

**Informe sobre el
Predictamen de la
Ley del Nuevo Código Penal Peruano
2015**

Justo Balmaceda Quirós

jbalmaceda@alumni.unav.es

jfbalmacedaq@gmail.com

Doctor en Derecho Penal

Profesor Universitario

I. Introducción; II. Implicaciones de Parte general: II.1. Diversidad cultural y jurisdicción especial; II.2. Punibilidad y penas; II.3. Eximente; II.4. Concurso real medial; II.5. Responsabilidad penal autónoma de las Personas Jurídicas, II.6. Consecuencias Accesorias; III. Implicaciones de Parte especial: la subsecuencia delictiva; IV. Erratas; V. Reflexiones conclusivas.

I. Introducción

1. Ha resultado interesante revisar el Predictamen de la «Comisión de Justicia y Derechos Humanos» del Congreso de la República del Perú, sobre la Reforma del Código Penal. Resulta innovadora en varios sentidos, aunque, como siempre, resulta ser una copia, sino en todo en gran parte, de los Códigos de otras latitudes.

2. He podido notar una gran influencia del Código penal español de 1995, en la confección y organización del proyecto del nuevo código penal peruano. Por ejemplo, se han regulado delitos que constan en el código español, y que no estaban contenidos en el nuestro (arts. 257 –Mantener Imposición de condiciones laborales–; 562 –Denegación o deficiente apoyo policial–; 615 –Delitos contra la administración de justicia de tribunales internacionales–; entre otros). Así como en la forma de numeración de los párrafos de cada artículo.

3. Pero sobre todo, y en esto me detendré un poco más, se recoge –porque se mantiene y hasta se intensifica– una tendencia mundial a la regulación legal de lo que yo llamo «delitos conexos-subsiguientes»¹: delitos que requieren para su configuración típica –de manera imprescindible– de la existencia de un hecho previo al cual están intrínsecamente relacionados.

¹ BALMACEDA QUIRÓS, Justo, *Delitos conexos y subsiguientes. Un estudio de la subsecuencia delictiva*, ed. Atelier y USAT, Barcelona, 2014, *passim*.

4. También analizaré la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (para ver si estamos preparados para ella, sobretodo según cómo se está regulando), también la regulación de la diversidad cultural y la jurisdicción especial de las comunidades campesinas y nativas, así como otras cuestiones que me han llamado la atención. Claro está, todo esto como un mero ejercicio inicial de argumentación sobre cada uno de los temas propuestos, con cargo a ampliarlos cuando sea oportuno, quedando, muchos de ellos, como «reflexiones en voz alta», como cuestionamiento al legislador y a la doctrina nacional que tendrá que capear con las novedades del código.

II. Implicaciones de Parte general

1. Varias cuestiones de la parte general han llamado mi atención. Y espero llamar también la suya sobre cada una.

II.1. Diversidad cultural y jurisdicción especial

1. El nuevo código mantendrá la figura del «**error culturalmente condicionado**» (art. 15), aunque en un lugar apartado del artículo del «error de tipo y de prohibición» (art. 20), dentro del Capítulo III «Diversidad Cultural y Jurisdicción Especial». Esta clase de error es una singularidad de nuestro código, siempre criticada, pues el error «cultural» está incluido en el error «ordinario».

2. Pero más allá de esto, en este Capítulo III «Diversidad Cultural y Jurisdicción Especial» (art. 16) se regula expresamente la **jurisdicción especial para las Comunidades Campesinas y Nativas**, como un desarrollo del artículo 149 de la Constitución, del art. 18 del Decreto Legislativo 957 (NCPP) y del contenido del Acuerdo Plenario N° 1-2009/CJ-116. Pero. Me parece que la regulación es muy genérica y no especifica cómo será la coordinación entre la jurisdicción ordinaria y la especial de estas comunidades. Lo que se demanda es una ley de coordinación entre ambas, desde hace mucho tiempo.

Artículo 16. Jurisdicción especial

1. La ley penal no se aplica cuando las autoridades de las comunidades indígenas, sean campesinas o nativas, ejerzan jurisdicción especial de conformidad con el artículo 149 de la Constitución Política.
2. Los miembros de las comunidades indígenas no pueden ser juzgados ni sancionados por la justicia penal ni la administrativa cuando previamente hayan sido juzgados o sancionados por las autoridades de la jurisdicción especial, sin perjuicio del control constitucional.
3. El art. 18 del NCPP da a entender que la **jurisdicción ordinaria no es competente para** investigar y juzgar de los casos que ocurran en las Comunidades. Pero realmente no es así, como bien interpreta el Acuerdo Plenario citado, pues habrá que estar a las situaciones de cada sujeto activo y según la naturaleza de cada delito: ¿terrorismo o minería ilegal podrá investigar y juzgar una comunidad? Muchos delitos requieren un tratamiento especializado que solo podrá ser encaminado por jueces profesionales con la formación y actualización adecuada. El nuevo código debería haber aportado nuevas luces para entender mejor este asunto.

4. A todo esto hay que agregarle la constante disyuntiva sobre **de quien es la potestad de jurisdicción**: en la práctica no es la Comunidad la que ejerce la función jurisdiccional sino la «ronda campesina» de ese territorio. Este problema se traslada ahora de la constitución al código penal. Esta clase de jurisdicción demanda un desarrollo temático más detallado.

5. El art. 16 de este proyecto debería ser más explícito –cosa que no es posible en un Código penal–, o, en todo caso, remitir a una ley especial de desarrollo de la materia de la «jurisdicción especial», lo cual también calmará el clamor de la ansiada «**ley de coordinación de jurisdicciones**» a que hace referencia la constitución de 1993.

II.2. Punibilidad y penas

1. El proyecto mejora la **determinación de las modificaciones de las penas**. Es decir, es más específico cuando existe la posibilidad de disminuirlas o atenuarlas o para agravarlas dentro del rango de cada delito, cuando el caso lo requiere. Hace referencia a criterios cuantitativos explícitos y claros: disminuir en la mitad, atenuar en un tercio, etc., pero aun deja muy abierta la posibilidad de terminación de la pena cuando indica «por debajo» o «por encima» del rango legal, o dentro de tal o cual tercio, etc.

2. Debió darse el paso hacia la mejor regulación de la determinación de la pena concreta (determinación judicial de la pena). Es decir, que la determinación de la **división de la pena de cada tipo penal en tercios** (art. 54) y los criterios de para fundamentar y determinar la pena (arts. 51, 52, 53) aún son insuficientes para determinar la pena concreta para cada caso. Sobre todo si se tienen tercios muy amplios. Por ejemplo, en el delito de homicidio del art. 190: no menor de 10 y no mayor de 20, donde el tercio inferior va de 10 años a 13,3 años ¿dentro de este tercio, cuándo el juez impondrá 11 años, o cuándo 12, o cuándo 13, cuándo 10, etc.? La diferencia no es poca para alguien privado de su libertad. Los criterios de los artículos 51-54 del proyecto aún son insuficientes. Y dejar esta determinación al juez sigue acarreado imprecisiones (diversos criterios matemáticos, uno por cada juez) o subjetividades (si no es muy matemático, una opinión por cada juez). Debe buscarse una mejor regla para determinar de manera más precisa la pena para cada caso.

Por otro lado, aunque se han mejorado varios artículos que disponían las modificaciones de las penas de manera muy amplia, según como lo acabo de comentar, se han olvidado de hacer esa referencia en cuatro supuestos que son importantes, y que no deberían seguir quedando al «prudente arbitrio» del juez: tentativa (art. 21.3), eximente imperfecta (art. 26.2), autoría y participación (arts. 27.3 y 30.3) y circunstancias de atenuación (art. 58.1). Una interrelación sistemática con el artículo 58 no es suficiente. Debe indicarse cómo y hasta cuánto es posible que el juez altere la pena, para evitar arbitrariedades.

3. Respecto a la pena de «**Expulsión de extranjeros**» hay una duplicidad en su regulación: como pena restrictiva de derechos (art. 35) y como pena limitativa de derechos (art. 37.3). Creo que debe ordenarse esta situación, para evitar futuras confusiones interpretativas.

4. Debe aprovecharse para modernizar el código respecto de las clases de penas limitativas de derechos (art. 37) y regular un **sistema de control de movilidad** o GPS para ciertas personas a las que se les determine una pena que deberá ser cumplida en el domicilio o en un hospital, o para el arresto domiciliario, etc.

5. Por último, creo que el **sistema de rangos de penas**, en cada delito, es importante, porque permite graduar la gravedad del injusto, que va en coordinación con la división de tercios que permitirá atenuar o agravar una pena, cuando el caso lo requiera. Sin embargo, en los delitos de hurto de uso (art. 288) y apropiación irregular (art. 296) –si es que no en otro más– se ha obviado determinar los rangos, lo cual hace inviables las reglas que acabo de enunciar. En ambos casos la pena privativa de libertad es de dos años, sin mínimos ni máximos. Debe rectificarse esta situación para poder tener un sistema de reglas coherente y universal dentro código penal.

II.3. Eximentes

1. Se arrastra, en el proyecto, la regulación de una **eximente muy criticada** como tal en la doctrina nacional, para el código de 1991: «El que obra por una fuerza física irresistible proveniente de un tercero o de la naturaleza» (art. 25.5).

2. Las eximentes hacen referencia esencialmente a la causas de exclusión de la culpabilidad en el delito. Y por extensión, aunque de manera abusiva pero usual, a las causas de justificación que excluyen la antijuridicidad. Sin embargo, la citada «eximente» no es tal, sino una **causa de exclusión de la «conducta» o «hecho»**.

Debería ser la oportunidad de mejorar el código en esta deficiencia, y en todo caso ubicarla en otro artículo bajo otro concepto. Lo cual sería coherente, ya que también se regulan las causas de exclusión de la tipicidad (cuando se regulan los errores), o de la punibilidad. Así que también podrían regularse las causas de exclusión de la conducta o hecho. Pero de manera separada, para que no se confundan con las otras referidas a la culpabilidad y antijuridicidad.

3. Por otro lado, si hago una interpretación sistemática, en el título de Autoría y participación (arts. 27.3 y 27.4) **realmente se está desarrollando la eximente** del artículo 25.8 («actuar en cumplimiento de un deber»). No creo que deba considerarse una nueva eximente, pues sería extensivo o excesivo. Si es una eximente de culpabilidad o de antijuridicidad, entonces no tiene cabida dentro de ese título. Debería haberse regulado en el título y artículo respectivo. Además, las características que desarrolla el art. 27.3 no son exclusivas de la situación ahí regulada (para delitos contra normas humanitarias) sino que son generales, para todos los casos de «cumplimiento de un deber». No entiendo esta nueva norma del proyecto de código penal.

II.4. Concurso real medial

1. Desde el artículo 60, en adelante, el proyecto contempla las situaciones de los «concurros» (real e ideal). Sin embargo, **obvia contemplar la figura del «concurso real**

medial», que sí figura en el código penal español y que en nuestra legislación tiene varias situaciones en las que se contemplan sus requisitos.

Artículo 77 (Código penal español)

1. Lo dispuesto en los dos artículos anteriores, no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos o más infracciones, o cuando una de ellas sea medio necesario para cometer la otra.
2. En estos casos se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones.
3. Cuando la pena así computada exceda de este límite, se sancionarán las infracciones por separado.

El código español distingue entre concurso ideal y el real (por eso hace referencia a los dos artículos anteriores –art. 77.1–). Pero también regula la figura del concurso real medial: cuando un delito es medio para la realización de otro. Es decir, cuando un mismo sujeto realiza varios delitos pero con una relación de sentido, no porque simplemente, por decirlo de alguna manera, van ocurriendo, sino porque así está planeado, porque así lo requiere el segundo delito. No es una situación ni de concurso real ni ideal. Es un «tercio medio» en el que el injusto es mayor, por eso requiere una sanción mayor.

Esto se complicaría más si se entiende que los delitos pueden realizarlos sujetos distintos, sobretodo ya que nuestro nuevo código procesal (art. 31.4) no distingue que sujeto ha intervenido. Es decir, que un primer sujeto realiza un delito y otro sujeto, uniendo su conducta a la del primero, realiza un nuevo delito relacionado intrínsecamente (que es lo que expondré cuando analiza la subsecuencia delictiva, en el epígrafe III).

2. El artículo 31.4 del nuevo código procesal penal (Decreto legislativo 957) regula que hay conexión «cuando el hecho delictuoso ha sido cometido para facilitar otro delito o para asegurar la impunidad». Esto es una manifestación clara de lo que estoy explicando. Si nuestro código procesal se pone en este supuesto, únicamente **falta la norma sustantiva** que lo asegure y complete la idea.

3. La idea de cometer un delito para facilitar otro o asegurar la impunidad también está regulada para casos contemplados directamente en la parte especial como delitos (asesinato, feminicidio, etc.). Pero el art. 31.4 NCPP no está dispuesto solo para estos casos sino para los del verdadero «concurso real medial», es decir, para casos que **aunque en la parte especial no esté explícitamente considerada** la conducta de esa manera, sino para cualquier conducta, ya que cualquier sujeto puede concatenar –con sentido penal más grave– varios delitos, lo cual nos pone ante una situación diferente pero posible en el mundo criminal.

II.5. Responsabilidad penal autónoma de las Personas Jurídicas

1. Una de las novedades más trascendentes es la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (arts. 130 ss). Pero da la apariencia que esta **responsabilidad penal no es propia –directa– de la persona jurídica**, sino simplemente por «**atribución por traslación**», es decir, que una persona natural debe haber actuado para que después pueda trasladarse la responsabilidad a la persona jurídica. Contemplar la

responsabilidad penal de las personas jurídicas es una recomendación internacional² –más fuerte para algunos países que para otros–, para controlar mejor la criminalidad internacional, aunque no se indica cómo debe regularse esta responsabilidad. Así como se está regulando responde a la **comprensión del sistema penal desde un punto de vista normativo** –más cercano al funcionalismo que al finalismo–.

En el artículo 130 se indica: «1. Las personas jurídicas son responsables del delito previsto en el artículo 584 que, en su nombre o por cuenta de ellas y en su beneficio directo o indirecto, cometan: a. Sus administradores de hecho o de derecho, representantes legales, contractuales y órganos colegiados, siempre que actúen en el ejercicio de las funciones propias de su cargo. b. Las personas naturales que prestan cualquier tipo de servicio a la entidad, con total independencia de su naturaleza, del régimen jurídico en que se encuentren o de si existe relación contractual y que, estando sometidas a la autoridad y control de los gestores y órganos mencionados en el numeral anterior, actúan por orden o autorización de estos últimos. c. Las personas naturales señaladas en el numeral precedente, cuando no se ejerza el debido control y vigilancia, en atención a la situación concreta del caso».

2. Digo que es una **responsabilidad por «atribución por traslación»** –no realmente directa– porque el artículo hace referencia a la acción o conducta «que, en su nombre o por cuenta de ellas y en su beneficio directo o indirecto» ha realizado una persona natural. Es decir, siempre tiene que actuar una persona humana. Que es el único sujeto con capacidad jurídica para el Derecho penal. Parece que no se soslaya la locución latina «*Societas delinquere non potest*». La persona humana es quien comete un delito, que luego se traslada –atribuye– a la persona jurídica³. Lo cual es lógico, y por eso el código, inmediatamente después, enumera varias clases de personas naturales que podrían haber realizado la conducta delictiva.

3. Entonces, **hay cierta dependencia –¿accesoriedad?– entre la participación de la persona natural con la atribución de responsabilidad de las personas jurídicas**, ya que se necesita que una persona natural cometa un delito. Pero a pesar de esto, el art. 131 del proyecto determina que: «**La responsabilidad de la persona jurídica es independiente** de la individualización, investigación, juzgamiento y eventual condena de la persona física responsable del delito. Las causas que extinguen la acción penal contra la persona natural no repercuten en la responsabilidad de las personas jurídicas». Si esto es así, surge una contradicción gigantesca. Pues en la práctica, primero deberá constatarse la existencia de un delito cometido por una persona natural –aunque no pueda individualizarse al sujeto–. Y todo delito tiene un autor, y se hace necesaria una mínima estimación de quien es el responsable. Y este tiene que ser, mínimo, uno de los que están enumerados en el artículo 130 del proyecto, uno que de alguna manera haya actuado a nombre y cuenta de la persona jurídica. Sino ¿para qué tanta especificación sobre quienes pueden ser las personas naturales que dentro de la empresa puedan actuar a su favor y en su contra?

Si las personas jurídicas van a responder autónomamente –aunque realmente su responsabilidad sea por atribución, accesoria o dependiente de la de una persona natural–,

² Vid. SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma penal de 2010* (pro manuscrito), párrafo 2. Se puede contactar al autor a su dirección electrónica: pablosostiz@unav.es

³ Vid. SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, párrafo I.2 y I.6.

surgen varias preguntas: ¿a quien se le atribuye el dolo?⁴ ¿Si solo a la persona natural, y si esta no es identificable, cómo se atribuye el dolo a la persona jurídica? ¿Puede imputarse imprudencia a la persona jurídica? ¿Cómo es la culpabilidad de la persona jurídica? ¿La persona jurídica y la persona natural actúan en coautoría; uno induce o coopera con el otro?⁵ ¿Si rige, además del art. 130, el régimen del actuar por otro (art. 32), en delitos especiales responde el administrador por una vía (art. 32) y la persona jurídica por otra (art. 130)?⁶ ¿Responde la persona jurídica aun sin actuar? O, ¿«en este ámbito impera la imposición de penas dirigidas a la inocuización o neutralización de los instrumentos empleados por los autores para delinquir»?⁷.

4. **¿Cuál es la diferencia con la atribución de la responsabilidad penal respecto de las «consecuencia accesorias»?** ¿El nombre de «medidas aplicables»? ¿Por qué las sanciones de las personas jurídicas no se llaman «penas»⁸, si es que ahora son responsables penalmente? Para las consecuencias accesorias el art. 142 dice: «Si el hecho punible fuere cometido en ejercicio de la actividad de cualquier persona jurídica o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo...». No distingo alguna diferencia con la introducción del art. 130 del proyecto, que determina el presupuesto para atribuirles responsabilidad penal a las personas jurídicas.

Además, las «medidas aplicables» no difieren en nada respecto de las consecuencias accesorias, salvo en el número. Y que se quieran regular agravantes y atenuantes, para hacer un paralelo con la responsabilidad ordinaria de las personas naturales, no las acerca realmente⁹ a estas.

5. Por otro lado, ya que se va a instaurar un cambio radical sobre la consideración de las personas jurídicas como responsables penales de manera autónoma (art. 131), **no comprendo por qué se ha limitado a un solo delito (art. 584: cohecho activo internacional¹⁰)**, ¿por qué no se hace referencia a un catálogo lo suficientemente amplio como para abarcar los delitos en los que las personas jurídicas suelen estar mercantilpenalmente involucradas? Así lo hace el código penal español, que deja abierta la

⁴ Vid. *Ibidem*, párrafo II.1.1.

⁵ Vid. *Ibidem*, párrafo II.2.1, y III.4.

⁶ Vid. *Ibidem*, párrafo II.2.1.

⁷ Vid. *Ibidem*, párrafo II.2.3.

⁸ Vid. *Ibidem*, párrafo I.4.

⁹ Vid. *Ibidem*, párrafo I.4.

¹⁰ Según el proyecto, **artículo 584. Cohecho activo internacional:** «El que con cualquier modalidad, ofrezca, otorgue o prometa directa o indirectamente a un funcionario o servidor público de otro Estado o funcionario de organismo internacional público donativo, promesa, ventaja o beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona para que dicho servidor o funcionario público realice u omita actos propios de su cargo o empleo, en violación de sus obligaciones o sin faltar a su obligación, para obtener o retener un negocio u otra ventaja indebida en la realización de actividades económicas, comerciales o de cualquier otra índole de carácter internacional, es reprimido con pena privativa de la libertad no menor de seis ni mayor de doce e inhabilitación hasta por veinte años conforme a los numerales 2 y 14 del artículo 42».

posibilidad de que en la parte especial se identifiquen en qué delitos podrán atribuirse responsabilidad penal a las personas jurídicas¹¹.

Artículo 31 bis (Código penal español)

«1. *En los supuestos previstos en este Código*, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y los administradores de hecho o de derecho».

Por cierto, se indica que **no importa la configuración de la persona jurídica**, no importa cómo se hallan organizado mercantil o civilmente para ser responsable penalmente –art. 130.2 y 3–, ni si han cambiado alguna de sus características¹². Pero, para qué tanto detalle, si se va a restringir su ámbito de aplicación. ¿Luego se agregarán más delitos? ¿Este es un ensayo para ver cómo funciona esta nueva clase de responsabilidad? ¿Por qué se ha escogido el delito de cohecho activo internacional? ¿Acaso es muy usual en las personas jurídicas peruanas? Que yo sepa el delito de cohecho activo internacional apareció en el código penal por primera vez en enero de 2009 y modificado en noviembre de 2013 (art. 397-A), lo cual nos pone ante una fecha muy reciente como para que la jurisprudencia haya podido recabar la suficiente información estadística sobre la incidencia de este delito.

6. También se trata de dotar a las personas jurídicas de su propia causa de exculpación, de **su propia eximente de responsabilidad penal**. El artículo 130.4 dispone: «Las personas jurídicas no son responsables cuando, con anterioridad a la comisión del delito, **hubieren adoptado e implementado un modelo de prevención**, de conformidad con lo establecido en el artículo 141». Si esta es una eximente, ¿cuántas personas jurídicas podrán acogerse a esto para defenderse de la imputación de «cohecho activo internacional»? No puede agregarse una regla de imputación de responsabilidad penal tan importante para restringir su ámbito de utilidad a casi nada.

Luego, el artículo 141 y los siguientes desarrollan esta eximente. Es popularmente conocida como **compliance**¹³. Es una figura mercantil que consiste en un conjunto de reglas (un reglamento interno de la empresa) por el cual, una vez verificadas cuáles son sus debilidades, se establecen las estrategias para asegurar que a través de ellas la empresa no incurra en responsabilidad civil, ni interna ni externamente. Dentro de la empresa existe un

¹¹ Vid. SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, párrafo I.3: «Se trata de un sistema de responsabilidad limitado a ciertos supuestos y no con carácter general. En efecto, la responsabilidad penal de las personas jurídicas se prevé con carácter restringido, en 22 casos («En los supuestos previstos en este Código»: art. 31 bis.2). Concretamente, se trata de los delitos de tráfico de órganos (art. 156 bis), trata de seres humanos (art. 177 bis), prostitución (art. 189 bis), acceso a datos informáticos (art. 197.3), estafa (art. 251 bis), concursos (art. 161 bis), daños informáticos (art. 264.4), contra el mercado y corrupción privada (art. 288), blanqueo de capitales (art. 302.2), Hacienda Pública (art. 310 bis), contra los derechos de los trabajadores (art. 318 bis), contra la ordenación del territorio (art. 319.4), medio ambiente (art. 327 y 328.6), radiaciones ionizantes (art. 343.3), explosivos (art. 348.3), tráfico de drogas (art. 369 bis), falsedad en tarjetas (art. 399 bis), cohecho (art. 427.2), tráfico de influencias (art. 430), corrupción de funcionario internacional (art. 445.2), grupos criminales (art. 570.quéter) y financiación del terrorismo (art. 576 bis.3). No se ha previsto, sin embargo, en algunos delitos societarios para los que la intervención de una persona jurídica parece imprescindible: así, no rige para los delitos societarios».

¹² Vid. *Ibidem*, párrafo I.1.

¹³ Vid. GARCÍA CAVERO, Percy, *Criminal Compliance*, ed. Palestra y UDEP, Lima, 2014, *passim*; ROTSCH, Thomas, *Criminal Compliance*, INDRET (enero 2012), <http://www.indret.com/pdf/876a.pdf>, *passim*.

responsable de verificar que cada proceso se realice dentro de los estándares de calidad de la empresa, el cual es un órgano autónomo. Ahora, se quiere extender esta organización normativa al ámbito penal, para descargar la responsabilidad penal: «*criminal compliance*». Es decir, que ahora se quiere que este mismo conjunto de «reglas de cuidado» pueda eximir a la empresa de su responsabilidad penal, cuando las personas naturales delinquen a través de ella o la criminalizan, siempre que con antelación se haya previsto las debilidades y se hayan adoptado medidas al respecto.

7. **Si no se regulara la responsabilidad de las personas jurídicas, ¿sería necesario el «*criminal compliance*»?** El *compliance* siempre es necesario en una empresa que quiere dar servicios de calidad. Pero ¿el *criminal compliance*? Uno depende intrínsecamente del otro, porque así lo ha regulado nuestro legislador. Pero en el código penal español no hay ni una sola referencia a algún modelo de prevención –*compliance*– de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Solo se hace referencia a agravantes o atenuantes. Pero no a eximentes, no al *compliance*. Es lógico que se quiera estructurar un sistema de defensa de las personas jurídicas. Pero no sería mejor, primero, dejar claro todos los alcances de la responsabilidad de las empresas. Siendo que además, el alcance del *compliance* solo es mínimo, pues solo tendrá que prever la posibilidad de comisión del delito de cohecho activo internacional.

II.6. Consecuencias Accesorias

1. En el art. 143 del proyecto se regulan los **criterios de determinación de las consecuencias accesorias** aplicables a las personas jurídicas. Es una nueva disposición no contenida en el código vigente (1991), sin embargo, aun le faltan especificaciones, también reclamadas por la doctrina peruana. Pero estas sí se han dispuesto en los arts. 137 y siguientes, cuando se desarrolla la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Si con estas disposiciones se mejoraran las características y funciones de las consecuencias accesorias, ¿aun sería necesaria la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas?

III. Implicaciones de Parte especial: la subsecuencia delictiva¹⁴

1. Otro tema central de la reforma consiste en apreciar la **institucionalización del fenómeno de subsecuencia delictiva**. Ya sea porque se mantienen la mayoría de los «delitos conexos-subsiguientes» del código de 1991, como porque ahora se regulan nuevos, existiendo un gran número de «delitos conexos-subsiguientes».

Analizaré de manera global, todos los «delitos conexos-subsiguientes» que en una primera mirada al proyecto de reforma he podido identificar, con cargo a afinar la búsqueda y selección: como aquellos que tienen las características de la *subsecuencia delictiva*. Solo los analizaré desde este punto de vista.

¹⁴ BALMaceda QUIRÓS, Justo, *Delitos conexos y subsiguientes. Un estudio de la subsecuencia delictiva*, ed. Atelier y USAT, Barcelona, 2014, *passim*.

2. La idea de la «sobrecriminalización» o de «adelantamiento de las barreras de protección»¹⁵ en el Derecho penal hacen referencia a cuatro situaciones: los «actos preparatorios punibles», los «delitos de peligro», los «delitos superpuestos» (concursos) y los «*ancillary offenses*» o «tipos conexos-subsiguientes».

3. Y aunque el código penal vigente (1991), de primera instancia, no reguló los **actos preparatorios punibles** ni en su parte general ni en la especial, poco a poco, con algunas reformas de la parte especial, se fueron incorporando delitos que realmente son conductas previas o preparatorias a la realización de un delito. Se regulan como si ya fueran delitos, pero en realidad son actos preparatorios de un delito. Los actos preparatorios punibles clásicos son: la conspiración, la proposición y la provocación. Entre otros, puedo observar los siguientes (sin tomar, necesariamente, como referencia el nombre del delito sino su contenido típico), que si no en todo su contenido, en algún matiz, se muestran como actos preparatorios:

#	CÓDIGO PENAL 1991	Art. CP	#	PROYECTO NUEVO CP	Art. CP
1	Instigación o participación en pandillaje pernicioso	148-A	1	Instigación o participación en pandillaje pernicioso	233
2	Secuestro	152 parr.3	2	Secuestro	239.3
3	Favorecimiento a la prostitución	179	3	Favorecimiento a la prostitución	273
4	Explotación sexual comercial infantil y adolescente en ámbito del turismo	181-A	4	Publicación en los medios de comunicación sobre delitos de libertad sexual de menores de edad	277
5	Publicación en los medios de comunicación sobre delitos de libertad sexual a menores	182-A	5	Publicación en los medios de comunicación sobre delitos de libertad sexual de menores de edad	277
6	Pornografía infantil	183-A	6	Pornografía infantil	279
7	Proposiciones sexuales a niños, niñas y adolescentes	183-B	7	Proposiciones a niños, niñas y adolescentes con fines sexuales por medios tecnológicos	269
8	Dispositivos para asistir a la decodificación de señales de satélite portadoras de programas	186-A	8	Dispositivos para asistir a la decodificación de señales de satélite portadoras de programas	287
9	Extorsión	200 parr.2	9	Extorsión	306.2
10	Reproducción, difusión, distribución y circulación de la obra sin la autorización del autor	218.d	10		

¹⁵ Vid. ROXIN, *Dogmática penal y política criminal*, trad. ABANTO VÁSQUEZ, Lima, 1998, pp. 260 s. Para la misma idea, vid. BARBER BURUSCO, *Los actos preparatorios del delito: conspiración, proposición y provocación*, Granada, 2004, pp. 105 ss.; NESTLER, «La protección de bienes jurídicos y la punibilidad de la posesión de armas de fuego y de sustancias estupefacientes», en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *La insostenible situación del Derecho Penal*, Estudios de Derecho Penal del Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra, Granada, 2000, p. 70.; ZIFFER, «El delito de asociación ilícita frente al “derecho penal en expansión”», en CANCIO MELIÁ/POZUELO PÉREZ (coords.), *Política criminal en vanguardia: inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada*, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 495 ss.; COCA VILA, «Las falsedades», en SILVA SÁNCHEZ (dir.)/PASTOR MUÑOZ (coord.), *El nuevo Código penal. Comentarios a la reforma*, Madrid, 2012, pp. 609 s.; BURGOS PAVÓN, «De la falsificación de moneda y efectos timbrados», en GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios al Código penal*, 2.ª ed., Valladolid, 2011, p. 1479.

**INFORMES SOBRE EL PREDICTAMEN DE
REFORMA DEL CÓDIGO PENAL 2015**

11	Productos destinados a la elusión de medidas tecnológicas	220-B	11	Productos destinados a la elusión de medidas tecnológicas	340
12	Etiquetas, carátulas o empaques	220-E	12	Actos preparatorios punibles	343
13	Inducción a la comisión de atentados contra yacimientos arqueológicos	227	13	Atentados contra monumentos arqueológicos	347.3
14	Promoción o favorecimiento del tráfico ilícito de drogas	296 parr 1 (promueve, etc.), parr 3 y 4	14	Promoción o favorecimiento al tráfico ilícito de drogas	451.1, .3, .4
15	Comercialización y cultivo de amapola y marihuana y su siembra compulsiva	296-A parr 1,2,3	15	Comercialización y cultivo de amapola, marihuana y coca y siembra compulsiva	452.1, .2
16	Tráfico ilícito de migrantes	303-A	16	Tráfico ilícito de migrantes	460
17	Delito de financiamiento de la minería ilegal	307-C	17	Delito de financiamiento de la minería ilegal	468
18	Tráfico ilícito de insumos químicos y maquinarias destinados a minería ilegal	307-E	18	Tráfico ilícito de insumos químicos y de maquinarias destinados a minería ilegal	470.1
19	Tráfico ilegal de recursos genéticos	308-D parr 2	19	Tráfico ilegal de recursos genéticos	476.2
20	Tráfico ilegal de productos forestales maderables	310-A parr 2	20	Tráfico ilegal de productos forestales maderables	479.2
21	Responsabilidad de funcionario público por otorgamiento ilegal de derechos	314 parr.2	21	Responsabilidad de funcionario público por otorgamiento ilegal de derechos	485.2
22	Asociación ilícita	317	22	Asociación ilícita	492
23	Marcaje o reglaje	317-A	23	Marcaje o reglaje	493
24	Incitación a la discriminación	323 parr 1 y 3	24	Incitación a la discriminación	282
25	Conspiración para una rebelión, sedición o motín	349	25	Seducción, usurpación y retención ilegal de mando	530
26	Tenencia de instrumentos para falsificar	439	26	Fabricación o tenencia de instrumentos para falsificar	630
Ley N°28008 LEY DE LOS DELITOS ADUANEROS					
27	Financiamiento	7	27	Financiamiento de delitos aduaneros	409
Ley N°30096 LEY DE LOS DELITOS INFORMÁTICOS					
28	Proposiciones a niños, niñas y adolescentes con fines sexuales por medios tecnológicos	5	28	Proposiciones a niños, niñas y adolescentes con fines sexuales por medios tecnológicos	322
29	Abuso de mecanismos y dispositivos informáticos	10	29		
Ley N°25475 LEY CONTRA EL TERRORISMO					
30	Colaboración con el terrorismo	4	30	Colaboración con el terrorismo	499

**INFORMES SOBRE EL PREDICTAMEN DE
REFORMA DEL CÓDIGO PENAL 2015**

31	Financiamiento del terrorismo	4-A	31	Financiamiento del terrorismo	500
				NUEVOS DELITOS CONEXOS-SUBSIGUIENTES	
			32	Organización o financiamiento de numerario	385
			33	Posesión indebida de teléfonos celulares o armas, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos en establecimientos penitenciarios	427.3
			34	Conspiración para cometer delitos	494
			35	Afiliación a organizaciones terroristas	501
			36	Incitación al terrorismo	502
			37	Reclutamiento con fines terroristas	503
			38	Provocación pública a la desobediencia militar	515

Algunos «actos preparatorios punibles» son *delitos descritos como hechos previos de algunos tipos conexos-subsiguientes*, cuando hacen referencia a que otros tipos pueden servirse de sus elementos: «con objeto o fin de cometer algún delito», «tengan por objeto cometer o promover la comisión de ...», «favorezcan la fundación, organización o actividad de ciertas asociaciones», «con la intención de que se utilicen, o a sabiendas de que serán utilizados para cometer cualquiera de los delitos...», «promovieren, constituyeren, organizaran o integraren», etc. Porque, sea que en su redacción se especifique que se van a realizar tales o cuales infracciones penales, sea que no lo expresen, se entiende que la conducta descrita en estos tipos favorecerá la comisión de nuevas infracciones que utilizan elementos de aquellos.

4. Los «*ancillary offenses*» o «*ancillary crimes*», que literalmente pueden traducirse como «delitos auxiliares» o «delitos conexos» –también podrían denominarse «**delitos conexos-subsiguientes**» (como los llamo yo)–; fueron estudiados primero por Norman ABRAMS, en 1989, con una antelación y claridad que ha venido a confirmar varios de mis postulados.

5. Resulta interesante apreciar también que en la **tradición jurídico-penal angloamericana** –*criminal law*– se haya atendido a este fenómeno desde hace más de tres décadas, cuando en Europa y ahora en Perú recién estamos vislumbrando su existencia.

«Recientemente, algo nuevo ha sido añadido en nuestra ley penal. En las últimas dos décadas, en respuesta a la amenaza de la delincuencia organizada, el narcotráfico y la delincuencia de cuello blanco, nuevas clases de delitos se han introducido en el derecho penal sustantivo. En general, esta nueva clase de delitos caen en una categoría que se aparta en varios aspectos del modelo tradicional, en virtud del cual se comete un delito cuando una persona, actuando con el estado mental necesario [dolo], causa un daño identificable ya sea a una persona o a un interés

sobre la propiedad [patrimonial]. De delitos en los que existe un daño identificable se hace referencia en este documento como un daño primario, o crímenes sustantivos»¹⁶.

6. La teoría de los «*ancillary offenses*» ha analizado varias **características de las relaciones entre dos hechos** que resultan relevantes para la idea que quiero esbozar: la dependencia entre dos hechos (el daño primario y el delito conexo o el hecho previo y el hecho conexo-subsiguiente), porque uno, el *ancillary*, utiliza algo que proviene del primero (previo, sustantivo o «unitario»), haciéndolo a sabiendas de esa procedencia¹⁷. También comprende a los *ancillary* como delitos independientes del daño primario (hecho previo).

ABRAMS compara el lavado de activos y la receptación –como en la tradición jurídico-penal continental europea– y considera al primero como paradigma de la idea de «*ancillary*». De la comparativa resume las características principales de los «*ancillary*» en tres: i) conocimiento de un delito previo¹⁸, ii) conocimiento de que se utilizan objetos¹⁹ provenientes de un delito previo, iii) que los delitos primario y *ancillary* pueden acumularse²⁰ en la acusación procesal y decidirse por impulsar mejor el *ancillary* sobre el primario, si se tienen más pruebas y mejores pronósticos de éxito procesal con él. Las dos primeras podemos entenderlas como características sustantivas o de fondo (de las cuales he extraído ya algunos factores de subsecuencia) y la tercera como procesal.

Anuncia lo que podría considerarse una cuarta característica: los autores normalmente son profesionales²¹ (especializados, del crimen organizado).

¹⁶ ABRAMS, Norman, «New Ancillary Offenses», 1 *Crim. L. Forum* 1 (1989), pp. 1 s.: «Recently, something new has been added to our penal law. In the past two decades, in response to the perceived threat of organized crime, drug trafficking, and white-collar crime, new kinds of offenses have been introduced into the substantive criminal law. In general, these new kinds of offenses fall into a category that departs in a number of respects from the traditional model, under which a crime is committed when a person, acting with the requisite mental state, causes an identifiable harm either to a person or to a property interest. Offenses in which there is such an identifiable harm are referred to in this paper as *primary harm*, or *substantive*, crimes». La cursiva es del original.

¹⁷ Esto mismo también lo aprecia PÉREZ MANZANO, Mercedes, «El tipo subjetivo en los delitos de receptación y blanqueo de dinero», en MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés (dir.), *El encubrimiento, la receptación y blanqueo de dinero. Normativa Comunitaria*, ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, p. 222.

¹⁸ Además aprecia una potencialidad muy amplia de conductas que puedan configurarse como sus hechos previos. Vid. ABRAMS, 1 *Crim. L. Forum* 1 (1989), p. 3: «They are defined in terms that make them applicable in connection with many different kinds of criminal conduct». Es decir: «*Están definidos en términos que los hacen aplicables en relación con diferentes clases de conducta criminal*».

¹⁹ Vid. *ibidem*, p. 18. Ideas ya analizadas, tanto en su especie (objeto material) como en su género (bien jurídico), y sobre la «accesoriedad de la subsecuencia» que implicarán.

²⁰ Vid. *ibidem*, p. 2: «Ancillary offenses are often used as a surrogate basis for prosecution because, for one reason or another, pursuing the primary crime is unlikely to be successful or is otherwise deemed undesirable, and they are used in addition to prosecution for the primary offense either to achieve a tactical advantage or to increase penalties». Es decir: «*Los Delitos conexos-subsiguientes a menudo se utilizan como base de cargos sustitutos para su investigación porque, por una razón u otra, persiguiendo el delito primario no es probable que se tenga éxito o que de otra manera sea considerado indeseable, y se utilizan además en la investigación por el delito primario, ya sea para lograr una ventaja táctica o para aumentar las penas*».

²¹ Vid. *ibidem*, pp. 8 s.: «What gives an otherwise lawful financial transaction its criminal cast is the criminal knowledge of the participants and the fact, as required under the statute, that the money has been generated by specified kinds of criminal activity». Es decir: «*Lo que da a una transacción financiera, por lo demás lícita, su elenco penal es el conocimiento criminal de los intervinientes y el hecho, tal como se estipula en la ley, de que el dinero ha sido generado por específicas clases de actividad criminal*».

7. i) Todos los «*ancillary offenses*» o «tipo penal conexo-subsiguiente» **se refieren y conectan con un hecho previo**²². El hecho previo es claramente identificable en esta tradición jurídica como un «daño primario» o «daño sustantivo»²³. Además, aprecia que muchas veces los «*ancillary*» no hacen referencia expresa a ese daño primario (hecho previo), aunque realmente lo requieran, es decir que su referencia es implícita²⁴.

8. ii) **El sujeto activo del «*ancillary offense*» o «tipo penal conexo-subsiguiente» debe conocer que los objetos materiales, efectos o productos («*proceeds*») que utiliza provienen de un delito previo** –razón por la cual ambos hechos conectan–. Conjuga el elemento subjetivo del tipo (conocimiento, dolo, «*mens rea*»²⁵), con el concreto conocimiento de los elementos del delito: en este caso el conocimiento del objeto material de procedencia delictiva²⁶. ABRAMS no analiza la idea de bien jurídico detrás del objeto

²² Vid. GRAHAM, «Facilitating Crimes: an Inquiry into the Selective Invocation of Offenses Within the Continuum of Criminal Procedures», 15 *Lewis & Clark L. Rev.* 3 (2011), p. 713 (<https://law.lclark.edu/live/files/9128-lcb153grahampdf>): «By definition, ancillary crimes bear a close connection to at least one other offense, and commonly carry a penalty that is somewhat less than that attached to the “core” crime». Es decir: «*Por definición, los delitos conexos tienen una estrecha relación con al menos otro delito, y por lo general conlleva una pena que es algo menor que la fijada para el crimen sustantivo*». Vuelve a salir la relación respecto de la penalidad entre los dos hechos.

²³ Vid. ABRAMS, 1 *Crim. L. Forum* 1 (1989), pp. 1 s.: «Offenses in which there is such an identifiable harm are referred to in this paper as primary harm, or substantive, crimes». Es decir: «*Delitos en los que existe esta clase de daño identificable están referidos, en este documento, como daño primario, o sustantivo, crímenes*». También se les puede llamar «core crimes» o «core offenses».

²⁴ Vid. *ibidem*, p. 2: «A characteristic of the new kinds of offenses is that they do not describe any new primary harm. [...], they are characterized by group activity or conduct leading up to, or involved generally in, the commission of substantive offenses, or they define as criminal, conduct practiced in the aftermath of a primary harm crime. Because they typically bear some kind of direct or indirect auxiliary relationship to the primary harm offenses, they are described here as ancillary crimes [conexos-subsiguientes]». Es decir: «*Una característica de la nueva clase de delitos es que no describen ningún nuevo daño primario. [...], se caracterizan por una actividad de grupo o conductas que llevan hacia ellas, o en las que por lo general participan, en la comisión de delitos sustantivos, o que se definen como conducta criminal, practicada en las consecuencias de un primer daño criminal. Debido a que suelen tener alguna clase de relación directa o indirecta y auxiliar con los delitos de primeros daños delictivos, se describen aquí como delitos [conexos-subsiguientes]*». Él mismo describe cómo el blanqueo y la receptación sí especifican expresamente la presencia y relación de un hecho previo. Pero observa las dos situaciones posibles de presentarse el hecho previo en el «tipo»: expreso e implícito. He clasificado los tipos conexos-subsiguientes también en función a si en su redacción no contienen ninguna referencia a un hecho previo, aunque en esencia, por su propia estructura configurativa si no hubiera un hecho previo del qué servirse en algo no pudieran configurarse los conexos-subsiguientes.

²⁵ Vid. *ibidem*, pp. 34 s.: «*La responsabilidad penal se basa fundamentalmente en lo que el acusado sabía o intentó. Hasta cierto punto, lo mismo es cierto de otros ancillary offenses [delitos conexos-subsiguientes]. Delitos que ponen un mayor énfasis en el mens rea en lugar de los actus reus son delitos que, en cierto sentido, hacen criminales a personas peligrosas en lugar de a conductas peligrosas*». Aunque no comparto el último comentario que nos podría llevar al «Derecho penal de autor», en su sistema es muy importante dicha diferenciación. Sobre esta última idea puede verse también la opinión de PODGOR, «Money Laundering and Legal Globalization: Where does the United States Stand on this Issue?», 5 *Wash. U. Global Stud. L. Rev.* 5 (2006), p. 152: «Ms. Shams justly notes that Professor Norman Abrams sees this evolutionary process as a “shift” “from the objective dangerousness of the act to the personal dangerousness of the person”». La cursiva es del original. Es decir: «*La Sra. Shams precisamente señala que el profesor Norman Abrams ve este proceso evolutivo como un “cambio” “de la peligrosidad objetiva del acto a la peligrosidad de la persona”*». Para la idea de que no todo crimen requiere de *mens rea*, vid. CROSS, *Criminal Law and criminal Justice. An Introduction*, Los Ángeles-Londres, 2010, p. 33.

²⁶ La procedencia delictiva del objeto que se utilizará en el «*ancillary*» permite enlazar con la idea de lesión, diversa o no, del bien jurídico.

material, por tratarse de un concepto propio de la tradición continental europea. Con todo, puede entenderse.

9. iii) Y para el sistema jurídico-penal angloamericano, los *ancillary offenses* **pueden acumularse o intercambiarse²⁷ con el enjuiciamiento de los hechos previos**, para asegurar el éxito de la acusación²⁸. Siendo que, además, podrían alterar la concepción que se tiene de «delito» y desviar la atención de los delitos «primarios» a los «*ancillary*», cuando los que importan –político-criminalmente– son los primeros²⁹ (en opinión de ABRAMS). Esta utilidad procesal, presente en estos delitos, puede parecer una característica secundaria o circunstancial –para ellos no–; pero, por ejemplo, es verdad que un grupo organizado puede realizar más delitos, es decir causar más «daños»³⁰, con una mayor efectividad para evitar su descubrimiento y captura, por lo que sí resulta interesante tener la discrecionalidad de poder escoger por qué delito iniciar o proseguir la investigación criminal y la posterior denuncia penal al respecto.

Esta característica es la que creo que quiere manifestar el legislador peruano cuando enuncia la autonomía del lavado de activos respecto del hecho previo. Pero es meramente procedimental. No entran, los angloamericanos, a identificar cada elemento de la tipicidad del delito conexo-subsiguiente, porque para ellos el principio de legalidad y taxatividad no es tan exigente como lo es para nosotros. Pero nosotros sí debemos hacerlo.

²⁷ Vid. ABRAMS, 1 *Crim. L. Forum* 1 (1989), p. 11: «The money laundering offenses have the potential to be used in a surrogate mode in situations where the primary harm offense cannot be proved. It may also be possible to use the money laundering offenses to multiply charges». Es decir: «*Los delitos de lavado de dinero tienen el potencial de ser utilizados en un modo de cargos subrogados en situaciones en que el primer daño delictivo no puede ser probado. También puede ser posible usar los delitos de lavado de dinero para cargos múltiples*».

²⁸ Vid. *ibidem*, p. 27. Y prosigue, p. 32: «The new ancillaries tend to be usable in a broader range of cases and, for the most part, are easier to prove. [...] The fact that some of the ancillaries represent a carving up of a course of criminal conduct into smaller pieces, each constituting a separate offense, multiplies charging and penalty possibilities for a set of criminal activities». Es decir: «*Los nuevos conexos tienden a ser utilizados en un rango más amplio de casos y, en su mayor parte, son más fáciles de probar. [...] El hecho de que algunos de los conexos representan un peso de la talla de un curso de conducta criminal en pedazos más pequeños, cada uno constituyendo un delito por separado, multiplica las posibilidades de cargos y penalización por un conjunto de actividades delictivas*». De la misma idea es, GRAHAM, 15 *Lewis & Clark L. Rev.* 3 (2011), p. 712: «Ancillary crimes “function as surrogates for the prosecution of primary or core crimes [...] They are created mostly for situations in which a defendant is believed to have committed a primary or core offense, but prosecution is unlikely to be successful or is otherwise thought to be undesirable». Es decir: «*Los Delitos conexos “funcionan como cargos sustitutos para la investigación fiscal de los delitos sustantivos o primarios [...] Son creados principalmente para situaciones en las que se cree que el acusado ha cometido un delito sustantivo o primario, pero la investigación fiscal es poco probable que tenga éxito o que de otra manera se piensa que es indeseable*».

²⁹ Vid. ABRAMS, 1 *Crim. L. Forum* 1 (1989), p. 4. Y abunda en las razones en la p. 11: «*La medida en que estos delitos se pueden utilizar en cualquiera de los modos dependerá en parte de (1) si los autores del delito de daño primario pueden ser declarados culpables de lavado de dinero cuando dispongan de los productos del delito; (2) si los autores del delito de daño primario pueden ser considerados responsables en calidad de cómplices en el lavado de dinero que dispone de los productos del delito, (3) si las personas relacionadas sólo indirectamente con el delito de daño primario a través de su lavado de dinero pueden incurrir en responsabilidad por ese delito como resultado de su actividad, y (4) si los individuos pueden ser condenados por lavado de dinero y el delito de daño primario*».

³⁰ Vid. *ibidem*, p. 14, analizando a la conspiración o asociación ilícita: «The rationale behind these offenses appears to be that a continuing criminal organization carries with it a danger of the commission of a greater number of substantive crimes than an ordinary conspiracy and, therefore, warrants heavier penalties». Es decir: «*La lógica detrás de estos delitos parece ser que una constante organización criminal lleva consigo el peligro de comisión de un mayor número de delitos sustantivos que una conspiración común y, por lo tanto, acarrea penas más graves*».

10. Después de ABRAMS, **otros autores angloamericanos también han asumido la nueva figura de los «ancillary offenses»** y han procedido a utilizarla. Pero no es sino muchos años después que aparece un relanzamiento de esta figura por parte de Douglas HUSAK –quien se muestra, sin embargo, bastante crítico–, cuando trata de explicar la realidad jurídico-penal del siglo XXI, amenazada por una «overcriminalization», una «sobrecriminalización» de conductas que sobrepasan muchas veces la legalidad y las posibilidades de las instituciones penales, como muestra de una expansión «indebida»³¹ del Derecho penal.

Hablando de las manifestaciones de «overcriminalization»: «Una tercera categoría de crímenes recientes que podría llamarse delitos conexos³². Este término, creo, fue introducido por Norman Abrams –quien de inmediato se disculpó por su imprecisión– y me baso en gran medida en sus ideas aquí. A grandes rasgos, delitos conexos son los que llevan una relación indirecta con delitos sustantivos. [...]. Estas ocasiones han dado lugar a la promulgación de un número creciente de delitos conexos que rodean delitos sustantivos»³³.

³¹ También en HUSAK, 39 *Tulsa L. R.* (2004), pp. 755 s.: «It is easy to provide numerous examples of crimes that seem to have no place in modern criminal codes. [...]. The challenge for theorists, however, is not simply to list these new crimes, but to place them into meaningful categories for analysis. The project is to decide what general kinds of crimes represent unjustifiable impositions of the penal sanction. Once we move outside the core to the periphery of criminal law, we lack a familiar conceptual apparatus to classify many of the new kinds of offenses that have been enacted. In what follows, I will describe what I regard as three kinds of recent innovations: overlapping offenses, crimes of risk prevention, and ancillary offenses. I make no pretense that my categories are precise or exhaustive. Admittedly, many crimes of risk prevention overlap, and some ancillary offenses may be designed to prevent risk. Still, I contend that my crude categories are somewhat helpful in allowing us to begin the task of distinguishing legitimate from illegitimate uses of the criminal law». Es decir: «Es fácil dar numerosos ejemplos de los crímenes que parecen no tener lugar en los códigos penales modernos. [...]. El desafío para los teóricos, sin embargo, no es simplemente enlistar estos nuevos delitos, sino colocarlos en categorías significativas para su análisis. El proyecto consiste en decidir qué genérica clase de delitos representan imposiciones injustificables de sanción penal. Una vez que nos movemos fuera del núcleo hacia la periferia del Derecho penal, carecemos de un aparato conceptual conocido [familiar] para clasificar muchos de los nuevos delitos que han sido promulgados. En lo que sigue, voy a describir lo que considero como tres clases de innovaciones recientes: los delitos que se superponen, los delitos de prevención de riesgos y los delitos conexos [ancillary offenses]. No pretendo que mis categorías sean precisas ni exhaustivas. Es cierto que muchos crímenes de superposición y de prevención de riesgos y algunos delitos conexos [ancillary offenses] pueden ser diseñados para prevenir riesgos. Sin embargo, sostengo que mis crudas categorías son algo útiles en lo que nos permite comenzar la tarea de distinguir usos legítimos de los usos ilegítimos del Derecho penal». Para la idea de que existe una expansión razonable en el Derecho penal y una irrazonable, vid. SILVA SÁNCHEZ, *La Expansión del Derecho penal*, 2001, p. 26; y en el mismo sentido vid. POZUELO PÉREZ, «De nuevo sobre la denominada “expansión” del derecho penal: una relectura de los planteamientos críticos», en MONTEALEGRE LYNETT (coord.), *El funcionalismo en derecho penal: libro homenaje al profesor Günther Jakobs*, Bogotá, 2003, pp. 107 ss.

³² Primero citó, como manifestaciones de la «sobrecriminalización», los «overlapping crimes», es decir los «crímenes solapados» (conductas recogidas en más un tipo: «concurso»); y segundo citó las «offenses of risk-prevention», es decir los «delitos de peligro» o «prevención de peligro». Para más sobre la expansión del Derecho penal, vid. SILVA SÁNCHEZ, *La Expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2.ª ed., ed. Civitas, Madrid, 2001, *passim*; y FEJOO SÁNCHEZ, *Normativización del Derecho penal y realidad social*, ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, pp. 187 ss.; entre otros.

³³ HUSAK, 39 *Tulsa L. R.* (2004), pp. 755 s.: «A third category of recent crimes might be called ancillary offenses. This term, I believe, was introduced by Norman Abrams –who immediately apologized for its imprecision– and I draw heavily from his insights here. Roughly, ancillary offenses are those that bear an indirect relation to core offenses. [...]. These occasions have led to the enactment of growing numbers of ancillary offenses that surround core offenses». Con mucha intuición jurídica y realista, HUSAK introduce su teoría de la «overcriminalization», aunque más adelante quiera decir, ahí mismo: «I repeat that my efforts to categorize the massive numbers of new criminal offenses do not demonstrate much sophistication or ingenuity. The distinctions between overlapping crimes, offenses of risk-prevention, and ancillary offenses are at least as vague and imprecise as those between Fletcher's three patterns of liability». Es decir: «Repito que mis esfuerzos para categorizar la gran cantidad de nuevos delitos no demuestran mucha sofisticación o

La «*overcriminalization*», en su manifestación de los «*ancillary offenses*», siempre se caracteriza porque hay dos conductas en relación. Y pone el ejemplo del encubrimiento³⁴ como un *ancillary offense*. Y aun así, a pesar de sus críticas, considera que esta clase de delitos será más común, es decir, habrá más conductas tipificadas como «*ancillary offenses*»³⁵. Como ahora aprecio en el proyecto del nuevo código penal peruano.

Otros autores reafirman que con estos delitos estamos ante el fenómeno de la «*overcriminalization*»³⁶, reafirmando la denominación de «*ancillary offenses*», concordando con otras características que esbozara ABRAMS; y con las cuales también

*ingenio. La distinción entre crímenes superpuestos, crímenes de prevención de riesgos y delitos conexos son al menos tan vagas e imprecisas como las que existen entre los tres patrones de Fletcher sobre responsabilidad». Sin embargo, ahora él es uno de los autores más leído sobre este tema y más crítico de los «ancillary offenses» como tipos independientes. Más adelante dice: «In any event, I do not believe that empirical speculation is needed in order to understand what is objectionable about these ancillary offenses. My own conclusion is not simply that these crimes erode respect for law, but that they should not be crimes at all. At the very least, the case for justifiably punishing persons who commit these crimes has not been demonstrated». Es decir: «En cualquier caso, no creo que la especulación empírica sea necesaria para entender lo que es objetable sobre estos delitos conexos. Mi propia conclusión no es simplemente que estos crímenes erosionan el respeto a la ley, sino que no deberían ser crímenes en absoluto. Por lo menos, en el caso de personas castigadas justificadamente que cometen estos delitos no se ha demostrado». Y lo mismo, con otras palabras, en BROWN, «Can Criminal Law Be Controlled?», 108 *Mich. L. Rev.*, (2010), p. 975: «[...] “ancillary” offenses, which criminalize relatively innocuous conduct (such as money laundering or failure to report knowledge of felonies) that is facilitative of other [...]». Es decir: «[...] delitos “conexos”, que criminalizan conductas relativamente inocuas (tales como el lavado de dinero o el no reportar el conocimiento de delitos graves) que sea propicio a otro [...]». Recientemente SMITH, «Overcoming Overcriminalization», 102 *J. Crim. L. & Criminology* 3 (2012), pp. 537 ss., analiza críticamente la idea de sobrecriminalización.*

³⁴ Vid. HUSAK, Douglas, *Sobrecriminalización. Los límites del derecho penal*, trad. LORCA FERRECCIO, Rocío, ed. Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 91.

³⁵ Vid. *Ibidem*, pp. 92 s.

³⁶ Vid. DUFF, «A Criminal Law for Citizens», 14 *Theo. Crim.* (2010), p. 294, cuando analiza los aspectos de la «sobrecriminalización» afirma: «As far as substantive criminal law is concerned, two phenomena are noteworthy. One is the addition of criminal offences to non-criminal legislation. Many of the 1,750 new offences since 1997 are of this kind: a statute specifies certain requirements, and makes it an offence to fail to meet them. The other is the creation of an ever wider range of ‘ancillary’ offences (Abrams 1989), criminalizing conduct that might contribute to the commission of a primary offence or hinder its prevention or detection». Es decir: «En cuanto a la legislación penal sustantiva se refiere, dos fenómenos son dignos de mención. Uno de ellos es la incorporación de los delitos de la legislación no-criminal. Muchos de los 1.750 nuevos delitos desde 1997 son de esta clase: una ley especifica ciertos requisitos, y tipifica como delito su desconocimiento. El otro es la creación de una gama cada vez más amplia de delitos ‘conexos’ (Abrams, 1989), criminalizando la conducta que podría contribuir a la comisión de un delito primario o dificultar su prevención o detección». También SEGEV, «Is the Criminal Law (So) Special? Comments on Douglas Husak’s Theory of Criminalization», 1 *Jrslm. Rev. Legal Stud.* (2010), p. 5: «Ancillary offenses, that their aim is not to prevent the proscribed conduct but rather actions that might be related to this conduct». Es decir: «Delitos conexos, cuyo objetivo no es impedir la conducta prohibida, sino más bien acciones que podrían estar relacionados con esta conducta». Y, también, MOLINA FERNÁNDEZ, «A Comparison Between Continental European and Anglo-American Approaches to Overcriminalization and some Remarks on How to Deal with It», 14 *New Crim. L. Rev.* 1 (2010), pp. 123 ss.: «As far as I know, the problem of overcriminalization is not viewed in the same way in continental European law as it is in Anglo-American law. Anglo-American jurisdictions seem to have a widespread problem of overcriminalization and overpunishment. The problem appears more limited in continental European law, although it has become more widespread in recent years». Es decir: «Por lo que yo sé, el problema de la sobrecriminalización no se ve de la misma manera en la legislación europea continental como en el derecho angloamericano. Las jurisdicciones angloamericanas parecen tener un problema generalizado de sobrecriminalización y sobrepenalidad. El problema parece ser más limitado en derecho continental europeo, a pesar de que esto se ha extendido en los últimos años». Aunque en el Derecho angloamericano son críticos con los «ancillary offenses», el fenómeno que describen, los «tipos o delitos conexos-subsiguientes» tienen una acogida diferente en el derecho continental.

**INFORMES SOBRE EL PREDICTAMEN DE
REFORMA DEL CÓDIGO PENAL 2015**

concuero. Los «*ancillary offenses*» también han traspasado la frontera de las tradiciones jurídicas³⁷; y en el continente europeo, y en los sistemas jurídicos que reciben su influencia, se están regulando esta clase de conductas en los códigos penales, lo que es señal de la universalidad de su percepción como dañosas y de la necesidad de su represión. De hecho algunas exigencias internacionales ha influido bastante en la regulación del lavado de activos en cada Estado, y este delito es un *ancillary offense (tipo conexo subsiguiente)*. Estas situaciones, ahora, las aprecio en el código penal vigente como el proyecto de reforma. Como por ejemplo:

#	CÓDIGO PENAL 1991	Art. CP	#	PROYECTO NUEVO CP	Art. CP
1	Homicidio calificado-asesinato	108.2	1	Homicidio calificado	192.2
2	Feminicidio	108-B.4, 6 y 7	2	Feminicidio	194.2b, f, g
3	Homicidio Culposo	111 parr 3	3	Homicidio imprudente	199.2.c
4	Lesiones Culposas	124 parr 4	4	Lesiones imprudentes	210.3.c
5	Omisión de auxilio o aviso a la autoridad	127	5	Omisión de auxilio o aviso a la autoridad	217
6	Matrimonio con persona casada	140	6	Matrimonio con persona casada	224
7	Autorización ilegal de matrimonio	141	7	Autorización ilegal de matrimonio	225
8	Inobservancia de formalidades legales	142	8	Inobservancia de formalidades legales	226
9	Fingimiento de embarazo o parto	144	9	Fingimiento de embarazo o parto	228
10	Omisión de prestación de alimentos	149 parr 2	10	Omisión de prestación de alimentos	234
11	Trata de personas	153	11	Trata de personas	236
12	Tráfico ilegal de datos personales	154-A	12	Tráfico ilegal de datos personales	245.2
13	Atentado contra la libertad de trabajo y asociación	168 parr 2	13		
14	Violación de persona en estado de inconsciencia o en la imposibilidad de resistir	171	14	Violación de persona en estado de inconsciencia o en la imposibilidad de resistir	262
15	Rufianismo	180	15	Rufianismo	276
16	Exhibiciones y publicaciones obscenas	183 parr2.1	16		
17	Pornografía infantil	183-A	17	Pornografía infantil	279
18	Dispositivos para asistir a la decodificación de señales de satélite	186-A	18	Dispositivos para asistir a la decodificación de señales de satélite	287

³⁷ Como afirma MOLINA FERNÁNDEZ, 14 *New Crim. L. Rev.* 1 (2010), p. 123: «The creation of ancillary offenses is also proliferating in Europe». Es decir: «La creación de los delitos conexos también está proliferando en Europa». Es una de las razones por la que emprendí esta investigación.

**INFORMES SOBRE EL PREDICTAMEN DE
REFORMA DEL CÓDIGO PENAL 2015**

	portadoras de programas			portadoras de programas	
19	Receptación	194	19	Receptación	298
20	Administración fraudulenta	198.2	20	Administración fraudulenta	303.2
21	Suspensión ilícita de la exigibilidad de las obligaciones del deudor	211	21		
22	Reproducción, difusión, distribución y circulación de la obra sin la autorización del autor	218.c	22		
23	Productos destinados a la elusión de medidas tecnológicas	220-B	23	Productos destinados a la elusión de medidas tecnológicas	340
24	Delitos contra la información sobre gestión de derechos	220-D parr. 2	24	Delitos contra la información sobre gestión de derechos	342.2
25	Manuales, licencias u otra documentación, o empaques no auténticos relacionados a programas de ordenador	220-F	25		
26	Fabricación o uso no autorizado de patente	222	26	Fabricación o uso no autorizado de patente	344
27	Uso o venta no autorizada de diseño o modelo industrial	223.a	27	Uso o venta no autorizados de diseño o modelo industrial	345.1
28	Tráfico de moneda falsa	254	28	Tráfico de numerario falsificado	381
29	Fabricación o introducción en el territorio de la república de instrumentos destinados a la falsificación de billetes o monedas	255	29	Posesión de instrumentos o insumos	382
30	Comercio Clandestino	272 parr 2.b	30	Comercio clandestino	402.2.c
31	Fabricación, suministro o tenencia de materiales peligrosos	279	31	Fabricación, suministro o tenencia de materiales peligrosos	419
32	Producción, desarrollo y comercialización ilegal de armas químicas	279-A	32	Empleo, producción, desarrollo y comercialización de armas en violación de tratados internacionales	420
33	Tráfico de productos pirotécnicos	279-C	33	Actividades ilegítimas con productos pirotécnicos	421
34	Empleo, producción y transferencia de minas antipersonales	279-D	34	Prohibición del uso de armas biológicas, tóxicas, químicas, minas antipersonales y municiones en racimo	186.1
35	Ensamblado, comercialización y utilización, en el servicio público, de transporte de omnibuses sobre chasis de camión	279-E parr 2	35	Ensamblado, comercialización y utilización en el servicio público de transporte de minibuses sobre chasis de camión	434.1, 2
36	Sustitución o impedimento de funciones en medio de transporte	285	36	Sustitución o impedimento de funciones en medio de transporte	440
37	Producción, comercialización o tráfico ilícito de alimentos y otros productos	288	37	Comercialización o tráfico de productos nocivos	443.1

**INFORMES SOBRE EL PREDICTAMEN DE
REFORMA DEL CÓDIGO PENAL 2015**

	destinados al uso o consumo humano				
38	Uso de productos tóxicos o peligrosos	288-B	38	Uso de productos tóxicos o peligrosos	444
39	Producción o comercialización de bebidas alcohólicas ilegales	288-C	39		
40	Falsificación, contaminación o adulteración de productos farmacéuticos, dispositivos médicos o productos sanitarios	294-A parr 2	40		
41	Promoción o favorecimiento del tráfico ilícito de drogas	296 parr 1 (tráfico), parr 2	41	Promoción o favorecimiento al tráfico ilícito de drogas	451.2
42	Comercialización y cultivo de amapola y marihuana y su siembra compulsiva	296-A parr 4	42	Comercialización y cultivo de amapola, marihuana y coca y siembra compulsiva	452.4
43	Tráfico ilícito de insumos químicos y productos	296-B	43	Tráfico ilícito de insumos químicos y productos	453
44	Coacción al consumo de droga	301	44	Coacción al consumo de droga	458
45	Contaminación del ambiente	304	45	Contaminación del ambiente	462
46	Contaminación del ambiente	305 .1	46	Formas agravadas de Contaminación del ambiente	463.1
47	Incumplimiento de las normas relativas al manejo de residuos sólidos	306 parr 3	47	Incumplimiento de las normas relativas al manejo de residuos sólidos	464.3
48	Tráfico ilegal de especies de flora y fauna silvestre protegida	308	48	Tráfico ilegal de especies de la flora y la fauna silvestres protegidas	472
49	Tráfico ilegal de especies acuáticas de la flora y fauna silvestre protegidas	308-A	49	Tráfico ilegal de especies acuáticas de la flora y la fauna silvestres protegidas	473
50	Tráfico ilegal de recursos genéticos	308-D parr 2	50	Tráfico ilegal de recursos genéticos	476.2
51	Tráfico ilegal de productos forestales maderables	310-A	51	Tráfico ilegal de productos forestales maderables	479.1
52	Responsabilidad por información falsa contenida en informes	314-B	52	Responsabilidad por información falsa contenida en informes	487
53	Apología del delito/Lavado/Terrorismo	316	53	Apología del delito/Lavado/Terrorismo	491
54	Tráfico de órganos	318-A	54	Delito de intermediación onerosa de órganos y tejidos	496
55	Omisión de resistencia a rebelión, sedición o motín	352	55	Omisión de resistencia a rebelión, sedición o motín	532
56	Ejercicio ilegal de profesión	363 parr 2	56	Ejercicio ilegal de profesión	550.1
57	Poseción indebida de teléfonos celulares o, armas, municiones o materiales	368-D	57	Poseción indebida de teléfonos celulares o armas, municiones o	427.1, .2

**INFORMES SOBRE EL PREDICTAMEN DE
REFORMA DEL CÓDIGO PENAL 2015**

	explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos en establecimientos penitenciarios			materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos en establecimientos penitenciarios	
58	Negativa a colaborar con la administración de justicia	371	58	Negativa a colaboración con la autoridad	555.1
59	Atentado contra documentos que sirven de prueba en el proceso	372	59	Atentado contra documentos que sirven de prueba en el proceso	556.1
60	Sustracción de objetos requisados por autoridad	373	60	Sustracción de objetos requisados por autoridad	557
61	Denegación o deficiente apoyo policial	378 parr 2	61	Denegación o deficiente apoyo policial	562
62	Cohecho pasivo específico	395	62	Cohecho pasivo específico	580
63	Tráfico de influencias	400	63	Tráfico de influencias pasivo	587
64	Enriquecimiento ilícito	401	64	Enriquecimiento ilícito	589
65	Denuncia calumniosa	402	65	Denuncia calumniosa	590
66	Ocultamiento de menor a las investigaciones	403	66	Ocultamiento de menor a las investigaciones	591
67	Encubrimiento personal	404	67	Encubrimiento personal	592
68	Encubrimiento real	405	68	Encubrimiento real	593
69	Omisión de denuncia	407	69	Omisión de denuncia	595
70	Fuga del lugar del accidente de tránsito	408	70	Fuga del lugar del accidente de tránsito	596
71	Falsedad en juicio	409	71	Falsedad en juicio	597
72	Obstrucción de la justicia	409-A	72	Obstrucción de la justicia	598
73	Revelación indebida de identidad	409-B	73	Revelación indebida de identidad	599
74	Avocamiento ilegal de proceso en trámite	410	74	Avocamiento ilegal de proceso en trámite	600
75	Expedición de prueba o informe falso en proceso judicial	412	75	Expedición de prueba o informe falso en proceso judicial	602
76	Evasión mediante violencia o amenaza	413	76	Evasión de la justicia/Evasión mediante violencia o amenaza	431.1-603
77	Favorecimiento a la fuga	414	77	Favorecimiento a la fuga/Favorecimiento a la fuga	432.1-604
78	Amotinamiento de detenido o interno	415	78	Amotinamiento de detenido o interno	430
79	Fraude procesal	416	79	Fraude procesal	605
80	Insolvencia provocada	417-A	80	Insolvencia provocada	607
81	Prevaricato	418	81	Prevaricato	608
82	Detención ilegal	419	82	Detención ilegal	609
83	Prohibición de conocer un proceso que patrocinó	420	83	Prohibición de conocer un proceso que patrocinó	610
84	Patrocinio indebido de abogado o mandatario judicial	421	84	Patrocinio indebido de abogado o mandatario judicial	611

**INFORMES SOBRE EL PREDICTAMEN DE
REFORMA DEL CÓDIGO PENAL 2015**

85	Negativa a administrar justicia	422	85	Negativa a administrar justicia	612
86	Omisión de ejercicio de la acción penal	424	86	Omisión de ejercicio de la acción penal	614
87	Uso de documento falso	427 parr 2	87	Uso de documento falso	616.2
88	Uso de documento falso ideológicamente	428 parr 2	88	Uso de documento falso ideológicamente	617.2
89	Uso de certificado médico falso	431 parr 3	89	Expedición de certificado médico falso	621.3
90	Uso de marcas oficiales falsificadas	435	90	Fabricación fraudulenta o falsificación de marcas o contraseñas oficiales	626
D.Leg 813 - LEY PENAL TRIBUTARIA					
91	Defraudación tributaria	1	91	Defraudación tributaria	392
92	Simule estados de insolvencia patrimonial	4.b	92	Defraudación agravada	394.2
D.Leg 1106 - LAVADO DE ACTIVOS					
93	Actos de conversión y transferencia	1	93	Lavado: Actos de conversión y transferencia	354
94	Actos de ocultamiento y tenencia	2	94	Lavado: Actos de ocultamiento y tenencia	355
95	Transporte, trasladado, ingreso o salida de territorio nacional de dinero o títulos valores	3	95	Lavado: Transporte, traslado, ingreso o salida por territorio nacional de dinero o títulos valores de origen ilícito	356
96	Omisión de comunicación de operaciones o transacciones sospechosas	5	96	Lavado: Omisión de comunicación de operaciones o transacciones sospechosas	358
97	Rehusamiento, retardo y falsedad en el suministro de información	6	97	Lavado: Rehusamiento, retardo y falsedad en el suministro de información	359.1
Ley N°28008 LEY DE LOS DELITOS ADUANEROS					
98	Defraudación de Rentas de Aduana	4	98	Defraudación de rentas de aduana	406
99	Modalidades de Defraudación de Rentas de Aduana	5.a	99	Modalidades de defraudación de rentas de aduana	407.1
100	Receptación aduanera	6	100	Receptación aduanera	408
101	Encubrimiento	10.d	101	Delitos aduaneros: Circunstancias agravantes	411.1.d
102	Mercancías falsificadas	10.k	102	Delitos aduaneros: Circunstancias agravantes	411.1.k
Ley N°25475 LEY CONTRA EL TERRORISMO					
103	Apología del terrorismo	7	103	Apología del delito/terrorismo	491.3

**INFORMES SOBRE EL PREDICTAMEN DE
REFORMA DEL CÓDIGO PENAL 2015**

104	Obstaculación a la investigación del terrorismo	8	104	Obstaculización de la acción de la justicia	504
				NUEVOS DELITOS CONEXOS-SUBSIGUIENTES	
105			105	Incitación y promoción del genocidio	146
106			106	Tortura	148
107			107	Lesión a la Humanidad: Violación sexual	159
108			108	Lesión a la Humanidad: Prostitución forzada	161
109			109	Lesión a la Humanidad: Unión forzada	164
110			110	Lesión a la Humanidad: Aborto forzado	165
111			111	Lesión a la Humanidad: Violencia sexual	166
112			112	Prohibición del uso de armas biológicas, tóxicas, químicas, minas antipersonales y municiones en racimo	186.2
113			113	Violencia familiar	213.1
114			114	Venta, compra o comercialización de equipos electrónicos para la interceptación de comunicación privada entre personas	251
115			115	Mantener Imposición de condiciones laborales	257.1.b
116			116	Violación sexual	261.1
117			117	Favorecimiento a la prostitución mediante violencia o amenaza	274
118			118	Propaganda en favor de la guerra y de la apología al odio nacional, racial o religioso	283
119			119	Producción o venta de alimentos en mal estado para los animales	313
120			120	Manejo fraudulento de medios electrónicos de pago	315.1, .3
121			121	Posesión de equipo informático para falsificación de medios electrónicos de pago	318
122			122	Abuso de mecanismos y dispositivos informáticos	326
123			123	Suspensión ilícita de la exigibilidad de las obligaciones del deudor	330
124			124	Excavación ilícita	348.3
125			125	Financiamiento por medio de información fraudulenta	374.1
126			126	Posesión de instrumentos o insumos	382

**INFORMES SOBRE EL PREDICTAMEN DE
REFORMA DEL CÓDIGO PENAL 2015**

127			127	Sabotaje de los equipos de seguridad y de comunicación en establecimientos penitenciarios	426.1
128			128	Posesión indebida de teléfonos celulares o armas, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos en establecimientos penitenciarios	427.1
129			129	Tráfico ilícito de insumos químicos y de maquinarias destinados a minería ilegal	470.2
130			130	Denegación o deficiente apoyo policial	562
131			131	Delitos contra la administración de justicia de tribunales internacionales	615.1

11. Pero, **¿qué es la subsecuencia delictiva?** Es el fenómeno jurídico-penal referido a los «tipos penales conexos-subsiguientes». Implica las *relaciones entre dos o más conductas (hechos) con relevancia jurídico-penal, concatenadas una tras otras, dependiendo la segunda de la primera* (respecto de su existencia en general o de algún elemento que emana de esta), *pero autónoma en función del sentido penal que adquiere al relacionarse con la primera.*

¿Qué tienen en común la receptación, el encubrimiento, el lavado de activos, al tráfico de moneda falsa, etc.? Concurren dos conductas: habiendo concluido la primera o estando aún en ejecución –pero pudiendo servirse de algunos de sus elementos–, una segunda se adhiere a esta pero configurando un sentido penal diferente.

Por eso, prefiero no denominarlos «hechos post-ejecutivos», salvo que con esto no se entienda la necesaria «conclusión» o «consumación» del hecho previo, sino al menos que estamos ante la presencia de sus actos ejecutivos penalmente relevantes.

La primera deberá ser conocida para poder configurar la segunda, que intensifica o diversifica la lesión –afectación– de la sociedad y de sus individuos en función al grado de dependencia que presenten ambos hechos (de ahí el nuevo sentido penal).

12. Una de las claves para entender la *subsecuencia delictiva* es que **los sujetos de ambos delitos sean diferentes**. Así ya no se confundirán con ninguna otra figura o institución del Derecho penal (delitos en concurso o delitos copenados). Si esto ocurre la apreciación de la subsecuencia delictiva es más clara (hetero-subsecuencia). Y así la conducta se visualiza como más grave, porque un sujeto distinto a otro que utilice lo que el primero ha realizado, a sabiendas de que es delito, agrava su injusto, agrava su culpabilidad.

Soy partidario también de que la subsecuencia delictiva es viable aunque el autor sea el mismo en ambos delitos (auto-subsecuencia), sin que se confundan las situaciones de concursos o delitos copenados. Pero eso lo dejaremos para otro momento.

13. Los «tipos penales conexos-subsiguientes» **son tipos penales dependientes de otro tipo penal acontecido previamente** (hecho previo, «tipo unitario», daño primario,

etc.), en función de la conjunción de varios factores: el bien jurídico, la accesoriedad entre ambos hechos y el dolo (objeto del conocimiento).

El *bien jurídico* podrá ser el mismo que se lesiona con el hecho previo, o uno distinto: si es el mismo la lesión de la sociedad se intensifica; y si es diferente se diversifica (ya sea que se utilice el mismo objeto material, o no, que en el hecho previo).

El grado de *dependencia (accesoriedad)* entre ambos hechos está en función al desarrollo del hecho previo que resulte pertinente según el grado requerido de accesoriedad (de la subsecuencia) entre ambos hechos, que puede ser variado: el tipo objetivo, la antijuridicidad, la culpabilidad, la punibilidad o la ejecutabilidad.

El *dolo* del tipo conexo-subsiguiente implica conocer –además del resto de elementos de su propio tipo–, el elemento que del hecho previo se vuelve a utilizar –en su caso el mismo objeto material– o el simple conocimiento del hecho previo, el bien jurídico lesionado en ambos hechos y el grado de dependencia entre ambos hechos (sea cual sea el que se requiera).

La «accesoriedad de la subsecuencia», implica cortar o impedir la secuencia pequeña o amplia de hechos delictivos, para evitar que un segundo hecho vuelva más inestable la vida en sociedad, respecto de lo que ya causó el hecho previo. El grado de dependencia del hecho conexo-subsiguiente con el previo muestra un nivel de peligrosidad de la conducta para la sociedad, pues el previo no es necesario que esté consumado ni que se encuentre únicamente en «accesoriedad de la participación limitada» para que el conexo-subsiguiente pueda empezar a configurarse. Si se requiere una accesoriedad de la subsecuencia «mínima» –que el hecho previo se encuentre en estadio de tipicidad– la conducta ya es peligrosa, porque se debe ser consciente de que la previa se encuentra ya regulada como delito. Pero aún cabría determinar una culpabilidad con excepciones, cosa que no ocurriría en caso de estar comprobada la antijuridicidad, porque se debe ser consciente de que la previa se encuentra prohibida sin causas de justificación. Si la accesoriedad requerida es la extrema, máxima o absoluta, la posibilidad de determinar la culpabilidad aumenta considerablemente, en caso de ser conocido el estadio del hecho previo, pues implica saber más.

14. Según cómo se combinen los factores de subsecuencia, tanto los esenciales (bien jurídico, la accesoriedad de la subsecuencia y el dolo), como los secundarios (objeto material, calidad de los sujetos, márgenes de penas, etc.) surgen **tres modalidades de configuración de los tipos conexos-subsiguientes: accidentales, funcionales** (de infracción de deber) **y esenciales** (de norma resguardo). *La subsecuencia, siendo un único fenómeno, tiene tres formas de presentarse.*

15. **Tipos conexos-subsiguientes accidentales:** según que los dos hechos no compartan el injusto típico³⁸, el sujeto activo sea siempre no cualificado, el bien jurídico

³⁸ Para el estudio histórico sobre si el «injusto» está contenido en la tipicidad, la antijuridicidad o la culpabilidad, *vid.* Díez RIPOLLÉS, *La categoría de la antijuridicidad en el Derecho Penal*, 2.ª ed., Buenos Aires-Montevideo, 2011, pp. 64 ss. Pero más adelante (pp. 83 ss) determina que está en ambos con diferentes matices. Es «injusto específico» cuando está contenido en la tipicidad, y es «injusto genérico» cuando está en la antijuridicidad. Este estadio puede neutralizar al injusto específico si concurren causas de justificación. *Vid.* CORTES ROSA, Manuel, «La función de la delimitación de injusto y culpabilidad en el sistema del Derecho penal», trad. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María/MELERO MERINO, Francisco Javier, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, (ed.)/SCHÜNEMANN, Bernd/De FIGUEIREDO DIAS, JORGE (coords.), *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin*, ed. J.M. Bosch, Barcelona, 1995, p. 247 np 1, dónde analiza que el injusto se refiere a la tipicidad y a la antijuridicidad, es decir a esta última como sinónimo de injusto, aunque luego analiza que actualmente no está del todo claro.

puesto en peligro sea, en la mayoría de los casos, el mismo en ambos hechos, en donde el objeto material del hecho previo siempre vuelve a ser utilizado en el hecho conexo-subsiguiente y donde el grado de «accesoriedad de la subsecuencia» sea siempre el mínimo (se requiere que el hecho previo se encuentre en estadio de tipicidad –y muchas veces solo de «tipicidad objetiva»–).

16. Tipos conexos-subsiguientes funcionales: si los dos hechos no comparten el injusto típico, el sujeto activo es siempre cualificado, el bien jurídico puesto en peligro es, en la mayoría de los casos, diferente en ambos hechos, en donde el objeto material del hecho previo nunca vuelva a ser utilizado en el hecho conexo-subsiguiente y donde el grado de accesoriedad de la subsecuencia es mayormente el mínimo (se requiere que el hecho previo se encuentre en estadio de tipicidad), aunque permitiendo supuestos en que puede ser máxima (hasta el estadio de punibilidad) o absoluta (hasta el estadio de ejecutoriedad).

17. Tipos conexos-subsiguientes esenciales: si los dos hechos comparten el injusto típico, el sujeto activo pueda ser tanto cualificado como común, el bien jurídico puesto en peligro sea tanto el mismo como diferente en ambos hechos, en donde el objeto material del hecho previo puede volverse a utilizar –o no: es indiferente– en el hecho conexo-subsiguiente y donde el grado de accesoriedad de la subsecuencia es siempre la limitada (se requiere que el hecho previo se encuentre en estadio de antijuridicidad).

18. La relación de «subsecuencia delictiva» se caracteriza no simplemente por una mera suma o yuxtaposición de hechos, sino porque **la valoración del «sentido delictivo»³⁹ de ambos hechos es diferente entre sí**, entre otras razones, porque la lesión al bien jurídico es diversa en ambos hechos (aunque el sujeto sea el mismo en ambos hechos y no haya planeado realizar el segundo inmediatamente después del primero –por ejemplo, como podría pensar el blanqueador respecto de lo que primero ha obtenido mediante otro ilícito penal–; pero sobre todo si el autor no es el mismo sujeto en ambos hechos). La distinción se halla en la valoración que se le dé a ambos hechos. Estos recibirán una distinta valoración social y una distinta valoración jurídica.

19. Todo lo hasta ahora argumentado en este epígrafe, que es desde el punto de vista sustantivo (del Derecho penal) tiene su contrapartida en el derecho adjetivo (Derecho procesal penal).

Los argumentos de las posibilidades expuestas, admiten que **pueda ocurrir una contradicción de sentencias** para hechos conexos-subsiguientes. Si se condena por receptación de un reloj que proviene de un robo y luego se absuelve al autor del delito de

³⁹ Más que depender de una cuestión temporal, las conductas conexas-subsiguientes realmente implican una conexión de sentido. Vid. SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo, *¿Encubridores o cómplices? Contribución a una teoría global de las adhesiones post-ejecutivas*, ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2004, p. 143: «En efecto, son contenidos valorativos los que permiten defender la vinculación –de un modo u otro– con el hecho previo. [...]: son factores de valoración social del hecho, del delito cometido, los que dan sentido a las aportaciones subsiguientes: no se trata de la mera relación *post-hoc*». Y continúa, p. 470: «En concreto, el encubridor no es tal por adherirse simplemente *con posterioridad*, sino por “intervenir” *de forma distinta* a como lo hacen el autor y/o partícipe. Así, tras la tipicidad de un delito se ha definido la de otro, que sólo adquiere sentido desde la antijuridicidad de aquél, del primero». La cursiva es del original. Aunque esta idea está dada para el encubrimiento, que requiere la antijuridicidad del hecho previo, ejemplifica la misma relación para el resto de tipos conexos-subsiguientes: a cada cual hay que analizarlo con su respectiva accesoriedad.

robo; si se condena a uno por lavado de activos por un delito previo de tráfico de armas y luego se absuelve al autor del tráfico de armas, etc. ¿Cómo procedemos?

Creo que no se han planteado las consecuencias dogmáticas de esta situación procesal. Sí tenemos regulado que cuando un mismo autor realiza varios hechos o ante el supuesto de «concurso real medial» –conexidad-objetiva–, cuando es posible que algunos supuestos tengan los injustos relacionados (art. 31.1 y 31.4 del NCPP); o cuando varios sujetos intervienen en un mismo hecho o ante los casos de autoría y participación –conexidad-subjetiva–, donde es seguro que sus injustos están relacionados (art. 31.2 y 31.3 NCPP). En estos supuestos, las contradicciones entre las sentencias podrían alterar la comprensión de la relación de conexidad que realmente tienen los hechos, pues parece que rompen la conexión entre los injustos. Estos reclaman unidad del título de imputación o unidad de sentido de las conductas, que no se verían alterados si en un mismo juicio son analizados los sujetos y los hechos.

Entiendo las razones procesales de la admisibilidad de la contradicción de sentencias para los casos en que no se pueden investigar los hechos y sujetos en un mismo juicio; pero pienso que ahora que la subsecuencia delictiva trae una nueva modalidad de conexidad –sustantiva y procesal–, donde los injustos están relacionados en algunos supuestos y en otros no, puede ser el momento de replantearse la estructura procesal y la respuesta jurisprudencial de la admisibilidad de contradicción entre las sentencias por hechos conexos-subsiguientes, sobre todo cuando los injustos están relacionados. Habrá que tener en cuenta los parámetros de accesoriedad conseguidos por el hecho principal y concordarlos con la relación entre los injustos, para determinar la necesidad y alcance de la coherencia entre las sentencias.

20. La acción de revisión. La nueva forma de conexidad procesal que acarrear los tipos conexos-subsiguientes (conexidad-subsiguiente) está en concordancia con el art. 31.4 NCPP, pero también con los arts. 439 y siguientes del mismo NCPP (que regulan la Acción de Revisión).

Artículo 439.- Procedencia de la Acción de Revisión.- La revisión de las sentencias condenatorias firmes procede, sin limitación temporal y sólo a favor del condenado, en los siguientes casos:

1. Cuando después de una sentencia se dictara otra que impone pena o medida de seguridad por el mismo delito a persona distinta de quien fue primero sancionada, y no pudiendo conciliarse ambas sentencias, resulte de su contradicción la prueba de la inocencia de alguno de los condenados.

2. Cuando la sentencia se haya pronunciado contra otra precedente que tenga la calidad de cosa juzgada.

3. Si se demuestra que un elemento de prueba, apreciado como decisivo en la sentencia, carece de valor probatorio que se le asignara por falsedad, invalidez, adulteración o falsificación.

4. Si con posterioridad a la sentencia se descubren hechos o medios de prueba, no conocidos durante el proceso, que solos o en conexión con las pruebas anteriormente apreciadas sean capaces de establecer la inocencia del condenado.

5. Cuando se demuestre, mediante decisión firme, que la sentencia fue determinada exclusivamente por un delito cometido por el Juez o grave amenaza contra su persona o familiares, siempre que en los hechos no haya intervenido el condenado.

6. Cuando la norma que sustentó la sentencia hubiera sido declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional o inaplicable en un caso concreto por la Corte Suprema.

Esta norma es lo suficientemente genérica como para englobar delitos conexos en los que ambos sujetos son diferentes en ambos delitos, como cuando son el mismo.

En todo caso, lo que queda claro con la Acción de Revisión es que es posible que dos sentencias sean contradictorias, sobre todo cuando los hechos son conexos y se juzgan a las personas de manera separada, o porque más tarde aparecen nuevas pruebas, etc. Si esto es viable ante situaciones de conexidad-objetiva (concurso real) y conexidad-subjetiva (concurso ideal y situaciones de coautoría y participación), con mayor razón para el nuevo fenómeno de los «delitos conexos-subsiguientes»: donde la moneda falsa la confecciona una persona y la trafica otra diferente, donde el tráfico de drogas lo realizan unos y el lavado de activos otros, donde unos asesinan y otros encubren, donde unos roban y otros receptan, etc.

Si se condenan a los autores del segundo delito –del conexo-subsiguiente, que necesita el hecho previo para poder configurarse– y luego se absuelve al autor del delito previo, del precedente, o al revés, si se condena al autor del hecho previo y se absuelve al del conexo-subsiguiente: ¿se pueden revisar las sentencias?

Pienso que el legislador debe apreciar las nuevas realidades, las nuevas formas de delincuencia, y asimilar que consciente o inconscientemente, está regulando una de esas nuevas formas: donde uno se beneficia de los delitos de otros, para volver a delinquir impidiendo la reestabilización de los daños sociales y favoreciendo la impunidad de los delitos que no logran descubrirse. Estos son los «delitos conexos-subsiguientes» cuyo número aumentará con el código reformado, como ya lo grafiqué con el cuadro arriba expuesto

IV. Erratas

1. Casi por último, he podido apreciar algunas erratas en el proyecto de reforma del código penal. Muy simples ellas y hasta comprensibles, si consideramos el aumento de número de delitos que ahora se contempla con el proyecto. Pero creo que es tiempo de corregirlas.

2. En el art. 149 se dice «1. ..., sin llegar a tener la intensidad o gravedad propias del delito de tortura previsto en el artículo 139, ...», cuando el delito de tortura está recogido en el art. 148.

3. En el art. 581 se dice «Si, en el caso del artículo 566, ...», cuando en este se regula el delito de «Concusión», que creo no tiene nada que ver con lo que se quiere regular.

4. En el art. 594 se dice «Están exentos de pena los que ejecutan cualquiera de los hechos previstos en los artículos 578 y 579 si sus relaciones con la persona favorecida son tan estrechas como para excusar su conducta». Cuando creo que se refieren a los delitos de los arts. 592 y 593.

V. Reflexiones conclusivas

1. La reforma es ambiciosa en varios sentidos. Pero debe avanzarse con cautela para poder entender cada novedad con toda su profundidad.

2. No comprendo por qué han desaparecido los delitos contra el honor (injuria y calumnia). ¿Hay un estudio que refleje su poca incidencia o su ineficacia?

3. Con la nueva regulación de la pornografía infantil, en el proyecto, se han dejado de regular algunas conductas o modalidades que recoge el código vigente, que a su vez acogió las inquietudes internacionales sobre protección de la infancia en su indemnidad sexual.

4. Todo lo expuesto pretende ayudar en la mejora de la regulación penal que el legislador –político-criminalmente– debe sustentar. Tenemos que ver si estamos preparados para la responsabilidad penal de las personas jurídicas y si esta es realmente una responsabilidad penal como tal; tenemos que tener claro que, se quiera o no, el fenómeno de la subsecuencia delictiva existe en nuestro país y que el legislador ya ha regulado varios delitos con estas características, ahora lo que falta es comprender la trascendencia y características de esta nueva figura.