Por otro lado, según su redacción típica, se sostiene que el marcaje o reglaje es una especie de delito de conspiración para delinquir, fundamentándose en la criminalización de actos preparatorios

---

<sup>10</sup> BACIGALUPO, Enrique. (2004) *Derecho Penal. Parte General*. 1era. Edición. ARA Editores. Lima. Pág. 16.

<sup>11</sup> HURTADO POZO, José. (2005). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Grijley. Lima. Pág. 799.

<sup>12</sup> HURTADO POZO, José. (2005). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Grijley. Lima. Pág. 800.

caracterizados por su finalidad de cometer, planificar o facilitar a futuro delitos-fin<sup>13</sup>.

Todo lo cual ha dado a entender a la doctrina especializada que, como a la fecha vivimos una sociedad de riesgo, se ha derivado la existencia de un derecho penal del riesgo. Esta institución última se fundamenta en principios, instituciones y conceptos distintos a los que informan y rigen un derecho penal clásico, destacándose la existencia de la máxima intervención o expansión del derecho penal, la utilización de la técnica del peligro abstracto y la protección del bien jurídico colectivo o de carácter institucional, entre otros supuestos.

Se nota que los principios liberales que forman parte del derecho penal nuclear son relativizados e incluso anulados por el derecho penal del riesgo<sup>14</sup>. Es una medida propia de un derecho penal de tipo simbólico, donde el objetivo final no es la protección de bienes jurídicos, si no la obtención de réditos políticos; para lo cual, el camino es dar una respuesta impregnada de aparente firmeza ante el crimen, de forma tal que la sociedad sienta saciada sus demandas de seguridad. De esta manera, se deroga el límite genérico de la punibilidad que el derecho penal liberal sitúa en el principio de ejecución, pudiéndose justificar al adelantamiento de las barreras de punición en ciertos supuestos puntuales y concretos, pero en ningún caso autoriza una generalización exasperante<sup>15</sup>.

Esta forma de poner en tela de juicio las barreras dogmáticas del denominado por algunos “buen y viejo derecho penal liberal”, es producto de la tensión provocada por el moderno derecho penal en los cimientos del derecho penal clásico de corte individualista o liberal del

---

<sup>13</sup> PAUCAR CHAPPA, Marcial. *El delito de marcaje o reglaje: Un análisis dogmático sobre sus notas esenciales. Gaceta Procesal y Procesal Penal. Lima, 2013. Pág. 137.*

<sup>14</sup> FIGUEROA NAVARRO, Aldo. *El delito de marcaje o reglaje ¿expresión de un derecho penal de riesgo? 2013.*

<sup>15</sup> GONZALES ORBEGOZO, Alexander. *¿Es legítimo el acto preparatorio de marcaje o reglaje elevado a la categoría de delito consumado mediante la Ley N° 29859?, op. cit., p 27.*

siglo XVIII y XIX, que ha puesto en cuestionamiento, sin lugar a dudas, el carácter subsidiario del derecho penal, agregándose que la flexibilización y hasta eliminación, en algunos casos, de principios político-criminales de garantía y a su vez resultado de una tendencia universal que responde a la idea de mayor eficacia con el menor costo, convirtiendo al derecho penal de ultima ratio en su sistema prima ratio o de sola ratio<sup>16</sup>.

Esta expansión irrefrenable del derecho penal a nuevos ambientes sociales ha dado lugar a la modernización del derecho penal, que obviamente no concuerda con los postulados de un derecho penal mínimo, si no que se orienta a un derecho penal máximo<sup>17</sup>.

## **2.6. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO**

El delito de marcaje o reglaje fue introducido en la legislación penal peruana, mediante la Ley N° 29859, del tres de mayo del año dos mil doce, con la incorporación al Código Penal del artículo 317°- A. De acuerdo a una interpretación de su ubicación sistemática y conforme al principio de lesividad, este delito se constituye en una nueva modalidad que afecta la tranquilidad pública, que, en consecuencia, es el bien jurídico que intenta proteger.

Conforme a la referida Ley, el artículo 317° - A del Código penal quedó redactado de la siguiente manera:

### **Artículo 317°- A. Marcaje o Reglaje**

El que para cometer o facilitar la comisión de delitos tipificados en los artículos 106°, 107°, 108°, 121°, 124°-A, 152°, 153°, 170°, 171°, 172°, 173°-A, 175°, 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

---

<sup>16</sup> ALCÓCER POVIS, Eduardo. *La inclusión del enemigo en el derecho penal*. Editorial Reforma. Lima, 2009.

<sup>17</sup> ÁLVAREZ DÁVILA, Francisco. *Criminalizando la conducta de los marcas*. Actualidad. 2012.

la 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.

Posteriormente el artículo 317°-A del Código Penal fue modificado por la Ley N° 30076, del diecinueve de agosto del año dos mil trece, quedando descrito como sigue:

#### Artículo 317°-A. Marcaje o Reglaje

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años el que para cometer o facilitar la comisión de cualquiera de los delitos previstos en los artículos 106°, 107°, 108°, 108°-A, 121°, 152°, 153°, 170°, 171°, 172°, 173°, 173°-A, 175°, 176°, 176°-A, 177°, 185°, 188°, 189° o 200° del Código penal, acopia o entrega información, realiza vigilancia o seguimiento o colabora con la ejecución de tales conductas mediante el uso de armas, vehículos, teléfonos y otros instrumentos idóneos.

La pena privativa será no menor de seis ni mayor de diez años cuando el agente:

1. Es funcionario o servidor público y aprovecha su cargo para la comisión del delito.
2. Mantiene o mantuvo vínculo con la víctima u otro vínculo que le impulse a esta última a depositar su confianza en el agente.
3. Utilice a un menor de edad.
4. Labora, pertenece o está vinculado a una empresa del sistema financiero y, por razón de su cargo u oficio, tiene conocimiento de los ingresos económicos, operaciones bancarias u otros datos sobre el patrimonio de la víctima.
5. Actúa en condición de integrante de una organización criminal.

Analizando los extremos de la modificatoria, se infiere que la intención del legislador tuvo como objeto variar parte de su tipicidad objetiva y de permitir el ingreso de nuevas circunstancias agravantes, todo ello con la finalidad de poder garantizar y mantener la seguridad ciudadana.

Si bien el mensaje del legislador con esta última modificatoria es que lo protegido sería la mencionada “seguridad ciudadana”<sup>18</sup>, empero recurriendo nuevamente a una interpretación sistemática y de su ubicación en el Código Penal, podemos precisar y resaltar que en el delito de marcaje o reglaje lo protegido es la “tranquilidad pública”, como un bien jurídico supraindividual o institucional que busca proteger, en forma adelantada-anticipada, bienes jurídicos de carácter personal o individual.

Con lo sostenido precedentemente, debe entenderse que si bien el tipo penal del marcaje o reglaje no protege, en forma directa o a priori, bienes jurídicos de naturaleza personal; si lo hace de manera indirecta, a través de la protección de la “tranquilidad pública”.

Al respecto, nos adscribimos a aquella posición doctrinaria que entiende que si alguna función o mérito deben tener los bienes jurídicos de carácter supraindividual, es el hecho de entenderlos como bienes jurídicos instrumentales o mediales que buscan proteger, en términos teleológicos, bienes jurídicos individuales. En ese sentido, se destaca que el tipo penal del marcaje o reglaje es una figura que, al sancionar el acto preparatorio del delito fin, tiene como objetivo evitar que se concrete la lesión o puesta en peligro del bien jurídico de delito fin (vida, integridad, libertad, patrimonio, etc.)<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. Derecho Penal. Parte Especial. 3ra. Edición. Legales Instituto. Lima, 2014. Pág. 804.

<sup>19</sup> MORALES CAUTI, Julio César. *El delito de marcaje o reglaje. ¿Protección de bienes jurídicos o derecho penal simbólico?*, *Gaceta Penal & Procesal Penal. Gaceta Jurídica*. Lima, 2013. Pág. 29.

La finalidad de la protección de los bienes jurídicos supraindividuales como la tranquilidad o la seguridad pública, es procurar la protección, en forma adelantada, de intereses relevantes para el derecho penal, como la vida humana, la salud individual, el patrimonio, la libertad personal, la libertad individual, la indemnidad sexual, entre otros. De esta forma indirecta se protegen tales bienes jurídicos, al sancionarse delitos como los de marcaje o reglaje, conducción de vehículo en estado de ebriedad, tenencia ilegal de armas o asociación ilícita, por citar algunos ejemplos.

Siguiendo esta línea de ideas, es posible afirmar que el bien jurídico inmediato a proteger sería la tranquilidad pública.

Parte de la doctrina nacional entiende que el injusto penal del marcaje o reglaje protege los mismos bienes jurídicos del delito fin. Tal postura sostiene que, en el fondo, estamos simplemente ante actos de preparación; en tal sentido, de materializarse, únicamente se aplicaría ley que comprende la consumación, quedando absorbida en ella el delito que es materia de análisis<sup>20</sup>.

## **2.7. GRADOS DE DESARROLLO DEL DELITO**

Se consuma el delito cuando el sujeto activo realiza los actos de acopio de información, o de vigilancia o seguimiento de personas, o de posesión de armas, vehículos, teléfonos u otros instrumentos para facilitar la comisión de los delitos tipificados en los artículos 106°, 107°, 108°, 121°, 124°-A, 152°, 153°, 170°, 171°, 172°, 173° o 200° del Código Penal.

---

<sup>20</sup> GONZALES ORBEGOZO, Alexander. *¿Es legítimo el acto preparatorio de marcaje o reglaje elevado a la categoría de delito consumado mediante la Ley N° 29859?*, *Gaceta Penal & Procesal Penal. Gaceta Jurídica. Lima, 2013. Pág. 107.*



Desde la perspectiva de los delitos de peligro abstracto, resulta muy difícil admitir una tentativa delictiva, ya que, en ellos, en esencia, se presume el peligro, sin que se exija su concreción.

La Ley N° 29859 tipifica actos preparatorios como ilícitos penales independientes, los cuales deben ser desplegados antes de la comisión del delito fin. Por un criterio de política criminal, el legislador no hace sino adelantar las barreras de punibilidad, a fin de no esperar que el delito fin se cometa para castigar la conducta (Bramont-Arias Torres & García Cantizano, 2010, pag. 135).

La elevación de actos preparatorios a la categoría de delitos no debe sorprendernos. Hace tiempo que el legislador ha previsto ilícitos penales con tales características.

Basta reparar, por ejemplo, en el artículo 317° del Código Penal para percatarse que quien se asocia para perpetrar delitos no hace más que prepararse para ello. Sin embargo, que el legislador prevea delitos de este tipo no impide ejercer un control sobre su legitimidad. Pueden admitirse si respetan los principios que rigen el Derecho Penal, si se emplea una técnica legislativa depurada y si se tipifican con la finalidad de proteger bienes jurídicos concretos.

La norma materia de estudio nace con la finalidad de sancionar actos preparatorios realizados por aquellas personas que efectúan actos de acopio de información o de vigilancia o seguimiento de personas, o de posesión de armas u otros instrumentos, antes de la comisión de un delito fin. Es un tipo de peligro abstracto, en el que el comportamiento del agente conlleva típicamente la producción de un peligro. En este tipo de delitos el merecimiento de pena viene dado por la peligrosidad general que el comportamiento típico irroga en la tranquilidad y paz pública, cuyo control escapa al propio ámbito de dominio del agente (Bramont-Arias Torres & García Cantizano, 2010, pag. 140).

A este nivel, adquiere relevancia la discusión sobre la admisibilidad de los delitos de peligro abstracto. La vinculación del Derecho Penal a la protección de bienes jurídicos no significa que solo haya punibilidad en caso estos se lesionen, sino que es suficiente que se pongan en peligro: en los delitos de peligro abstracto los bienes jurídicos protegidos no se mencionan en absoluto en el tipo, sino que constituyen solo el motivo para la creación del precepto penal.

El acto preparatorio como delito autónomo no puede ser punible independientemente de si se ha producido la agresión final que el orden jurídico pretende evitar, que es también punible. No puede sancionarse dos veces el mismo acto.

Por ejemplo: si el sujeto que realiza actos de marcaje para secuestrar al administrador de una empresa, posteriormente participa en la realización de este delito, deberá ser sancionado solo conforme al artículo 152° del Código Penal.

## **2.8. PENALIDAD**

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.

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 artículo 170° del Código Penal., 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 ser castigado por un acto preparatorio, entonces mejor vale consumir lo antes posible el acto.

Por otro lado, se podría considerar un error de técnica legislativa el hecho de que dentro del catálogo de delitos fines o principales señalados en la Ley N° 29859, existen algunos que no son graves, por lo que su marco penológico está muy por debajo del propio delito de marcaje y reglaje.

Tal es el caso de los delitos previstos en los artículos 124° (lesiones al feto), 176° (actos contra el pudor) y 185° (hurto), cuyas penas son menores a la del delito materia de análisis. De este modo, si el delincuente pondera la comisión de uno y otro delito, constituirá un incentivo continuar con la comisión del delito fin.

Otro de los problemas que presenta esta figura delictiva es su amplitud o la vaguedad de su redacción, pues en la forma en que está formulado abre la puerta a una criminalización difusa. Así, la posesión de otros instrumentos para facilitar la comisión del delito, puede incluir conductas como el solo hecho de premunirse de una simple ganzúa (para ingresar a la casa donde se planea efectuar un hurto: artículo 185° del Código Penal).

## **CAPITULO III**

### **LA PRUEBA INDICIARIA EN LA PROBANZA DEL DELITO DE MARCAJE O REGLAJE**

#### **3.1. EL PRINCIPIO DE IMPUTACIÓN NECESARIA O SUFICIENTE**

Es un tema que debe vincular congruentemente tanto al derecho penal como al derecho procesal penal. El imputado que enfrente cargos personales por el delito de marcaje o reglaje tiene el derecho fundamental de saber o conocer concretamente no solo la imputación-atribución fáctica (*factum*), sino también la imputación jurídica (*iure*). Esto con el fin de poder garantizar su derecho de defensa (material y técnica), el principio de legalidad penal y la debida motivación de las decisiones fiscales.

Esta comunicación de los cargos penales debe ser detallada en cuanto a imputación se refiere, debiendo tener un mínimo de precisión el suceso histórico que se pueda atribuir, así como la forma y circunstancias en que pudo haberse cometido.

En ese contexto debe especificarse si la imputación, en términos objetivos, es por el acopio o por la entrega de información, por actos de seguimiento o de vigilancia, o por actos de colaboración. Asimismo, en términos subjetivos, no solo depende especificarse el dolo, sino también la concreta finalidad delictiva (tendencia interna trascendente), es decir, hacia donde se ha encontrado dirigido el comportamiento delictivo (para matar, lesionar, secuestrar, violar, hurtar, robar, extorsionar, etc.) Finalmente, sin ser menos importante, debe especificarse si el injusto penal atribuido es en calidad de autor (autor directo, autor mediato o coautor) o de partícipe (instigador, cómplice primario o cómplice secundario).

Como un mecanismo de protección al principio de imputación suficiente o necesaria, el Código Procesal Penal de 2004, en su artículo

71°.4, regula la institución procesal de la tutela de derechos, lo que fue materia de análisis por el Acuerdo Plenario Extraordinario N° 2-2012, del 26 de marzo de 2012, asunto: “Audiencia de tutela e imputación suficiente”.

La afectación al principio de imputación suficiente o necesaria puede manifestarse cuando la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria contenga una omisión fáctica patente, una imputación vaga, gaseosa o imprecisa de los hechos, así como cuando no se precise el aporte-intervención presuntamente delictivo del imputado.

Por medio del mencionado Acuerdo Plenario Extraordinario (2-2012), la Corte Suprema ha establecido, sin lugar a dudas, que el derecho fundamental a la imputación suficiente o necesaria es parte integrante del derecho defensa. Por ello, se vincula con el principio de legalidad penal, así como con la obligación de que los representantes del Ministerio Público motiven adecuadamente sus disposiciones fiscales, destacándose dentro de ellas la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria. De este modo, se resalta que el debido conocimiento de los cargos penales o de los denominados acontecimientos históricos que puedan tener relevancia penal, no puede ser rezagado o dejado de lado hasta la etapa intermedia o hasta la etapa de juzgamiento, debiendo ser precisada y conocida desde la misma etapa de la investigación preparatoria.

El imputado que considere que la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria afecta su derecho fundamental de conocer concretamente los cargos formulados en su contra, antes de acudir ante el juez de la investigación que subsane lo omitido o soslayado. Esto último, como una especie de requisito de admisibilidad. En caso el defensor de la legalidad desestime el pedido, o ante su reiterada falta de respuesta, el perjudicado podrá acudir ante

el mencionado juez, con el fin de solicitar que se programe día y hora para que se lleve a cabo la audiencia de tutela.

Si el órgano jurisdiccional declara fundado el pedido de tutela, deberá ordenar, como medida correctiva, que el despacho fiscal se sirva a subsanar la imputación plasmada en la disposición de formalización.

Lo afirmado en líneas anteriores es sin perjuicio de entender que, conforme al artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional, no proceden los procesos constitucionales cuando existan vías procedimentales específicas igualmente satisfactorias para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate del proceso constitucional de hábeas corpus, ya que este proceso constitucional no es de carácter residual ni requiere el agotamiento de las vías previas.

### **3.2. DEFINICIÓN DE PRUEBA INDICIARIA**

Los aspectos procesales no son menos importantes que la comprensión dogmática de las categorías del injusto penal de marcaje o reglaje. En ese sentido, conforme con lo apuntado por el profesor BURGOS MARIÑOS, Víctor, para la probanza de los elementos que conforman la estructura de la tipicidad subjetiva del delito en estudio (el dolo y la tendencia interna transcendente), será trascendental el trabajo de inteligencia y de coordinación entre el Ministerio Público y la Policía Nacional del Perú<sup>21</sup>.

Así, en la recolección de los elementos probatorios puede hacerse uso de las modernas técnicas de investigación que se encuentran previstas en el Código Procesal Penal de 2004, como por ejemplo de las siguientes:

---

<sup>21</sup> PÉREZ LOPEZ, Jorge. *El delito de marcaje o reglaje incorporado en el Artículo 317-A del Código Penal por la Ley N° 29859*. Pág. 14 y 15.

- El control de identidad policial (artículo 205°).
- Los controles policiales públicos por delitos graves (artículo 206°).
- La video vigilancia (artículo 207°).
- Las pesquisas (artículo 208°).
- La retención de ciudadanos (artículo 209°).
- El control de comunicaciones (artículo 226° y ss.).
- La clausura, vigilancia e inmovilización de urgencia. (artículo 241°).
- Las nuevas reglas para la incautación de objetos y documentos. (artículo 316° y ss.).
- La circulación y entrega vigilada de bienes delictivos (artículo 340°).
- El agente encubierto (artículo 341°).

El contexto de las investigaciones por delito de marcaje o reglaje exige una coordinación mayor. Por supuestos como éste, entre otros, que es el artículo 333° del Código Procesal Penal, dispuso que la Policía Nacional del Perú instituya un órgano especializado encargado de coordinar las funciones de investigación con el Ministerio Público para que, basados en la información sobre la criminalidad violenta y organizada, se elaboren programas y acciones para la adecuada persecución del delito, así como de programas de protección y de seguridad de víctimas y testigos<sup>22</sup>.

Todo el material probatorio recolectado en la investigación preparatoria debe ser utilizado oportuna y adecuadamente, para que sirva a los fines de la probanza del delito, incluyendo los elementos que integran la estructura de la tipicidad subjetiva del delito de marcaje o reglaje<sup>23</sup>. Para ello se recomienda seguir la técnica de la metodología indiciaria en materia penal.

---

<sup>22</sup> BURGOS MARIÑOS, Víctor. *Quien marca a los marcas. Ob. Cit.*

<sup>23</sup> El profesor PEÑA CABRERA FREYRE, apunta que la probanza del propósito de facilitar la comisión del delito, debe efectuarse a través de una base indiciaria de naturaleza objetiva, que conecte el delito de marcaje o reglaje con el delito fin.

La institución procesal de la prueba indiciaria también es conocida como “la prueba penal indirecta”. Tanto el Tribunal Constitucional como la Corte Suprema han buscado darle contenido motivacional y de racionalidad, a fin de poder proyectar la seguridad jurídica que deben tener siempre las decisiones fiscales y judiciales, esto es, conforme al derecho fundamental a tener una decisión fundada en derecho.

Así, mediante sentencia recaída en el Expediente N° 00728-2008-PHC/TC Lima, caso Llamuja Hilares, el Tribunal Constitucional ha establecido la siguiente doctrina jurisprudencial sobre la prueba indiciaria:

- No siempre deberán comprobarse los hechos que puedan ser objeto de prueba en un proceso penal, mediante los elementos probatorios directos. Para acreditarlos podrá acudirse a otras circunstancias fácticas, que, aun indirectamente, servirán para determinar su existencia o inexistencia.
- Es válido referirse a la prueba penal directa de un lado, así como a la prueba penal indirecta de otro lado. En esta segunda modalidad, se hace referencia a los indicios y las presunciones.
- A través de la prueba indirecta, se prueba un “hecho inicial – indicio”. Este indicio no es el que se quiere probar, en definitiva, sino que, a través de él se tratará de acreditar la existencia del “hecho final – delito”, a partir de una relación de causalidad (“inferencia lógica”).
- El juez penal es libre para obtener su convencimiento, pues no está vinculado a reglas legales de la prueba (está proscrita la prueba tasada o legal). Por ende, también puede llegar a la convicción de la existencia del hecho delictivo y de la



intervención del imputado mediante la prueba indirecta (prueba indiciaria o prueba por indicios).

- Cuando decida recurrir a la prueba indiciaria, el juez debe exteriorizar en su resolución correspondiente un razonamiento lógico (derecho a la debida motivación). No basta con expresar que “la conclusión responde a las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia o a los conocimientos científicos”; es preciso que la inferencia quede debidamente explicitada.
- Resulta válido afirmar que el juez penal puede utilizar la denominada prueba indirecta para sustentar su sentencia condenatoria. Sin embargo, deberá darle el tratamiento que corresponde, cumpliendo con las exigencias del derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales. Lo dicho encuentra mayor justificación en aquellos casos en los que la sentencia condenatoria implique la privación de la libertad personal; sólo así se podrá enervar válidamente el derecho fundamental a la presunción de inocencia, justificándose la intervención del derecho a la libertad personal.
- En ese sentido, lo mínimo que debe observarse en la sentencia y que debe estar claramente explicitado o delimitado son los siguientes elementos: el hecho base o hecho indiciario, que debe estar plenamente probado (indicio); el hecho consecuencia o hecho indiciado, lo que se trata de probar (delito); y, entre ellos, el enlace o razonamiento deductivo. Este último, en tanto conexión lógica entre los dos primeros, debe ser directo y preciso; pero, además debe responder o sujetarse plenamente a las reglas de la lógica, a las máximas de la experiencia o a los conocimientos científicos.
- La doctrina procesal penal aconseja que debe asegurarse la presencia de una pluralidad de indicios, pues su variedad

permitirá controlar mejor la seguridad de la relación de causalidad entre el hecho conocido y el hecho desconocido. Sin embargo, también se admite que no existe obstáculo alguno para que la prueba indiciaria pueda formarse sobre la base de un solo indicio, pero de singular potencia acreditativa. En cualquier caso, el indicio debe ser concomitante al hecho que se trata de probar; y, cuando sean varios, deben estar interrelacionados, de modo que se refuercen entre sí.

- Cabe recordar que el razonamiento probatorio indirecto, en su dimensión probatoria, exige que la conclusión sea adecuada, esto es, que entre los indicios y la conclusión exista una regla de la lógica, máxima de la experiencia o conocimiento científico, en donde el razonamiento esté debidamente explicitado y reseñado en la sentencia. Y es que, a los efectos del control de calidad del curso argumental del juez penal (control del discurso), ello supone mínimamente que de su lectura pueda apreciarse cuál o cuáles son los indicios que se estiman probados y cuál o cuáles son los hechos a probar. Además, se exige que se haya explicitado que regla de la lógica, máxima de la experiencia o que conocimiento científico han sido utilizados; y, si hubiera varios de estos, por qué se ha escogido a uno de ellos.
  
- El órgano jurisdiccional debe explicitar el razonamiento a través del cual, partiendo de los indicios, ha llegado a la convicción de la existencia del hecho delictivo y la intervención del imputado, con el objeto de garantizar hasta el límite de lo posible la racionalidad de su decisión (examen de suficiencia mínima). Con este único afán, se considera que es válida, por ejemplo, la vigencia práctica de un cierto control, incluso del uso de las máximas de la experiencia, pues, de no ser así, cualquier conclusión delirante sería invulnerable, convirtiéndose de esta manera en una paradójica garantía de discrecionalidad judicial incontrolada.

- Desde una perspectiva estrictamente constitucional, no puede establecerse la responsabilidad penal de una persona y menos restringir la efectividad de su derecho fundamental a la libertad personal a través de la prueba indiciaria, si es que no se ha señalado debidamente y con total objetividad el procedimiento para su aplicación (es incorrecto que se señale sólo el hecho consecuencia y falte el hecho base, o, más aún, que falte el enlace o razonamiento deductivo). Esto debe quedar muy en claro, para lograr que las sentencias penales se ajusten definitivamente al único modelo posible en este caso: el constitucional.

### **3.3. LA PRUEBA INDICIARIA EN EL DELITO DE MARCAJE O REGLAJE**

En el delito de marcaje o reglaje, el defensor de la legalidad tendrá que probar, como hecho inicial o indicio (dato de carácter objetivo), la existencia de los actos de vigilancia, seguimiento, acopio o entrega de información. Si bien tales actos por sí mismos o por sí solos no tendrán relevancia penal, por ser inocuos o neutros; sin embargo, pueden ser la base del razonamiento inductivo del delito. Si se pretendiera dar un punto de vista penal a tales comportamientos, tendría que probarse también el hecho final, que para el caso en concreto será la comisión del delito de marcaje o reglaje. En el ejercicio probatorio deberá incluirse el dolo y la tenencia interna trascendente; así como, de ser el caso, la existencia de amenazas previas, rivalidades, acciones vengativas, etc.

Además, entre el mencionado hecho inicial y el hecho final, deberán estar concatenados por medio de una relación de causalidad de “inferencia lógica”, enlace que deberá ser explicado conforme al derecho fundamental a la debida motivación, sea por parte del órgano persecutor como por parte del órgano judicial.

De acuerdo a lo sostenido en el punto anterior, el Ministerio Público no solo deberá limitarse a probar el dato inicial o indiciario. Por ejemplo, no es definitivo ni concluyente para determinar la relevancia penal el simple hecho que un sujeto diariamente siga los pasos a un funcionario público y que recoja información de sus ingresos económicos (podría tratarse de un periodista que está investigando posibles actos de corrupción).

El fiscal deberá proyectarse también hacia la probanza de los otros elementos que conforman la estructura de la prueba indiciaria, en este caso, el hecho final o concluyente y el enlace lógico. En el ejemplo propuesto, deberá acreditarse: que el sujeto no tenía una justificación legal para realizar el seguimiento al funcionario (no es periodista ni agente policial realizando investigaciones); que había realizado llamadas telefónicas a celulares pertenecientes a una organización criminal dedicada al secuestro de funcionarios públicos; que la víctima era amenazado constantemente para que pague “cupos”, que al momento de su intervención se le encontró libretas con anotaciones de la rutina diaria de la víctima, y fotocopias de las actividades económicas que realizaba.

Acreditado todo ello, la inferencia lógica apuntaría a decir que: a) El agente venía realizando un seguimiento de la víctima, y nadie realiza seguimientos de rutinas diarias, no recolecta información económica de un funcionario público si no es porque tiene algún interés en ello (principio de la lógica de la razón suficiente); b) teniendo contacto frecuente mediante llamadas telefónicas con los miembros de una organización criminal dedicada al secuestro de funcionarios públicos, y habiendo recibido la víctima amenazas extorsivas; todo apunta a que el agente recolectaba la información sobre aquél para otorgársela a la organización criminal y concretarse su secuestro, de no pagarse el cupo (máxima de la experiencia según la cual, en una sociedad donde el crimen organizado ha avanzado mucho, es altamente probable que quien se comunique fluidamente con miembros de una banda

precisamente en circunstancias que vienes realizando seguimientos injustificados contra alguna persona, que coincidentemente está siendo extorsionada; tenga fines delictivos).

La conclusión del razonamiento indiciario sería, por lo tanto, que el sujeto realizaba conductas típicas del marcaje o reglaje con el fin de entregar la información a la organización criminal y así cometerse el delito de secuestro o extorsión.

En otros ejemplos, como hecho inicial o indiciario, pero todavía para nada concluyente, puede plantearse: el probado acopio o búsqueda de información por medio de la RENIEC, SUNARP, SUNAT, INDECOPI, ETC., la probada entrega de información que previamente se obtuvo por la existencia de una relación laboral o de confianza; los probados actos de seguimiento o vigilancia con actos inusuales, inesperados o en horarios imaginados, como cuando se acude a una oficina bancaria en horas de la noche.

Estos actos de acopio o entrega de información, como los actos de seguimiento o vigilancia, que deberán ser probados objetivamente y no meramente sospechados, tendrán que ser vinculados o enlazados, por medio del respectivo razonamiento lógico, con el hecho final que es, valga la redundancia, alguna de las finalidades delictivas que se encuentran reguladas en forma expresa en el artículo 317°-A del Código Penal. Sin la probanza de la finalidad delictiva no podrá sustentarse un válido requerimiento acusatorio que busque enervar la presunción de inocencia; sí ocurriese así, en todo caso, el órgano judicial deberá dictar el respectivo auto de sobreseimiento o una sentencia absolutoria.

### **3.4. ANÁLISIS DOCTRINARIO**

Para la probanza de los elementos que integran la estructura de la tipicidad subjetiva del delito de marcaje o reglaje es de mucha utilidad la prueba indiciaria.

En la prueba indirecta, se prueba un hecho inicial (que no es el que se quiere probar, en definitiva), mediante el cual se acredita la existencia del hecho final – delito, a partir de una relación de causalidad “inferencia lógica”.

En el delito de marcaje o reglaje, el defensor de la legalidad tendrá que probar, como hecho inicial o indicio (dato de carácter objetivo), la existencia de los actos de vigilancia, seguimiento, acopio o entrega de información. Sin embargo, no solo deberá limitarse a probar ello; sino que también deberá proyectarse hacia la probanza de los otros elementos que conforman la estructura de la prueba indiciaria, en este caso, el hecho final o concluyente y el enlace lógico.

## **CAPITULO IV EL DELITO DE MARCAJE O REGLAJE EN EL DERECHO COMPARADO**

### **4.1. EL DELITO DE MARCAJE EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA**

En España, por ejemplo, la conspiración se encuentra tipificada en la Parte General de su código penal, específicamente en el artículo 17.1: “la conspiración existe cuando dos o más personas se concertan 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 solo es punible si todos los que participan en el 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, sino que es suficiente que los conspiradores influyan en la decisión de cometer un delito, aunque solo algunos decidan actuar como autores. Por último, hay quienes la enfocan como un “acto preparatorio de la ejecución compartida de un delito”. Es importante resaltar su diferencia con el delito de asociación para delinquir del artículo 515 del código penal español, pues estos son más y menos que la conspiración: más en cuanto requiere un mínimo de organización y una cierta duración temporal, y menos porque no requiere en los asociados el ánimo individual de ejecutar delito alguno<sup>24</sup>.

### **4.2. EL DELITO DE MARCAJE EN LA LEGISLACIÓN ARGENTINA**

En la Doctrina Argentina, Zaffaroni sostiene una postura sumamente crítica de la viabilidad jurídico - penal de dicha institución, expresando: “en cuanto a la conspiración, también en esta ley se entromete una extraña figura que no tiene definición y que no es la vieja

---

<sup>24</sup> Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel (2009). Protección y expulsión de extranjeros en Derecho Penal, Reforma y Política Criminal. Editorial Idemsa, Lima.

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 en derecho escrito

#### **4.3. EL DELITO DE MARCAJE EN LA LEGISLACIÓN CHILENA**

Encontramos, en el caso de Chile, que la conspiración se incorpora en el artículo 8° de su Código Penal, “la conspiración y proposición para cometer un crimen o un simple delito, solo son punibles en los casos en que la ley las penas especialmente.

(...) la conspiración existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución del crimen o simple delito”. La doctrina de ese país sostiene que en su naturaleza ontológica, la proposición y la conspiración, aun en el caso de ser sancionadas, no son en esencia tipos independientes, sino que, al igual que la tentativa y la frustración, forma 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 plural.

#### **4.4. EL DELITO DE MARCAJE EN LA LEGISLACIÓN CUBANA**

Código Penal Cubano:

El que porte o tenga en su poder un puñal, una navaja, un punzón, un cuchillo o cualquier instrumento cortante, punzante o contundente, cuando las circunstancias de la ocupación evidencien que esta destinado a la comisión de un delito o a la realización de cualquier acto antisocial, incurre en sanción de privación de libertad de tres meses a un año de multa de cien a trescientos cuotas.



## **CAPITULO V METODOLOGÍA**

### **5.1. TIPO Y DISEÑO DE INVESTIGACIÓN**

La presente investigación tiene a realizar un tipo de análisis jurídico – dogmático, que permita establecer parámetros sobre el tratamiento jurídico respecto del aún novísimo tipo penal del marcaje o reglaje, figura que es parte del siempre cuestionado derecho penal del enemigo, como una manera de anteposición a las barreras criminales, siendo ésta una de las figuras muy cuestionadas debido a la sanción que reciben los actos preparatorios

Cuyo diseño de trabajo operacional, implica trabajar con la información encontrada en las diversas fuentes a fin de procesar dicha información con la técnica de la argumentación jurídica.

Así mismo, lo que pretende el investigador es plasmar un análisis ortodoxo de los principios que orientan el derecho penal, como son:

➤ **El Principio de Legalidad:**

Tiene su base acuñado por el jurista alemán Feuerbach “*Nullum crimen, nulla poena, sine lege*”, que quiere decir : No hay delito ni pena sin ley, que solo se considera delito al hecho y solo se puede aplicar una sanción penal respecto a ese hecho si este está establecido previamente en la ley.

Mencionado principio encuentra su respaldo constitucional en el artículo 2° inciso 24, literal d) de la Constitución Política del Perú que señala “Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no éste previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con la pena no prevista en la ley”.

Además dicho principio se encuentra expreso en el artículo II del Título Preliminar del Código Penal que indica “ Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella”.

➤ El Principio de Subsidiaridad:

Se trata de la última ratio o extrema ratio. Ya que solo debe recurrirse al derecho penal cuando han fallado todos los demás controles sociales. El derecho penal debe ser el último recurso que debe utilizar el Estado debido a la gravedad que revisten sus sanciones.

Este principio señala que cuando se realice en la sociedad algún hecho delictivo, primero debe recurrirse a otros recursos jurídicos (sean civiles o administrativos) que debe emplear el Estad para resolver el caso determinado; y recurrir el última instancia al derecho penal.

➤ El Principio de Fragmentariedad:

El derecho punitivo no castiga todas las conductas lesivas de bienes jurídicos sino las que revisten mayor entidad. No puede llegar a brindar protección penal a la totalidad de los bienes jurídicos.

➤ El Principio de Lesividad

Ningún derecho puede legitimar una intervención punitiva cuando no media por lo menos un conflicto jurídico, entendido como la afectación de un bien jurídico total o parcialmente ajeno, individual o colectivo.

Ya que todos ellos deberán de cuestionarse bajo las figuras que se están creando a partir de la punibilización de conductas antes inocuas como son los actos preparatorios.

En la misma línea, lo que se busca es puntualizar los problemas aún sin respuestas respecto del delito de marcaje o reglaje, a través de un

análisis correlacional de lo contemplado en las normas del derecho comparado, con el fin de proponer alternativas de solución al problema planteado.

## **5.2. POBLACIÓN Y MUESTRA**

Una muestra selectiva de veinte profesionales del Derecho Penal, con la finalidad de poder obtener información acerca del delito de marcaje y reglaje.

Teniendo como resultado a cinco Jueces Penales de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, y quince abogados del departamento de Lambayeque.

## **5.3. VARIABLES DE ESTUDIO**

### **1.7.1. VARIABLE INDEPENDIENTE**

- Incremento de la carga procesal en el Distrito Judicial de Lambayeque.

### **1.7.2. VARIABLE DEPENDIENTE**

- Postulados sobre la actividad probatoria en los delitos de marcaje y reglaje.

## **5.4. TÉCNICAS, PROCEDIMIENTOS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS**

Para conocer la opinión de los jueces y abogados sobre el problema de estudio se aplicará la técnica de la entrevista, cuyo instrumento será el cuestionario, elaborado en base a preguntas abiertas.

Para el estudio de la normatividad se realizará a través de los métodos exegético y hermenéutico (teoría para interpretar textos legales), para tener una visión sistemática e integral del problema de estudio.

Finalmente para la validación de las hipótesis, se formulará en base al logro de los objetivos de investigación, cuyo diseño de trabajo operacional, implica trabajar con la información encontrada en las diversas fuentes a fin de procesar dicha información con la técnica de la argumentación jurídica.

## **5.5. PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE DATOS**

En este capítulo voy a exponer las preguntas aplicadas en la hoja de entrevista, a una muestra selectiva de veinte profesionales del Derecho Penal.

A los profesionales del Derecho Penal les realice cuatro preguntas relacionadas al delito de marcaje y reglaje:

Pregunta N° 01: ¿En alguna oportunidad ha participado, promovido o decidido sobre la aplicación del delito de marcaje o reglaje?

Pregunta N° 02: ¿Cuál es su apreciación acerca de los mecanismos o estrategias utilizadas en la etapa probatoria para acreditar la comisión del delito de marcaje o reglaje en el Distrito Judicial de Lambayeque?

Pregunta N° 03: ¿Según su criterio cual es el grado o nivel de conocimiento que tienen los operadores de justicia sobre la naturaleza jurídica del delito de marcaje o reglaje en el Perú?

Pregunta N° 04: ¿Considera usted que la regulación del delito de marcaje o reglaje ha contribuido a solucionar los problemas originados por la no regulación del mismo?

Me brindaron sus respectivas respuestas de acuerdo a la perspectiva de cada uno.

## CÁPITULO VI

### RESULTADOS Y DISCUSIÓN

#### Pregunta N° 01

**¿En alguna oportunidad ha participado, promovido o decidido sobre la aplicación del delito de marcaje o reglaje?**

Con respecto a obtener información se presenta el siguiente cuadro:

**CUADRO N° 1**

RESPUESTA	TIPO DE PROFESIONAL		PORCENTAJE
	Jueces	Abogados	%
<b>Si</b>	5	18	80%
<b>No</b>	0	2	20%
<b>TOTAL</b>	5	20	100%

**Discusión:** Los resultados obtenidos en el cuadro N° 1 reflejan que, de la muestra tomada al respecto, el (80%) de esta ha participado, promovido o decidido sobre la aplicación del delito de marcaje o reglaje en el Distrito Judicial de Lambayeque.

El (20 %) no ha sido parte de un proceso judicial sobre la comisión del delito de marcaje o reglaje en el Distrito Judicial de Lambayeque.

**Pregunta N° 02:**

**¿Cuál es su apreciación acerca de los mecanismos o estrategias utilizadas en la etapa probatoria para acreditar la comisión del delito de marcaje o reglaje en el Distrito Judicial de Lambayeque?**

**CUADRO N° 2**

RESPUESTA	TIPO DE PROFESIONAL		SUB TOTAL
	Jueces	Abogados	
Inútil	3	7	50%
Eficiente	0	0	0%
Regular	0	3	10%
Acertado	0	2	0%
Deficiente	2	3	40%
<b>TOTAL</b>	5	15	100%

**Discusión:** Los resultados obtenidos en el cuadro N° 2, reflejan que, de la muestra tomada al respecto, el (10%) tiene una apreciación regular; el 40% considera que su aplicación es deficiente y el 50 % afirmó que su aplicación es inútil.

**Pregunta N° 03:**

**¿Según su criterio cual es el grado o nivel de conocimiento que tienen los operadores de justicia sobre la naturaleza jurídica del delito de marcaje o reglaje en el Perú?**

**CUADRO N° 3**

RESPUESTA	TIPO DE PROFESIONAL		SUB TOTAL
	Jueces	Abogados	%
Eficiente	0	0	0
Regular	5	4	45%
Acertado	0	0	0
Deficiente	0	11	55%
<b>TOTAL</b>	5	15	100%

**Discusión:** Los resultados obtenidos en el cuadro N° 3, reflejan que, de la muestra tomada al respecto, el (45%) tiene una apreciación regular; el (55%) considera que su aplicación es deficiente, puesto manifiestan que la incorporación del artículo 317-A en el Código Penal, ha ocasionado incongruencias entre los tipos penales ya existentes, ya que pretende sancionar conductas que son parte de la fase del iter criminis, y que ya están sancionadas por los tipos penales relacionados con la criminalidad organizada. Lo cual, ocasiona disconformidad social y una deslegitimación al sistema de justicia.

**Pregunta N° 04:**

**¿Considera usted que la regulación del delito de marcaje o reglaje ha contribuido a solucionar los problemas originados por la no regulación del mismo?**

**CUADRO N° 4**

<b>RESPUESTA</b>	<b>TIPO DE PROFESIONAL</b>		<b>SUB TOTAL</b>
	<b>Jueces</b>	<b>Abogados</b>	<b>%</b>
<b>Si</b>	5	15	100%
<b>No</b>	0	0	0
<b>TOTAL</b>	5	15	100%

**Discusión:** Los resultados obtenidos en el cuadro N° 4, reflejan que, de la muestra tomada al respecto, el (100%) considera que incorporación de este tipo penal en el Perú, contribuirá a solucionar los problemas originados por la no regulación de la misma.



## CONCLUSIONES

**PRIMERA.-** El delito de Marcaje o Reglaje surge como consecuencia de la crisis e inseguridad ciudadana que se vive en nuestro país, es sabido que la delincuencia ha alcanzado niveles descomunales en los últimos años.

**SEGUNDA.-** El marcaje es una forma de labor de “inteligencia” que realizan los delincuentes, en lugares como bancos, centros comerciales o negocios, donde las personas realizan transacciones y circulan dinero o valores, siendo objeto de vigilancia, para luego de identificada la víctima (“marcada”), sea seguida y asaltada de forma violenta. Mencionado delito sanciona actos preparatorios.

**TERCERA.-** El delito de marcaje o reglaje fue introducido en la legislación penal peruana, mediante la Ley N° 29859, del 03 de mayo de 2012, con la incorporación al Código Penal del artículo 317°-A. De acuerdo a una interpretación de su ubicación sistemática y conforme al principio de lesividad, este delito se constituye en una nueva modalidad que afecta la tranquilidad pública, que, en consecuencia, es el bien jurídico que intenta proteger.

**CUARTA.-** En el delito de marcaje o reglaje, el defensor de la legalidad tendrá que probar, como hecho inicial o indicio (dato de carácter objetivo), la existencia de los actos de vigilancia, seguimiento, acopio o entrega de información. Si bien tales actos por sí mismos o por sí solos no tendrán relevancia penal, por ser inocuos o neutros; sin embargo, pueden ser la base del razonamiento inductivo del delito.

## RECOMENDACIÓN

**ÚNICA.-** Se debe plantear su derogación, puesto que 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.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CALDERON SUMARRIVA, Ana C. (2011). *El Nuevo Sistema Procesal Penal: Análisis Crítico*. Lima: Egacal.
- CARNELUTTI, Francesco. (1950). *Lecciones sobre el proceso penal*. Buenos Aires.
- CARNELUTTI, Francesco (1950). *Lecciones sobre el proceso penal*, T. II, traducido por Santiago Sentís Melendo, ediciones jurídicas Europa-América. Buenos Aires: Bosch.
- CATACORA GONZALES, Manuel. (1996). *Manual de Derecho Procesal Penal*. Lima-Perú: Rodhas.
- CUBAS VILLANUEVA, Víctor. (2009). *El Nuevo Proceso Penal Peruano. Teoría y práctica de su implementación*. Lima: Palestra Editores.
- FENECH, M., (2007). *El Proceso Penal*, cit, p.161, citado por Alonso Raúl Peña Cabrera Freyre en EXEGESIS DEL NUEVO CODIGO PROCESAL PENAL, Primera Edición, Editorial RODHAS, Lima.
- FERRAJOLI, Luigi. (2001). *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal*. Madrid. Editorial Trotta.
- CABALLERO GUEVARA, Rosa Magaly (2009). La actual regulación de la flagrancia delictiva en el ordenamiento peruano- un flagrante desacierto. En Gaceta Jurídica, Tomo 185, abril.

JAKOBS, Günther. (2007). *¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de juridicidad*. Traducción Manuel Cancio. En: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. (Coordinador). (2007). *Derecho penal y Sociedad*. Tomo II. Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

ORÉ GUARDIA, Arsenio. (2006). *Las medidas cautelares personales en el proceso penal peruano*. Instituto de Ciencia Procesal Penal.

PEÑA CABRERA, Alonso Raúl. (2007), en "*EXEGESIS DEL NUEVO CODIGO PROCESAL PENAL*", Primera Edición, Editorial RODHAS, Lima.

RAMOS NUÑEZ, Carlos. (2007). *Cómo hacer una Tesis de Derecho y no envejecer en el Intento* (4° Ed.). Lima: Grijley.

RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Jesús. (1981). *La Detención Preventiva y Derechos Humanos en Derecho Comparado*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie B, Estudios Comparativos, b) estudios especiales. N° 19, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), 1ª edición, México D. F.

ROXIN, Claus. (2000). "*DERECHO PROCESAL PENAL*", Traducción de la 25ª edición alemana de Gabriela E. Cordova y Daniel R. Pastor, Editores del Puerto, Buenos Aires.

VASQUEZ VASQUEZ, Mario (2006). Artículo Especial "*DETENCIÓN Y LIBERTAD EN EL PROCESO PENAL*", Actualidad Jurídica, Gaceta Jurídica, Tomo 136, Marzo, Lima - Perú.

# ***ANEXOS***

**EXPEDIENTE** : 05083-2014-35-1706-JR-PE-07  
**ESP. DE SALA** : JOSE LUIS RENTERIA PEÑA  
**IMPUTADO** : MILLONES AGUILAR, ALEJANDRO  
**DELITO** : MARCAJE O REGLAJE  
**AGRAVIADO** : EL ESTADO PERUANO  
**ESP. DE AUDIO** : NILA GONZALES FERNANDEZ.

**SENTENCIA N° 207-2015**

**Resolución número: catorce**

**Chiclayo, veinticuatro de noviembre de dos mil quince.**

En mérito al recurso de apelación presentado por el sentenciado **ALEJANDRO MILLONES AGUILAR**, es materia de revisión por la Sala, la sentencia número ciento cincuenta y cuatro de dos mil quince, contenida en la resolución número siete, del ocho de junio de dos mil quince, emitida por el juez del Segundo Juzgado Penal Unipersonal de Chiclayo, en la parte que se condenó al apelante como autor del delito contra la tranquilidad pública, en su modalidad de **marcaje**, tipificado por el artículo 317-A del código penal, en agravio del Estado; imponiéndosele **cuatro años y siete días** de pena privativa de libertad y fijándose la reparación civil en la suma de **tres mil nuevos soles** que deberá pagar al agraviado, en forma solidaria con los condenados Javier Omar Ruiz Ñiquen y Carlos Enrique Cruz Ruiz y **CONSIDERANDO:**

**Primero:** El abogado del **sentenciado apelante** alegó que el juez de fallo no valoró la prueba actuada. Precisó que los condenados Javier Omar Ruiz Ñiquen y Carlos Enrique Cruz Ruiz dijeron en juicio que no conocen a su patrocinado.

Añadió que éste no firmó las actas de intervención policial, registro personal y vehicular, pues no formó parte de acción alguna de acopiar información o hacer vigilancia del Restaurante Marakos y de sus trabajadores; así como tampoco se encontró en el vehículo conducido por él, una réplica de arma de fuego y nueve municiones de arma de fuego. Precisó que lo obligaron a poner su huella en dichas actas. Señaló que su defendido se limitó a cumplir con su rol de taxista. Refirió que no se probó que fueran en el vehículo finiquitando detalles del robo. Agregó que los policías Fernando Montalván Vigo y Larry Suclupe Olivos dijeron no recordar si se le incautó algún celular. Señaló que no se probó que le digan “Chapitas”. Argumentos por los que pidió revocar la sentencia apelada y absolver a su patrocinado.

**Segundo:** La representante del **Ministerio Público** adujo que el día veintitrés de agosto de dos mil catorce, aproximadamente a las nueve horas, cerca al Restaurante Marakos, ubicado en la avenida Elvira García, Chiclayo; la policía intervino el vehículo conducido por el apelante, que llevaba como pasajeros a los otros dos condenados; encontrándose dentro de él una réplica de arma de fuego, nueve municiones de arma de fuego, un croquis de ubicación del Restaurante Marakos, una caja vacía; entre otros. Añadió que los otros condenados aceptaron que hacían reglaje del mencionado local, así como de sus trabajadores, porque habían decidido asaltarlo. Añadió que el apelante proporcionó el vehículo para realizar el reglaje y asegurar la huida de los otros una vez se consumara el robo. Señaló que según el acta de lectura de memoria del celular incautado al apelante, éste se comunicó reiteradamente con el condenado Javier Omar Ruiz Ñiquen antes de la intervención policial. Lo que descarta que no conozca a los otros. Argumentos por los que pidió confirmar la sentencia apelada.

**Tercero:** Conforme la pretensión impugnativa, corresponde a **la Sala** verificar si la prueba actuada fue suficiente<sup>25</sup> para acreditar la responsabilidad penal del sentenciado apelante como autor del delito contra la tranquilidad pública, en su

---

<sup>25</sup> Para la Corte Interamericana, el derecho a la presunción de inocencia “exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista prueba plena [entiéndase **prueba suficiente** y pertinente] de su responsabilidad penal. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla” (Caso Cantoral Benavides vs. Perú, sentencia del 18 de agosto de 2000). Sentencia del Tribunal Constitucional en el Exp. 156-2012 PHC/TC, del 08 de Agosto de 2012, fundamento jurídico 43.

modalidad de marcaje, tipificado por el artículo 317-A del código penal. Sobre el particular, la Sala está convencida que la prueba actuada sí fue suficiente para acreditar la responsabilidad penal del apelante; pues éste fue intervenido por la policía en circunstancias que transportaba a los condenados Javier Omar Ruiz Ñiquen y Carlos Enrique Cruz Ruiz; quienes aceptaron haberse encontrado haciendo reglaje o marcaje al local del Restaurante Marakos, ubicado en la avenida Elvira García y García, de la ciudad de Chiclayo; marcaje que incluyó a los trabajadores del indicado negocio, que habían decidido asaltar; habiéndole correspondido al apelante proporcionar el vehículo marca Suzuki, de placa de rodaje M1B469; a bordo del cual se movilizaron los otros dos delincuentes y que después del reglaje sería utilizado para asegurar la huida de los malhechores con el dinero que sustraerían.

**Cuarto:** La negativa del apelante a aceptar su responsabilidad penal, pese haber sido detenido en situación de flagrancia delictiva, junto a los otros dos condenados; quienes sí aceptaron su responsabilidad; solo debe tomarse como un argumento de defensa; pues lo cierto es que, no obstante que los otros dos condenados dijeron en juicio que no conocían al apelante y que éste solo les brindó el servicio de taxi; según el acta de lectura de memoria del teléfono celular encontrado en poder del apelante, marca Alcatel, con número de abonado novecientos sesenta y cinco millones novecientos treinta y cuatro mil ochocientos treinta y tres; así como de la información proporcionada por la Empresa Telefónica contenida en la Carta TSP-83030000-CCF-0978-2014-C-F; se demuestra que él y el sentenciado Javier Omar Ruiz Ñiquen mantuvieron comunicación constante antes y el mismo día de la intervención policial; al número novecientos noventa y ocho millones seiscientos dos mil cuarenta y tres, que corresponde al teléfono celular marca Nokia hallado en poder del aludido sentenciado.

**Quinto:** Aunque el apelante después negó que se le encontró en poder de algún teléfono celular, el acta de registro personal realizado el veintitrés de agosto de dos mil catorce, a las nueve y veinte horas, que cuenta con su firma e impresión dactilar; lo desmiente; máxime si, según el acta de lectura de memoria de equipo celular efectuado el diecinueve de diciembre de dos mil catorce, a las diez y treinta horas; él reconoció que dicho teléfono celular era suyo; diligencia en la



que estuvo presente junto a su anterior abogado Adán Aníbal Pozada Vallejos; quien también lo representó en la diligencia de continuación de lectura de memoria de equipo celular, realizada el veintinueve de diciembre de dos mil catorce; oportunidad en la que, en presencia de su abogado, se constató, además, que en la agenda de su teléfono aparecía su número y sobrenombre, apodo o alias “Chapitas”; así como el número telefónico y alias de su interlocutor, sentenciado Javier Omar Ruiz Ñiquen; quien, según el acta de intervención policial, es conocido como “Hueso”.

**Sexto:** Sobre lo mismo, se descarta que el apelante y los otros dos condenados no se conocieran, además porque el sentenciado Javier Omar Ruiz Ñiquen al responder la pregunta número cinco de su declaración preliminar, del veinticuatro de agosto de dos mil catorce, al día siguiente de los hechos; dijo que el sentenciado Carlos Enrique Cruz Ruiz es amigo del apelante; afirmación categórica sobre la vinculación del apelante con los otros dos condenados que ratificó en el relato de su pericia psicológica, presentada al Ministerio Público el treinta de enero de dos mil quince; en la que precisó que se reunió en dos ocasiones anteriores con el apelante y con el amigo de ambos; es decir, con el condenado Carlos Enrique Cruz Ruiz. Vinculación no solo con los otros dos condenados, sino con el delito de marcaje, que se infiere de la citada declaración preliminar, respuestas a las preguntas siete y nueve; según las cuales, el apelante escuchó el repaso de todo el plan criminal que concluiría con el asalto al restaurante Marakos y el apoderamiento de la suma de tres mil nuevos soles.

**Sétimo:** La vinculación del apelante con el delito de marcaje y con el robo agravado frustrado por la presencia de la policía, se infiere del contenido del acta de intervención policial, debidamente firmada por él y colocado su impresión dactilar, en señal de conformidad; pues según dicha acta, también firmada por los otros dos sentenciados; el rol del apelante consistiría en trasladar a éstos para realizar el marcaje y llegado el momento para asegurar su huida con el botín; medio de prueba que fue corroborado con el acta de registro vehicular del coche conducido por el apelante; igualmente firmado y colocado su impresión dactilar, así como la de los otros dos sentenciados; según el cual, se halló en el vehículo, entre otros objetos, una réplica de arma de fuego, tipo pistola; nueve proyectiles de arma de fuego, calibre nueve milímetros, un croquis de la

ubicación del Restaurante Marakos y una caja de cartón vacía, que sería utilizada, según el acta de intervención policial y la declaración preliminar citada, por el sentenciado Carlos Enrique Cruz Ruiz, para aparentar que llevaba alimentos al restaurante.

**Octavo:** Como se ve, el apelante no prestó simplemente un servicio de taxi a los otros dos sentenciados, sino que brindó su vehículo para realizar el marcaje del indicado negocio, así como de sus trabajadores y llegado el momento, lo utilizaría para asegurar el efectivo desapoderamiento del dinero ajeno sustraído y la fuga de los malhechores; último de lo cual fue evitado gracias a la intervención de la policía, conforme lo explicaron en juicio los policías Fernando Montalván Vigo y Larry Suclupe Olivos; quienes confirmaron que el apelante al notar la presencia policial pretendió darse a la fuga, por lo que tuvo que cerrarse el paso a su vehículo; dentro del cual se encontraron, además de los otros dos sentenciados, los mencionados objetos y municiones; así como al realizárseles el registro personal se les encontró los teléfonos celulares ya referidos. Por tanto, es irrelevante que el apelante ahora niegue haber suscrito las mencionadas actas, incluyendo el acta de intervención policial; máxime si al declarar en sede preliminar, el mismo día de ocurrido el hecho, respuesta a la pregunta siete, confirmó haber firmado las actas y colocado su impresión dactilar, pero sin leer.

**Noveno:** Así, no puede ser otro el corolario de la revisión efectuada que la ratificación de la sentencia apelada, pues se demostró más allá de toda duda razonable<sup>26</sup> la responsabilidad penal del sentenciado apelante como autor del delito de marcaje y a pesar que la pena no fue cuestionada; ésta es generosa si se tiene en cuenta que el apelante fue acusado no solo por el delito de marcaje, sino por el de tenencia de municiones, tipificado por el artículo 279 del código penal; delito de peligro abstracto para cuya consumación, en contra de lo argumentado por el juez de fallo, no se necesita vincular las municiones a un

---

<sup>26</sup> Este Tribunal ha sostenido en la STC 010-2002-AI/TC, el principio de presunción de inocencia se despliega transversalmente sobre todas las garantías que conforman el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Y, mediante él, se garantiza que ningún justiciable pueda ser condenado o declarado responsable de un acto antijurídico fundado en apreciaciones arbitrarias o subjetivas, o en medios de prueba, en cuya valoración existen dudas razonables sobre la culpabilidad del sancionado. El contenido esencial del derecho a la presunción de inocencia, de este modo, termina convirtiéndose en un límite al principio de libre apreciación de la prueba por parte del juez, puesto que dispone la exigencia de un mínimo de suficiencia probatoria para declarar la culpabilidad, **más allá de toda duda razonable**. Cfr. Sentencia del Exp. N° 1172-2006 HC/TC, de nueve de Enero de 2004, fundamento 2.

arma de fuego que sirva para dispararlas; porque su posesión o tenencia es en sí misma constitutiva del mencionado delito contra la seguridad pública; porque dada su naturaleza, el tipo penal ni siquiera exige la creación de un peligro concreto para la vida, salud o demás bienes jurídicos de las personas. Sin embargo, en tributo al principio de prohibición de la reforma en peor, no corresponde a la Sala modificar la pena impuesta, simple y llanamente porque el Ministerio Público no apeló de la sentencia absolutoria, en ese extremo.

**Décimo:** Para concluir, no correspondiendo estimar la pretensión impugnativa; el sentenciado apelante, según prevé el artículo 504, inciso 02, del código procesal penal; está obligado al pago de las costas que el juicio de apelación hubiera ocasionado al agraviado; costas que, de ser el caso, serán liquidadas en ejecución de sentencia, tal como lo dispone el artículo 506, inciso 01, del citado código penal adjetivo.

Razones por las que la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque **RESUELVE: CONFIRMAR** la sentencia emitida por el juez del Segundo Juzgado Penal Unipersonal de Chiclayo, en la parte que se condenó al apelante **ALEJANDRO MILLONES AGUILAR** como autor del delito contra la tranquilidad pública, en su modalidad de **marcaje**, tipificado por el artículo 317-A del código penal, en agravio del Estado; imponiéndosele **cuatro años y siete días** de pena privativa de libertad y fijándose la reparación civil en la suma de **tres mil nuevos soles** que deberá pagar al agraviado, en forma solidaria con los condenados Javier Omar Ruiz Ñiquen y Carlos Enrique Cruz Ruiz; **con costas; devolver** la carpeta de apelación al juzgado de origen.

Señores:

**Zapata López**

Torres Sánchez

Zapata Cruz

**EXPEDIENTE** : 05372-2014-86-1706-JR-PE-02  
**ESPECIALISTA** : CARMEN FATIMA CARRION LARREATEGUI  
**IMPUTADO** : ALFARO PLASENCIA LUIS MIGUEL  
CABREJO LEÓN FRANKLIN HUMBERTO  
**DELITO** : HOMICIDIO CALIFICADO Y OTROS  
**AGRAVIADO** : DIAZ CIEZA PABLO CESAR  
**ESP. DE AUDIENCIA** : CLAUDIA ECHEVERRY CASTRO

**Resolución Número: Seis**

**Chiclayo, veintiséis de setiembre del dos mil catorce**

**VISTOS Y OIDOS**, en audiencia los recursos de apelación formulados por los investigados Franklin Humberto Cabrejos León y Luis Miguel Alfaro Plasencia, contra la resolución número dos de fecha cuatro de setiembre del año dos mil catorce, emitida por el Segundo Juzgado Investigación Preparatoria del Módulo Básico de José Leonardo Ortiz, mediante la cual se ha resuelto declarar fundado el requerimiento de prisión preventiva, solicitado por el Ministerio Público contra Luis Miguel Alfaro Plasencia, Franklin Humberto Cabrejos León y otros como presuntos coautores de los delitos de tentativa de homicidio calificado, en agravio de Pablo César Díaz Cieza; asociación ilícita para delinquir en agravio del Estado, marcaje y reglaje agravado en agravio del Estado, representado por el Ministerio del Interior, y tenencia ilegal de armas de fuego en agravio del Estado, representado por el Ministerio del Interior; medida que se ha dictada por el plazo de nueve meses, ordenándose el ingreso al penal de Chiclayo de los investigados Luis Miguel Alfaro Plasencia y Franklin Humberto Cabrejos León ;  
y **ATENDIENDO**:

**Primero:** Según lo expuesto por la señora fiscal en la presente audiencia, los hechos materia de investigación consisten en que, el día tres de setiembre del año dos mil catorce, a horas ocho y cinco de la mañana aproximadamente, personal policial intervino a la altura del km 5.3 de la Avenida Lambayeque, el auto tico de placa A2W587, en cuyo interior se encontraban los coimputados Franklin Humberto Cabrejos León (conductor de dicha unidad) y Miguel Alfaro Plasencia (ubicado en el asiento posterior), quien llevaba una mochila color beige, conteniendo un revólver marca Taurus, calibre 38, abastecida con seis cartuchos, entre otros documentos personales; asimismo a Franklin Humberto Cabrejos León se le encontró un teléfono celular y documentos personales; precisa también que por indagación de la DEPICAT-PNP-JAEN con la DIVINCRI-PNP-LIMA, sobre presunto delito de extorsión en contra de la empresa “Málaga Hermanos”, se tomó conocimiento de que Pablo Cesar Díaz Cieza sería victimado bajo la modalidad de sicariato, versión que ha sido corroborada por los intervenidos, quienes han indicado que fueron contratados con tal propósito por el sujeto conocido como “Gordo Malca” quien se encontraría purgando condena en establecimiento penitenciario “Huacariz”, en la ciudad de Cajamarca. Según la versión de los investigados, las acciones para el intento de asesinato del agraviado Cieza Díaz, se habrían iniciado con el reglaje respectivo y con la participación, también, del coimputado Hernández Sánchez Coronel, alias “Ñato”, y otros sujetos en proceso de identificación; estos hechos han sido calificados por el Ministerio Público como delito de homicidio calificado en grado de tentativa (artículos 106, 108, numeral 1 y 3 del Código Penal, concordante con el artículo 16 del mismo cuerpo normativo), tenencia ilegal de armas de fuego (artículo 279, primer párrafo del código penal), asociación ilícita para delinquir (artículo 317 del código penal) y marcaje y reglaje (artículo 317-A del Código Penal).

**Segundo:** El señor Juez del Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria, con relación a los coimputados Luis Miguel Alfaro Plasencia y Franklin Cabrejos León, ha considerado que se cumplen los tres presupuestos que exige el artículo 268° del Código Procesal Penal; a efectos de dictar en su contra la medida cautelar personal de prisión preventiva que ha solicitado el Ministerio Público, en

base a los fundamentos que se detallan en los considerandos cuarto, quinto y sexto de la resolución impugnada; a las cuales nos remitimos.

**Tercero:** Las partes impugnantes no han concurrido a la presente audiencia de impugnación de auto, a efecto de que sustenten oralmente los agravios expuestos en sus respectivos recursos; habiéndose escuchado la opinión de la señora representante del Ministerio Público, quien sostiene que en el presente caso sí se cumplen los presupuestos que exige el artículo 268 del Código Procesal Penal; en tanto existen suficientes elementos de convicción que vinculan a los impugnantes como presuntos coautores de los delitos materia de investigación, y que se sustentan no solamente en sus propias declaraciones rendidas a nivel de la investigación preliminar, con presencia de sus respectivos abogados; sino también, con el acta de incautación, con el acta de intervención policial y demás actuados a nivel de investigación preliminar; asimismo refiere que también se cumple el requisito de prognosis de pena superior a cuatro años de pena privativa de libertad, en tanto estamos frente a la comisión de varios delitos; por último, con relación al peligro procesal señala que los recurrentes no han acreditado suficientemente arraigo familiar ni laboral, y que el investigado Luis Miguel Alfaro Plasencia en su recurso impugnatorio ha adjuntado tres declaraciones juradas, según las cuales se dedicaría a las tareas de sembrío, despanque y agoste de maíz, caña de azúcar y demás productos; sin embargo, en su declaración prestada a nivel de investigación, señaló ser operador de máquina. Igualmente este mismo imputado, en las constancias respectivas, señala como su domicilio el ubicado en la Avenida Cuzco S/N del Centro Poblado de Mocán; sin embargo, al rendir su declaración señaló que vive con sus padres.

Respecto del imputado Franklin Humberto Cabrejos León, señala la representante del Ministerio Público que al rendir su declaración, a nivel de investigación preliminar, señaló como su domicilio el ubicado en la calle Demetrio Acosta S/N- del Pueblo Joven Raymondi, de Chiclayo; sin embargo, revisada su ficha de RENIEC, éste tiene como domicilio calle Purísima N° 175 de la Urbanización Urrunaga; razones por las cuales solicita la confirmación de la resolución venida en grado.

**Cuarto:** El Colegiado, luego de escuchar a la señora representante del Ministerio Público, y tendiendo a la vista la carpeta fiscal, llega a la conclusión que en presente caso se cumplen los tres presupuestos que exige el artículo 268 del código procesal penal, en base a las a las siguientes razones:

**l) Respeto a los graves y fundados elementos de convicción;** este colegiado comparte la decisión del *juez a quo*, si se tiene en cuenta que existen graves y fundados elementos de convicción que vinculan a los imputados con los delitos materia de investigación; así se tiene que:

a) Con relación al delito de tenencia ilegal de arma de fuego; el co-imputado Cabrejos León, ha confesado haber entregado el arma de fuego a su co investigado Luis Miguel Alfaro Plasencia, para victimar a una persona, en esta caso, al agraviado Díaz Cieza; hecho que también ha sido admitido por el investigado Luis Miguel Alfaro Plasencia. Esto evidencia que ambos investigados tuvieron pleno dominio de la posesión del arma de fuego consistente en un revolver marca taurus calibre 38, abastecido con seis cartuchos; lo cual se corrobora además, con el acta de intervención, donde se detalla la forma y circunstancia como fueron intervenidos y el acta de incautación del arma de fuego.

b) Con relación delito marcaje y reglaje agravado; En este extremo, la Sala también comparte los fundamentos del señor juez de primera instancia, en tanto que, conforme se puede advertir de la declaración prestada por el investigado Alfaro Plasencia, en sede de investigación y en presencia de su abogado defensor; éste ha admitido que le encontraron con un arma de fuego porque iba a matar a la persona de Pablo César, a quien se lo habían enseñado para matarlo, lo que quiere decir que, previamente se ha realizado un seguimiento a la potencial víctima; lo cual habría ocurrido con la participación del co imputado Hernán Sánchez Coronel, quien ha tenido que indicarles a quien iban a asesinar, si se tiene en cuenta que Alfaro Plasencia no radica en esta ciudad; contando además con la participación del recurrente Franklin Humberto Cabrejos León, quien era el encargado de conducir el taxi, en el que se movilizaba Alfaro Plasencia, y que según versión de éste último, el sujeto conocido como “Rolo”, era el que refería los pasos a seguir para matar a Cieza Díaz; además ha considerado, el señor juez de la investigación preparatoria, en razonamiento que

este Colegiado comparte, que estaríamos frente a una organización criminal, pues Alfaro Plasencia ha señalado en su declaración haber sido contratado varias veces para asesinar personas, tanto en Chiclayo como en Trujillo; lo cual, en efecto, se verifica de su declaración de fecha tres de setiembre del dos mil catorce, prestada en presencia de su abogado defensor, en la que no solamente reconoce que le encontraron con un arma de fuego y que iba a matar a la persona llamada Pablo Cesar, sino también ha detallado una serie de homicidios que habría perpetrado tanto en Trujillo como en Chiclayo; así se tiene que a la pregunta número doce de su declaración, refiere que en el mes de enero del dos mil trece, mató a un hombre atrás de la fábrica “Casagrande”, en Trujillo, disparándole dos veces en la cabeza y en el pecho, con un revólver calibre 38, por un dinero que le debían al “Gordo Malca”; en el año dos mil trece mató a un señor arrocero en Chepen, habiendo sido contratado por el “Gordo Malca”, quien le manifestó que éste señor no quería pagar cupos; el día diecisiete de agosto del dos mil trece, mató a un hombre, en el distrito de la esperanza de Trujillo, disparándole dos balazos en la cabeza y uno en el pecho con una pistola bronin calibre 16, siendo contratado por el sujeto conocido como “Gordo Malca”; en el año dos mil trece mató a otra persona de sexo masculino, en el distrito de La Esperanza en Trujillo de un balazo en la cabeza, uno en el pecho y otra en la pierna, con una pistola baby calibre 12; en el mes de agosto del dos mil trece, mató a un “chibolo” de diecisiete años, aproximadamente, en el distrito de La Esperanza, en Trujillo, de dos disparos en la cabeza, porque le estaba debiendo al “Gordo Malca”; el diecinueve de enero del dos mil trece, mató a otro hombre, en la ciudad de Chiclayo, de dos balazos en la cabeza con una pistola que le dio el “Gordo Malca”; en el año dos mil catorce, ha matado a un señor de sesenta años, con un revólver que le dio un amigo por encargo del “Gordo Malca”, en la ciudad de Chiclayo; en ese mismo año mató a otro señor con un revólver entregado por un amigo, por encargo del “Gordo Malca”; habiendo señalado que empezó a matar a personas desde la edad de dieciséis años, y que hasta la fecha ha matado entre ocho a nueve personas, en Casa grande, Trujillo y Chiclayo. Asimismo de la verificación de la declaración el imputado Franklin Humberto Cabrejos León, también se advierte que fue el “Gordo Malca”, quien se encuentra preso en el penal de Cajamarca, que lo contactó para que el día dos de setiembre del dos mil catorce, se encuentre en la calle México y



Castañeda con un sujeto conocido con el apelativo de “Ñato”, el cual posteriormente le presenta a su co investigado Luis Miguel Alfaro Plasencia; detallando el rol que ha cumplido trasladando a su co investigado Luis Miguel Alfaro Plasencia y entregándole el revólver incautado que se le hizo entrega por otro sujeto en una caja de cartón con un logotipo de nombre “Pioner”, y reafirmando, además, que su co investigado Luis miguel Alfaro Plasencia era la persona que iba a disparar contra el agraviado, pero que aún no revelaban su nombre.

c) Con relación al delito de asociación ilícita para delinquir; este colegiado también considera que, de las declaraciones de los investigados recurrentes, se aprecia que conjuntamente con el “Gordo Malca”, con el sujeto de alias “Rolo”, con el investigado Hernán Sánchez Coronel, entre otros; conformarían una asociación delictiva con carácter permanente para cometer ilícitos penales de la misma naturaleza.

d) Con relación al delito de homicidio calificado en grado e tentativa, esta Sala considera que, respecto de este delito, al igual que lo sostiene el juez a quo, resultan necesarios mayores actos de investigación para determinar si se dieron inicio a los actos de ejecución del delito de homicidio, vía vicariato. En conclusión, existen fundados y graves elementos de convicción que permiten sostener, que concurre plenamente el primer requisito exigido por el artículo 268, literal a), del Código Procesal Penal.

**II) Respecto a la prognosis de pena;** esta sala considera que la pena a imponer a cada uno de los investigados, Luis Miguel Alfaro Plasencia y Franklin Humberto Cabrejos León, suspiraría largamente los cuatro años de pena privativa de libertad, si se tiene en cuenta que estaríamos ante un concurso de delitos (por ahora: tentativa ilegal de armas de fuego, marcaje y reglaje agravado y asociación ilícita para delinquir) supuesto en el cual, deberán sumarse las penas correspondientes.

Además se debe tener en cuenta que el Ministerio Público ha sostenido que estamos frente a una organización criminal y si esto es así, en su momento deberá evaluarse la posibilidad de aplicarse las normas, tanto procesales como sustantivas, reguladas en la Ley número 30077, ley contra el crimen organizado;

siendo una de ellas, la posibilidad de aplicar las circunstancias agravantes que están previstas en el artículo 22 de la citada ley, lo cual incrementaría el quantum de pena a imponer a cada uno de los investigados. Por otra parte, tampoco resulta de recibo alegar como circunstancia para hacer una prognosis de pena menor a la que exige el artículo 268, literal b, del Código Procesal Penal, la edad de los investigados, si se tiene en cuenta el número de delitos por los que se le está investigando y porque además podríamos estar frente a una organización criminal que, como ya se ha dicho, correspondería aplicarle las normas sustanciales y procesales sobre la materia.

**III) Respecto al peligro procesal;** en efecto, esta Sala también comparte la decisión del señor juez de investigación preparatoria, por cuanto es evidente, que ninguno de los dos investigados cuentan con arraigo domiciliario ni laboral, muy por el contrario, según la propia declaración del investigado Alfaro Plasencia, éste se movilizaría por distintos puntos de las ciudades de Casagrande, Chiclayo y Trujillo, a efectos de cometer homicidios, bajo la modalidad de sicariato, sin que sea suficiente las tres declaraciones juradas con firma legalizadas notarialmente que ha prestado para efecto de acreditar que se dedicaría las tareas de sembrío, despanque de maíz, caña de azúcar y demás productos; lo cual, además, resulta contradictorio, como lo ha hecho presente la señora fiscal superior, con lo declarado a nivel de investigación, donde ha señalado que es un operador de maquinaria. Asimismo, también es probable que habiendo hecho trabajo de reglaje y marcaje al agraviado Cieza Díaz, pueda obstaculizar la actividad probatoria, en tanto que conoce el movimiento del citado agraviado y podría influir en él. Asimismo, es evidente que Alfaro Plasencia se dedica a actividades ilícitas y vive fuera de la ciudad de Chiclayo, con lo cual difícilmente se podría lograr su comparecencia y sujeción al presente proceso que se le sigue por los delitos ya citados. Esta Sala considera que también se da el presupuesto de peligro procesal con relación al investigado Franklin Cabrejos León, por cuanto, como lo sostiene el señor juez de la investigación preparatoria, Cabrejos León ha indicado que es taxista y estudiante; sin embargo, no cuenta con licencia de conducir ni tampoco ha acreditado documentalmente su calidad de estudiante, menos su arraigo familiar, y dada la gravedad de la pena que se le podría imponer es fácil determinar que va a rehuir la acción de la justicia.

Razones por las cuales, los integrantes de la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque **RESUELVE: CONFIRMAR** la resolución número dos, de fecha de fecha cuatro de setiembre del dos mil catorce, emitida por el señor juez del Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria del Módulo Básico de Justicia de José Leonardo Ortiz, que ha declarado fundado requerimiento de prisión preventiva, solicitado por el Ministerio Público contra Luis Miguel Alfaro Plasencia y Franklin Humberto Cabrejos León, como presuntos co-autores del delito contra la vida, el cuerpo y la salud, en su modalidad de tentativa de homicidio calificado, en agravio de Pablo César Díaz Cieza; como presuntos coautores del delito contra la tranquilidad pública, en su modalidad de asociación ilícita para delinquir agravada en agravio del Estado; asimismo, como co-autores del delito contra la tranquilidad pública, en su modalidad de marcaje y reglaje agravado, en agravio del Estado, y como presuntos autores del delito contra la seguridad pública, en su modalidad de tenencia ilegal de armas de fuego en agravio del Estado, representado por el Ministerio del Interior; por el plazo de nueve meses y ordena su ingreso al establecimiento penal de Chiclayo; con lo demás que contiene, quedando notificadas las partes con la presente resolución, que es expedida en audiencia; **devolver** la carpeta al juzgado de origen.

Señores

Núñez Julca

**Guillermo Piscoya**

Burga Zamora



**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAMBAYEQUE**  
**SEGUNDA SALA DE APELACIONES**

---

**Expediente : 00694-2017-68-1706-JR-PE-06**  
**Procedente : Sexto Juzgado de Investigación Preparatoria**  
**Asunto : Apelación de auto de prisión preventiva**  
**Imputado : Segundo Emilio Constantino Coronel**

**Resolución Número: Siete**

**Chiclayo, treinta de octubre de dos mil diecisiete**

**VISTOS Y OÍDOS:**

En la audiencia de apelación de auto la resolución que declara fundado el requerimiento fiscal de prisión preventiva contra Segundo Emilio Constantino Coronel, con la participación del abogado de la parte imputada, así como de la representante del Ministerio Público.

**CONSIDERANDOS DE LA RESOLUCIÓN:**

**Primero.- Objeto de Apelación**

Es objeto de apelación la resolución número tres del seis de octubre de dos mil diecisiete, que declaró fundado el requerimiento de prisión preventiva solicitado por el representante del Ministerio Público contra Segundo Emilio Constantino Coronel en la causa penal seguida por la comisión del delito de organización criminal y marcaje y reglaje en agravio del Estado, por el plazo de veinticinco meses.

**Segundo.- De la Resolución Recurrida**

En la resolución de grado se estableció que existen graves y fundados elementos de convicción que acreditarían la participación delictiva de Segundo Emilio Constantino Coronel en los hechos que se le imputa, y que han sido calificados como delito de marcaje y reglaje tipificado en el artículo 317-A del texto punitivo, cuyo delito fin era el secuestro tipificado en el artículo 152°, al punto que en la resolución de grado se ha detallado las distintas actuaciones y documentos que se han acopiado hasta el momento, invocados y sustentados por parte del Juez *a quo*. Si bien también se imputa el delito de organización criminal previsto en el artículo 317°, primer párrafo, del Código Penal, a consideración de la magistrado

de primera instancia no se satisface el primer presupuesto que justifique la prisión preventiva por el citado delito.

En cuanto al pronóstico de pena, se sostiene que también se cumple por cuanto el delito de marcaje y reglaje prevé como penalidad privación de libertad no menor de tres ni mayor de ocho años, sin que se verifiquen causales eximentes o atenuantes, por lo que la pena sería superior a cuatro años de privación de libertad.

Con relación al peligro procesal, se asume en la resolución de grado, que los arraigos son de bajo nivel pues no se ha acreditado con solvencia su actividad laboral; asimismo, los documentos de sus hijos no determinan el nivel de arraigo, debiéndose considerar la gravedad de la pena que se esperaría y la magnitud del daño causado. Además, se considera su pertenencia a una organización delictiva lo que se enfrenta con el tema de la obstaculización probatoria.

### **Tercero.- Fundamentos de la Apelación**

La defensa del imputado **Segundo Emilio Constantino Coronel** postula que la resolución apelada sea revocada y que se declare infundado el requerimiento fiscal de prisión preventiva, según los agravios expuestos en la audiencia de apelación, sustancialmente, por lo siguiente:

- ✓ Que la resolución incurre en ***afectación al principio de igualdad***, porque se supone que su patrocinado formaría parte de una organización criminal y se le reprocha haber mantenido comunicación los últimos meses del último año. Indica que tal como lo ha referido la representante del Ministerio Público, su patrocinado, supuestamente se ocuparía de contratar los servicios de 'Cano', uno de los dirigentes de la organización criminal, y se habría enviado a terceras personas a Jaén para efectuar una cobranza. En concreto, afirma que el principio de igualdad se afecta porque los ciudadanos que fueron a Jaén a efectuar la cobranza, al final no hicieron nada; y respecto de esos ciudadanos se resolvió que afrontaran el proceso en libertad; por lo tanto, si quienes supuestamente iban a ejecutar una acción criminal están en libertad, por qué quien supuestamente los contrató, para ejecutar la acción - que no se ejecutó - debería estar privado de su libertad, enfatizando que no hay razón para ello, más aún si la Sala estableció que se trataba de un grupo alterno.
- ✓ Refiriéndose a los ***fundados y graves elementos de convicción***, indica que la representante del Ministerio Público ha señalado que existen seis comunicaciones, pero entre su patrocinado y 'Cano' solo son 3; sin embargo, se puede decir que en esas comunicaciones su patrocinado pide que realicen una cobranza y ese sería el peor de los actos delictivos. Agrega, que su patrocinado es un egresado universitario en proceso de la obtención de su título profesional, y lamentablemente ha pedido participación de sujetos que no están en el mundo de la legalidad, para cobrar una deuda. Indica que solo son 3 comunicaciones: la N° 84; N° 112 y N° 122, y de ellas no se advierte contenido delictivo, sino lo que se evidencia es que éste ciudadano a quien le debían dinero, contrata a otros para que efectúen el cobro y estos no hicieron nada, por ende, no se

puede reprochar nada a su patrocinado. Concluye que no existen elementos de convicción que demuestren que su defendido forma parte de una organización criminal o haya incurrido en reglaje o marcaje; en el peor de los supuestos, se hablaría solo de marcaje.

- ✓ En cuanto al **pronóstico de pena desfavorable**, indica que existen diferencias entre lo que existe en el audio y lo que existe en la resolución, pues esta última contiene afirmaciones que la juez no efectuó. Sostiene que la Juez ha reconocido que el delito de marcaje y reglaje tiene una pena no menor de tres 3 ni mayor de 8 años; sin embargo, la misma juez advierte que en el peor de los supuestos, tratándose de un delito de marcaje y reglaje en el que si bien la pena va de 3 a 8 años, en el presente caso, de manera posterior pueden encontrarse otras circunstancias que harían suponer que la pena sería mayor de 4 años; lo que no es aceptable, pues la misma juzgadora reconoce que el pronóstico es inferior a los 4 años.
- ✓ Respecto al **peligro procesal**, manifiesta que la juez ha señalado que se ha demostrado que su patrocinado tiene arraigo domiciliario, aunque también dijo que el arraigo laboral es dudoso pues al valorar la declaración jurada que le dio Santos Agustín Heredia Olivera, se advierte que no se ha señalado el RUC de la empresa; sin embargo, la defensa considera que no se puede decir que es dudoso solo por no señalarse el RUC, siendo ese un argumento cuestionable que debe ser corregido por esta Sala. Además, no se ha dicho nada en la resolución oral respecto al arraigo familiar; sin embargo, en la resolución escrita se dice que no cuenta con arraigo familiar, no tomándose en cuenta que vive con su madre y hermana, que es un ciudadano de 31 años de edad y que se ha puesto a derecho, por lo que no representa peligro alguno.
- ✓ Finalmente, en cuanto al **test de proporcionalidad** sostiene que la juez, en su resolución oral solo ha referido que sí debe investigarse, siendo que ese análisis afecta los derechos de su patrocinado y es una demostración más de que debe estar en libertad; no obstante ello, en el considerando décimo de la resolución escrita, la juez sí se refiere al test de proporcionalidad, incluso en otra parte hace referencia al peligro de obstaculización. La defensa considera que Constantino Coronel la ha presentado Herrera Ciurliza - que es quien iba a ejecutar la acción que nunca se ejecutó - y respecto de éste último se ha dicho que la prisión preventiva no es la medida idónea, no entendiéndose por qué en este caso sí sería idónea, necesaria y proporcional para Constantino Coronel; reiterando que no hay razón para privarlo de su libertad porque no forma parte de una organización criminal y, además, se duda de los actos de marcaje y reglaje.
- ✓ Por todas esas razones, solicita se revoque la resolución impugnada. Y, respondiendo a las preguntas del Colegiado, informa que su patrocinado está privado de su libertad, que cuando nació la investigación no apareció por temor, pero cuando se producen las primeras detenciones, él se puso a derecho; que fue intervenido dentro de las instalaciones de la Corte,

pues ya estaba con orden de ubicación y captura, la misma que data de julio del presente año, y la detención fue en setiembre. Respecto a la procedencia de la deuda, refiere que si bien eso no se le preguntó, ello es producto de sus transacciones comerciales, y que la referencia de la deuda del señor Mundaca es por una venta no cancelada de azúcar, señalando que desconoce el monto exacto de esta deuda.

#### **Cuarto.- Posición del Fiscal Superior**

Por su parte la señora Fiscal Superior solicita que la resolución apelada sea confirmada por cuanto, contrariamente a lo expuesto por la defensa, se encuentra debidamente motivada; todo esto en atención a lo siguiente:

- ❖ Que ***existen suficientes elementos de convicción*** que vinculan al apelante con los delitos de organización criminal, marcaje y reglaje, pues de la transcripción de las escuchas legales se advierte que el procesado apelante contacta con Miguel Cano (*Micky*), evidenciándose que se conocen. Que de los registros de comunicaciones Números: 68, 69, 70, 73, 89, 95, 96, 99, 100, 101, 123, 124, 136; se puede desprender que el apelante no solo contrata a terceros, sino que va a Jaén con el grupo que *Micky* le brinda, y dirige el modo para realizar el marcaje, incluso le van dando cuenta permanentemente cómo se suscita este marcaje. Refiere que en una comunicación se advierte que el apelante había dicho a un tercero que si no pueden con el padre "*hagan seco de chabelo*" con la hija.
- ❖ De otro lado, indica que el artículo 317° del Código Penal establece concretamente el tipo penal de marcaje y reglaje, y la conducta del procesado y de los terceros que fueron a Jaén, se encuentra dentro de ese tipo; además, el apelante no es solo un contratante, sino un ejecutor. Cita el informe N.° 98B-2017-DIVICAJ, del que se concluye que Constantino Coronel es quien da las indicaciones, quien dice a quién van buscar en Jaén, quien da el nombre de Mundaca Llamo - *que es a quién iba a secuestrar* - y da detalles de sus ocupaciones, incluso, como no pueden con él, entonces dicen que van contra la hija. Cita también el acta de intervención policial suscrita el 20 de julio del 2017 a las 17.00 h. en Jaén, en donde se intervino a Miguel Cano, Luis Perleche, Herrera Ciurliza y Segundo Constantino Coronel; intervención que se hizo a mérito de las escuchas legales, pues la PNP advirtió que ya se había avanzado en el marcaje y reglaje, y habían planificado el secuestro del padre y la hija, y por ello deciden intervenirlos.
- ❖ Señala que es cierto que la juez ha referido que el delito de Crimen Organizado no está muy claro, y de hecho eso es así porque aún se está en investigación. Al respecto, cita el Acuerdo Plenario N.° 02-2012, fundamento jurídico 7, en el que se precisa que una característica de Investigación Preparatoria es la variabilidad del hecho investigado. Además, la sentencia del Tribunal Constitucional, en el Exp. 4726-2008-PCH/TC, señala que el objeto procesal puede ser variado en el transcurso de la investigación preparatoria.

- ❖ Reitera que se 'Micky Cano' y el procesado apelante se han reconocido mutuamente en una conversación, lo que lleva a concluir que es miembro de una Organización Criminal y que existen suficientes elementos de convicción que lo vinculan con el delito imputado.
- ❖ Respecto a la **prognosis de pena**, indica que el artículo 317, primera parte, del Código Penal, prevé de una pena no menor de 3 ni mayor de 6 años, pero en el inciso 5 de su segundo párrafo, señala una pena de 6 a 10 años cuando actúe como integrante de una organización, que es lo que se ha dado en este caso; por lo que se supera la prognosis de pena.
- ❖ En cuanto a la **peligrosidad procesal** refiere que en efecto tiene arraigo domiciliario *-como toda persona -*, pero no se ha corroborado el arraigo laboral, porque el procesado, con su propia conducta, demuestra lo contrario, pues se fue de viaje por varios días, no se sabe en qué tipo de negocio estaba inmerso cuando dijo *"nos han cerrado"*, que los cobros de las deudas tienen mecanismos legales y no puede pretenderse que una persona a la que le deben, pretenda hacer marcaje para que devuelvan ese dinero, más aún si no se sabe qué tipo de negocio llevó al procesado a cobrar la suma de dinero en Jaén; por todo ello, el arraigo laboral es dudoso.
- ❖ Finalmente, respecto al **test de proporcionalidad**, indica que ha éste sí ha sido analizado en la resolución impugnada.
- ❖ Por todas esas razones, solicita se confirme la resolución impugnada. Y, respondiendo a las preguntas del Colegiado, dijo que en una conversación se dijo que podían hacer *"seco de chabelo"* a la hija de Mundaca, y se entiende que esa expresión conlleva a algún acto ilícito; que esa afirmación no la hizo el imputado apelante, sino Miguel Cano "Miky", con "Colorado", que es la persona a la que él contrató. Que en esa conversación se refieren a un "sobrino", y se entiende que el apelante, dentro de la organización, también tiene a alguien a quien le dice sobrino. Refiere también que hasta ahora no se cuenta con la declaración del señor Mundaca.

## **Quinto.- Razonamiento del Colegiado Superior:**

### **5.1.- Acerca de la prisión preventiva.**

**5.1.1.-** Acerca de la finalidad de la Prisión Preventiva, la Carta Fundamental del Estado en su artículo 2° numeral 24 literal b), prescribe que *"No se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos en la ley..."*. Y en este sentido, el artículo 268° del Código Procesal Penal contempla la figura de la prisión preventiva, la cual exige la concurrencia copulativa de tres presupuestos: a) La existencia de fundados y graves elementos de convicción para estimar la comisión de un delito que vincula al imputado como autor o partícipe, b) La sanción a imponerse sea superior a los cuatro años de pena privativa de la libertad y, c) El imputado en razón a sus antecedentes y a otras circunstancias permita colegir que tratará de eludir la acción de la justicia u



obstaculice la averiguación de la verdad. Incluso, la Casación, Exp. N° 266-2013-Moquegua, ha comprendido también el principio de proporcionalidad y el propio plazo del aprisionamiento anticipado como criterios a considerar en una decisión sobre la aplicación de dicha medida coercitiva.

**5.1.2.-** Se ha sostenido reiteradamente que en el caso de la prisión preventiva, es necesario situarnos entre dos deberes estatales, el de perseguir eficazmente el delito, por un lado, y, por otro lado, el de proteger la libertad del ciudadano. Entonces, el primer presupuesto material a tenerse en cuenta es la existencia de fundados y graves elementos de convicción, conocido como el juicio de imputación judicial, para estimar con alto grado de probabilidad de que el imputado pueda ser autor o partícipe de un delito. Luego, es necesario identificar el límite penológico realizándose una prognosis o pronóstico que permita identificar un nivel razonable de probabilidad de que la pena a imponer será superior a cuatro años de privación de libertad. Y en tercer lugar, se analizará el peligrosismo procesal, no solamente de fuga sino el de obstaculización a la averiguación de la verdad, ello porque como se sostiene, la prisión preventiva no es otra cosa que una medida coercitiva personal, que solo puede tener fines procesales, cuyo propósito radica en asegurar el normal desarrollo y resultado del proceso penal, asegurando la presencia del imputado en el procedimiento, garantizando una investigación de los hechos, en debida forma por los órganos de persecución, o la ejecución de la pena, esto es, la eficacia de una futura sentencia.

## **5.2.- Acerca del *factum* de la imputación en el presente caso.**

**5.2.1.-** El artículo 159° de la Constitución Política establece que el Ministerio Público es el titular del ejercicio de la acción penal pública y tiene el deber de la carga de la prueba, bajo el principio de la imputación necesaria como manifestación del principio de legalidad y del principio de la defensa procesal, los que se encuentran regulados en los artículos 2° numeral 24) literal “d”, y 139° inciso 14) de la Carta Fundamental del Estado, y de esta forma, la persona a quien se le imputa la comisión de un delito debe conocer con exactitud los cargos formulados en su contra. De ahí que la imputación necesaria *“supone la atribución de un hecho punible, fundado en el **factum** correspondiente, así como en la **legis** atinente y sostenido en la prueba, presupuestos que deben ser inescrupulosamente verificados por el órgano jurisdiccional que, ejerciendo la facultad de control, debe exigir que la labor fiscal sea cabal, que la presentación de los cargos, sea puntual y exhaustiva, que permita desarrollar juicios razonables”*<sup>27</sup>.

**5.2.2.-** Ahora bien, aparece del cuaderno judicial que el Ministerio Público mediante Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria, ha precisado el **factum** de la imputación contra diversas personas vinculadas con la Organización Delictiva "Los Charlys de Fanny Abanto", comprendiendo al investigado **Segundo Emilio Constantino Coronel** contra

---

<sup>27</sup> R.N. N° 956-2011-Ucayali, Jurisprudencia Vinculante de la Corte Suprema de la República, Fundamento Tercero: Sustento Normativo: Cuarta Consideración Previa

quien se viene formulando cargos criminales, tanto por el delito de organización criminal, como el de marcaje y reglaje donde el delito fin era el secuestro. Así:

- Por haber contratado los servicios del investigado **Miguel Antonio Cano Arellano (a) 'Miki'**, integrante de la citada organización criminal, hombre de confianza de su cabecilla José Alberto Zambrano Huamán (a) 'Negro Zambrano', 'Mostro', 'Checoslovaco', 'Che', 'Mecánico', para que realice el delito de marcaje y reglaje cuyo delito fin era el secuestro del ciudadano Manuel Mundaca Llamo en la localidad de Jaén, conforme a la información obtenida en las escuchas legales de los teléfonos interceptados N° **938252635** utilizado por Miguel Antonio Cano Arellano, y el N° **944659502** utilizado por Segundo Emilio Constantino Coronel, en que coordinaron la forma y circunstancias como se ejecutaría el hecho ilícito.
- Es así que el siete de junio de dos mil diecisiete a las 14:30 horas, el imputado Segundo Emilio Constantino Coronel (a) 'Azúcar', juntamente con sus co investigados Miguel Antonio Cano Arellano (a) 'Miki', Luis Alberto Perleche Fernández (a) 'Huiro', Luis Humberto Herrera Ciurliza (a) 'Pelao' y Henry Edilberto Choquehuanca Tinoco (a) 'Chino' o 'Marca', viajaron a la ciudad de Jaén en la empresa de transportes "El Crucero de Jaén", con la finalidad de secuestrar al empresario Manuel Mundaca Llamo, quien aparentemente debía un dinero al imputado Segundo Emilio Constantino Coronel y como no quería pagar, optó en contratar a dichos sujetos con la finalidad de realizar el marcaje y regla por dos días, con la finalidad de averiguar todos sus movimientos, para posteriormente realizar el secuestro, acción ilícita que fue evitada por la inmediata intervención de la DIVIAC, DIGEMIN, personal policial de investigación e inteligencia de la Fiscalía contra el crimen organizado de Chiclayo, así como de la policía de Jaén.

### **5.3.- Respuesta a los agravios relacionados con el *fumus boni iuris*.**

**5.3.1.-** En lo que corresponde a los graves y fundados elementos de convicción, se advierte que la Juez *a quo* ha brindado razones acerca de la concurrencia de este primer presupuesto de la prisión preventiva, aunque solamente con relación al delito de marcaje y reglaje previsto en el artículo 317-A del Código Penal, no así respecto al delito de organización criminal al sostener sobre este último delito: "que si bien existen elementos de convicción, pero los mismos no son graves en cuanto a la vinculación del imputado, los que serán materia de investigación", extremo sobre el cual el órgano persecutor no ha promovido apelación; consecuentemente, en mérito al principio de congruencia procesal, el colegiado superior estaría limitado para emitir pronunciamiento en contrario.

**5.3.2.-** Ahora bien, a efectos de cumplir con el principio de congruencia por el cual la autoridad jurisdiccional que conoce un medio impugnatorio debe circunscribirse a los agravios formulados por las partes en su recurso de apelación, conforme se ha reconocido en la Casación N° 2015-2011-Arequipa del doce de junio de dos mil doce; se verifica de los actuados y de lo informado en sesión de audiencia - *prisión preventiva y apelación de auto* -, que por acciones de inteligencia se conoció del accionar de una organización criminal en

la ciudad de Chiclayo, debidamente estructurada, jerarquizada y con diversos grupos participando activamente, erigiéndose como evidencia conviccional, grave y fundada, las escuchas legales de los teléfonos celulares de los principales miembros de la organización, en las que se verificaría, no solamente el nivel de relación, conexión y dependencia entre sus integrantes, sino también las diversas actividades delictivas que se habría acometido. En ese sentido, es importante precisar que la identificación o descubrimiento de la persona del imputado apelante **Segundo Emilio Constantino Coronel** no fue como consecuencia de las pesquisas que se remontan a octubre de dos mil dieciséis, que se iniciara por información de ciudadanos colaboradores – véase *Informe N° 002-2016-DIRGEN-DIRNOP/OFIIECCO-EEI-CH-* y de los propios oficios de la FECOR -Lambayeque acerca de la verificación y constatación de las informaciones recibidas que datan desde noviembre de dos mil dieciséis, sino que ante el pedido de levantamiento del secreto de las comunicaciones de diversos teléfonos celulares que pertenecerían a presuntos miembros de la organización criminal, entre ellos, el signado con N° 938252635 de Movistar, que utilizaría el conocido como 'Miki' – *informes aparece como 'Niki'* -, se advirtió las reiteradas comunicaciones de éste sujeto con el imputado apelante, según es de verse del Informe N° 046-2017-DIRGEN/DIRNINC-DIVIAG-EEI-CH, identificándose al (a) 'Miky' como **Miguel Antonio Cano Arellano**.

**5.3.3.-** Es así que como consecuencia del levantamiento del secreto de las comunicaciones de los teléfonos celulares de los presuntos miembros de la organización delictiva: '**Pepe**', '**Gato**', '**Niki**', '**Julio**', autorizado judicialmente el diez de abril de dos mil diecisiete, se verificó las fluidas comunicaciones con diversos sujetos, entre ellos, (a) 'Tumán' N° **944659502**, teléfono móvil que luego se supo lo utilizaba **Segundo Emilio Constantino Coronel**. A continuación se interceptaron las diversas comunicaciones sostenidas entre ambos sujetos, advirtiéndose la **planificación y coordinación un presunto delito de marcaje y reglaje en la ciudad de Jaén, a la persona del empresario Manuel Mundaca Valle**, quien habría tenido una deuda al imputado Constantino Coronel; conversaciones sostenidas con Miguel Antonio Cano Arellano (a) 'Miki', sujeto que, según las escuchas legales, fue buscado por el imputado apelante a efectos de realizarse el presunto cobro de deuda, lo que reflejarían la cercanía entre ambos personajes.

**5.3.4.-** Constituye dato objetivo e inobjetable que el principal interesado en realizarse el presunto cobro de deuda – *que sería bajo presión* – habría sido el imputado apelante **Segundo Emilio Constantino Coronel**, y aun cuando se advertiría que fungiría como intermediario, el hecho concreto es que él buscó a Cano Arellano y pidió su concurso y la de su gente, para la cobranza por el que se pagaría el diez por ciento de la deuda. Incluso, habría facilitado el viaje a Jaén, y hasta él mismo concurrió a dicha ciudad, al igual que Cano Arellano y tres sujetos más, con el compromiso de hacerse seguimiento al empresario e informarse de sus actividades cotidianas, para buscar el momento propicio de intervenirlo y exigirle el pago de la deuda.

**5.3.5.-** El móvil delictivo estaría plenamente acreditado, aun cuando no se conoce con exactitud la existencia de la deuda y de su monto exacto; pero en el supuesto caso de que en efecto se trató de un cobro de deuda, en virtud a las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia, no se acudiría a personas vinculadas a prácticas delictivas para realizar el cobro de una acreencia, salvo que se mantuviera relaciones con ellos; peor aún, interviniendo en su planificación y motivándose y coordinándose en su realización. Respecto a ello, las escuchas legales son más que elocuentes, que acreditan con solvencia el traslado de cuatro personas a la ciudad de Jaén donde habrían llevado adelante el seguimiento respectivo, marcando y reglando a la víctima.

**5.3.6.-** Sostiene la defensa que “el principio de igualdad se afecta porque los ciudadanos que fueron a Jaén a efectuar la cobranza, al final no hicieron nada; y respecto de ellos se resolvió que afrontarán el proceso en libertad, que por lo tanto, si quienes supuestamente iban a ejecutar una acción criminal están en libertad, por qué quien supuestamente los contrató para ejecutar la acción - *que no se ejecutó* - debería estar privado de su libertad, enfatizando que no hay razón para ello, más aún si la Sala estableció que se trataba de un grupo alterno”.

En principio, respecto de las personas que - *aparte de Constantino Coronel* - se trasladaron a Jaén, vienen asumiendo el proceso con la medida de comparecencia con restricciones, esencialmente, por la inexistencia del peligro procesal; pero aun con todo, no sería razonable asumirse que se afectaría el principio de igualdad si se dictara prisión preventiva en tanto en cuanto las medidas coercitivas son personales, y obviamente importa un análisis para cada imputado en función al caso en concreto. Bajo esa lógica, una cosa sería intervenir en determinados hechos debido a la convocatoria de un tercero – *según la defensa, en el cobro de una deuda* -, y otra es contactar, planificar y coordinar con un sujeto identificado por los pesquisas policiales como miembro importante de la organización criminal “Los Charlys de Fanny Abanto” y además, hombre de confianza del cabecilla José Alberto Zambrano Huamán, como sería el caso de **Miguel Antonio Cano Arellano (a) ‘Miki’**, mostrando activo interés en la realización de dicha actividad, sin reticencias, incluso ofreciendo el dinero para el traslado y los gastos que demandaría.

**5.3.7.-** De las propias escuchas legales se advertiría su claro interés en la práctica de dicha actividad en Jaén, que obviamente se ejecutaría bajo términos vedados e ilícitos, sino, cómo explicarse que: *i)* hayan viajado cuatro personas a dicha ciudad, empleándose inteligencia y desplegándose esfuerzo humano y logístico para el cumplimiento de la meta, *ii)* hayan realizado seguimiento, marcaje y reglaje, para identificar las actividades del empresario agraviado y de sus desplazamientos, obviamente para abordarlo, lo que habría traído consigo su secuestro; a tal punto que, incluso, los sujetos habrían considerado extender el acto ilícito a la hija del presunto deudor; *iii)* hayan ubicado personal de confianza en la misma ciudad de Jaén, para efectos del seguimiento, que si no se llegó a concretar el secuestro u otra acción delictiva en contra del agraviado, lo fue por la oportuna intervención policial.

En ese orden, precisamente la razón del delito de marcaje y reglaje importa la anticipación de las barreras punitivas, respecto de conductas ubicadas en las primeras etapas del *iter criminis*, que podrían quedar sin sanción.

**5.3.8.-** Sostiene la defensa, asimismo, que “son solamente tres las comunicaciones con Cano Arellano, y en esas comunicaciones su patrocinado pide que realice una cobranza y ese sería el peor de los actos delictivos; que su patrocinado es un egresado universitario en proceso de la obtención de su título profesional, y lamentablemente ha pedido participación de sujetos que no están en el mundo de la legalidad para cobrar una deuda. Indica que en las comunicaciones no se advierte contenido delictivo, sino lo que se evidencia es que este ciudadano a quien le debían dinero, contrata a otros para que efectúen el cobro y estos no hicieron nada, por ende, no se puede reprochar nada a su patrocinado”.

Esta singular apreciación de la defensa no se condice con lo que reflejarían las escuchas legales; en primer lugar, denotaría cierto nivel de confianza entre ambos personajes al llamarle: 'doctor'; en segundo lugar se informaría de actos vedados y totalmente ilegítimos, pues se habría tratado de cobrarse la suma de quinientos mil soles ejerciendo presión sobre el presunto deudor, mediante actos que afectarían su libertad e integridad, y que se habría discutido hacerlo también con su hija. Para esto se hizo todo un plan de seguimiento, con desplazamiento de personas desde Chiclayo y con evidente apoyo logístico y dinerario.

El hecho de no haberse materializado lo acordado, no enerva las actividades relacionadas con el delito de marcaje y reglaje, con la persona del imputado apelante como principal interesado, aun cuando no se ha acreditado de ninguna forma su condición de acreedor como para entender su conducta; peor aún, al informarse de sus estudios universitarios, importa un mayor conocimiento acerca del respeto de las normas prohibitivas y el compromiso cívico de respeto a la ley.

#### **5.4.- Respuesta a los agravios relacionados con la prognosis de pena.**

**5.4.1.-** Considera la defensa que “en cuanto al **pronóstico de pena desfavorable**, existen diferencias entre lo que existe en el audio y en la resolución, pues esta última contiene afirmaciones que la juez no efectuó. La Juez ha reconocido que el delito de marcaje y reglaje tiene una pena no menor de tres 3 ni mayor de 8 años; sin embargo, la misma juez advierte que en el peor de los supuesto, tratándose de un delito de marcaje y reglaje en el que si bien la pena va de 3 a 8 años, en el presente caso, de manera posterior pueden encontrarse otras circunstancias que harían suponer que la pena sería mayor de 4 años; lo que no es aceptable, pues la misma juzgadora reconoce que el pronóstico es inferior a los 4 años”.

Si bien la prognosis de pena no responde a una operación matemática, sino que se debe tener en cuenta los elementos objetivos del tipo penal y el grado de

culpabilidad, se advierte que la pena básica del delito de marcaje y reglaje es no menor de tres ni mayor de ocho años, y a efectos de una pena concreta, se considerarían las atenuantes privilegiadas o agravantes cualificadas, para ubicar una pena por debajo del mínimo legal, lo que no se advertiría en el caso que nos ocupa. En cuanto a las circunstancias genéricas, únicamente importan para la movilidad de la pena entre su mínimo y su máximo conforme al sistema de tercios. Bajo esa lógica el pronóstico de pena sería superior a los cuatro años, no solamente por el concurso de más de dos personas en el evento delictivo, sino porque habría existido un claro interés en materializarse la conducta delictiva por parte del imputado apelante, contactándose con un miembro importante de la organización criminal; sin desdeñarse, obviamente, que también la imputación comprende el delito de organización criminal, aun cuando el juzgado ha considerado la inexistencia de evidencia conviccional, grave y fundada, que no mereció cuestionamiento formal del órgano persecutor.

#### **5.5.- Respuesta a los agravios relacionados al peligro procesal.**

**5.5.1.-** Con relación al peligro procesal, es indudable que no solamente está en función al nivel de la imputaciones que recoge la Disposición y Continuación de la Formalización de la Investigación Preparatoria, que informarían de la alta probabilidad de comisión delictiva del delito de marcaje y reglaje y su vinculación con el imputado apelante, sino de la voluntad de someterse a la investigación, por cuanto las medidas coercitivas solo puede tener fines procesales, cuyo propósito radica en asegurar el normal desarrollo y resultado del proceso penal, asegurando la presencia del imputado en el proceso, garantizando una investigación de los hechos en debida forma por los órganos de persecución, y en algunos casos, hasta de asegurar la eficacia de una futura sentencia.

**5.5.2.-** Sostiene la defensa que “respecto al **peligro procesal**, la juez ha señalado que se ha demostrado que su patrocinado tiene arraigo domiciliario, y que el arraigo laboral es dudoso pues al valorar la declaración jurada que le dio Santos Agustín Heredia Olivera, se advierte que no se ha señalado el RUC de la empresa; sin embargo, no se puede decir que es dudoso solo por no señalarse el RUC, siendo ese un argumento cuestionable que debe ser corregido por esta Sala; además, no se ha dicho nada en la resolución oral respecto al arraigo familiar; sin embargo, en la resolución escrita se asume que no cuenta con arraigo familiar, no tomándose en cuenta que vive con su madre y hermana, que es un ciudadano de 31 años de edad y que se ha puesto a derecho, por lo que no representa peligro alguno”.

**5.5.3.-** Lo que en realidad ha sostenido la juez es que la declaración jurada presentada por la defensa del imputado apelante no acredita con solvencia el arraigo laboral, que importa sometimiento al proceso por contar con actividad conocida que determina su permanencia en la ciudad, y que por lo tanto no se sustraerá a la acción de la justicia. En efecto, una declaración jurada no puede sustituir a un contrato de trabajo o las boletas de pago u otro documento que acredite vinculación laboral, peor aún, si no se acredita su propia existencia. Y si a esto adicionamos el hecho de que, pese indicarse en la declaración jurada que

trabaja como publicista desde enero de dos mil quince hasta la actualidad – *diecinueve de julio de dos mil diecisiete* – en los meses de mayo y junio del presente año – *según datas de escuchas legales* – venía sosteniendo comunicaciones con su co imputado Cano Arellano, para una presunta cobranza de un deudor en la ciudad de Jaén, viajando incluso a dicho lugar donde fue intervenido por la policía. De ahí que no se ha acreditado con solvencia el arraigo laboral.

**5.5.4.-** Así mismo, se verifica un arraigo familiar débil, no solamente porque es una persona soltera y sin hijos, sino porque el vivir con su madre y hermano no importa un enraizamiento que desvirtúe el riesgo procesal, a tal punto que se vino ausentando de su domicilio para trasladarse a Jaén, y que durante la investigación preliminar al dictarse orden de detención judicial, optó por mantenerse a buen recaudo durante dos meses, en que, según la defensa, se puso a derecho voluntariamente, lo que la fiscalía descarta al señalarse que se trató de una captura de los cuerpos policiales en virtud a la orden judicial de detención.

**5.5.5.-** En consecuencia, en virtud al razonamiento realizado en esta parte, donde se han respondido los agravios del apelante, es evidente el peligro de fuga, aun cuando se cuente con domicilio conocido, que sin embargo queda relativizado por las razones señaladas anteriormente, tanto más, si se viene imputando su participación en el delito de organización criminal.

#### **5.6.- Respecto al test de proporcionalidad.**

**5.6.1.-** Sostiene la defensa que “en cuanto al **test de proporcionalidad** la juez en su resolución oral, solo ha referido que debe investigarse, siendo que ese análisis afecta los derechos de su patrocinado y es una demostración más de que debe estar en libertad; no obstante ello, en el considerando décimo de la resolución escrita, la juez sí se refiere al test de proporcionalidad, incluso en otra parte hace referencia al peligro de obstaculización. La defensa considera que Constantino Coronel lo ha presentado Herrera Ciurliza - *que es quien iba a ejecutar la acción que nunca se ejecutó* -, y respecto de éste último, se ha dicho que la prisión preventiva no es la medida idónea, no entendiéndose por qué en este caso sí sería idónea, necesaria y proporcional para Constantino Coronel; reiterando que no hay razón para privarlo de su libertad porque no forma parte de una organización criminal y, además, se duda de los actos de marcaje y reglaje”.

**5.6.2.-** Se sabe que aun cuando concurren los tres presupuestos que exige el artículo 268° del Código Procesal Penal, al tratarse de una restricción de un derecho fundamental como es la libertad, importa realizar un test de proporcionalidad respecto a la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida impuesta, conforme lo exige la Casación 266-2013-Moquegua.

**5.6.3.-** Así, el apriesonamiento anticipado dictado por el órgano jurisdiccional es idóneo para la finalidad perseguida, esto es, contar con la presencia del imputado durante la investigación y el juzgamiento. También resulta necesaria porque de

momento no existen otras medidas menos gravosas que cumplirían la misma finalidad, teniendo en cuenta la alta probabilidad de la comisión delictiva de marcaje y reglaje y la vinculación del imputado, tanto más se parte de la imputación lo es también por el delito de organización criminal; así también el manifiesto peligro procesal y la pena que se esperaría como resultado del procedimiento. Y en cuanto a la proporcionalidad, en virtud de las razones expuestas precedentemente, la libertad del imputado Segundo Emilio Constantino Coronel queda debilitado ante la atribución que tiene el Ministerio Público para perseguir el delito en su condición de titular del ejercicio de la acción penal pública, valor reconocido en la Carta Magna, así como del interés del propio Estado y de la sociedad en su conjunto, de sancionarse las conductas delictivas que resientan el orden constitucional.

### **CONCLUSIÓN:**

Siendo así, corresponde confirmar la resolución venida en grado, desestimándose los agravios expuestos por la defensa en su apelación.

Por las consideraciones expuestas, la **SEGUNDA SALA DE APELACIONES DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAMBAYEQUE, HA RESUELTO POR UNANIMIDAD:**

**CONFIRMAR** la resolución número tres del seis de octubre de dos mil diecisiete, que declaró fundado el requerimiento de prisión preventiva solicitado por el representante del Ministerio Público contra **Segundo Emilio Constantino Coronel** en la causa penal seguida por la comisión de los delitos de organización criminal y marcaje y reglaje en agravio del Estado, **por el plazo de veinticinco meses**; confirmándose en todo lo demás que contiene.

Srs.

Bravo Llaque

Solano Chambergó

**Quispe Díaz**



**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAMBAYEQUE**  
**SEGUNDA SALA PENAL DE APELACIONES**

---

**Expediente** : 02960-2015-63-1706-JR-PE-01.  
**Sentenciados** : Guillermo Ricardo Silva Cruz y otros.  
**Agraviados** : Jovencia Chozo de Suclupe y otro.  
**Delito** : Marcaje o Reglaje y Hurto Agravado tentado.  
**Especialista Legal:** José Luis Rentería Peña.  
**Magistrados** : Juan Riquelme Guillermo Piscoya.  
Raúl Humberto Solano Chambergó (DD).  
Erwin Guzmán Quispe Díaz.

**SENTENCIA N° 159- 2016**

**Resolución número trece.**

**Chiclayo, catorce de setiembre de dos mil dieciséis.**

**Parte expositiva.**

En mérito al recurso impugnativo presentado por los señores defensores de los sentenciados Guillermo Ricardo Silva Cruz, Santiago Pelayo Urbina de la Cruz y María Lidia Salas Enríquez, es de conocimiento de esta Sala Superior Penal de Apelaciones, la impugnación interpuesta contra la resolución número siete, su fecha dos de junio del año en curso, en cuanto falla condenando al primero mencionado como autor del delito de Marcaje o reglaje y a los tres encausados por delito de Hurto Agravado en grado de tentativa en agravio, de la Sociedad, y

de las personas de Jovencia Chozo de Suclupe y Modesto Suclupe Santisteban, e impone al primero nombrado seis años y a los dos restantes, tres años de pena privativa de libertad efectiva, y fija reparación civil para los agraviados. Se ha señalado fecha de audiencia, la misma que se ha llevado a cabo conforme al acta de su propósito con la asistencia del sentenciado Guillermo Ricardo Silva Cruz, mediante sistema de video conferencia, su Abogado defensor y los señores Abogados Defensores de los encausados con orden de captura y el señor Fiscal, concluido el debate, los Magistrados han procedido a la debida deliberación, emitiendo la resolución que absuelve el grado.

### **Parte Considerativa.**

#### **Primero.- Ámbito de pronunciamiento de la Sala Superior.**

La sentencia contenida en la resolución número siete, su fecha dos de junio del año en curso, tiene dos extremos, uno condenatorio y otro absolutorio, los sentenciados a través de sus respectivos Abogados, son los que han impugnado la resolución, el extremo absolutorio, no ha sido impugnado por parte del representante del Ministerio Público, por lo que en aplicación al inciso 1 del artículo 419, ésta instancia superior únicamente está facultada para pronunciarse por el extremo impugnado, pues la norma antes citada precisa que “La apelación atribuye a la Sala Penal Superior, dentro de los límites de la pretensión impugnatoria, examinar la resolución recurrida tanto en la declaración de hechos cuanto en la aplicación del derecho”, en consecuencia al no haber sido impugnado el extremo absolutorio, no será motivo de análisis ni de pronunciamiento dicho extremo de la sentencia.

#### **Segundo.- Tipos penales imputados.**

El tipo penal imputado al apelante Guillermo Ricardo Silva Cruz, es el delito Contra la Paz Pública en su figura de Marcaje o Reglaje, previsto en la primera parte del artículo 317 A del Código Penal que precisa “Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años el que para cometer o facilitar la comisión de cualquiera de los delitos previstos en los artículos 106, 107, 108, 108-A, 121, 152, 153, 170, 171, 172, 173, 173-A, 175, 176, 176-A, 177, 185, 186, 188, 189 o 200 del Código Penal, acopia o entrega información, realiza vigilancia o seguimiento, o colabora en la ejecución de tales conductas mediante

el uso de armas, vehículos, teléfonos u otros instrumentos idóneos”, asimismo a los tres sentenciados apelantes, la comisión del delito Contra el Patrimonio en su figura de Hurto Agravado en grado de tentativa, previsto en el artículo 185 como tipo base, con la agravante del inciso 11, segundo párrafo del artículo 186 en concordancia con el artículo 16 del Código Penal, precisando el Ministerio Público que los hechos ocurren el veintiuno de mayo del año dos mil quince a las nueve con treinta horas de la mañana en que los agraviados ingresan al Banco de Crédito ubicado en la avenida Ramón Castilla 840 de Lambayeque, donde cobran dos cheques, uno por la suma de 9,200.28 soles y otro por la suma de 1,778.00 soles, los que guardan en una bolsa que luego lo colocan en el interior de una alforja de hilo color celeste, labrada, salen del banco para dirigirse al paradero de combis que hacen servicio al caserío El Carrizo, sin embargo, todos esos movimientos eran observados por la persona de Silva Cruz y hace el seguimiento por donde iban los agraviados, es así que cuando Jovencia Chozo le dice a su esposo que le compre una sandía, y ella ingresa a una tienda que está frente al paradero antes mencionado, sentándose ella en una silla para esperarlo, es el caso que en esos instantes ingresa una persona de contextura gruesa, de ropa oscura y pregunta por el precio de agua mineral, y en un descuido de la agraviada, toma la alforja de la agraviada y sale del lugar, al advertir la agraviada de los hechos pide ayuda y es informada sobre el sujeto que sustrae la alforja y que éste había subido a un vehículo color negro y debido a la intervención de una persona que iba a bordo de un vehículo, consiguen que personal policial intervenga al vehículo de placa de rodaje FaV-058 y en su interior iban tres personas, asimismo en dicho vehículo estaba la alforja de los agraviados, logrando su detención, recuperándose el dinero y entregándose a los agraviados.

### **Tercero.- Síntesis de la posición del defensor de Silva Cruz.**

Sostuvo debe revocarse la sentencia en cuanto al delito de Marcaje y respecto al delito de Hurto, debe revocarse el tipo de pena efectiva por una suspendida en su ejecución. El Juez no ha procedido conforme al artículo 393 del Código Procesal Penal, la prueba debe evaluarse primero en forma individual y luego en forma conjunta, el A quo menciona que no se han cuestionado varios hechos, pero hace una apreciación subjetiva, no hay prueba que en el momento que la

agraviada estaba en el banco, también hubiera estado su patrocinado, el Ministerio Público para acreditar la presencia del sentenciado en el banco ofrece fotografías, pero ellas, no demuestran lo que dicho ministerio pretende, pues aparecen segmentos, no se aprecia que sea su patrocinado, sin embargo, el juez recurre a esas fotografías para sustentar la condena. Respecto al delito de hurto, se dice que sustrae la alforja, pero la agraviada no tenía otra cosa que hurtar, su patrocinado desde el inicio se ha declarado como único responsable del hurto; en lo referido al marcaje, el Ministerio Público lo tipifica como vigilancia o seguimiento, pero ello debe ser continuo y permanente para acopiar información para ejecutar su plan, para conocer los movimientos de su víctima; el acta de intervención es a las diez horas con cinco minutos y los agraviados habían ingresado a las nueve con treinta, si se han demorado diez o quince minutos desde el hurto, ¿cómo se puede considerar marcaje?, es la ejecución del hurto, el marcaje tiene por finalidad facilitar el delito fin y la exposición de motivos de la norma que hace el Ministerio de Justicia respecto a la valoración, precisa que el que hace el marcaje, no ejecuta la acción, los actos de vigilancia que hace el agente a las víctimas potenciales, es de observación, el acusado no hizo seguimiento ni vigilancia, por lo que pide absolver a su patrocinado del delito de Marcaje revocando la sentencia apelada. En relación al delito de hurto en grado de tentativa, debe imponérsele una pena suspendida en su ejecución.

#### **Cuarto.- Síntesis de la posición del defensor de Urbina de la Cruz.**

Dijo que los hechos se inician en las oficinas del Banco, el sentenciado Silva dice que vio a los agraviados retirar el dinero, se apropia del bien donde estaba el dinero y se retira de la escena, luego sube al vehículo que conducía Pelayo Urbina, sin que éste sepa lo que llevaba en el interior de la alforja y por eso lo han considerado autor del delito de hurto; el chofer Pelayo Urbina, no tiene participación en el delito, hacía servicio de taxi a Silva, su patrocinado no ha tenido la posibilidad de elegir a la víctima y pese a ello le consideran la figura agravada por la edad de los agraviados, ese hecho es imputable a Silva, no hay conducta delictiva en Urbina, el A quo en el fundamento 6.4 de su sentencia dice que valora los antecedentes del apelante, pero estos son de hace dieciocho años, los valora con relación a la personalidad del agente, por ello impone pena efectiva, no se puede hacer una interpretación en perjuicio del procesado, pese

a que cita la norma referida a pena suspendida, pide se revoque la sentencia apelada y se absuelva a su patrocinado, pero si la Sala fuera de distinto parecer, pide que la pena que se imponga sea suspendida en su ejecución.

#### **Quinto.- Síntesis de la posición del defensor de Salinas Enríquez.**

Dijo que Silva ha aceptado los cargos, ha precisado que es él quien sustrae la alforja, no le dice al chofer lo que llevaba, el A quo en el fundamento 6.f dice que los sentenciados no justifican su presencia en Lambayeque, si bien María Salinas guardó silencio en juicio oral, el mismo Silva indicó que iban a Motupe y que es él quien sustrae la alforja, también expresó que le dijo a Pelayo que avance y no pregunte lo que llevaba, estaban de paso a la Cruz de Motupe, por ello, no se puede sustentar sentencia condenatoria contra su patrocinada; la agraviada dice que una persona le sustrae la alforja; el Ministerio Público no logra vincular a su patrocinada con los hechos, si bien María Salinas estaba en el vehículo, no hay comunicación telefónica que los vincule, además desconocía lo que haría Silva, el A quo sostiene que Silva sube al vehículo en forma inmediata, pero esa apreciación es subjetiva, la agraviada dice que dicho señor corrió y no vio donde subió, pero que una señora le dice que había subido a un auto; también se ha sostenido que los acusados han puesto resistencia y han tratado de sobornar al personal policial, pero el Mayor Saavedra Picón no estuvo en ese momento, llega en forma posterior, el acta de intervención dice que han pedido ayuda policial y por eso va el Mayor mencionado, no hay denuncia de cohecho, además que no hay nada que lo corrobore; la agraviada no sindicó a su patrocinada, que María Salinas carece de antecedentes penales vigentes; el Juez en el fundamento 5.1 de la sentencia precisa la existencia de reparto de roles, pero en juicio no hay corroboración alguna, su patrocinada no estaba en condiciones tampoco de conocer la edad de los agraviados y en el fundamento 6.4 dice el A quo que la pena es efectiva por la existencia de un antecedente, pero ésta está caduco, por lo que por insuficiencia probatoria pide absolver a su patrocinada, sin embargo, si la Sala fuera de distinto parecer, pide se le imponga una pena privativa de libertad suspendida en su ejecución.

### **Sexto.- Síntesis de la posición del Señor Fiscal.**

Expresó que la persona de Silva Cruz acepta los cargos de hurto y sostiene que no participan sus co encausados, sin embargo la co autoría se acredita, hubo reparto de roles, así Silva era el encargado de seguir a la víctima en el Banco y eran personas mayores, ha tenido comunicación con los co sentenciados; los agraviados retiran el dinero y hubo seguimiento, y en un descuido del agraviado, lo despojan del dinero, Silva estaba acompañado de los dos co sentenciados en el vehículo que lo esperaba, ha sido un efectivo policial en retiro que los sigue y luego pide ayuda a la policía que interviene y recuperan el dinero, el acta de intervención policial, la firman los sentenciados así como el acta de incautación, no es casualidad que los tres sentenciados lleguen a Lambayeque a cometer delito, dos encausados tienen domicilio en Trujillo y una en Carabayllo, se acredita el delito de hurto que ha quedado en grado de tentativa; respecto al delito de Marcaje sí se configura el tipo penal en la modalidad de seguimiento, los tres tenían celulares y se comunicaban conforme se acredita con el Acta de Levantamiento del Secreto de las Comunicaciones, siguen a los ancianos y no sólo es Silva, los tres se comunicaban antes y después de los hechos, hay concurso real, porque el Marcaje es un delito de peligro abstracto, se protegen bienes jurídicos distintos, pues en el hurto se protege el patrimonio, respecto al tipo de pena impuesta, el Juez hace prognosis de probable comisión de delito por la proclividad a delinquir, pide se confirme la sentencia apelada.

### **Séptimo.- Presunción de inocencia frente al tema probatorio.**

**7.1.-** La imposición de una sentencia condenatoria exige del juzgador, certeza respecto tanto de la existencia del delito como de la responsabilidad de los acusados, dado que uno de los principios que todo magistrado debe tener en cuenta para resolver un proceso penal, es la **presunción de inocencia** que en un Estado de Derecho se convierte en la principal garantía del procesado, elevada a rango constitucional, conforme se verifica en el parágrafo “e”, inciso 24, artículo 2, de la Carta Política del Perú, por lo que corresponde analizar sus alcances.

**7.2.-** El principio antes mencionado, como una presunción *juris tantum*, implica que debe respetarse en tanto y en cuanto no se pruebe lo contrario, por lo que

corresponde analizar los medios probatorios, el sustento de los defensores y la sentencia apelada a fin de determinar si la impugnada se encuentra arreglada a ley.

#### **Octavo.- Consideraciones sobre los delitos motivo de imputación.**

- **Respecto al delito de Marcaje**, en estos tiempos la comisión de delitos contra el patrimonio, la libertad, entre otros, se han incrementado de manera considerable, por ello, el legislador ha estimado necesario dar una respuesta a hechos previos a la comisión de delitos, precisando en el artículo 317 A los tipos penales a los que está referida la norma, en el presente caso, el Ministerio Público con relación al delito de Marcaje imputado a la persona de Silva Cruz, ha precisado que se ha procedido con actos de seguimiento y vigilancia, sin embargo, ambos procederes tienen su respectivo contenido que no resultan iguales, así "los 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" y "el seguimiento, está vinculado con una actividad dinámica de observación a víctimas potenciales"<sup>28</sup>, esto es que en el presente caso, se aprecia un proceder de seguimiento, y es la misma persona que ejecuta la sustracción de la alforja donde estaba el dinero de los agraviados en un tiempo corto y si bien "este seguimiento podrá ser prolongado o de tiempo escaso, dependiendo de la complejidad del caso; en circunstancias como la descrita, si se apreciara del agente que participará en la etapa ejecutiva del delito, ya no será factible la acriminación por este singular delito, sino en grado de tentativa y/o consumación, por el delito, cuyo emprendimiento ha adquirido ya concreción en el mundo fenoménico"<sup>29</sup>, en consecuencia corresponde analizar en la presente causa los pormenores de dicho acto de seguimiento si es o no un proceder que constituye un delito independiente al delito de hurto o si se trata de un concurso real de delitos.

---

<sup>28</sup>Paucar Chappa, Marcial Eloy, artículo publicado en la pág. perso.unifr.ch/derechopenal.

<sup>29</sup>Peña Cabrera Freyre, Alonso Raúl. Derecho Penal, parte especial Tomo IV, pág. 474 IDEMSA, Lima Perú.

- **Respecto al delito de Hurto agravado.**

El delito de hurto consiste en el apoderamiento de un bien mueble, suma de dinero u otro bien valorizable en dinero que sea total o parcialmente ajeno, sustrayéndolo del lugar donde se encuentra sin el consentimiento del titular, esto es que no hay ejercicio de violencia ni amenaza sobre la persona, constituyendo una circunstancia agravante cuando la víctima de delito es un adulto mayor y conforme al inciso 2 de la ley 28803, se entiende por adulto mayor a toda persona que tiene sesenta o más años de edad.

**Noveno.- Hechos probados.**

De evaluar conjuntamente la prueba válidamente incorporada al proceso, se tiene lo siguiente.

- a) Ha quedado acreditado con sus propios dichos que las personas de los agraviados Jovencia Chozo de Suclupe y Modesto Suclupe Santisteban a la fecha de los hechos, eran mayores de sesenta años de edad, además, no ha sido objeto de cuestionamiento por parte de la defensa técnica de los apelantes y consta de sus documentos de identificación.
- b) Ha quedado acreditado que los agraviados el día veintiuno de mayo del año dos mil quince a las nueve horas con treinta minutos de la mañana, han ingresado al Banco de Crédito de Lambayeque donde hacen el cobro de dos cheques, uno por la suma de 9,200.28 soles y otro por la suma de 1,778 soles, ello se acredita con el dicho de los agraviados.
- c) Ha quedado acreditado con el dicho del sentenciado Silva Cruz y la versión de los agraviados, que el dinero que han retirado los agraviados del Banco antes mencionado, lo han colocado en una bolsa plástica y luego al interior de una alforja, hecho que se corrobora con el Acta de Intervención Policial a los apelantes y Acta de Registro Vehicular.
- d) Ha quedado acreditado que los sentenciados apelantes son intervenidos los tres en un solo vehículo y al hacer el registro respectivo en la citada



unidad, se encuentra el dinero de los agraviados, logrando así recuperar el mismo.

- e) Ha quedado acreditado que el mismo día veintiuno de mayo a horas nueve de la mañana con treinta y ocho minutos, el sentenciado Silva Cruz, ha estado en el interior del Banco de Crédito donde los agraviados cobran los cheques, y da como justificación en su declaración preliminar, incorporada al debate en juicio oral de primera instancia, que "fue a sacar dinero", luego agrega "salí y nuevamente ingresé al banco, como estaba mal del estómago salí para dirigirme al baño, que el objetivo era retirar dinero de mi tarjeta", sin embargo, conforme al acta de Registro Personal a Silva Cruz que corre a folios cuatro del cuaderno de pruebas, no se consigna que se le haya incautado tarjeta del Banco de Crédito, sino del Banco de la Nación.
- f) Conforme al acta de intervención policial donde consta que se recupera el dinero de los agraviados, se hace constar que "los intervenidos aceptaron la comisión del hecho delictivo", acta que está firmada por los tres sentenciados apelantes.
- g) Conforme al acta de incautación y registro vehicular, se consigna que "los intervenidos indicaron que dicho dinero fue sustraído de una señora mayor de edad y que desconocen sus nombres, hecho ocurrido a las 9.45 aprox., de la fecha cerca al mercado y espalda del Hospital Belén de Lambayeque", acta que firman los tres sentenciados apelantes.

#### **Décimo.- Vinculación de los apelantes con la comisión de delito.**

Teniéndose los hechos probados, corresponde efectuar el análisis pertinente para determinar si estos actos, vinculan a los sentenciados apelantes en la comisión del delito, al respecto se tiene lo siguiente:

- El delito de Hurto del dinero, se encuentra plenamente acreditado, la persona del acusado Silva Cruz lo admite y además el dinero se recupera, por lo que la capacidad económica de los agraviados, se acredita en forma

debida, ello satisface la exigencia del artículo 201 del Código Procesal Penal, que exige la acreditación de la pre existencia del bien, en el caso de los delitos contra el patrimonio.

- Al recuperarse el dinero en corto tiempo, pues los agraviados son atendidos en el Banco a las nueve horas con cuarenta y cinco minutos, van luego al paradero para irse a su domicilio y la agraviada ingresa a una tienda, donde se produce la sustracción y son intervenidos a los apelantes ha sido el mismo día a horas diez con cinco minutos según el acta de intervención policial y antes fue seguido por persona que iba en una camioneta y es quien pide la intervención policial, significa que si bien el dinero de los agraviados estaba en su poder, no tenían disposición potencial del mismo, siendo así, el delito ha quedado el grado de tentativa.
  
- Ninguno de los sentenciados apelantes tiene domicilio en la ciudad de Lambayeque que es donde ocurren los hechos, tampoco en la ciudad de Chiclayo, por lo que no hay justificación alguna de su presencia en la ciudad de comisión del delito y si bien es verdad, es un derecho con protección constitucional el transitar libremente en el territorio nacional, siempre existe una razón que justifique la presencia en determinado lugar, los sentenciados, no han acreditado que estuvieran por razones de negocio, trabajo, turismo u otro y no puede perderse de vista que el día que ocurren los hechos, es el veintiuno de mayo de dos mil quince y fue día jueves, esto es día laborable, por lo que en caso de tener actividad laboral, no tendría sentido lógico que vinieran desde el lugar de sus domicilios (Trujillo y Lima) dejando de trabajar.
  
- El vehículo donde son intervenidos los tres sentenciados apelantes, era conducido por la persona de Santiago Pelayo Urbina de la Cruz, se trata de un automóvil color negro, marca Chevrolet, sedán, con placa de rodaje F4V-058 y si bien los sentenciados han hecho uso de su derecho de guardar silencio, incorporándose al debate únicamente la declaración preliminar de Silva Cruz, no se ha justificado la presencia de María Lidia

Salinas Enríquez, menos aun la forma como se han comunicado para que las tres personas estén en la ciudad de Lambayeque.

- Conforme al acta de Levantamiento del secreto de las comunicaciones, página treinta y uno vuelta, entre los teléfonos de los sentenciados Silva Cruz y Urbina de la Cruz ha habido comunicación en la hora que había estado la agraviada en el Banco de Crédito, asimismo, la persona de Silva Cruz, y son llamadas entrantes y salientes, esto es la de las 9.41.55 ingresa una llamada al número telefónico 991318990 (de Urbina de la Cruz) del número 991781368 (de Cruz Silva), y a las 9.48.03, nuevamente Silva llama a Urbina de la Cruz, ello explica la vinculación entre dichas personas, porque se trata de la hora de la comisión del delito y descarta la versión de Silva Cruz en el sentido de que “hizo un ademán de marcar mi teléfono”, pues no se trató de un “ademán” sino de una llamada efectiva, de otro lado, la justificación de que comenzó a buscar a su amigo y co procesado al no encontrarlo cuando sale del baño, no tiene asidero, pues a las 9.48.03 en que es la segunda comunicación, ya se había producido la sustracción, por ello es que sube al vehículo conducido por Urbina, se dirigen por la carretera en sentido sur a norte y luego son intervenidos por la policía a las 10.05.
- La versión de Cruz Silva en el sentido de que sus co procesados no sabían del dinero, queda desvirtuado, primero porque no hay justificación alguna sobre su presencia en la ciudad de Lambayeque, pues los dos sentenciados Silva y Urbina viven en el departamento de La Libertad, tampoco en lo referido a María Salinas que tiene su domicilio en Lima, se trata de un día laborable, son encontrados en el mismo vehículo, Urbina y Salinas lo ven subir a Silva con un paquete que no tenía al momento de bajar del auto para ir a hacer “una operación con su tarjeta” al Banco de Crédito.
- Conforme al dicho de la agraviada, no ha visto a Silva cuando sube al vehículo, pero sostiene que al salir lo vio que se alejaba del lugar y una señora le dijo que “lo vio subir a dicho vehículo”, ello explica pues que el

vehículo que conducía Urbina no estaba lejos de Silva Cruz, ello explica el concierto de voluntades para cometer delito, esos mismos hechos vinculan a la sentenciada María Salinas y por ello es que resulta creíble el contenido del Acta de Intervención Policial cuando consigna “en este acto los intervenidos aceptaron la comisión del hecho delictivo” así como el Acta de Registro Vehicular, donde se consigna “En este acto, los intervenidos indicaron que dicho dinero fue sustraído de una señora mayor de edad que desconocen sus nombres”, esto explica con la debida claridad, que no es un proceder aislado de Silva Cruz, sino que es un concierto de voluntades para cometer delito, además desde el lugar de sus respectivos domicilios hasta la ciudad de Lambayeque, hay gran distancia.

- En relación al cuestionamiento de la defensa en el sentido que las personas de Urbina de la Cruz y María Salinas no estaban en posibilidad de conocer que la víctima era adulto mayor, es de precisar que no se ha acreditado que tenían una víctima determinada, esto hace concluir que el perjuicio sería en agravio de cualquier persona, esto es que no interesaba la edad, por lo que el hecho de haber elegido Silva Cruz a los agraviados, que son adultos mayores, también les es imputable a los otros procesados, máxime si como se ha demostrado, estaban en comunicación telefónica.

#### **Décimo primero.- Conclusión.**

- Conforme a lo antes sustentado, se llega a la conclusión que se encuentra debidamente acreditada la existencia del delito de hurto agravado en grado de tentativa y la responsabilidad penal de los sentenciados apelantes, la sentencia impugnada está debidamente sustentada y ha valorado adecuadamente la prueba actuada tanto directa como indiciaria, el delito ha quedado en grado de tentativa, por lo que corresponde ser confirmada.

- En lo referido al delito de Marcaje o Reglaje, se llega a la conclusión, que no se ha tratado de una víctima de la cual se haya tomado conocimiento de que retiraría dinero ni se ha efectuado un proceder de seguimiento premeditado, sino que fluye el concierto de que los sentenciados acuerdan previamente buscar una ocasional víctima y despojarla de sus bienes, por ello, es que Silva Cruz ingresado al Banco sin que se haya acreditado que tenía una persona determinada ni que es otra persona la que recibe su información y ejecuta el siguiente delito, sino que se trata de un solo proceder que culmina con el despojo del dinero a la agraviada por la misma persona que advierte que retira dinero, siendo así estamos únicamente ante la ejecución del delito de Hurto agravado, ya que ese proceder, no puede considerarse que ha incrementado sustancialmente el riesgo al bien jurídico patrimonio de los agraviados, por lo que éste extremo de la sentencia amerita ser revocado.

#### **Décimo segundo.- Respecto a la pena y reparación civil.**

- **En lo referido a la pena.-** El quantum de la pena referido al delito de Hurto agravado ha sido adecuadamente fijado, asimismo el tipo de pena, si bien la defensa ha sostenido que el A quo ha tomado en consideración para imponer pena efectiva, los antecedentes penales ya caducados, no puede perderse de vista que se trata de personas que constituyen un gran riesgo para la sociedad, pues llegan de lejos a un lugar donde no los conocen, se agencian de movilidad para facilitar la fuga, esto es que hacen inversión para el traslado y está a zona lejana de sus respectivos domicilios, lo cual permite considerar, que no solamente cometerían el delito que es motivo del juicio, sino que definitivamente impide que el Juzgador haga prognosis que no cometerán nuevo delito, requisito indispensable para suspender la ejecución de la pena, siendo así, no corresponde aplicarles una condena condicional, sino necesariamente efectiva.
- **En lo referido al monto de la reparación civil.-** El Juzgador de primera instancia ha fijado una suma prudente por concepto de reparación civil,

se trata de un acto de coautoría, en consecuencia, dicho monto reparatorio tiene que ser solidario, es de precisar que para fijar el quantum de reparación civil, se ha tenido en cuenta que el dinero de los agraviados ha sido recuperado.

#### **Décimo tercero.- Costas.**

Las costas de la instancia son asumidas por el vencido en juicio conforme al inciso 3 del artículo 497, e inciso 1 del artículo 500 del Código Procesal Penal, en el presente caso, debe fijarse costas a cargo de los sentenciados Salinas Enríquez y Urbina de la Cruz, pues en Segunda Instancia, no han sido amparadas sus pretensiones, de otro lado, a la persona de Silva Cruz debe exonerársele del pago de costas debido a que hay un extremo de la sentencia apelada que le ha resultado favorable, lo que significa que no ha recurrido ante la Segunda Instancia sin una pretensión válida.

#### **Parte resolutive.**

Por las consideraciones anotadas y normas legales glosadas, la Segunda Sala Superior Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, administrando justicia a nombre del Pueblo, con la facultad conferida por el inciso 1 del artículo 27 e inciso 1 del artículo 417 y 419 del Código Procesal Penal, resuelve: **Revocar** la sentencia apelada, contenida en la resolución número siete, de fecha dos de junio del año en curso, en el extremo que condena a Guillermo Ricardo Silva Cruz, como autor del delito de Marcaje o Reglaje en agravio de la Sociedad y le impone tres años de pena privativa de libertad y fija en quinientos nuevos soles el monto por concepto de reparación civil. **Reformaron** ese extremo de la sentencia y **Absolvieron** a Guillermo Ricardo Silva Cruz de dicho delito. **Confirmaron** la referida sentencia en cuanto condena a Guillermo Ricardo Silva Cruz, Santiago Pelayo Urbina de la Cruz y María Lidia Salinas Enríquez como co autores del delito de Hurto Agravado, (agravante por ser víctimas adultos mayores, inciso 11 del artículo 186 del Código Penal) en agravio de Jovencia Chozo de Suclupe y Modesto Suclupe Santisteban, e impone tres años de pena privativa de libertad efectiva a cada uno de ellos, la misma que para Silva Cruz, computada desde el veintitrés de mayo de dos mil quince, vencerá el veintidós de mayo de de dos mil dieciocho, y para los

sentenciados Urbina de la Cruz y Salinas Enríquez desde que sean aprehendidos, descontándoles el tiempo que hayan estado privados de su libertad por la presente causa y fija en quinientos nuevos soles el monto por concepto de reparación civil a favor de los agraviados por hurto agravado y que está a cargo de los sentenciados en forma solidaria, con costas de la instancia a cargo de los sentenciados Urbina de la Cruz y Salinas Enríquez, exonerándose de las costas de la instancia a Silva Cruz, las que se calcularán en ejecución de sentencia si las hubiera. **Dispusieron** devolver el expediente al Juzgado correspondiente para la ejecución de la sentencia. TR.

Ss.

Guillermo Piscoya

**Solano Chambergó.**

Quispe Díaz.

## **LEY Nº 29859**

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

POR CUANTO:

El Congreso de la República  
Ha dado la Ley siguiente:

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA;

Ha dado la Ley siguiente:

### **LEY QUE INCORPORA EL ARTÍCULO 317-A AL CÓDIGO PENAL**

#### **Artículo único. Incorporación del artículo 317-A al Código Penal**

Incorpórase el artículo 317-A al Código Penal, el cual quedará redactado en los términos siguientes:

#### **"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."

Comuníquese al señor Presidente Constitucional de la República para su promulgación.



En Lima, a los doce días del mes de abril de dos mil doce.

DANIEL ABUGATTÁS MAJLUF  
Presidente del Congreso de la República

YEHUDE SIMON MUNARO  
Segundo Vicepresidente del Congreso de la República

AL SEÑOR PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA

POR TANTO:

Mando se publique y cumpla.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los dos días del mes de mayo del año  
dos mil doce.

OLLANTA HUMALA TASSO  
Presidente Constitucional de la República

ÓSCAR VALDÉS DANCUART  
Presidente del Consejo de Ministros

**MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 317-A DEL CÓDIGO PENAL  
DELITO DE MARCAJE Y REGLAJE**

**LEY N° 30076**

**Artículo 317-A. Marcaje o Reglaje**

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años el que para cometer o facilitar la comisión de cualquiera de los delitos previstos en los artículos 106, 107, 108, 108-A, 121, 152, 153, 170, 171, 172, 173, 173-A, 175, 176, 176-A, 177, 185, 186, 188, 189 o 200 del Código Penal, acopia o entrega información, realiza vigilancia o seguimiento, o colabora en la ejecución de tales conductas mediante el uso de armas, vehículos, teléfonos u otros instrumentos idóneos. La pena privativa de libertad será no menor de seis ni mayor de diez años cuando el agente: 1. Es funcionario o servidor público y aprovecha su cargo para la comisión del delito. 2. Mantiene o mantuvo vínculo laboral con la víctima u otro vínculo que la impulse a esta última a depositar su confianza en el agente. 3. Utilice a un menor de edad. 4. Labora, pertenece o está vinculado a una empresa del sistema financiero y, por razón de su cargo u oficio, tiene conocimiento de los ingresos económicos, operaciones bancarias u otros datos sobre el patrimonio de la víctima. 5. Actúa en condición de integrante de una organización criminal.