



Universidad de Chile  
Facultad de Derecho  
Departamento de Ciencias Penales

# ***Autoría y Participación*** ***y el*** ***Delito de Receptación***

Memoria para optar al Grado de Licenciado  
en  
Ciencias Jurídicas y Sociales

John R. W. MacKinnon Roehrs

Profesor Guía: Sr. Vivian R. Bullemore Gallardo

Santiago, Chile  
2002

## **Resumen**

La evolución de las Ciencias Penales en los últimos doscientos años ha correspondido a un aumento en la protección de los derechos de las personas. Este avance “garantista” se manifiesta, entre otras materias, en la separación en diversas categorías de los partícipes de un hecho ilícito, y como consecuencia, en la gradación de las penas aplicables a éstos. Es así como se han reconocido progresivamente las distinciones entre autores y otros partícipes, y quienes, actuando con posterioridad a los hechos del delito, cometen ilícitos independientes de favorecimiento y receptación.

Esta investigación apunta a presentar una contribución al debate en estas materias, introduciendo nuevos criterios distintivos, basados en los fines del Derecho Penal contemporáneo y en una revisión de la aplicación de la teoría del dominio del hecho. En primer lugar, en materias de autoría y participación -y entre otras-, respecto del artículo 15 N° 2 del Código Penal chileno, señalando las diferencias entre inducción directa -sosteniéndose que se refiere solamente a casos de autoría mediata-, e instigación, a la que, como modo de participación en el delito, correspondería aplicar la sanción del artículo 16 del mismo texto punitivo. En segundo lugar, utilizando criterios materiales, fundamentados en el bien jurídico protegido, para delimitar las conductas de favorecimiento, como ilícitos autónomos. En tercer lugar, sosteniendo que en el delito de receptación -introducido como figura independiente tras la entrada en vigencia de la Ley 19.413-, el bien jurídico protegido, al contrario de lo sostenido casi unánimemente por la doctrina, es la correcta Administración de Justicia, y no uno de contenido patrimonial.

De esto último surgen importantes consecuencias sistemáticas que se analizan en profundidad, especialmente en materias de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, así como respecto de la participación concebible en este delito, iter criminis, concursos y penalidad.

**A mis padres**

## **Agradecimientos**

Estoy en deuda con muchas personas que me han ayudado en la elaboración de esta memoria, y en la investigación de las ideas que contiene.

Me gustaría reconocer, en primer lugar, una deuda con mi maestro de Derecho Penal, don Vivian Bullemore Gallardo, quien, además de proponerme el tema de la memoria, aceptó la pesada carga de guiarme durante la investigación. Sus valiosas sugerencias y consejos, recogidos en la redacción final de esta tesis, junto con su tradicional ánimo de incitar a sus alumnos a buscar ideas novedosas como solución a los problemas del Derecho Penal, sumados con su tolerancia y respeto por las ideas que aquí aparecen en discrepancia con las suyas, merecen mi mayor agradecimiento. También le adeudo por su activa e insistente participación en el exitoso intento, aunque desorganizado, de amigos y conocidos por hacerme retornar al estudio del Derecho.

Estoy en deuda, también, con las funcionarias y funcionarios de la Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, por su extraordinaria amabilidad y su experta ayuda. Agradezco a Marión García y Ana Vásquez, a Antonieta Ubillo, Patricia Navia y Carolina Maulén, y a Eugenio Palacios por su amable disposición. Especialmente debo agradecer a Ricardo Escobar, y a Mario Ganga, quienes me permitieron obtener oportunamente valioso material bibliográfico necesario para el avance de este trabajo. También quiero reconocer la atención amable y eficiente de todos los profesionales, funcionarias y funcionarios de la Biblioteca del Congreso Nacional, y del bibliotecario del Instituto de Ciencias Penales, Luis Cruz, por su ayuda en la búsqueda de la limitada bibliografía disponible.

Finalmente, quiero agradecer a mi querida Teresa, tanto por su infinita paciencia y su permanente apoyo, como por su inestimable ayuda en la tediosa labor de corrección e impresión de esta memoria.

# Índice

## Capítulo 1

### INTRODUCCIÓN

1

## Capítulo 2

### AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

5

- A. Formas de participación y concepto de autor:  
el deslinde entre autoría y participación. 5
  - 1. Concepto de autor -Estudio desde el punto de  
vista doctrinal de la noción de autor- 5
  - 2. Teorías -Estudio de las distintas teorías para  
imputar a un sujeto un hecho “como suyo”- 8
    - a. El concepto unitario de autor 9
    - b. El concepto extensivo de autor 12
    - c. El concepto restrictivo de autor 16
      - c.1 Teoría objetivo-formal 16
      - c.2 Teoría objetivo-material 18
      - c.3 Teoría del dominio del hecho,  
u objetivo-subjetiva 19
- B. La participación
  - 1. Fundamento de la punibilidad de  
la participación 29
  - 2. La accesoriedad de la participación 31  
-El principio de la accesoriedad limitada.  
La comunicabilidad de las condiciones  
personales del autor-
  - 3. La instigación 33
  - 4. La complicidad 36
    - a. Naturaleza de la complicidad 36
    - b. Requisitos de la complicidad 36
  - 5. La participación en los delitos especiales 38

### **Capítulo 3**

#### **AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL**

<b>-La polémica de la extensión del texto legal del art. 15 del Código Penal de 1874-</b>	39
A. Precisiones legales; diferencia entre autor y partícipe en el Código Penal chileno según la doctrina tradicional	39
B. El nuevo enfoque de garantía material -proporcional-	41

### **Capítulo 4**

#### **EL ENCUBRIMIENTO**

<b>Art. 17 del Código Penal -Estudio del encubrimiento como forma de participación-</b>	58
A. Concepto y requisitos generales	58
B. Formas de intervención posterior señaladas en el art. 17	65
a. El aprovechamiento	65
b. El favorecimiento	66
b.1 El favorecimiento real	66
b.2 El favorecimiento personal	68

### **Capítulo 5**

#### **LA REFORMA**

<b>-Estudio del art. 456 bis A, introducido por la Ley 19.413, que transforma la receptación en un delito autónomo-</b>	73
A. Antecedentes históricos	73
B. La génesis de la modificación de 1995	81

### **Capítulo 6**

#### **LA INSTITUCIÓN EN EL DERECHO COMPARADO**

<b><u>-Evolución histórica-</u></b>	102
-------------------------------------	-----

## **Capítulo 7**

### **LA INSTITUCIÓN EN EL DERECHO COMPARADO**

#### **-La legislación contemporánea-**

	123
España	123
Alemania	143
Gran Bretaña	145
Francia	149
Portugal	152
Italia	153
Estados Unidos de Norteamérica	155
México	161
Argentina	165
Bolivia	169
Uruguay	171
Paraguay	171
Perú	172
Colombia	173
Venezuela	175
Ecuador	176
Panamá	176
Brasil	177

## **Capítulo 8**

### **EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO**

#### **-Estudio del bien jurídico protegido en el delito de receptación y toma de postura-**

	180
A. Cuestiones previas y teoría del bien jurídico	180
B. El bien jurídico protegido en el delito de receptación	182
I. Teorías que consideran al patrimonio como bien jurídico	183
1. La teoría del mantenimiento -o de la perpetuación-	183
2. La teoría del aprovechamiento	185
II. El orden socioeconómico como bien jurídico	186
III. La receptación vista como delito pluriofensivo	187
IV. Crítica a las teorías esbozadas	189
V. La Administración de Justicia como bien jurídico en la receptación	194

## Capítulo 9

<b><u>LA ADECUACIÓN TÍPICA</u></b>	199
A. La tipicidad objetiva	199
I. El objeto material del delito de receptación	
-La restricción del término al referirse a especies hurtadas o robadas-	200
a. El objeto del delito	200
b. Concepto de bienes que integran el objeto material	201
c. El origen: procedencia de un delito	201
d. El problema de la accesoriedad	202
e. Grado de relación de los bienes con el delito originario	
-El problema de la sustitución-	203
II. El comportamiento típico -El verbo rector-	209
a. Modalidades	209
b. Omisión	210
III. La imputación objetiva	
-o la imputación al tipo objetivo-	210
a. Generalidades	210
a.1 La causalidad como fundamento de la imputación	211
a.2 La imputación como juicio a una conducta de riesgo para el bien jurídico	214
b. Criterios de imputación en el delito de receptación	217
B. La tipicidad subjetiva	219
a. El objeto material en relación con el dolo	
-naturaleza del conocimiento de la comisión de un delito previo-	220
a.1 Como un elemento subjetivo del injusto	220
a.2 Como parte integrante de la conciencia de la antijuridicidad	220
a.3 Como parte integral del dolo típico	222
b. Objeto del conocimiento	222
b.1 Contenido del conocimiento	223
b.2 Momento del conocimiento -el dolo subsequens-	223
b.3 El dolo en relación con el comportamiento típico	224
c. Clases de dolo	224
d. Ausencia de dolo -el error de tipo en la receptación-	226
e. La imprudencia	226

## Capítulo 10

<b><u>LA ANTIJURIDICIDAD</u></b>	227
<b>-La posibilidad de realizar el tipo de lo injusto amparado por una causal de justificación-</b>	
A. El estado de necesidad justificante	227
B. Causal de justificación del artículo 10, N° 10, del Código Penal	228



## **Capítulo 11**

<b><u>LA CULPABILIDAD</u></b>	231
A. El error de prohibición	231
B. El exceso en una causal de justificación	232
C. Inexigibilidad de otra conducta	233

## **Capítulo 12**

<b><u>AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN</u></b>	234
A. La participación en la receptación	234
B. La participación en la criminalidad organizada y la receptación	240

## **Capítulo 13**

<b><u>BREVES CONSIDERACIONES SOBRE EL ITER CRIMINIS</u></b>	242
A. Generalidades	242
B. La tentativa: idoneidad y peligro	248
C. La tentativa en la receptación	250

## **Capítulo 14**

<b><u>PROBLEMAS DE CONCURSO EN LA RECEPCIÓN</u></b>	252
A. Generalidades	252
B. El concurso aparente de normas penales y el concurso de delitos	253

## **Capítulo 15**

<b><u>LA PENALIDAD</u></b>	
<b>-Factores para la determinación de la pena-</b>	257

## **Capítulo 16**

<b><u>EL LAVADO DE DINERO COMO FIGURA RELACIONADA CON LA RECEPCIÓN EN LA LEGISLACIÓN CHILENA</u></b>	259
--	-----

## **Capítulo 17**

<b><u>CONCLUSIONES</u></b>	264
----------------------------	-----

A. Estructura de la participación en el Código Penal	265
B. Análisis de la reforma	269

<b><u>BIBLIOGRAFÍA</u></b>	274
----------------------------	-----

<b><u>1. Bibliografía nacional</u></b>	274
--	-----

<b><u>2. Bibliografía extranjera</u></b>	278
--	-----

<b><u>3. Actas, documentos, proyectos, revistas y otros materiales</u></b>	293
--	-----

# Capítulo 1

## INTRODUCCIÓN

Este trabajo corresponde, aunque con pretensiones de extensión y profundidad menores, y dentro del marco monográfico y de las materias en estudio, a una manifestación de uno de los problemas del Derecho Penal contemporáneo: el enfrentamiento de una Legislación Penal expansiva con un Sistema Penal en retroceso.<sup>1</sup> El enfoque que le he dado es, desde un punto de vista elemental, garantista,<sup>2</sup> en una postura crítica al tradicional elaborado por la doctrina nacional, y de búsqueda de mejores soluciones a la función del Derecho Penal en un Estado liberal y democrático de Derecho.

Dentro de este contexto, he creído que es de estricta necesidad referirme, a manera de introducción al estudio del delito de receptación, y desde un punto de vista dogmático y legal, a algunos aspectos de la problemática de la autoría y la participación, y a las disposiciones legales que las consagran, en el Libro I del Código Penal de 1874.

Esto es porque creo que el lector debe recordar cómo han evolucionado los conceptos y criterios respecto a estas materias. Así es posible comprender el alcance que ha tenido la adopción de la corriente lógica, con la tipificación autónoma del encubrimiento y la receptación, que no admite que estas figuras puedan ser consideradas, como antaño, formas

---

<sup>1</sup> Cfr. Silva Sánchez, Jesús-María, Aproximación al Derecho Penal contemporáneo, Ed. Bosch, Barcelona, 1992, pp. 17 ss. Cfr. Silva Sánchez, Jesús-María, La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Ed. Civitas, Madrid, 1999, pp. 17 y ss; pp. 21 ss. Cfr. Cancio Meliá, Manuel, Dogmática y política criminal en una teoría funcional del delito. Universidad Nacional del Litoral, Buenos Aires, Argentina, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2000, pp. 122 y ss.

<sup>2</sup> Esta expresión subraya los aspectos relativos a las garantías formales, tanto a nivel material y normativo como de práctica efectiva, y como instrumento de crítica del derecho. Cfr. Silva Sánchez, Aproximación..., ob. cit., pp. 37 y sigs.; Cfr. Ferrajoli, Luigi, Derecho y Razón, Teoría del Garantismo penal, Ed. Trotta, Madrid, 1995, pp. 851 y sigs.; Cfr. Bustos Ramírez, Juan y Hormazábal Malarée, Hernán, Lecciones de Derecho Penal, Ed. Trotta, Madrid, V. I, 1997, pp. 32 y ss

de participación criminal.

Teniendo este objeto en mente, la manera de cumplirlo es revisando, en estas materias, el articulado del Código Penal de 1874, sometiéndolas a un análisis especial junto con el encubrimiento, tal cual está establecido en el artículo 17, para culminar con el estudio del avance que ha significado la tipificación de la receptación como un delito autónomo.

La “toma de postura” que se advierte, particularmente en mis puntos de vista en el capítulo introductorio sobre la autoría, y también en la elaboración del concepto de bien jurídico en el delito de receptación, son producto de la convicción metodológica que se insinúa. Hay que hacer política criminal “desde el consenso”. Con ello quiero expresar como significado que la labor dogmática de sello político criminal debe tener como base los principios garantistas, de mínima disensión y máxima extensión social.

Esto requiere una corta explicación. Si nos detenemos a pensar en la evolución histórica del Derecho Penal, hay dos constantes cuya valoración es, con escasas excepciones, pacífica en la doctrina, tanto pasada como contemporánea. La primera se manifiesta en la convicción, comúnmente expresada por la doctrina, de que las concepciones dogmáticas, político-criminales y sociológicas, anteriores y también las contemporáneas a la propia, sobre el objeto de su estudio, son erradas. Probablemente todos los autores que se han referido al tema han estado en lo correcto, o tienen razón. El estudio del Derecho Penal y su historia es inflexible, y da validez “científica”, por la constatación “empírica”, fácilmente reproducible, a tal afirmación.

En segundo lugar hay, sin embargo, una materia que abarca un conjunto de elementos que orientan la búsqueda de mejores soluciones dogmáticas, que son utilizados como referencia para juzgar la corrección de los planteamientos propios y la incorrección o inexactitud de los ajenos. Esta “referencia” común, utilizada tanto para criticar como para fundamentar, es el

conjunto de principios que se encuentran en la base del Derecho Penal. Son estos últimos los utilizados en las argumentaciones en este trabajo, pero no como un objeto de concordancia mínima, sino como un criterio rector en la interpretación de la ley penal.

Si las interpretaciones vienen teñidas por los matices propios y subjetivos del intérprete, dentro del marco de los sentidos posibles en el tenor literal del texto, que a su vez, es definido por el contexto social en que se encuentra, entre uno y otro -el intérprete y el texto- es dable exigir un tamiz que dé visos de racionalidad al proceso. En este “filtro” prima el sistema de garantías penales desarrolladas en el moderno Estado liberal y democrático de Derecho.

Con ello no pretendo dar un marco de mayor certeza y permanencia a los conceptos que desarrollo, sino elaborar interpretaciones que posibiliten soluciones más justas en la práctica contemporánea.

Estas nuevas interpretaciones son el resultado de un trabajo de búsqueda de criterios delimitadores entre la autoría, la participación, el favorecimiento y la receptación, que garanticen, en mejor forma que los anteriores, los derechos fundamentales que se ven reflejados en los principios básicos del Derecho Penal.

Uno de los sentidos posibles que permite el texto legal es el que defiendo en cada una de estas materias, en las que introduzco nuevos puntos de vista diferenciadores. Es así como propongo interpretar el artículo 15 del Código Penal de 1874 en forma estricta, dándole un nuevo alcance sobre la base de principios que fijan su contenido, especialmente el Nº 2, exclusivamente con la autoría. Así interpreto este número como un contenido de autoría mediata, ya sea de la estudiada como tal por la doctrina mayoritaria, como los casos de concreción en dominio del “instigador”, y otros como el dominio del hecho en la organización criminal.

Como consecuencia de esta toma de posición, me distancio de la doctrina tradicional en las materias que abarca la participación,

especialmente en la instigación, cuya delimitación me conduce a incluirla en el artículo 16 del Código Penal de 1874.

También se refleja este nuevo enfoque en las propuestas de interpretación de las distintas formas de favorecimiento y aprovechamiento, en las que me alejo sustancialmente de las antiguas posturas de la doctrina.

Finalmente, en la receptación, sostengo la posición que, a mi modo de ver, es la más consecuente con los puntos de vista esbozados. El bien jurídico protegido no es otro más que la correcta Administración de Justicia. De su estudio extraigo conclusiones que se reflejan en las soluciones que defiendo en la exposición sistemática de la institución.

Cabe señalar, también, sin extenderme en esta introducción a lo sustantivo de la exposición, que entre los conceptos esbozados como fundamento, se entiende la protección de bienes jurídicos como uno de los fines perseguidos por el Derecho Penal. Además de ser tangentes, y de estar “en roce” con el marco dogmático, los bienes jurídicos tienen como función traspasarlos con las valoraciones garantistas, cambiantes y crecientes en una sociedad democrática.

Así expuesto el tema, hay un último aspecto que quiero destacar. La crítica que hago a la doctrina tradicional y a los autores que han tratado estos temas, contrastando, cuando es necesario, sus puntos de vista con los propios, es franca. Pude, sin embargo, haber tomado una cómoda postura contemplativa, de mera descripción de lo expuesto por otros. Lo descarté porque escribí estas páginas, no con el afán de que sean interpuestas entre una silla y la humanidad de su ocupante -pretendiendo así lograr estatura-, sino que para ser leídas y criticadas, ojalá, con agudeza y profundidad.

Es de esperar que la materialidad de este trabajo, basada en una sistemática orientada a los fines del Derecho Penal, no se haya visto lesionada por el compromiso, en su exposición, con una sistemática clasificatoria, ni que esto entorpezca su comprensión.

## Capítulo 2

# AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

## A. Formas de participación y concepto de autor : el deslinde entre autoría y participación

### 1. Concepto de autor

#### -Estudio desde el punto de vista doctrinal de la noción de autor-

Las descripciones contenidas en las partes especiales de los códigos penales, incluyendo el Código penal chileno de 1874, se ha considerado, tradicionalmente, que hacen referencia a un solo sujeto en el hecho típico, o un único autor de estos tipos.

Pero, siguiendo este concepto, se señala que, en la parte general de estos mismos códigos, la punibilidad alcanza también a quienes le han prestado ayuda en la realización del delito, los llamados cómplices, y a quienes, los llamados instigadores, han determinado a otro a la ejecución del delito. Esto nos llevaría al estudio de la intervención de varios sujetos en un mismo hecho, o el llamado “concurso de personas en un mismo hecho punible”.<sup>3</sup>

Esta concepción dualista, que distingue entre autores y partícipes en los delitos dolosos, ha sido el objeto de una larga y controvertida evolución en la dogmática penal contemporánea. Poder proporcionar los criterios para señalar con certeza quién ha tenido el papel principal en la realización del delito, y quién ha tenido sólo un papel secundario en éste, son aún materia

---

<sup>3</sup> Novoa Monreal, Eduardo, Curso de Derecho Penal chileno, 2ª Ed., Ed. Ediar-Cono Sur, Tomo II, p.168.

de aguda discusión.

El criterio delineador está lejos de ser un asunto pacífico en la doctrina, y quienes sostienen particulares concepciones desde la criminología o la política criminal han ejercido gran influencia en este nuevo desarrollo. Así, por ejemplo, señala Roxin desde su punto de vista político-criminal, que “las discusiones en torno a la teoría de la participación sólo podrán ser satisfactoriamente resueltas, si se rastrean los fines político-jurídicos y se intenta apreciarlos críticamente.”<sup>4</sup>

Así expuesto, se ha considerado que los tipos de la Parte Especial se refieren a un autor en sentido estricto u ontológico.<sup>5</sup> Con ello se aceptaría que “es autor el anónimo “quién” con el que comienza la mayoría de las descripciones delictivas. El legislador parte ahí del presupuesto de que es autor quien realiza por sí mismo todos los elementos del tipo.”<sup>6</sup> Con ello, la trascendencia de las descripciones de autoría y participación de la Parte General de los Códigos Penales se limita a quienes “actúan en colaboración con otros”,<sup>7</sup> y los problemas de autoría se refieren a concurso de personas en un hecho ilícito.

Para mí, en cambio, los tipos de la Parte Especial contienen descripciones referidas a un desvalor de resultado -lesión de un bien jurídico-, en relación con un desvalor ideal de acción -o de hecho-. Con ello quiero decir que los tipos penales no se refieren a un sujeto único, ni a ningún sujeto, sino que son descripciones de lesiones o puestas en peligro de bienes jurídicos, ligadas íntimamente a un desvalor ideal de acción, y que contienen una remisión a las valoraciones jurídicas de autoría y participación de la Parte General del Código Penal. Estas últimas tampoco son descripciones ónticas, sino valoraciones que configuran un concepto jurídico-penal de autoría y participación, centrado en el dominio del hecho

---

<sup>4</sup> Roxin, Sobre la Autoría y la participación en el Derecho penal, en Problemas actuales de las ciencias penales, en homenaje a Luis Jiménez de Asúa, Buenos Aires, 1970, p.57.

<sup>5</sup> Mir Puig, Santiago, Derecho Penal, Parte General, 5ª Ed., Barcelona, 1998, pp. 357 y ss.

<sup>6</sup> Jescheck, Hans-Heinrich, Tratado de Derecho Penal, Parte General, 4ª Ed. Trad. por José Luis Manzanares Samaniego, Granada, 1993, p. 585.



que lesiona o pone en peligro el bien jurídico protegido por los tipos de la Parte Especial.

Esto se hace algo más claro al relacionar el desvalor de resultado, como lesión única de un bien jurídico, con los múltiples desvalores posibles de acción o de hecho. Tanto Bruto como sus secuaces asesinaron a César, lesionando un solo bien jurídico, la vida, pero con numerosos hechos individuales. La sanción que podríamos aplicarle a cada uno de ellos va en relación con la única lesión del bien jurídico vida, pero no fraccionada por el número de participantes en el homicidio, sino considerando cada uno de los desvalores individuales de hecho como merecedor de sanción por el homicidio. Esto es posible porque el desvalor de la acción o del hecho es considerado jurídicamente, en forma valorativa, y no en forma ontológica. Por ello es posible concebir el concepto de autor como una “descripción”, y no como un concepto “fijado”, ni mucho menos, indeterminado.<sup>8</sup>

Así es como, por ejemplo, en el Código Penal chileno de 1874, los tipos penales de la Parte Especial se entienden referidos al artículo 15, en la Parte General, donde se consideran autores quienes, desde un punto de vista valorativo, jurídico, y de acuerdo a la circunstancia actual, tienen el dominio del hecho. Es por esto que el concepto de autoría y el concepto de participación son “abiertos”, evolucionan, y podemos interpretarlos en la búsqueda de sus sentidos posibles en las condiciones sociales cambiantes, admitiendo nuevos elementos de contenido, respetando los principios de garantía, filtrantes en un Estado liberal y democrático de Derecho. Así es como distinguimos, junto al concepto de la “descripción”, criterios orientativos, o “regulativos”, que posibilitan una solución más justa respecto del caso concreto.<sup>9</sup>

---

<sup>7</sup> Jescheck, ob. cit., p. 585.

<sup>8</sup> Cfr. Roxin, Claus, Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal, Traducción de la sexta edición alemana, por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1998, § 15, pp. 127 y ss.

<sup>9</sup> Cfr. Roxin, Autoría y Dominio del Hecho..., ob. cit., § 17, pp. 146 y ss.

Planteado el tema de esta forma, los mayores problemas en los que se centra la discusión, se refieren a la delimitación concreta de la autoría, a los fundamentos de la coautoría y la autoría mediata, y la autoría y participación en determinados grupos de delitos, especialmente los llamados “de propia mano”. A esto agregaré un punto de vista personal sobre la inducción y la instigación, que será tratado en el capítulo de la autoría y participación en el Código Penal chileno.

Menor grado de conflicto, aunque por esto, también, menor riqueza doctrinaria, hay en la mayoritaria posición que aleja de la esfera de la participación las distintas formas delictivas de encubrimiento y receptación.

## **2. Teorías para imputar a un sujeto un hecho “como suyo”**

Los criterios para distinguir los diversos grados de participación en el delito y sancionar a sus autores, son diversos. Las razones que han impulsado a la dogmática a elaborar nuevas teorías y discutirlos con profundidad, la defensa de los derechos de las personas, y en general, la limitación del poder punitivo del Estado, han sido muchas veces perdidas de vista, sobre todo en las más simplistas argumentaciones que pretenden justificar la falta o inutilidad del análisis dogmático y político-criminal. El desarrollo doctrinario en los últimos siglos ha venido de la mano de la lucha contra la arbitrariedad y el ejercicio abusivo del poder.<sup>10</sup> Las críticas y

---

<sup>10</sup> Así, entre las primeras críticas liberales abiertas contra el abuso del poder absoluto, nos encontramos con la mención al tema por Beccaria: “La importancia de estorvar un atentado, autoriza la pena; pero así como entre éste y la ejecución puede haber algún intervalo, así la pena mayor reservada al delito consumado, puede dar lugar al arrepentimiento. Lo mismo es cuando haya cómplices y no todos executores inmediatos, sino por alguna razón diversa. Quando muchos hombres se unen para una acción arriesgada, a proporción de su tamaño procuran que sea igual para todos: luego será más dificultoso encontrar quien se conforme con ser el executor, corriendo mayor riesgo que los demás cómplices. La única excepción sería en el caso que al executor se le señalase un premio. Teniendo entonces una

subsecuentes avances dogmáticos y esfuerzos político-criminales deben ser entendidos en este contexto, donde la teoría del dominio del hecho es el último, más logrado e importante criterio delimitador.

### **a. El concepto unitario de autor**

Esta teoría señala que todo sujeto que interviene en un hecho debe ser considerado autor. Basado en la equivalencia de las condiciones, considera que todos aquellos cuya intervención afecte al hecho son causa del mismo, por lo tanto, autores. Así, Franz von Liszt argumentaba que “resulta del concepto de causa, que todo aquel que, poniendo una condición para el resultado sobrevenido, ha contribuido a su producción, ha causado este resultado; que, como todas las condiciones del resultado son de igual valor, no existe una diferencia esencial entre los distintos participantes en la producción del resultado y que, por tanto, su diferente penalidad sólo se justifica dentro de la misma escala penal”.<sup>11</sup> Esta concepción responde ante todo a una opción político-criminal que parte de la contemplación del delito como una obra común de todos quienes contribuyen a él y estima

---

recompensa mayor por el mayor riesgo, la pena debería ser proporcionada. Estos discursos parecerán muy metafísicos a quien no reflexione quanta utilidad hay en que las leyes deseen los menos motivos de convención entre los que se intentan asociar para cometer un delito.” (Césare Bohesana, Marqués de Beccaria, “Tratado de los delitos y de las penas”, traducido del italiano por Juan Antonio de las Casas, Madrid, 1774. Edición facsímil, Madrid, 1993, Centro de publicaciones, Ministerio de Justicia y Biblioteca Nacional, Ministerio de Cultura, España. pp. 214 y ss.)

<sup>11</sup> v. Liszt, Franz. Tratado de Derecho Penal. Traducción de la 20ª ed. alemana por Luis Jiménez de Asúa, T III, 2ª Ed., Ed. Reus, Madrid, 1929, pp. 71 y ss. Se queja, continuando con el punto, que “el vigente Derecho imperial alemán no ha sacado estas consecuencias”, aunque cita como excepciones que la legislación “mas moderna del imperio se inclina a abandonar la distinción entre los actos de autor y la participación y, por consiguiente, a hacer aplicación del principio sentado en el comienzo de este párrafo. Así ocurre en la ley de 1895, sobre el comercio y robo de esclavos, que castiga con la misma pena toda cooperación a una acción de emprender dirigida al robo de esclavos. En el mismo sentido se pronuncian los artículos 45 y 48, párrafo 2º, de la ley de 1897, sobre la emigración”. Acorde con estos conceptos, sostiene que “el encubrimiento no es una forma de participación de varios individuos en el mismo delito. Pues cómo es posible después de terminado el acto de ejecución (Pero sí es posible antes de la consumación –producción del resultado-: A ha herido mortalmente a B; antes de que B muera, C favorece la fuga de A), falta en él el único carácter común a todas las formas de participación: el haber puesto una condición para el resultado producido. Por tanto, es un delito independiente, y pertenece, como tal, a la parte especial”.(pp. 76 y ss.)

conveniente, en principio, castigar por igual a todos ellos, y especialmente sin que el castigo de unos (los partícipes) dependa de lo que haga otro (el autor).<sup>12</sup> Con ello, “sería suficiente toda conexión causal con la realización del hecho para la aplicación de una pena en calidad de autor y determinar su medida por los fines penales generales.”<sup>13</sup> “De ahí que la tesis haya sido defendida luego por la *dirección moderna* que basa el Derecho penal en la peligrosidad del delincuente, por considerar especialmente peligrosa la intervención de varios delincuentes, y por la corriente nacionalsocialista de la Escuela de Kiel, que partía de un Derecho penal de la voluntad”.<sup>14</sup>

Tanto en la doctrina penal alemana como en la española se rechaza casi unánimemente este concepto, al menos en el caso de los delitos dolosos. En cambio, en Alemania, es importante la corriente que la acepta para los delitos imprudentes. Comenzando por von Liszt, quien consideraba a la culpa la “segunda forma de culpabilidad”, tras señalar que la ciencia y la jurisprudencia se han preocupado preferentemente de delitos culposos aislados (así, por ejemplo, el homicidio culposo), dice que no debe extrañarnos “que su evolución no se haya terminado aún, que su concepto unitario permaneciese extraño al derecho romano, y que aún en nuestro derecho vigente se encuentren simultáneamente representadas diferentes fases de su desarrollo”.<sup>15</sup> Así, por ejemplo, hoy en día Wessels señala que “la necesidad de establecer diferencias entre autoría y participación existe solamente en los delitos dolosos; en los delitos culposos, estructurados de otro modo, no tiene ninguna significación.”<sup>16</sup> “Por su peculiaridad, no hay, en los delitos culposos, ...participación.” “Una colaboración en un hecho culposo sólo es posible en la forma de la “autoría accesoria” o -en caso de aprovechamiento doloso de la conducta culposa de otros- como autoría

---

<sup>12</sup> Cfr. Díaz y García, Miguel, La Autoría en Derecho Penal, pp. 117 y ss.

<sup>13</sup> Roxin, Sobre la autoría..., ob. cit. p. 58.

<sup>14</sup> Cfr. Jescheck, Tratado, ob. cit., p. 889, Mir Puig Derecho Penal, Parte General, ob. cit., p. 360.

<sup>15</sup> von Liszt, ob. cit. T.II, p.417.

<sup>16</sup> Wessels, Johannes, Derecho Penal, Parte General, Traducción de Conrado Finzi, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 149.

mediata.”<sup>17, 18</sup>

Se objeta a esta concepción, respecto de los delitos dolosos, principalmente, el enfrentamiento con los principios del Estado de derecho liberal y democrático, y la posible vulneración de los derechos fundamentales de las personas. “Sería demasiado grande el peligro de un abuso de poder mediante la discriminación jurídico-penal de personas no gratas o de grupos de habitantes”.<sup>19</sup> Manifiesta sus dudas, Díaz y García, en España, respecto a la codelincuencia, “que un concepto unitario de autor, convenientemente desarrollado y matizado adolezca de tantos defectos como pretenden sus detractores, como lo demuestra el hecho que dicho concepto se haya sostenido históricamente y en la actualidad en diversas legislaciones, señaladamente hoy la austriaca, sin demasiados inconvenientes”,<sup>20</sup> aunque opta por un concepto restrictivo de autor. Estas “dudas” de Díaz y García tienen su expresión en lengua alemana en los trabajos de Kienapfel, quien es en la actualidad el defensor de lo que se ha llamado la “teoría unitaria funcional” del concepto de autor. En su concepto unitario sostiene que “se pueden establecer y admitir diversas clases de autoría. Bajo la premisa de que “todo interviniente responde exclusivamente por su propio injusto y propia culpabilidad”, rechazando así el principio de accesoriedad, la idea principal de este autor, en la que subyacen

---

<sup>17</sup> Wessels, ob. cit., p. 193

<sup>18</sup> Hoy en día, especialmente en Alemania, se reconoce crecientemente la validez de la concepción de la coautoría culposa, contra la otrora absolutamente dominante del concepto unitario. Según señala Roxin, “la razón del ascenso de esta figura se halla en el problema, últimamente de actualidad, que plantean las decisiones colegiadas, que juegan un papel en la responsabilidad por el producto y también en los delitos contra el medio ambiente. En estas decisiones la causalidad de cada uno, no determinante para la decisión, plantea ciertos problemas, cuando la decisión da lugar a la realización imprudente del tipo. Si todos los votantes son considerados coautores, a cada uno se le imputará la aportación de los otros, y la causalidad de la acción conjunta es constatable sin problemas. La posibilidad de coautoría imprudente debe considerarse muy en serio. Para ello debería construirse en los delitos imprudentes un concepto de “ejecución conjunta” independiente, distinto del formulado para la coautoría en los delitos dolosos.” (Roxin, Claus, Las formas de intervención en el delito: estado de la cuestión, en Sobre el estado de la teoría del delito - Seminario en la Universidad Pompeu Fabra-, Ed. Jesús-María Silva Sánchez, Ed. Civitas, Madrid, 2000, p. 176.)

<sup>19</sup> Roxin, Sobre la autoría..., ob. cit., p. 58

<sup>20</sup> Díaz y García Conlledo, Miguel, Coautoría alternativa y coautoría aditiva: ¿autoría o participación? En Política Criminal y Nuevo Derecho, Libro homenaje a Claus Roxin, Ed. J.M.Silva Sánchez, Madrid, 1997, pp. 304 y ss.

fundamentalmente consideraciones político-criminales, gira en torno a la denominada por él “doble naturaleza de la codelinuencia”. Según su planteamiento, en la autoría debe distinguirse entre el plano formal (dogmático conceptual) y el plano valorativo (según merecimiento y necesidad de la pena).<sup>21</sup> Y el criterio para aplicar la pena diferenciada entre los partícipes, señala Kienapfel, citado por Hernández, “debe dilucidarse, no en el plano típico, sino en la individualización concreta de la responsabilidad del autor, en la medición de la pena, teniendo presente el merecimiento y necesidad de la pena. Para ello, y partiendo de que todos los autores se encuentran sujetos a un marco penal igualitario, se tienen en cuenta las circunstancias que han concurrido a la ejecución del delito, en virtud de las cuales podrá agravarse o atenuarse la responsabilidad específica de cada autor”.<sup>22</sup> En este concepto unitario, entonces lo fundamental ya no es el problema causal en la tipicidad, sino la aportación del sujeto al hecho, valorada en el marco de medición de la pena.

Es este desperfilamiento de los tipos penales, y la infracción al principio de legalidad, frente a la función de precisión de los tipos del principio de accesoriadad, que da fundamento a las críticas y el rechazo a la teoría unitaria, “si no se quiere producir un ataque a la seguridad jurídica, tal vez mayor que el que supone un concepto unitario de autor construido prudentemente”.<sup>23</sup>

## **b. El concepto extensivo de autor**

El estudio de esta teoría y de su complemento usual, la “teoría subjetiva de la participación” y de la llamada “doctrina del acuerdo previo”, se centra en el marco del principio de legalidad.

Este concepto se basa, al igual que el anterior, en la teoría de la

---

<sup>21</sup> Hernández Plasencia, José Ulises, La autoría mediata en Derecho Penal, Ed. Comares, Granada, 1996, pp. 7 y ss.

<sup>22</sup> Hernández Plasencia, ob. cit., pp. 8 y ss.

equivalencia de las condiciones, pero restringiéndola a partir de “los tipos legales de participación (que) aparecen, entonces, como “causas de *restricción* de la pena”, puesto que sin ellas debería castigarse a todos los intervinientes como autores”.<sup>24</sup> Para distinguir entre autor y partícipes, ya que no hay una diferenciación objetivo-causal, “habrá que buscar el criterio de la distinción en el plano de lo subjetivo: será autor quien obre con ánimo de autor (*ánimus auctoris*), será partícipe quien obre con ánimo de partícipe (*ánimus socii*). Es lo que se reconoce como “teoría subjetiva de la participación” que constituye el complemento usual del concepto extensivo de autor.”<sup>25</sup>

Principal exponente, y en solitario en la doctrina española, ha sido Conde-Pumpido, apoyado en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, (postura ya abandonada por éste) que, al igual que en Alemania, sustentada por Eberhard Schmidt<sup>26</sup> y Mezger<sup>27, 28</sup> responde a necesidades

---

<sup>23</sup> Díaz y García, ob. cit., p. 305.

<sup>24</sup> Mir Puig, ob.cit. p. 361

<sup>25</sup> Mir Puig, ob.cit. p. 361

<sup>26</sup> Hernández Plasencia, ob. cit. pp. 15 y ss. “La gran ventaja del concepto extensivo que defiende este autor (Schmidt) parece que estriba en la eliminación de las lagunas de punibilidad, producidas por el encorsetamiento a que se veía sometida la figura del autor en la teoría objetivo-formal, sobre todo en los supuestos de autoría mediata.” (p. 17) “Mientras que este autor le otorga a la distinción entre autoría e inducción un valor meramente doctrinal, porque la penalidad es idéntica en ambos casos, reconoce, sin embargo, que la complicidad supone una menor peligrosidad para el bien jurídico que la que representa la autoría.”

<sup>27</sup> La teoría de la relevancia de Mezger: “Mezger se basaba en la idea de que, además del método de las ciencias naturales, existía un método distinto para las llamadas ciencias del espíritu, que tenía por característica que a los objetos de estas ciencias se los debía comprender y además valorar. La teoría de la relevancia tiene, pues, como idea clave la noción de que la relación causal sola no puede fundar la responsabilidad por el resultado, sino que además se exige que el resultado esté conectado causalmente con el acto de voluntad del autor. La conexión debe estar basada en la teoría de la equivalencia de las condiciones. Esto implica que la causalidad es un concepto lógico que pertenece a las ciencias en general, de manera que todas las condiciones son iguales, aunque desde el punto de vista jurídico no puede afirmarse tal secuencia.” (Donna, Edgardo Alberto, La Imputación Objetiva, en RDPC, 2ª época, N°2, Julio 1998, p. 130.)

<sup>28</sup> Mezger, Edmund, Derecho Penal, Parte General, Libro de Estudio, Traducción de la 6ª Ed. alemana (1955) por Conrado Finzi, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1958. “El punto de arranque científico de toda teoría jurídico-penal de la participación es la teoría de la causalidad. La actividad del partícipe en sentido amplio (coautor, instigador, cómplice) debe haber sido causal respecto del hecho de otro, después de excluidos del ámbito de la participación los llamados hechos posteriores. Sólo si existe este presupuesto, se puede decir que alguien “participa” en el hecho.” (pp. 298 y ss.) También señala, refiriéndose a la diferenciación entre las diversas formas de participación, que “pueden diferenciarse *subjetiva u objetivamente*, según que se lo haga de acuerdo con la *dirección de la voluntad*

político-criminales de la época.<sup>29</sup> Estas son para “evitar lagunas en el tratamiento de los sujetos que merecen ser considerados como autores por la importancia de su intervención.”<sup>30</sup> La solución recibió duras críticas tras su aplicación jurisprudencial. Son muy conocidos los casos “de la bañera” y el “caso Staschinskij”, producto de esta concepción en la jurisprudencia alemana, donde lo definitorio para fundamentar la autoría lo constituye el aspecto subjetivo (el RG<sup>31</sup> condenó como cómplice a una mujer que ahogó al hijo recién nacido de su hermana, la que fue condenada como autora; el BGH<sup>32</sup> condenó como cómplice a un agente soviético que asesinó, por orden superior, a dos exiliados soviéticos en Alemania).

Como señala el mismo Mir Puig, “estas necesidades no pueden ser colmadas apartándose de la ley sin que con ello se infrinja el principio de legalidad.”<sup>33</sup> Al determinar claramente la ley cuál es la conducta prohibida, los comportamientos no comprendidos en la descripción no son sancionables, y para esta teoría al identificar la acción con la causa, los incluye.

En España se desarrolló, al amparo del Tribunal Supremo, la doctrina

---

*del autor* o de acuerdo con elementos que *están fuera de esta voluntad*, respectivamente.” (p. 301) “El punto de partida decisivo para diferenciar las distintas formas de participación es la dirección subjetiva de la voluntad del partícipe: el autor actúa con voluntad de autor, el instigador con voluntad de instigador y el cómplice con voluntad de cómplice. Pero tal dirección subjetiva de la voluntad se reconoce y se determina, por lo general, en virtud de determinadas características objetivas externas, y está sujeta a ciertas limitaciones objetivas.” (p. 302)

<sup>29</sup> Welzel (Welzel, Hans, Derecho Penal Alemán, Parte General, 11ª Edición, Traducción de Sergio Yáñez Pérez y Juan Bustos Ramírez, Ed. Jurídica de Chile, 1976, p. 144) en su crítica al concepto extensivo de autor señala que “relacionaba la autoría con la causación de una realización típica, de modo que la instigación y la complicidad -por ser ellas también causantes de la realización del tipo- aparecieron materialmente como formas de autoría, que simplemente eran penadas en forma más leve en virtud de disposición del Derecho Positivo, o sea, como causales de limitación de la punibilidad. Esta doctrina trasladó el concepto de autor, válido en los delitos culposos, a los delitos dolosos; fracasó en los delitos de propia mano y en los delitos especiales propios, en los cuales las disposiciones sobre participación son indiscutiblemente causales de extensión de la punibilidad y no meras causales de limitación de la punibilidad.” Y continúa al calificarla de ser “un fruto tardío de la doctrina causalista de la acción, que trasladó el concepto de autor válido en los delitos culposos (=concepto de causante) a los tipos dolosos.”

<sup>30</sup> Mir Puig, Derecho Penal, ob. cit., p. 362.

<sup>31</sup> Reichsgericht (Tribunal Supremo del Reich)

<sup>32</sup> Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Federal alemán)

<sup>33</sup> Mir Puig, Derecho Penal, ob. cit., p. 362.



del “acuerdo previo”. Esta particular concepción subjetiva de la participación fue producto de una cuestionada evolución, que se origina a partir de la sentencia de 7 de noviembre de 1890.<sup>34</sup> Esta doctrina, según sentencia de 16 de mayo de 1963, se basa en que “cuando varios se conciertan para la comisión de un hecho delictivo...forman una verdadera *societas sceleris*, en que todos y cada uno son verdaderos autores de la infracción de acuerdo con los aps. 1º y 3º del art. 14 del CP”.<sup>35</sup> En un principio, la doctrina, al faltar el acuerdo previo, sólo tenía como significado la falta de confabulación y la falta de dolo. Es decir, exigía confabulación y dolo para configurar la autoría (toma parte directa en la ejecución del hecho). Luego evoluciona el punto de vista del Tribunal Supremo español a falta de confabulación, pero existiendo el dolo, con lo que extiende aún más este concepto subjetivo. Posteriormente, en distintas sentencias, entremezcla ambos criterios. Con razón, critica Gimbernat, el Tribunal Supremo “tal vez sin darse cuenta, (se encontró) de pronto con una teoría de la participación cuando lo que en realidad quería era resolver problemas de intencionalidad”.<sup>36</sup>

Una de las necesidades político-criminales que han dado lugar a este tipo de elaboraciones, a las que se refiere Mir Puig,<sup>37</sup> es la dificultad de la teoría respecto de la admisibilidad de la autoría mediata. Existía la deficiencia -en la teoría- de no poder “ajustar” dogmáticamente la presencia de la autoría mediata entre los conceptos de autoría directa y de instigación.

Con respecto a la coautoría, Welzel, criticando a esta teoría, se preguntaba: “¿...qué significa querer el hecho como propio o como ajeno? ¿Puede alguien a través de su mera voluntad hacer el hecho “propio” o deshacerse del hecho “como ajeno” mediante la correspondiente voluntad de cómplice? Esto es imposible: el hecho debe ser realmente la obra del autor”.<sup>38</sup> Y luego remarcaba su crítica al señalar que “la teoría subjetiva

---

<sup>34</sup> Gimbernat Ordeig, Enrique, Autor y cómplice en Derecho Penal, Ed. Universidad de Madrid, 1966, p. 57.

<sup>35</sup> Gimbernat, ob. cit., pp. 62 y ss.

<sup>36</sup> Gimbernat, ob. cit., pp. 65 y ss.

<sup>37</sup> Mir Puig, Derecho Penal, ob. cit., p. 362.

<sup>38</sup> Welzel, ob. cit., p. 157

también es peligrosa porque necesariamente conduce a un Derecho Penal del ánimo”.<sup>39</sup>

### **c. El concepto restrictivo de autor**

Estudio de los criterios restrictivos diferenciadores que permitirían distinguir cuándo concurre una contribución al hecho de autor y cuándo una de partícipe.

#### **c.1 Teoría objetivo-formal**

**La ejecución del tipo.** Cuando se abandona la causalidad, como principio rector de la autoría, para transformarla en un elemento más del tipo del injusto, pasa a considerarse autor quien ejecuta la acción que causalmente produce el resultado. Pero, ya no es cualquier acción causal, como en las teorías unitarias, sino la acción descrita en el tipo penal. De aquí nace la distinción entre autores y partícipes, que son aquellos que cooperan sin llegar a ejecutar la acción típica del delito. Para Beling, autor es aquel que ejecuta por sí mismo, en todo o parte, la acción descrita en el tipo penal.<sup>40</sup> Con este punto de partida, esta teoría, nacida para diferenciar al autor de los partícipes, aunque soluciona en parte este problema, aparece como incapaz de diferenciar las diversas formas de autoría, y resulta especialmente muy difícil definir la autoría mediata (no realiza de propia mano la acción típica) y la coautoría. (el subrayado es mío)

**La realización del tipo.**<sup>41</sup> Esta variante de la teoría objetivo-formal

---

<sup>39</sup> Welzel, ob. cit., p. 157.

<sup>40</sup> Hernández Plasencia, ob. cit, p. 22.

<sup>41</sup> Díaz y García Conlledo, Miguel, La autoría en Derecho Penal, Ed. PPU, Barcelona, 1991, p. 447 y ss. En contra de esta denominación de la variante española de la teoría, Hernández Plasencia, ob. cit., p. 25 y ss., que prefiere llamarla de “La subsunción en el tipo”, que dice: “Para estos autores, la realización del tipo, y por tanto la autoría, se deriva de que la

tiene fuerte presencia en España, destacando como sus iniciadores Gimbernat Ordeig<sup>42</sup> y Rodríguez Mourullo,<sup>43</sup> a los que han adherido recientemente, entre los más destacados, Emilio Octavio de Toledo y Ubieto y Susana Huerta Tocildo.<sup>44</sup>

Para Gimbernat, autor es, estrictamente, “aquel cuya conducta es subsumible, sin más, en el tipo de la parte especial”.<sup>45</sup> Para Rodríguez Mourullo, “autor es, en sentido estricto, quien realiza antijurídica y culpablemente, por sí mismo o a través de otra persona que obra como instrumento, el hecho punible descrito en la correspondiente figura delictiva.”<sup>46</sup>

Octavio de Toledo y Huerta Tocildo, señalan que el concepto de autor, en sentido estricto, se encuentra “en cada uno de los tipos de lo injusto de cada delito”,<sup>47</sup> como un problema de interpretación de los mismos. Niegan que sea posible encontrarlo a partir de la parte general del antiguo artículo 14 del Código Penal español, que es “una norma que permite extender la pena prevista para el autor en sentido estricto a ciertos intervinientes en el delito que no son autores, pero, que, a tal efecto punitivo, la ley los considera así”,<sup>48</sup> “puesto que autor es la persona que realiza la conducta típica”.<sup>49</sup> También es importante señalar que para ellos, “la

---

conducta del sujeto sea subsumible en los tipos de la PE, lo que especifica mejor la naturaleza de su criterio que la propia y general de realización del tipo.” y cita a Rodríguez Mourullo (Comentarios, p. 811), “cuando indica que “la base del concepto restrictivo de autor debe constituir la idea de realización -y no la de ejecución física- de la correspondiente figura delictiva”.”

<sup>42</sup> Gimbernat Ordeig, Enrique, ob. cit., pp. 215 y ss.

<sup>43</sup> Rodríguez Mourullo, Gonzalo, Juan Córdoba Roda, Comentarios al Código Penal, T I, Ed. Ariel, Barcelona, 1972, pp. 802 y ss.

<sup>44</sup> Octavio de Toledo y Ubieto, Emilio y Huerta Tocildo, Susana, Derecho Penal, Parte General, 2ª. Ed., Ed. Castellanos, Madrid, 1986, pp. 479 y ss.

<sup>45</sup> Gimbernat, ob. cit. 219.

<sup>46</sup> Rodríguez Mourullo, Comentarios, ob. cit, p. 802.

<sup>47</sup> Octavio de Toledo y Huerta Tocildo, ob. cit., p. 480

<sup>48</sup> Octavio de Toledo y Huerta Tocildo, ob. cit., p. 483.

<sup>49</sup> Octavio de Toledo y Huerta Tocildo, ob. cit., p. 481. Señalan que “ello no obsta a que pueda decirse de él que tiene el “dominio del hecho”, pero no es éste el criterio que se emplea para distinguir el autor del partícipe: si al inductor no se le califica de autor sino de partícipe no es porque carezca del dominio del hecho, es porque no realiza actos típicos (el inductor de un homicidio, por ejemplo, no es el que “mata”). Por otra parte, este criterio de la realización de los actos típicos no tropieza con las mismas dificultades que encuentra la teoría del dominio del hecho para distinguir entre autores y partícipes en los delitos

diferenciación entre autores en sentido estricto y autores equiparados a efectos de pena, así como la distinción entre cooperadores necesarios y cómplices, únicamente puede llevarse a cabo mediante criterios objetivos”.<sup>50</sup>

Se critica esta concepción de la autoría, aún cuando reconduce la autoría a la sede del tipo, en forma general, porque “no logra ofrecer un criterio material para realizar esa subsunción en la ley, o para identificar qué tipo de acciones son ejecutivas del tipo”,<sup>51</sup> teniendo dificultades en los delitos cuyo tipo sólo requiere expresamente la causación de un resultado, en la autoría mediata y en la coautoría.<sup>52</sup> Bacigalupo, por ejemplo, señala que este criterio no brinda más que una solución aparente, “cuando se reconoce que los tipos de la parte especial están concebidos sin tomar en cuenta más que un único autor, es decir, un supuesto en el que no se presenta el problema de la distinción entre autores y otros partícipes”.<sup>53</sup>

## **c.2 Teoría objetivo-material**

Con las evidentes dificultades de la teoría objetivo-formal para precisar cuáles eran las acciones ejecutivas del tipo, desde ella surgieron quienes utilizaron como correctivo argumentos materiales. Esto conlleva a

---

imprudentes, pues sólo el que realiza el tipo de lo injusto del delito imprudente (y no, por ejemplo, quien le induce a comportarse imprudentemente) será el autor, con lo que se evita caer en un concepto extensivo de autor por lo que a esta forma de delito se refiere.

<sup>50</sup> Octavio de Toledo y Huerta Tocildo, ob. cit., p. 483.

<sup>51</sup> Hernández Plasencia, ob. cit. p. 29.

<sup>52</sup> Cfr. Mir Puig, ob. cit., pp. 364 y ss. “La teoría objetivo formal tropieza con dificultades: a) en los delitos cuyo tipo sólo requiere expresamente la causación de un resultado, sin medios típicamente determinados, puesto que no viene a ofrecer ningún criterio que permita distinguir entre mera causación y autoría, por lo que conduciría a la misma amplitud del concepto extensivo de autor; por ejemplo, todo el que contribuye a la muerte de una persona es causa de su muerte y en este sentido podría entenderse que la “mata”, aunque la contribución haya consistido en inducir a otro a disparar o en prestarle la pistola; b) ante la figura de la autoría mediata; c) en la coautoría, cuando alguno de los intervinientes principales no realiza ningún acto típico en sentido estricto; ejemplo: para alcanzar la fruta de un árbol ajeno, A sube encima de B, de modo que éste no “toma” la fruta. En suma: la teoría objetivo-formal resulta ilimitada en los delitos meramente resultativos y excesivamente limitada, en cambio, en los delitos de medios determinados.”

<sup>53</sup> Bacigalupo, Enrique, Manual de Derecho Penal, Parte General, Ed. Temis, Colombia, 1989, pp. 81 y ss. Señala, por ejemplo, que “en el delito de homicidio se dice que realiza el tipo el que mate a otro, pero de allí no es posible deducir quién es el que mata a otro cuando son varios los que toman parte directa en el hecho”.

un retorno a concepciones causales, y lo que es peor, en la búsqueda del autor se sobrepasan las fronteras de la tipicidad.

En Chile, tenemos los intentos de Novoa, que conformándose con una posición objetivo-formal sólo para los delitos de acción, busca fundamentar en criterios objetivo-materiales la noción de autor en los delitos de resultado.<sup>54</sup>

Por otra parte, Etcheberry, concordando en la postura inicial de Novoa, respecto de los delitos de acción, descarta la posibilidad de que la ley chilena se base en el principio de causalidad, y sostiene que más bien se fundamenta en el principio de la voluntariedad, trayendo elementos propios de la teoría subjetiva para configurar un criterio objetivo-material.<sup>55</sup> Afirma por ello que “nuestra ley exige una cierta vinculación objetiva con el hecho, aunque no sea causal, sino meramente potencial, o relativa a los efectos, y no a la acción misma.”<sup>56</sup> (el subrayado es mío)

### **c.3 Teoría del dominio del hecho, u objetivo-subjetiva.**

Originada en el finalismo, al considerar que en los delitos dolosos es autor quien domina finalmente la ejecución del hecho, se considera su máximo exponente y creador a Welzel, aunque ya otros habían utilizado la expresión en el mismo sentido.<sup>57</sup> Para éste, el concepto de autor “surge de las determinaciones fundamentales del concepto final de acción y del concepto personal de lo injusto para la acción dolosa, dado que la teoría del autor no tiene otra finalidad que establecer el centro personal de acción del hecho antijurídico. Es por eso que a la autoría (de un delito doloso)

<sup>54</sup> Cfr. Soto Piñero, Miguel, La noción de autor en el Código Penal chileno, en La Gaceta Jurídica, Año XI, 1986, N° 68, pp. 18 y ss.

<sup>55</sup> Cfr. Etcheberry Orthusteguy, Alfredo, Derecho Penal, Parte General, Tomo II, 3ª. Ed., 1998, pp. 73 y ss.

<sup>56</sup> Etcheberry, Derecho Penal, Parte General T. II, ob. cit., p. 75.

<sup>57</sup> Mir Puig, ob. cit. p. 365. “Antes de Welzel otros autores habían empleado ya el concepto de “dominio del hecho” (Bruns, v. Weber, Horn, y, ya en un sentido actual, Löbe), pero fue el influjo de Welzel el que condujo a la doctrina actual: cfr. Roxin, Täterschaft, pp. 60 ss., 64 ss.”. Cfr. Roxin, Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal, ob. cit., § 11, pp. 79 y ss.

pertenece en general el dominio final sobre el hecho (como elemento genérico personal de lo injusto de los tipos dolosos); a ello se agregan en muchos casos, como elementos especiales de autor, las características personales objetivas y subjetivas de lo injusto.”<sup>58</sup>

Con este nuevo punto de vista, descienden del primer plano del análisis los problemas de quién causa el hecho o quién ejecuta la acción típica, para ser reemplazados por la problemática de quién domina la ejecución de ésta.

En la teoría del dominio del hecho, podemos hablar de participación cuando nos encontramos con un delito doloso, mas no en el caso de los delitos culposos. Como señala Maurach, es distinto el juicio sobre el contenido de la autoría; “participación únicamente es posible en los hechos dolosos, imposible resulta, por el contrario, en los culposos.”<sup>59</sup> Bustos señala que, como la condición esencial del delito culposo es “la falta del cuidado objetivo, es imposible hablar de partícipes, ya que ello requiere intervenir con conocimiento y querer en un hecho principal”.<sup>60</sup>

Respecto del problema de los límites entre la autoría y la participación, para Maurach, la cuestión del dominio del hecho resolverá la calificación de autores y partícipes. Define el dominio del hecho (para él, del acto) como “el doloso *tener las riendas* del acontecimiento típico, esto es: la posibilidad conocida por el agente de dirigir finalmente la configuración del tipo. Dominio del acto lo tiene todo cooperador que se encuentra en la situación real, por él percibida, de dejar correr, detener o interrumpir, por su comportamiento, la realización del tipo. Todas las formas de participación se caracterizan, frente a la autoría, por la circunstancia de faltar al cooperador el dominio del hecho.”<sup>61</sup>

El mayor desarrollo de la teoría del dominio del hecho, aun cuando

---

<sup>58</sup> Welzel, ob. cit., p. 145.

<sup>59</sup> Maurach, Reinhart, Tratado de Derecho Penal, T. II, Ed. Ariel, Barcelona, 1962. Traducción de Juan Córdoba Roda, p. 307.

<sup>60</sup> Bustos Ramírez, Juan, El delito culposo, Ed. Jurídica de Chile, 1995, p. 96.

ésta surgió y creció al alero de los autores finalistas (método ontológico), se encuentra entre los seguidores de Roxin (método teleológico), quien dio precisión y mayor fundamento al concepto, en su escrito de habilitación sobre “Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal”.<sup>62</sup>

Según Bottke, siguiendo a Roxin, en su doctrina sobre la autoría, ésta se fundamenta en los principios siguientes. “El primer principio es que el autor es la figura central del suceso. El segundo es el examen de que para la autoría en los “delitos de dominio”, el dominio del hecho sea constitutivo de la autoría. El tercero es la admisión de que el dominio del hecho sea un concepto necesitado de concreción y referido al tipo. El cuarto es la afirmación de que esos juicios están en el camino de poder alcanzar una síntesis entre el método ontológico y teleológico. El quinto es el postulado de que en los delitos especiales el ejercicio actual y efectivo del dominio del hecho no sea constitutivo de la autoría. Y es el sexto la tesis de que en los delitos especiales, caracterizados por la infracción de un deber, es precisamente la infracción del deber lo que determina la autoría, lo que, en particular, también es válido para los delitos impropios de omisión.”<sup>63</sup> De estos seis principios o postulados, entrevemos que los pilares del sistema son el autor, como figura central del acontecimiento típico, y que el dominio del hecho está construido como un concepto abierto.

El mismo Roxin nos aclara algunos de estos conceptos. Fundamenta la teoría en la realización del tipo, sin depender “necesariamente del elemento formal de la realización de propia mano, sino del criterio material del dominio del hecho”.<sup>64</sup> Obtiene de esto como conclusión que el dominio

---

<sup>61</sup> Maurach, ob. cit., p. 309.

<sup>62</sup> Roxin, Autoría y Dominio del Hecho, ob. cit., obra de gran vigencia que ya alcanza las siete ediciones en lengua alemana -la última en 1999-, desde su publicación en 1963, y que ha provocado que durante veinte años en Alemania no se publicara otra monografía sobre la materia.

<sup>63</sup> Bottke, Wilfried, Estructura de la autoría en la comisión y en la omisión como requisito para la construcción de un Sistema de Derecho Penal de la Comunidad Europea, en Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal, Libro-Homenaje a Claus Roxin, Bosch, Barcelona, 1995, pp. 311 y ss.

<sup>64</sup> Roxin, Claus, Sobre la autoría y participación en el Derecho Penal, en Problemas actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho, en Libro-Homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa, Buenos Aires, 1970.

del hecho no es una definición exacta, bajo la cual pueda subsumirse cualquier suceso, sino que “sólo es posible captar las diversas formas de correalización delictiva, mediante un método orientado a la descripción de los fenómenos reales de la vida, buscando penetrar en su estructura fundamental”.<sup>65</sup>

En la autoría, distingue tres formas de dominio del hecho, conforme las tres figuras fundamentales: la autoría directa, la autoría mediata y la coautoría.

En la autoría directa, o inmediata, siendo autor el que ejecuta por sí mismo la acción típica, el dominio del hecho se traduce en “dominio de la acción”, que es para él el elemento más característico en gran parte de los delitos dolosos de acción. Aquí, debe precisarse que “la alusión a todos los elementos típicos habrá de referirse a todos aquellos *realizables* por el autor, pues los tipos penales a veces contienen elementos realizables por otros sujetos, por el propio sujeto pasivo, o por un tercero, por ejemplo, la disposición patrimonial en el delito de estafa, ( o ) por ejemplo, el taxista ignorante de que traslada la droga al traficante, quien tampoco es autor de un delito. Para determinar la autoría no se puede perder la perspectiva del hecho típico sobre el que debe proyectarse en los delitos dolosos el dominio. La autoría no opera como centro de imputación de acciones, ni siquiera de actos ejecutivos típicos, sino de hechos típicos, integrados por el conjunto de los elementos que convierten la lesión del bien jurídico en típica.”<sup>66</sup>

En la autoría mediata, caracteriza el dominio del hecho como “dominio de la voluntad”, donde la realización del tipo penal ya no es de propia mano, sino mediante la utilización de otro como “herramienta”, que no puede resistirse a la voluntad dominante del hecho. Lo estructura en tres tipos de dominio de la voluntad: primero, en la utilización, para ejecutar un plan delictivo, a otro “que obra por error, que no “ve” los hechos y, por lo tanto, no puede oponer resistencia al que maliciosamente maneja desde

---

<sup>65</sup> Roxin, ob. cit., p. 61.

<sup>66</sup> Hernández Plasencia, ob. cit., pp. 36 y ss.



atrás los hechos”;<sup>67</sup> segundo, la utilización mediata el uso de la fuerza coactiva, “mediante la amenaza de un peligro actual para el cuerpo o la vida a la realización de un hecho punible”;<sup>68</sup> tercero, aquella que designa como “dominio de la voluntad mediante un aparato de poder organizado”,<sup>69</sup> refiriéndose a organizaciones jerarquizadas, de carácter diverso, como gangsteriles o aún bajo el amparo de la fuerza del Estado.

En la coautoría, al dominio del hecho lo designa como “dominio funcional del hecho”, en el que los aportes en la ejecución completan la realización del tipo. “El dominio en cada partícipe aquí no se apoya en la ejecución de propia mano, pues la amenaza, el apoderamiento, el ejercicio de la violencia, la ejecución del acceso carnal, no realizan por sí solos el tipo; ni tampoco por una superioridad voluntaria en el sentido de la autoría mediata, sino en la división del trabajo, sin la cual la realización del tipo elegido sería”<sup>70</sup> imposible.

En Chile, la teoría del dominio del hecho fue planteada por primera vez por el Profesor Sergio Yáñez Pérez, con ocasión del centenario del Código Penal chileno.<sup>71</sup> Refiriéndose a los numerando del artículo 15 del Código Penal, afirmó que éstos permiten “la aplicación de un concepto abierto, de un principio regulativo como es el dominio del hecho. A cada una de estas figuras fundamentales de autoría corresponde cierta forma de

---

<sup>67</sup> Roxin, Sobre la autoría, ob. cit., pp. 62 y ss. “Otras formas de autoría mediata, como p.e. el uso de niños en la comisión del delito, sólo constituyen variaciones de los tipos fundamentales ya presentados: al niño tanto le falta el conocimiento del significado del hecho (por lo que se presenta un caso de error), como le resulta irresistible el impulso proveniente del que obra detrás de él (con lo que aparece la correspondencia con los casos de coacción). Lo mismo puede decirse de los enfermos mentales utilizados como herramienta para la ejecución. De todos modos aparecen también distintas formas de dominio de la voluntad: cuando un jefe de Estado comete acciones delictivas, a menudo no se contenta con poner en movimiento su aparato de poder mediante la emisión de una orden, sino que puede coaccionar con amenazas adicionales en el caso concreto y él mismo proporcionar los medios del engaño, al hacer reflejarse en su propio modo de comportarse la juridicidad. Por lo tanto, las tres formas de dominio de la voluntad permanecen en el mismo contexto.”

<sup>68</sup> Roxin, Sobre la autoría, ob. cit., p. 63.

<sup>69</sup> Roxin, Sobre la autoría, ob. cit., p. 63

<sup>70</sup> Roxin, Sobre la autoría, ob. cit., pp. 65 y ss.

<sup>71</sup> Yáñez Pérez, Sergio, Problemas básicos de la autoría y de la participación en el Código Penal chileno, en Actas de las Jornadas Internacionales de Derecho Penal, en Celebración del Centenario del Código Penal chileno, Valparaíso, 1975.

dominio del hecho que Roxin ha caracterizado como “dominio de la acción”, “dominio de la voluntad”, y “dominio funcional”.<sup>72</sup>

Adhiere a esta posición Soto Piñeiro, para quien “el criterio básico para establecer la figura de autor y diferenciarla de la del cómplice, es el criterio del dominio del hecho, en las tres formas que este puede revestir”,<sup>73</sup> y, parcialmente, Cury Urzúa.<sup>74</sup>

En la Jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia chilenos, esta doctrina ha ido imponiéndose paulatinamente gracias a los esfuerzos del Profesor Vivian Bullemore Gallardo, quien, como sostenedor de ésta desde la Cátedra de Derecho Penal en la Universidad de Chile, la ha defendido en sus fallos como Abogado Integrante de la Corte Suprema.

Así, en una sentencia del máximo Tribunal, del quince de octubre de mil novecientos noventa y ocho,<sup>75</sup> señala los límites de la autoría, según la teoría del dominio del hecho, aplicando ésta al artículo 15 del Código Penal chileno. En este fallo se absuelve al encausado por el delito de fraude contemplado en el inciso tercero del artículo 240<sup>76</sup> del Código Penal, cometido en contra de la Municipalidad de Ercilla, por no haberse

---

<sup>72</sup> Yáñez, Problemas, ob. cit., p. 181.

<sup>73</sup> Soto Piñeiro, Miguel, La noción de autor...ob. cit., p 52.

<sup>74</sup> Cury, ob. cit., p. 250. “Aquí se ha reconocido que esta crítica es válida en lo tocante a la disposición del N°1, segunda parte. También que, en algunos casos, las conductas regidas por el N° 3, primera parte, constituyen hipótesis de autoría intelectual. Pero no me parecen convincentes los argumentos con que Yáñez, apoyándose tan sólo en la exigencia de un “concierto previo”, pretende demostrar que todas las situaciones previstas por este número se refieren a verdaderos autores.”

<sup>75</sup> Corte Suprema, causa rol N° 1905-98, Recurso de Casación en el Fondo; Casación de oficio y Sentencia de reemplazo, quince de octubre de 1998. Ministros Srs. Guillermo Navas, Enrique Cury, José Luis Pérez, Alberto Chaigneaux y el abogado integrante Sr. Vivian Bullemore. Redactada por el abogado integrante Sr. Vivian Bullemore Gallardo.

<sup>76</sup> Art. 240. El empleado público que directa o indirectamente se interesare en cualquiera clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo, será castigado con las penas de reclusión menor en su grado medio, inhabilitación especial perpetua para el cargo u oficio y multa del diez al cincuenta por ciento del valor del interés que hubiere tomado en el negocio.

Inc. 3º Las mismas penas se impondrán a las personas relacionadas en este artículo, si en el negocio u operación confiados a su cargo dieren interés a su cónyuge, a alguno de sus ascendientes o descendientes legítimos por consanguinidad o afinidad, a sus colaterales legítimos, por consanguinidad hasta el tercer grado inclusive y por afinidad hasta el segundo también inclusive, a sus padres o hijos naturales o ilegítimos reconocidos, o a personas ligadas a él por adopción.

establecido su intervención en términos que satisfagan las exigencias del artículo 15 del Código Penal.

Es necesario revisar algunas de sus consideraciones más relevantes en las que trata estas materias. Es así como señala “que para verificarse tal conducta en calidad de autor, que es la única calidad que se le imputa en la sentencia impugnada y que se le podría atribuir dada la forma en que acaecieron los hechos, necesariamente debería el querellado haber tenido una actuación en los términos que señala alguno de los numerales del artículo 15 del Código Penal”.<sup>77</sup> “Que, de acuerdo a lo que se viene expresando, debe analizarse en forma previa la posibilidad de una autoría directa, conforme al número 1 del artículo 15 del Código Penal, en sus dos hipótesis, a saber: tomar parte en la ejecución del hecho de una forma inmediata y directa, o tomar parte en la ejecución impidiendo o procurando impedir que se evite ese hecho.”<sup>78</sup> Explayándose sobre estas hipótesis, señala que “se exige perentoriamente tomar parte en la ejecución del hecho, en este caso, consistente en dar interés a determinados parientes del funcionario público en relación a negocios u operaciones de las que se encuentre a cargo... En otras palabras, concretamente, el encausado debería haber tomado parte en la ejecución de los actos o contratos de compraventa que se reprochan en la querrela de autos, pues ellos constituyen los actos que debieron haber estado a su cargo y mediante los cuales concretamente podría haber dado interés a su madre y hermano. Ciertamente, la voz “ejecución” del artículo 15 N° 1 nada tiene que ver con el cumplimiento de una de las obligaciones que derivan del contrato de compraventa en un sentido contractual, como es el pago del precio.... En un sentido jurídico penal, significa la intervención material en el acto mismo de la compraventa, por ejemplo, pactando el precio, escogiendo directamente las mercaderías en los supermercados en cuestión o, en buenas cuentas, efectuando la compra personalmente.”<sup>79</sup> “En autos no existen antecedentes que permitan sostener que tal clase de intervención le cupo al

---

<sup>77</sup> Idem, considerando 2º, Sentencia de reemplazo.

<sup>78</sup> Idem, considerando 3º, Sentencia de reemplazo.

encausado...(y) la intervención del alcalde se limitó a firmar los cheques con que se pagaron las mercaderías y las órdenes de pago. Más aún, queda claro a partir de tales declaraciones, que en modo alguno el encausado ordenaba realizar compras en lugares específicos y que ellas dependían, en verdad, de un departamento de adquisiciones, que en ello actuaba con autonomía para determinar la alternativa de compra. A mayor abundamiento, debe recordarse que la compraventa es un contrato consensual, que se perfecciona por el consentimiento de las partes en cuanto a la cosa y el precio. En tal sentido, la intervención del encausado en relación a ese contrato es posterior y sólo en cumplimiento de la ejecución del mismo..., de modo tal que cuando el encausado giró los cheques y firmó las órdenes de pago sólo cumplió cabalmente con una obligación contractual válidamente contraída y que no podía eludir. ... El hecho de que los diversos contratos de compraventa se encontrasen perfeccionados antes de toda intervención del encausado obliga, además, a concluir que en todos los casos que se le reprochan en la querrella carecía este último del elemento central de toda autoría, que es el dominio final del hecho.<sup>80</sup> (el subrayado es mío)

El argumento en lo antedicho es impecable, con la salvedad que, según señalo, infra, capítulo 3, el concepto de autoría que expongo se corresponde más con uno que, aunque manteniendo un sustrato fáctico, es de base normativa. Por ello caracterizo al dominio del hecho como desprovisto del calificativo “final”, y por lo tanto, en una posición más cercana a la elaborada como crítica del concepto tradicional de acción.<sup>81</sup>

Respecto del artículo 15, N° 2, la sentencia que se comenta señala que “esta disposición consulta dos hipótesis distintas: el ejercicio de fuerza moral y la inducción. A partir de los antecedentes que obran en

---

<sup>79</sup> Idem, considerando 4º, Sentencia de reemplazo.

<sup>80</sup> Idem, considerando 5º, Sentencia de reemplazo.

<sup>81</sup> Cfr. Marinucci, Giorgio. El delito como “acción”. Crítica de un dogma. Trad. de José Eduardo Sáinz-Cantero Caparrós, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1998, pp. 57 y ss.

-Esta crítica se basa también en el rechazo de la causalidad como base de un juicio de imputación, lo que viene de la mano con descartar la posibilidad de concebir a “la acción” como un elemento independiente y unitario en la sistemática del delito, incluyéndolo como un problema de tipicidad en los delitos dolosos de comisión.-

autos,...puede sostenerse no sólo que el encausado no haya ejercido fuerza moral sobre terceros para que compraran en negocios de sus familiares, sino que, por el contrario, puede tenerse por acreditado exactamente lo opuesto, esto es, que dichos terceros determinaron con entera libertad dónde y a quién efectuar las compras.”<sup>82</sup>

También señala que no es posible “afirmar en la especie la existencia de una inducción o instigación, expresiones que, más allá de algunos matices, suelen hacerse sinónimas. Tradicionalmente se ha señalado que el inductor es quien dolosamente hace nacer dolo en otro para la comisión de un delito. ...Una tal conducta habría requerido, por ejemplo, una orden expresa a los encargados concretos de las compras para efectuarlas en los supermercados... Y en todo caso, la autoría mediata, entendida como el valerse de la conducta de otro para la comisión de un ilícito, y que en opinión de algunos debiera entenderse incluida dentro de un concepto más amplio de la inducción, también supone dolo en la conducta del agente y un dominio final del hecho basado en el dominio de la voluntad del que actúa materialmente -el caso de quien convence a un esquizofrénico de dar muerte a quien supuestamente lo persigue para, a su vez, darle muerte; o el del superior jerárquico que insiste en la orden ilegal que el inferior le ha representado; o el jefe de una banda criminal que ordena a uno de sus integrantes matar a un tercero; el del líder de una secta de fanáticos religiosos que ordena a sus seguidores dar muerte a menores antes de suicidarse, como ocurrió años atrás en Guyana; o el del que se aprovecha del error de tipo de otro, convenciéndolo para que haga fuego sobre un arbusto tras el cual ha escondido inmovilizada a la víctima, etc.- Sin embargo, dada la libertad de quienes efectuaban las compras, ningún dominio sobre su voluntad, en la realización de tales actos de compraventa, puede afirmarse que tuviera el entonces Alcalde.”<sup>83</sup> (el subrayado es mío)

Cabe señalar, y sin adelantarme a los nuevos puntos de vista que

---

<sup>82</sup> Corte Suprema, Causa rol N° 1905-98, cit., considerando 7º, Sentencia de reemplazo.

<sup>83</sup> Idem, considerando 8º, Sentencia de reemplazo.

expongo en el capítulo siguiente, que es correcto el concepto de autoría mediata, descrito ejemplarmente en el considerando transcrito. Sin embargo, según señalo, infra, Cap. 3, cabe hacer una nueva interpretación del N° 2 del artículo 15 en cuestión, donde discuto la posibilidad de considerar sinónimos los conceptos de inducción directa e instigación.

Señala, finalmente que, “el número 3 del artículo 15 del Código Penal, que para gran parte de la doctrina consagra la coautoría, exige como un elemento central y decisivo la concertación o acuerdo de voluntades para la ejecución del hecho; nuevamente, las declaraciones...demuestran en forma evidente la ausencia de tal concertación y, consecuentemente, la imposibilidad manifiesta de afirmar una autoría como la contemplada en esta disposición.”<sup>84</sup>

Es interesante también mencionar algunos conceptos destacados del fallo, y que dicen relación con los anteriores, para poder calificar correctamente la participación, como el conocimiento de los hechos y su oportunidad. Así señala que “si al momento de girar o firmar el cheque para el pago, el encausado sabía que estaba dirigido al cumplimiento de un contrato de compraventa -y razonablemente podía pensarse que lo sabía- no tiene la virtud de convertir en delictivo retroactivamente un hecho que no lo era, ni puede esa intervención posterior al hecho mismo convertirlo en autor, dado que por definición el autor no puede intervenir con posterioridad. La intervención posterior al hecho punible sólo se admite en el caso del encubrimiento, situación que precisamente por ello gran parte de la doctrina considera como un delito autónomo en contra de un bien jurídico diverso, como es la administración de justicia, y no como un verdadero caso de participación criminal.”<sup>85</sup> (el subrayado es mío)

Por todo ello, según lo señala el sentenciador, “debe descartarse de plano la existencia de una autoría por parte del encausado en el delito

---

<sup>84</sup> Corte Suprema, Sentencia citada, causa rol N° 1905-98, considerando 9º, Sentencia de reemplazo.

<sup>85</sup> Idem, considerando 11º, Sentencia de reemplazo.

contemplado en el artículo 240 inciso 3º del Código Penal, conforme a todos y cada uno de los números del artículo 15 del mismo cuerpo punitivo.”<sup>86</sup>

## **B. La participación**

### **1. Fundamento de la punibilidad de la participación.**

“De la razón del castigo de la participación se deduce cómo hayan de delimitarse los conceptos de inducción y complicidad respecto al ámbito de impunidad”,<sup>87</sup> dice Jescheck. Éste se refiere a la inducción, y no a la instigación por razones de tradición en la traducción del texto legal, que luego de la reforma del Código Penal alemán en 1975, mantuvo la antigua denominación, con penalidad equiparada a la del autor. Como se verá, este aspecto no es irrelevante, ya que tanto nuestro Código Penal chileno de 1874, como las sucesivas reformas del Código Penal español, manteniendo otro esquema, incluyen la inducción “directa” entre aquellas formas que “se consideran” de autoría.

Hoy en día, como fundamento de la punición de la participación es dominante, contra la antigua teoría de la participación basada en la culpabilidad,<sup>88</sup> la teoría del favorecimiento (o de la causación), “que radica en que el partícipe da lugar a una acción típica y antijurídica provocando el dolo respecto al hecho, o auxiliando a aquella (la persona que domina el hecho) mediante el consejo o de forma material, y así el mismo actúa

---

<sup>86</sup> Idem, considerando 10º, Sentencia de reemplazo.

<sup>87</sup> Jescheck, Hans Heinrich, Tratado de Derecho Penal, Parte General, ob. cit., p. 624.

<sup>88</sup> Al partícipe se le castigaba por conducir al autor a la culpabilidad y cooperar en el hecho.

culpablemente.”<sup>89</sup>

Desde la óptica causalista, Novoa,<sup>90</sup> que inicialmente propuso un punto de vista restrictivo-objetivo -al menos en los delitos de comisión dolosa-, sostiene que es determinante del concepto de autor poner una condición sine qua non del resultado (causación). Pero, niega ésta para la participación, y debe recurrir a justificaciones de orden histórico-interpretativo, atribuyéndolo a un empirismo legislativo.

Decidido defensor de la teoría del favorecimiento (causación), Mir Puig lo considera “el más convincente y adecuado”<sup>91</sup> al Derecho positivo español. “El partícipe contribuye a causar el hecho del autor, sea interponiendo una condición propiamente causal del mismo (así el inductor y el cooperador necesario), sea favoreciendo eficazmente su realización (lo que basta para la complicidad).”<sup>92</sup> También lo estima así por su interpretación de la expresión “considera” (autores al inductor y al cooperador necesario) del texto del artículo 28 del Código Penal español de 1995. Para él, “el criterio material que parece inspirar esta equiparación es el de causalidad: tanto el inductor como el cooperador necesario aportan una condición causal al delito”.<sup>93</sup>

Aunque no es éste el lugar para hacer una crítica a estas concepciones causales, es necesario precisar algunos conceptos. En primer lugar, por exclusión, y en los delitos dolosos de comisión, partícipe es el que no tiene dominio del hecho. Aplicando la antigua fórmula de la eliminación hipotética, Mir Puig<sup>94</sup> tendría que reconocer que el partícipe “hizo suyo” (le

---

<sup>89</sup> Jescheck, ob. cit., pp. 624 y ss.

<sup>90</sup> Novoa, ob. cit., pp. 175 y ss.

<sup>91</sup> Mir Puig, ob. cit., p. 394.

<sup>92</sup> Mir Puig, ob. cit., pp. 394 y ss.

<sup>93</sup> Mir Puig, ob. cit., p. 395.

<sup>94</sup> Esta concepción de Mir Puig se debe a su crítica al concepto del “dominio del hecho”, la que, según él, “desconoce el sentido fundamentalmente social-normativo de imputación que caracteriza a la calificación de autor”, con lo que concluye que el delito supone una “relación de pertenencia”, que presupone causalidad. Como consecuencia, respecto de los demás participantes en el hecho, descartada la “pertenencia”, se mantiene la causalidad. También debe entenderse en el contexto de la interpretación que realiza Mir Puig de la legislación Penal española, para la que acepta la participación imprudente, por lo que intenta construir



“pertenece”, en su terminología), el hecho al haber podido dominarlo. En segundo lugar, este concepto deriva, en la expresión de Roxin, en que “el olvido de todas las diversidades de la materia jurídica permite la aplicación de un criterio aparentemente igual, pero realmente carente de contenido”.<sup>95</sup> Ya me referí tangencialmente a la diferencia en el trato dado a la autoría y participación de acuerdo a la diversidad del delito. El concepto de causalidad no cabe como criterio rector en los delitos dolosos. “Pues sólo allí donde la acción constituye el tipo puede ser su dominación (el llamado dominio del hecho) lo característico de la autoría”.<sup>96</sup>

Llevando a extremos este punto de vista, es dable exigir, respecto de la complicidad, un criterio delimitador material, no causal, de aumento del riesgo en la participación, considerada en sentido estricto. Esto es, la relación de sentido de carácter delictivo,<sup>97</sup> para decirlo en términos de Roxin, de acuerdo con la teoría del dominio del hecho.

## **2. La accesoriadad de la participación**

### **-El principio de la accesoriadad limitada. La comunicabilidad de las condiciones personales del autor.-**

En la doctrina nacional, según Novoa, el problema de la accesoriadad “queda reducido a establecer si la actuación principal a la que se subordinan las actuaciones accesorias ha de ser un hecho típico, antijurídico y reprochable del autor o autores principales, o si basta que sea un hecho

---

un concepto único de autoría y participación que, me parece, aún carece de precisión, más allá de las críticas generales que hace Roxin.

<sup>95</sup> Roxin, Derecho Penal, Parte General, Tomo I, ob. cit., p. 214.

<sup>96</sup> Roxin, Derecho Penal, Parte General, Tomo I, ob. cit., p. 214.

típico y antijurídico”.<sup>98</sup> Para Jescheck, “la accesoriedad requiere que el hecho principal posea determinadas condiciones jurídicas”.<sup>99</sup> Éste señala que la participación presupone “un hecho principal antijurídico y dolosamente realizado. Esto tiene importancia, en primer lugar, para los delitos especiales y de propia mano, porque en ellos no existe autoría mediata”.<sup>100</sup> “La participación no lleva en sí misma su contenido del injusto, sino que lo toma del favorecimiento del hecho ajeno.”<sup>101</sup>

La participación es accesoria al hecho principal, pero depende de éste hasta cierto punto, bastando que el hecho sea ilícito, o contrario a derecho. No es necesaria la culpabilidad del autor del hecho.

Respecto a los demás ordenamientos jurídicos extranjeros, ya fue mencionado el caso de la legislación austriaca -en los párrafos 12 y 14 de su Código Penal-, que emplea el concepto unitario de autor, que se da también en la legislación italiana, en el art. 110 del Código Penal. En estos casos no se plantea el problema de la accesoriedad. Respecto del derecho francés, también es claro el principio que recoge en su codificación “de igual punición de la autoría y la participación”.<sup>102</sup> En la legislación de los Estados Unidos de Norteamérica, la propuesta del Model Penal Code se aproxima al concepto unitario de autor, distinguiéndose sólo el “accessory after the fact”. Sin embargo, en su fuente materna, el Derecho Británico, delimita autoría y participación conforme a criterios objetivos, siendo el autor quien realiza acciones ejecutivas.

---

<sup>97</sup> Cfr. Roxin, Las formas de intervención en el delito: Estado de la Cuestión, ob. cit., p. 178.

<sup>98</sup> Novoa, ob. cit., p. 196.

<sup>99</sup> Jescheck, ob. cit., p. 596.

<sup>100</sup> Jescheck, ob. cit., p. 597.

### 3. La instigación

El exponente del punto de vista clásico en la doctrina chilena, Novoa, señala que instigador es “el que participa en un hecho punible obteniendo que otro se decida a realizarlo”,<sup>103</sup> generando en la mente de otro el propósito de delinquir, en lo que ve un aporte esencialmente psicológico. Así también lo considera en España<sup>104</sup> Mir Puig, para quien la causación de la resolución de delinquir debe tener lugar mediante un influjo psíquico.<sup>105</sup> Para Bustos Ramírez, “instigar es determinar dolosamente a otra persona a ejecutar un hecho doloso”.<sup>106</sup>

De lo señalado en el párrafo anterior podemos extraer que se distinguen fundamentalmente dos fases. En la primera se provoca en otra persona, por medios psíquicos, la resolución de cometer un hecho concreto. En la segunda, “el autor principal ejecuta un hecho antijurídico en correspondencia con dicha resolución. Este doble presupuesto objetivo ha recibido el calificativo de doble resultado”<sup>107</sup> de la instigación. La “significación jurídica...está condicionada a la existencia”<sup>108</sup> de la actuación principal, “debiéndose complementar necesariamente en el plano subjetivo por el llamado *doble dolo*”.<sup>109</sup> “De modo que la instigación es, en definitiva,

---

<sup>101</sup> Jescheck, ob. cit., p. 598.

<sup>102</sup> Jescheck, ob. cit., p. 602.

<sup>103</sup> Novoa, ob. cit., pp. 197 y ss.

<sup>104</sup> El art. 28, a) del Código Penal español, en lo que nos interesa, al igual que el chileno, señala que “también serán considerados autores” “los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo” Cfr. Mir Puig, ob. cit., p. 400.

<sup>105</sup> Mir Puig, Derecho Penal, Parte General, ob. cit., p. 401.

<sup>106</sup> Bustos Ramírez, Juan, Manual de Derecho Penal, Parte General, 3ª Ed., Ed. Ariel, Barcelona, 1989, p. 292.

<sup>107</sup> Baldó Lavilla, Francisco, Algunos aspectos conceptuales de la Inducción, en Comentarios a la Jurisprudencia Penal del Tribunal Supremo, Ed. Bosch, Barcelona, 1992, p. 91. Debo hacer notar que Baldó Lavilla es uno de los autores que utiliza como sinónimos los términos “inducción” e “instigación” y que en el presente trabajo citado, se refiere a la instigación en el Derecho Penal español como un caso de participación que acarrea la pena del autor, similar al tratamiento dado, hasta ahora, por la doctrina chilena.

<sup>108</sup> Novoa, ob. cit., pp. 197 y ss.

<sup>109</sup> Baldó Lavilla, ob. cit., pp. 91 y ss.

ingerencia en el delito de otro”.<sup>110</sup>

Lo más importante respecto de esta forma de participación, según se verá, al tratar de la participación en el Código Penal chileno, es el grado de concreción del hecho principal inducido. En esto ha acertado Baldó Lavilla, al señalar que el instigador “como sujeto que interviene en “hecho ajeno” deja la caracterización concreta del mismo en manos del autor principal, único que tiene “dominio del hecho”. Así, en principio, la determinación de detalles concretos de la ejecución como el tiempo, lugar y modalidades de la ejecución, así como la víctima concreta, cuando no poseen relevancia, se dejan al”<sup>111</sup> instigado. Y señala con mucha mayor precisión, en nota al pié, que “de no ser así, podría entrar en juego la autoría “mediata” o la coautoría con dominio “funcional”, dejando de ser así un supuesto de participación en hecho “ajeno” para considerarse de realización de hecho *propio*”<sup>112</sup> (el subrayado es mío).

Respecto a la exigencia de que la inducción sea “directa”, Mir Puig considera que deslinda la inducción (léase instigación) de la provocación, y además, es un rechazo a la “inducción en cadena”. “La influencia en la psique del autor no ha de tener lugar por medios no psíquicos. Una segunda consecuencia se ha visto en la necesidad de que la inducción determine a realizar un delito concreto y a un ejecutor determinado, no bastando una mera provocación a delinquir en general o dirigida a una masa indeterminada de personas.”<sup>113</sup>

Según Bustos Ramírez, “la instigación tiene que ser a un hecho determinado y a persona determinada, de ahí que la provocación jamás puede ser instigación ni tampoco la apología del delito. Es por eso que el Código exige que se trate de inducción directa (a un determinado hecho) y

---

<sup>110</sup> Novoa, ob. cit. p. 197.

<sup>111</sup> Baldó Lavilla, ob. cit., p. 92.

<sup>112</sup> Baldó Lavilla, ob. cit., p. 92.

<sup>113</sup> Mir Puig, Derecho Penal, Parte General, ob. cit., p. 402.

que sea a otro (determinada persona).”<sup>114</sup>

Para Jescheck, desde el punto de vista de la legislación alemana,<sup>115</sup> “el inductor se limita a provocar en el autor la resolución de realizar el hecho, sin tener participación alguna en el propio dominio de éste. En ello se diferencia la inducción de la coautoría.”<sup>116</sup> Respecto a los medios, considera que cualquiera es idóneo mientras se limite a una influencia psíquica.

Al contrario que lo sostenido por Mir Puig, Jescheck acepta la inducción en cadena. Respecto al grado de concreción del hecho, para él “el dolo del inductor debe ser, además, concreto, o sea, hallarse dirigido a un determinado hecho y a un determinado autor, en el que ha de producirse la resolución de realizar aquel.”<sup>117</sup>

La penalidad aplicada, en Alemania, por razón de texto legal expreso, en el que se caracteriza al instigador como inductor y se le sanciona con la misma pena que al autor, es justificada por Jescheck en razón de que “el inductor da el impulso y es, con frecuencia, la fuerza motriz”, y para él “no existe razón política criminal alguna para, mediante la figura del “autor detrás del autor”, extraer de la inducción los casos más graves”.<sup>118</sup>

---

<sup>114</sup> Bustos Ramírez, Manual de Derecho Penal, Parte General, ob. cit., pp. 292 y ss. (Bustos se refiere aquí al texto legal español previo a la reforma de 1995)

<sup>115</sup> Código Penal alemán. § 26. Inducción. Será penado como inductor con la misma pena que el autor quien haya determinado dolosamente a otro a la comisión dolosa de un hecho antijurídico. (Versión española de preceptos del Código Penal alemán, Anexo en Derecho Penal, Cuestiones fundamentales de la Teoría del Delito sobre la base de casos de sentencias, por Albin Eser y Björn Burkhardt, Ed. Colex, Madrid, 1995, Traducción de Silvina Bacigalupo y Manuel Cancio Meliá) -Aunque me parece que debiera leerse “instigación” en vez de “inducción”, como en la más reciente traducción de Manuel Cancio Meliá a la monografía de Kai Ambos sobre el dominio del hecho, que data de 1998. Ver, infra, nota 170 -.

<sup>116</sup> Jescheck, Hans Heinrich, Tratado de Derecho Penal, Parte General, ob. cit., pp. 625 y ss.

<sup>117</sup> Jescheck, ob. cit., p. 627.

<sup>118</sup> Jescheck, ob. cit., pp. 629 y ss. Aunque cita en contra de esta opinión a Schroeder, *Der Täter hinter dem Täter*, 1965, pág. 204.

## **4. La Complicidad**

### **a. Naturaleza de la complicidad.**

En Chile, Novoa define al cómplice como “el que participa en el hecho punible que otro comete, apoyándolo o auxiliándolo, pero sin haber determinado su resolución delictuosa”.<sup>119</sup> “Desde el punto de vista subjetivo, el cómplice actúa sabiendo que es la voluntad de otro, del autor, la que decidirá sobre el delito”.<sup>120</sup> Lo curioso de la postura de Novoa, es que al referirse al “querer” del cómplice, hace una mención directa al “dominio del hecho”: “no quiere, pues, el delito como propio, ni tiene, ni quiere tener, el dominio de su realización”.<sup>121</sup> (el subrayado es mío)

Me parece más precisa la definición de Bustos Ramírez, para quien “la complicidad es la colaboración dolosa a un hecho determinado doloso, por actos anteriores o simultáneos a la realización”.<sup>122</sup>

### **b. Requisitos de la complicidad**

En primer lugar, se requiere una “conexión entre el hecho principal y la acción del cómplice”.<sup>123</sup> Podemos distinguir, en este ámbito, entre complicidad intelectual y complicidad física, aunque cabe señalar que “las modalidades de la complicidad son ilimitadas, de manera que cualquier favorecimiento doloso de un hecho doloso ajeno constituye complicidad”.<sup>124</sup> En palabras de Wessels, “el cómplice se limita a promover el hecho principal, amparándolo física o psíquicamente”.<sup>125</sup>

---

<sup>119</sup> Novoa, ob. cit., pp. 202 y ss.

<sup>120</sup> Novoa, ob. cit., p. 205.

<sup>121</sup> Novoa, ob. cit., p. 205.

<sup>122</sup> Bustos Ramírez, Manual de Derecho Penal, Parte General, ob. cit., p. 293.

<sup>123</sup> Jescheck, ob. cit., p. 630.

<sup>124</sup> Jescheck, ob. cit., p. 630.

<sup>125</sup> Wessels, ob. cit., p. 169.

También Jescheck mantiene la exigencia de la causalidad (como causa adecuada) en la complicidad. Critica las nuevas concepciones que llevan a considerar la complicidad como un delito de peligro abstracto<sup>126</sup> o concreto<sup>127</sup>, que “la convertiría en un delito autónomo de participación...y llevaría a la punición de la tentativa de la complicidad.”<sup>128</sup>

Para Wessels, en cambio, “es incierto si la colaboración del cómplice debe haber sido causal respecto del resultado del hecho principal”, y “basta que el hecho principal haya sido promovido de alguna manera por el cómplice; no interesa que la complicidad haya sido *conditio sine qua non* del resultado del hecho principal”.<sup>129</sup>

Sin embargo, de esta última posición y las criticadas por Jescheck, no debiera descartarse la búsqueda de un criterio material en la fundamentación de la complicidad, en “el aumento del riesgo” en las posibilidades de realización del hecho principal.

En segundo lugar, este auxilio prestado al hecho principal puede ser previo o simultáneo a éste, hasta su “terminación material”.<sup>130</sup>

Finalmente, el cómplice debe actuar dolosamente. Este dolo, “debe abarcar la acción de auxilio y dirigirse a la consumación de un hecho principal determinado, no concretado necesariamente en todos los pormenores.”<sup>131</sup>

---

<sup>126</sup> Herzberg, citado por Jescheck, ob. cit., p. 632.

<sup>127</sup> Salomon, Schaffstein, Otto y Stratenwerth, citados por Jescheck, ob. cit., p. 632.

<sup>128</sup> Jescheck, ob. cit., p. 633.

<sup>129</sup> Wessels, ob. cit., p. 169. Con referencias al Derecho Penal alemán: “dado que el 27, I, castiga la prestación de auxilio al hecho principal y el resultado causado por el autor no se imputa al cómplice como “obra suya”, la punibilidad de la complicidad no depende de la relación causal presupuesta en el ámbito de la autoría.”

## **5. La participación en los delitos especiales**

Delitos especiales son “aquellos que sólo pueden ser realizados por determinadas personas; en ellos el autor debe cumplir necesariamente ciertas cualidades o condiciones preestablecidas”.<sup>132</sup> Los que nos interesan son los delitos especiales propios, los que sólo pueden ser cometidos por sujetos calificados, aquellos que “si los comete otra persona no son punibles”.<sup>133</sup> -Debe agregarse: por el título aplicable al sujeto calificado.-

El problema es especialmente importante en materia de autoría mediata, tanto cuando el autor mediato es extraneus, como cuando el ejecutor lo es. En la doctrina el criterio es más o menos uniforme. “Cuando el autor mediato es un intraneus (idóneo), aunque en la ejecución emplee como instrumento a un extraneus (inidóneo), no deja de ser autor mediato.”<sup>134</sup> A la inversa, cuando el autor mediato es un extraneus, éste responde por el delito base, según la doctrina nacional, si es impropio, y será impune en el caso del delito especial propio.<sup>135</sup> El ejemplo típico en la doctrina es el caso de malversación. El delito base, en este caso, sería el hurto. Esta es la posición, en rasgos generales, de Grisóla,<sup>136</sup> con lo que se concluye, en ciertos casos, como la prevaricación, la impunidad del autor mediato extraneus.

---

<sup>130</sup> Jescheck, ob. cit., p. 631.

<sup>131</sup> Wessels, ob. cit., p. 170.

<sup>132</sup> Garrido Montt, Mario, Etapas...ob. cit., pp. 361 y ss.

<sup>133</sup> Garrido, Etapas...,ob. cit., p. 362. “Los delitos especiales se diferencian de los de propia mano porque, como regla general, éstos últimos los puede realizar cualquier persona; el autor no requiere de condiciones particulares, pero se le exige que actúe por sí mismo, personalmente en la ejecución; inter tanto que en los especiales se requiere de una persona calificada.”

<sup>134</sup> Garrido, Etapas...,ob. cit., p. 364.

<sup>135</sup> Garrido, Etapas...,ob. cit., pp. 367 y ss

<sup>136</sup> Citado por Garrido, ob. cit., pp. 366 y ss.



## Capítulo 3

### Autoría y participación en el Código Penal -la polémica de la extensión del texto legal del artículo 15 del Código Penal de 1874-

#### A. Precisiones legales; diferencia entre autor y partícipe en el Código Penal chileno según la doctrina tradicional.

Ya he señalado<sup>137</sup> que en la doctrina nacional hay dos puntos de vista sobre la extensión de los conceptos de autoría y participación en el texto del Código Penal de 1874.

Primero, la interpretación llamada “extensiva” -o “amplia”- del artículo 15, afincada con fuerza a mediados del siglo pasado, que sigue a los primeros comentaristas del Código Penal chileno, teniendo como sus principales exponentes a Novoa Monreal<sup>138</sup> y Etcheberry<sup>139</sup>. Señala en esto Novoa que “por razones prácticas prefirió la ley un concepto muy extensivo, que de hecho se aparta del significado común de la palabra “autores” y que incluye actuaciones que propiamente no caben en ella.”<sup>140</sup> Etcheberry sostiene que “se reconoce que a pesar de que nuestra ley dice que “se consideran” autores a diversas categorías de personas, en realidad sólo el ejecutor lo es propiamente”.<sup>141</sup> Tanto ellos, como Garrido Montt y Cury Urzúa fundamentan su interpretación del articulado del Código en razones históricas.

---

<sup>137</sup> Ver, supra, 2.

<sup>138</sup> Novoa Monreal, Eduardo, ob cit., pp. 215 y ss.

<sup>139</sup> Etcheberry Orthústeguy, Alfredo, Derecho Penal, Parte General, Tomo II, 3ª. Ed., 1998, pp. 73 y ss.

<sup>140</sup> Novoa Monreal, Eduardo, ob. cit., p. 216.

<sup>141</sup> Etcheberry Orthústeguy, Alfredo, Participación criminal, Ed. Ediar-Cono Sur, Santiago, 1988, p. 12.

Luego, y a partir del trabajo presentado en 1974 por Yáñez Pérez,<sup>142</sup> se ha interpretado el artículo 15 en forma más restrictiva, rechazando el primitivo punto de vista. Para Yáñez este artículo “no presenta esa desmesurada extensión del concepto de autor en desmedro de la complicitad, de que tanto se ha hablado; se mantiene dentro de márgenes muy discretos en materia de autoría, y sólo por excepción, en el caso del instigador, se extiende a una situación de participación”.<sup>143</sup>

Esta segunda interpretación es seguida en forma restringida por Cury Urzúa, partidario también de la teoría del dominio del hecho, y aceptada íntegramente por Soto Piñeiro.

Respecto del artículo 15 N° 1, Yáñez incluye en él los casos de autoría directa o de autores ejecutores, respecto de los cuales se exige, a lo menos, haber realizado actos ejecutivos. En el N° 3 del artículo 15, se abarcarían los casos de coautoría. En el N° 2 del mismo artículo, Yáñez incluye, “un caso de autoría directa, diversas modalidades de autoría mediata...y, por extensión excepcional, una situación no de autoría, sino de participación, como es la del instigador.”<sup>144</sup>

Es sobre esta última consideración, que se refiere al N° 2 del artículo 15, en la que difiero sustancialmente de la interpretación de Yáñez. Donde éste ve una situación de participación, incluyendo al instigador, creo que sólo cabe hablar de supuestos de autoría mediata, reconduciendo la instigación, como forma de participación a la sede del artículo 16, con la pena correspondiente. Así interpreto la “inducción directa” a que se refiere este artículo como sinónimo de autoría mediata, distinguiéndola y separándola de la instigación. En los párrafos siguientes de este capítulo fundamento con mayor detalle este nuevo punto de vista.

---

<sup>142</sup> Yáñez Pérez, Sergio, ob. cit., p. 181.

<sup>143</sup> Yáñez, ob. cit., p. 181.

<sup>144</sup> Yáñez, ob. cit., p. 180.

## **B. El nuevo enfoque de garantía material -proporcional-**

Hay un aspecto del artículo 15 N° 2 que deseo resaltar para una correcta delimitación de las categorías en estudio. La inducción de este numerando no es pura y simple, sino que la ley requiere que sea directa. Sin anticiparme en lo sustantivo, el artículo 16, señala que “son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho por actos anteriores o simultáneos”. Al mencionar esto, simplemente quiero recordar que, de no cumplirse los requisitos de autoría del artículo 15, por defecto, cabe aplicar, generalmente, el artículo 16. Y es requisito en la inducción, que ésta sea directa. Con ello, en el caso que la inducción no sea directa, irremediablemente conduciría a la aplicación del artículo 16 del Código Penal.

El primer autor que estudió el tema a la luz del Código Penal de 1874 fue Alejandro Fuensalida. Él creía ver en el artículo 15 N° 2, tanto casos de autoría como de complicidad, aunque daba mayor importancia a lo que consideraba “el modo más frecuente de dicha clase de inducción”<sup>145</sup> en el que incluía el problema de la obediencia debida. En lo general, sigue muy de cerca la enumeración de Carrara, al referirse a las órdenes, el mandato, el consejo y la concertación.

Para Etcheberry,<sup>146</sup> sinónimo de directo, es “el hecho al cual se induce, que debe ser específico y determinado, y también en cuanto a la persona a la cual se induce”, y agrega respecto de esta, “aunque la identidad precisa de esta última pudiera no estar concretada todavía”. Para él, la exigencia legal de que la inducción sea directa, está referida a eliminar la provocación y la apología del delito del campo de la autoría. Entiende también que en la inducción se incluye la coacción y la amenaza.

Novoa<sup>147</sup> cree que “inducir es lo mismo que instigar, persuadir o

---

<sup>145</sup> Fuensalida, Alejandro, *Concordancias i Comentarios del Código Penal chileno*, Imp. Comercial Calle del Huallaga N. 139, Lima, 1883, Tomo I, p. 138.

<sup>146</sup> Etcheberry, *Derecho Penal*, Tomo II, ob. cit., p. 93.

<sup>147</sup> Novoa, ob. cit., pp. 221 y ss.

mover a otro a la realización de un hecho típico”. Al estimar que la expresión directamente es “poco clara”, concluye que la inducción debe ser dirigida a una persona determinada; que debe referirse a un hecho típico concreto y que debe realizarse sin interposición de personas entre inductor e inducido.<sup>148</sup>

Cury,<sup>149</sup> aunque acepta parcialmente algunas de las conclusiones basadas en la doctrina del dominio del hecho, también sostiene que “la inclusión de los auténticos instigadores en el N° 2 del art. 15 importa incorporar entre los que se consideran autores a un partícipe”, no le da importancia, según él, “porque prácticamente todos los ordenamientos jurídicos imponen al inductor la misma pena del autor”.

Para Garrido,<sup>150</sup> quien no acepta la teoría “del dominio del hecho”, en el N° 2 del artículo 15 se incluyen los casos de instigación. Acepta la definición de inducción de Etcheberry, pero advierte que “el término inducir está empleado en su acepción de persuadir, instigar, inducir, estimular, pero no de forzar”. Para él, derivado de su concepción de la acción, sostiene que “es la acción la que permite establecer la autoría a través de su extremo subjetivo”.<sup>151</sup> En su sistemática el N° 2 del artículo 15 abarcaría la inducción -también la hace sinónimo de instigación- “que si bien es una modalidad única de participar en el delito, puede revestir dos formas: recurriendo a medios intelectuales o empleando la fuerza”<sup>152</sup> -precisando que en el N° 2 entiende que sólo cabría la fuerza moral-. Respecto a la exigencia de directa, la hace sinónimo de determinada, en forma similar a Etcheberry, al señalar que “el inductor debe dirigir su acción a un evento concreto, es decir, la instigación síquicamente ha de ser dirigida a un hecho determinado y debe serlo directamente”.<sup>153</sup>

---

<sup>148</sup> Cfr. Novoa, ob. cit., p. 223.

<sup>149</sup> Cury, Derecho Penal, T. II, ob. cit., p. 251.

<sup>150</sup> Garrido, Etapas de ejecución del delito, Autoría y Participación, ob. cit., pp. 280 y ss.

<sup>151</sup> Garrido, Etapas..., ob. cit. p 305.

<sup>152</sup> Garrido Montt, Mario, Derecho Penal, Parte General, Tomo II, Santiago, 1997, pp. 308 y ss.

<sup>153</sup> Garrido, Etapas...ob. cit., p. 290.

Para Bustos y Hormazábal, “el vocablo *directa* del Código no limita en cuanto a los medios, sino sólo respecto a la determinación del hecho”.<sup>154</sup>

Todos estos autores, que en sus textos tratan como sinónimos los conceptos de inducir e instigar, omiten la posibilidad de hacer una sutil distinción en atención al menor desvalor de la conducta de un partícipe.

Creo que la exigencia del precepto debe entenderse en otro sentido. Lo directo, es, valga la redundancia, directo, no lo específico y determinado. Directo es aquello que va de un punto a otro sin detenerse en los intermedios, o también, aquello que va derechamente a un fin.

Este punto de vista implica, para comenzar, una revisión total respecto de las interpretaciones dominantes en la doctrina nacional.

En primer lugar, no considero aceptable que, para justificar un determinado punto de vista, se recurra, en Derecho Penal, a la intención que se atribuye al legislador histórico. Si el contenido material de la ley penal estuviera dado por esta particular interpretación, los autores que a ella recurren, debieran, por ejemplo, negar relevancia a los conceptos de tipo penal y bien jurídico protegido, ya que éstos eran aún desconocidos en la época de dictación del Código Penal de 1874. Así también, debiera, bajo este punto de vista, negarse validez a la posibilidad del juez de actualizar el contenido material del injusto mediante la interpretación.<sup>155</sup>

En esto, considero, es preferible aceptar que mediante la interpretación se reconoce que el derecho se desarrolla continuamente.

---

<sup>154</sup> Bustos y Hormazábal, Lecciones, ob. cit., p. 302.

<sup>155</sup> Cfr. Jescheck, Tratado, ob. cit., pp. 139 y ss. “En la metodología jurídica se presenta la famosa polémica acerca de si en la interpretación debe atenderse a la voluntad del legislador histórico (teoría subjetiva) o a la “voluntad de la ley” (teoría objetiva). La alternativa ofrece interés práctico sobre todo en la cuestión relativa a la posibilidad de corregir por vía exegética los defectos del texto legal. Cuando lo que se pretende es liberarse de una decisión del legislador histórico que se considera superada, ello sólo puede lograrse por vía interpretativa si se parte de la teoría objetiva, puesto que la teoría subjetiva continúa vinculada a la voluntad (posiblemente equivocada) del legislador histórico. También resulta más fácil llenar las lagunas legales con la teoría objetiva, porque cabe arrancar de las valoraciones actualmente decisivas y no se precisa reconstruir las

Según la definición de Jescheck,<sup>156</sup> “la interpretación consiste en captar el significado de la ley en relación con el caso concreto”. Y ello, como solución a los problemas interpretativos del Código de 1874, implica, en general, aplicar la ley con el contenido material producto de los avances garantistas hasta el día presente. Y el “caso concreto” incluye los principios fundamentales del Derecho Penal contemporáneo, no los de hace 150 años, que, según los propios legisladores patrios, al menos en estas materias que se tratan, más corresponden a la realidad del legislador español de 1848 y de 1850.

Si aceptamos como válida tal afirmación, el caso concreto debe juzgarse incluyendo la concepción contemporánea, por ejemplo, del principio de legalidad y del principio del bien jurídico. Si aceptamos también, que en el principio de legalidad se fundamenta el Derecho Penal “del hecho”, por contraposición de un Derecho Penal “de autor”, o de un Derecho Penal “de la voluntad”, sólo podremos castigar como autor por un hecho a quien lo ha, valga la redundancia, “hecho suyo”. Nótese que no me refiero sólo al principio de exterioridad, sino que también a la restricción, propia de un Estado de Derecho, en la aplicación de la pena a título de autor a quien lo es en sentido estricto, a quien ha ejecutado o dominado el hecho típico.

Como reconoce Etcheberry,<sup>157</sup> su interpretación comprende muchos más casos que en el derecho español. Señala también que “por lo que respecta a la generalidad de las legislaciones extranjeras, ellas reconocen tres categorías de partícipes: los autores (limitados a los autores ejecutores de la acción típica) los instigadores y los cómplices”.<sup>158</sup> (el subrayado es mío)

Es curioso que en la doctrina nacional, y en ello incluyo además de

---

representaciones de un tiempo pretérito quizá ya lejano. Tales ventajas han hecho que la teoría objetiva se haya ido convirtiendo paulatinamente en dominante.”

<sup>156</sup> Jescheck, Tratado, ob. cit., pp. 134 y ss.

<sup>157</sup> Etcheberry, Participación criminal, ob. cit., p. 29.

<sup>158</sup> Etcheberry, Participación criminal, ob. cit., p. 20.

Etcheberry, a Novoa,<sup>159</sup> a Garrido,<sup>160</sup> y a Cury,<sup>161</sup> como los más connotados tratadistas que han abordado el tema extensa y sistemáticamente -y entendiendo ellos que el texto del artículo 15 es confuso- interpreten el texto en contra de la tendencia histórica, más o menos generalizada y uniforme, de concretar los principios de garantía materiales en la separación y gradación de la pena de los partícipes del delito.

Yáñez Pérez, aplicando la doctrina restrictiva del “dominio del hecho”, logra una solución más satisfactoria a la cuestión planteada. Claro que él lo hace desde el punto de vista de una teoría, la del dominio del hecho, que contrasta con el texto, y sin hacer la distinción entre inducción directa e instigación que sostengo. A mi juicio, el mayor mérito de su monografía, que ha sido soslayado, tanto por los críticos como por quienes han desarrollado su planteamiento, es fundamentar su postura en las bases mismas del Derecho Penal contemporáneo. Al respecto señala que “una legislación que no se oriente hacia el tipo y se aleje en demasía del llamado concepto restrictivo de autor, puede estar apartándose también de las garantías fundamentales para el individuo.”<sup>162</sup> (el subrayado es mío)

Para él, el artículo 15 incluye en sus tres numerando, las tres formas de autoría reconocidas en la doctrina moderna. “A cada una de estas figuras fundamentales de autoría corresponde cierta forma de dominio del hecho que Roxin ha caracterizado como “dominio de la acción”, “dominio de la voluntad” y “dominio funcional”,<sup>163</sup> aplicables por la vitalidad dinámica que entiende emana de la ley.

Para mí, previo a la indagación de la validez de la teoría del dominio del hecho de acuerdo al texto del artículo 15 del Código Penal de 1874, y respecto de los delitos dolosos de comisión, cabe hacer un ejercicio interpretativo conforme a los principios generales del Derecho Penal.

---

<sup>159</sup> Novoa, ob. cit., pp. 215 y ss.

<sup>160</sup> Garrido, Etapas..., ob. cit., pp. 253 y ss.

<sup>161</sup> Cury, ob. cit., pp. 249 y ss.

<sup>162</sup> Yáñez, ob. cit., p. 166.

<sup>163</sup> Yáñez, ob. cit., p. 181.

El fin de una interpretación del texto legal ha de ser la búsqueda de soluciones justas y armónicas a los problemas de la ley. Justas porque ellas han de incluir los principios básicos y de garantía del moderno Derecho Penal, y armónicas en tanto dichos principios no sean excluidos arbitrariamente por consideraciones sistemáticas, ni menos justificar una tal exclusión en criterios de dudosa validez histórica. La brillantez y sabiduría, o la desidia e ignorancia, según el particular punto de vista que cada cual tenga de la labor del legislador de ayer y de hoy, no es obstáculos para que el juez realice la labor de aplicar justicia. El texto legal no es una letra que ha de ser glosada y comentada con la veneración que tal vez merezca un texto religioso,<sup>164</sup> sino llenado de contenido material por el intérprete. Especialmente cierta es esta afirmación respecto del articulado de la Parte General, el que no debe ser tratado como un texto casuístico, sino como primer recipiente de los principios del moderno Estado liberal y democrático de Derecho.

Éste es un texto al que conducen los tipos de la Parte Especial del Código, pero llenos de “materia”, interpretados, dogmáticamente contemplados sobre la base de bienes jurídicos protegidos, y no a derechos subjetivos, que es lo que entendía el legislador de 1874. Es un texto en el que convergen los principios, pero no los derechos subjetivos “políticos” del texto constitucional, sino las garantías constitucionales que reconocen en su expresión legal a estos principios, de vasta elaboración doctrinal y profundo raigambre en la evolución social.

---

<sup>164</sup> Cfr. Silva Sánchez, Aproximación..., ob. cit., pp. 104 y ss. Al respecto, cabe hacer mención a la crítica que hace Baratta, a la dogmática en general, quien señala que “la situación de la jurisprudencia dentro de las ciencias humanas es comparable sólo con la teología, que es la ciencia que goza de menor autonomía con respecto a su objeto. En efecto, al igual que la teología en los textos sacros, la jurisprudencia está obligada a ver en la ley la revelación de una voluntad (no importa que sea la voluntad de el legislador o la voluntad de la ley) a la que debe rendir pleitesía convirtiéndola en su oráculo.” Baratta, en La reforma del derecho penal II, pp. 44-45, citado por Silva Sánchez, Aproximación..., ob. cit., pp. 104 y ss. El mismo Silva critica esta analogía respecto de “toda” la dogmática, al señalar que “se ha ido mostrando que la labor dogmática requiere decisiones y tomas de posición por parte del jurista que no tienen cabida en el simplismo de la concepción positivista clásica”. (citando a Schünemann y Bacigalupo) “Ello ha generado un nuevo estado de opinión. Así, puede señalarse que, en la actualidad, la tesis según la cual el objeto de la dogmática aparece representado de modo esencial por el Derecho positivo, se encuentra ya en trance de decidida superación.” Idem, pp. 104 y ss. (el subrayado es mío)



Incluso Welzel, y a pesar de su concepción ontológica, al definir la función de la dogmática, contrastándola con las funciones que a ésta asignaban el positivismo y el neokantismo, señala que “aísla los principios implícitos en un orden jurídico, expone los diversos preceptos jurídicos como componentes o consecuencias de estos principios, y permite así entender el orden jurídico o sus partes como una estructura de sentido de carácter concreto con una determinada pretensión de verdad.”<sup>165</sup>

Las sanciones de los tipos de la Parte Especial se aplican sólo a sus autores. Pretender hacerla extensiva a quienes no lo son implica forzar el sistema fuera de sus límites, precisados por los principios que se encuentran en su base. Tanto la intervención penal, como su intensidad deben limitarse a lo estrictamente necesario.<sup>166</sup>

La antigua interpretación doctrinal de la “autoría extensiva”,<sup>167</sup> además, concede espacios a quienes gustan de ver en el delito un fenómeno unitario, y a quienes disfrutan con la imposición de elevados castigos a sus partícipes, a despecho de los más caros principios jurídico-penales. Es la justificación del desprecio a los desvalores menores de los hechos del partícipe.

Como señala Silva Sánchez, “el Derecho positivo conforma tan sólo el marco externo -obligado por el principio de legalidad- de las construcciones dogmáticas, pero no posee sobre éstas otra incidencia que la de impedir las construcciones de lege lata que desborden el marco de los sentidos posibles

---

<sup>165</sup> Welzel, Hans, Introducción a la Filosofía del Derecho -Derecho Natural y Justicia Material-, Traducción del alemán por Felipe González Vicen, 2ª Ed., 3ª reimpresión, Ed. Aguilar, Madrid, 1979, p. 193.

<sup>166</sup> He aquí la garantía material de proporcionalidad. -También se puede entender en el sentido del llamado “principio de intervención mínima”. Cfr. Mir Puig, Derecho Penal, Parte General, ob. cit., p. 89. “Integran el llamado “principio de intervención mínima”...el “principio de subsidiariedad”, según el cual el Derecho penal ha de ser la última ratio, el último recurso a utilizar a falta de otros menos lesivos...(y) el llamado carácter fragmentario del Derecho penal (que) constituye una exigencia relacionada con la anterior”. (lo subrayado es en negrillas en el original)-

<sup>167</sup> La expresión “concepto extensivo de autor” fue acuñada por Zimmerl, en 1929. Cfr. Roxin, Autoría y Dominio del Hecho...ob cit., p. 26.

de los términos de la ley.”<sup>168</sup>

Imaginemos, por ejemplo, que un jurista se encuentra en la obligación de defender a una persona procesada en virtud de una hipotética reforma legal. Esta tal reforma, recurriendo a la hipérbole, haría aplicable la pena del autor de delito de robo a quienes, transeúntes, testigos por azar, observaran pasivamente el hecho. Nuestro jurista imaginario recurriría de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, y el fundamento material de su recurso serían los principios del Derecho Penal contemporáneo que se entienden reconocidos en la Constitución. El “mirón” no es un partícipe, por más que alguno pudiera disfrutar como un niño observando un hecho que revista caracteres de delito.

Supongamos luego que “el mirón”, agradecido por el entretenimiento proporcionado por el ladrón, lo oculta en su casa, y que nuestra hipotética reforma asimila la pena del autor al encubridor. Ahora, nuestro ejercicio intelectual, sin necesidad de recurrir a la hipérbole, consistirá en imaginar la cara de cuanto destacado catedrático y profesional especialista en el tema conozcamos, gesticulando airado frente a las cámaras de televisión, esgrimiendo argumentos legales y materiales contra la injusticia y la anacrónica arbitrariedad. Hasta llegaríamos a imaginarlo fundando sus argumentos con nuestra reseña de la evolución histórica de la institución.

Podemos hacer un tercer ejercicio intelectual. Supongamos que una mujer hace nacer en su vecino, mediante promesas de recompensa carnal, la idea de robar en una casa de su propiedad, a fin de poder cobrar el seguro. Al día siguiente, en ausencia de la mujer, el vecino célibe roba en la

---

<sup>168</sup> Silva Sánchez, Aproximación...ob. cit., pp. 118 y ss. En nota al pie de esta misma cita, Silva Sánchez precisa que “No es infrecuente leer que la vinculación del Derecho positivo la ejerce “el sentido literal posible”. Ello es incorrecto: lo que vincula es el tenor literal (*Wortlaut*), o en otras palabras, los posibles sentidos de éste (*möglicher Wortsinn*), pero no hay un “sentido literal posible”. Tal expresión sólo puede aceptarse como abreviatura de “los posibles sentidos que permite el tenor literal.” Cfr. Baldó Lavilla, Francisco, Observaciones metodológicas sobre la construcción de la teoría del delito, en Política criminal y nuevo Derecho Penal (Libro-homenaje a Claus Roxin), Jesús-María Silva Sánchez (ed.), Ed. Bosch, Barcelona, 1997.(el subrayado es mío). Esta discusión también está presente en nuestra doctrina. Al respecto véase el contenido que le señala al “sentido literal posible” Matus Acuña, Jean Pierre, La Ley Penal y su Interpretación, Ed. Jurídica Congreso, Santiago, 1994.

casa. Obviamente, con sus hechos, sin realizar acción ejecutiva alguna, la mujer, estrictamente, no lesionó el bien jurídico protegido. Se puede discutir acerca de si aumentó el riesgo para el bien jurídico. Pero lo que hoy nadie discute en la doctrina es que el instigador es un partícipe, ni tampoco que el desvalor de su acción es menor que el del autor material.

Sin embargo, en esta materia, podemos entrever las concepciones político-criminales de los distintos autores citados. Es claro cómo sus interpretaciones exudan que en ellas, además de meros fines instrumentales de control, se encuentran enraizadas concepciones valóricas de carácter político-criminal, cuya expresión se encuentra en el intento de justificar la aplicación de mayores penas a los partícipes de un ilícito. Estas últimas son las que rechazo, ya que en su búsqueda del “*teleos*” de la ley, como justificación han encontrado argumentos históricos que son manifestación de estadios previos al avance garantista del Derecho Penal.

Así como hoy es posible entender que la “ley del talión”, el “ojo por ojo”, fue en su época un avance garantista, un límite que fijaba una proporcionalidad frente a la arbitrariedad, hoy es claro que la concepción de la participación que se asentaba en la sociedad hace ya siglo y medio, también lo fue, pero correspondiente a su época.

La instigación, en lo que concuerda mayoritariamente la doctrina citada, no es, estricta u ontológicamente hablando,<sup>169</sup> una forma de autoría, sino de participación. Desgraciadamente no obtienen las consecuencias de este reconocimiento. La pena que le corresponde, por ende, es la de un partícipe, no la de un autor. Otra conclusión, como la aceptada por la doctrina citada, nos llevaría a retroceder siglo y medio de avances garantistas.

Por lo tanto, es necesario concluir, interpretando estrictamente, y no

---

<sup>169</sup> Ni siquiera es necesario referirme a la fundamentación del concepto de autoría expuesto, supra, 2, ante el reconocimiento expreso y unánime de la doctrina contemporánea quienes, por otros cauces, reconocen la inexistencia, en el desvalor del hecho del instigador, de un dominio resultante en la lesión o puesta en peligro del bien jurídico.

en forma restrictiva, el N° 2 del artículo 15, que la mención al inductor directo ha de entenderse, necesariamente, que no corresponde al instigador. La categoría del instigador, que ha sido extensamente tratada en la doctrina nacional y comparada -que la acepta como una forma de participación-, merece un tratamiento distinto.<sup>170</sup>

Aceptando que la ubicación dogmática correcta de la instigación es el artículo 16, con la pena de los partícipes, aún hay que realizar un ejercicio más. Falta determinar qué contenido se asigna a la expresión “inducción directa”, del artículo 15 N° 2, segunda parte.

Para ello, en primer lugar, debo volver a los conceptos citados respecto del tratamiento que da la doctrina a la instigación. El instigador, “como sujeto que interviene en hecho ajeno, deja la caracterización concreta

---

<sup>170</sup> Así, por ejemplo, es claro lo que señala Maurach (Tratado de Derecho Penal, Trad. de Juan Córdoba Roda, Ariel, Barcelona, 1962, T. II, pp. 369 y ss.), al analizar el antiguo texto legal alemán sobre la instigación. “Una rigurosa interpretación excluirá la instigación y apreciará autoría mediata en muchos de los medios de influencia enumerados por la ley. Ello rige ante todo para la amenaza. Si la amenaza alcanza a provocar un estado de coacción del parágrafo 52, no podrá hablarse de instigación (a pesar de la accesoriedad limitada), desde el momento que el coaccionado habrá actuado sin libertad y por lo tanto sin dominio del hecho, simplemente habrá actuado como instrumento del amenazante, que no responderá como instigador sino como autor mediato.” (“Conforme al parágrafo 48, es instigador quien, por regalos o promesas, por amenaza, por abuso de la posición o del poder, por producción intencionada o aproverchamiento de un error, o por otros medios, ha determinado dolosamente, a otro, a la acción penalmente conminada, por el mismo cometida.” Este parágrafo ha sido reemplazado en la reforma del Código Penal alemán, de 1975, por el actual § 26. Hay dos versiones para traducir la expresión *Anstiftung*. Una, que confunde los conceptos de inducción e instigación (al igual que el texto del artículo 28 del Código Penal español de 1995, que señala que “también serán considerados autores: a) Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo”). § 26 “Inducción. Será penado como inductor con la misma pena que el autor quien haya determinado dolosamente a otro a la comisión dolosa de un hecho antijurídico.” Esta traducción del nuevo texto, como inducción, se encuentra en Derecho Penal, Eser y Burkhardt, Anexo, Trad. de Silvina Bacigalupo y Manuel Cancio Meliá, ob. cit., pp. 403 y ss. Esta traducción yerra al considerar que la traducción correcta de *Anstiftung* corresponde al término inducción. En el segundo tipo de traducciones, se le da a la expresión *Anstiftung* su correcto significado como instigación. Lo vemos siguiendo la traducción de Conrado Finzi a la 6ª edición alemana de Derecho Penal de Wessels, 1980, ob. cit., p. 162. Así también en la más reciente traducción de Manuel Cancio Meliá a la monografía de Kai Ambos, Dominio del hecho...ob. cit., p. 64, 1998, Anexo 2. “§ 26. Instigación. Será penado como instigador, en la misma forma que el autor, el que dolosamente determine a otro a la comisión dolosa de un hecho antijurídico.” En el mismo sentido, traduce como instigación, Juan Luis Gómez Colomer, en Diccionario Jurídico Procesal Penal Alemán-Español, en El Proceso Penal Alemán, Ed. Bosch, Barcelona, 1985, p. 568. También en el mismo sentido, lo traduce como instigación, maquinación, Müller, Franz, Diccionario Alemán-Español, Ed. Sopena, Barcelona, 1964, pp. 82 y 934.)

del mismo en manos del autor principal, único que tiene el dominio del hecho. De no ser así, podría entrar en juego la autoría mediata o la coautoría con dominio funcional, dejando de ser un supuesto de participación en hecho ajeno para considerarse de hecho propio.<sup>171</sup> (el subrayado es mío). Así, por tanto, siguiendo en esto a Baldó Lavilla, se exigiría un grado correspondiente de concreción “sólo cuando se provoque la resolución de cometer un hecho “concreto-individualizable”, cuando se fijen los rasgos esenciales que “configuran” el injusto del hecho.”<sup>172</sup> Precisa estas afirmaciones señalando como elementos esenciales aquellos que “desde un punto de vista normativo hacen específicas unas figuras delictivas de otras. No importando en cambio, que se designe o no jurídicamente de forma correcta el hecho provocado.”<sup>173</sup>

Esta descripción es la caracterización perfecta de la instigación desde un punto de vista doctrinario. Es decir, ésta es, en general, la caracterización perfecta de la institución en la que mayoritariamente los autores, desde muy distintos puntos de vista, ya sean causalistas, finalistas, post-finalistas, funcionalistas o estructuro funcionalistas, la consideran como una forma de participación en el delito, entendiendo esta participación en sentido estricto, por exclusión de la autoría. Sin embargo, ésta es la misma institución respecto de la cual, por diversas razones, ya vistas, aceptan se le aplique a quien la realice la misma pena que al autor del hecho.

Ya mencioné también, que directo es aquello que va de un punto a otro sin detenerse en los intermedios, o también, aquello que va derechamente a un fin. Si la institución descrita en el párrafo anterior, considero corresponde a los casos descritos en el artículo 16 del Código

---

<sup>171</sup> Baldó Lavilla, ob. cit., p. 92.

<sup>172</sup> Baldó Lavilla, ob. cit., pp. 92 y ss. Cita, en un sentido análogo, a Stratenwerth, StrR I, 3ª Ed. (1981), n. 886-888 (p. 247); Jakobs, StrR, AT, 1ª Ed. (1983), pp. 553-554; Wessels, StrR., AT, 16ª Ed. (1986), p. 156, y otros. En cambio, Roxin, “sostiene un criterio más abstracto, afirmando que es suficiente con que además del tipo de referencia se fije la “dimensión esencial del injusto, la cual debe constatarse por una interpretación de la conducta del inductor en el contexto de la situación. Posteriormente este autor ha señalado que esta dimensión se determina tanto por la medida del daño como por la forma de comisión.”

<sup>173</sup> Baldó Lavilla, ob. cit., p. 93.

Penal de 1874, el contenido del N° 2 del artículo 15 ha de ser aquél que mejor responde a la descripción de la inducción directa. Me refiero a aquellos casos en que la caracterización del hecho instigado, en detalles concretos de la ejecución como el tiempo, lugar y modalidades de la ejecución, así como la víctima concreta, cuando poseen relevancia, no se dejan al instigado, sino que son determinados por el “inductor”. Y éste es un caso de autoría mediata.

Para mí, induce directamente -es autor mediato- quien “fija” estos caracteres del hecho, e instiga, quien no determina estos detalles concretos, dejándolos al “dominio del hecho” del autor. Inducción directa, entonces, es realización de un “hecho propio”, y no un supuesto de participación en “hecho ajeno”. Si bien la instigación requiere una relación directa, aquí en sentido de relación física -comunicación-, la concreción del hecho, su caracterización está limitada por la posibilidad de “hacer suyo”, “dominar el hecho” por el autor.

Aquí es posible entender la diferencia con un ejemplo: una cosa es que encargue un cuadro a un pintor famoso, al que pago por su arte y su firma, y luego él lo deje para la venta en una galería de su propiedad; otra cosa distinta es que yo pinte y firme el cuadro, y lo entregue para la venta al propietario de la galería. En este último caso, el vendedor participa en el negocio (nadie diría que el cuadro es “suyo” como creación, por mucho que me pague un anticipo del precio de venta, o yo le anticipe su comisión), pero con “mi” obra.

Así también, es fácil concebir como autor mediato, y no como instigador, a quien contrata a un sicario para cometer un homicidio, por ejemplo, de su suegra. El contratante domina el hecho, en este caso, por la posibilidad de elegir al realizador material de su “pequeña organización” ocasional, por la determinación de la víctima, y posiblemente, por la determinación de las demás circunstancias del hecho.

Por ello, el artículo 15 N° 2 se refiere a casos de autoría mediata, y no

solamente a los tratados ordinariamente por la doctrina, sino que también aquellos de participación en la moderna criminalidad organizada, de más difícil captación que aquellos primitivamente señalados por Roxin para dar un adecuado sustento jurídico a la problemática de la utilización del aparato estatal en dicha criminalidad. Excluyo aquí los casos de coautoría, y las meras organizaciones informales para el crimen, las llamadas “bandas” o grupos delictivos comunes.

Al respecto, es interesante la crítica de Muñoz Conde a la tesis de Roxin, “que parece, en principio, perfectamente aplicable a estos casos de criminalidad cometida sirviéndose de aparatos de poder estatal organizado, que están en su origen, ya no es tan convincente cuando se trata de aplicarla a otros casos de criminalidad organizada que se desarrollan en organizaciones criminales ilegales no estatales y no tan estrechamente basadas en principios de jerarquía, obediencia ciega y disciplina tan característicos del régimen nazi y de otros Estados totalitarios....<sup>174</sup>”

Recalca este concepto, al señalar que las características “tan peculiares del funcionamiento de los aparatos de poder de los Estados totalitarios no suelen darse tan nítidamente en este otro tipo de organizaciones criminales, y entonces parece necesario buscar otras formas de imputación que se adapten mejor a las peculiaridades de estos grupos criminales.”<sup>175</sup> Cree Muñoz Conde, criterio que no comparto, que ésta es la coautoría.

El mismo criterio señala Jakobs,<sup>176</sup> basado en su esquema estrictamente normativo de la autoría, pero negando la posibilidad de autoría mediata en la criminalidad organizada. “Apreciar autoría mediata es, sin embargo, tan superfluo como nocivo. Es superfluo porque, con la

---

<sup>174</sup> Muñoz Conde, Francisco, Problemas de Autoría y Participación en la Criminalidad Organizada, en Delincuencia Organizada, Ed. Juan Carlos Ferré Olivé, Huelva, Universidad de Huelva, 1999, p. 154.

<sup>175</sup> Muñoz Conde, Problemas de autoría...ob. cit., p. 155.

<sup>176</sup> Jakobs, Gunther, Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación, Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, a la 2ª Ed. alemana de 1991, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 783 y ss.

superioridad objetiva, la teoría subjetiva no hace más que crear la base para construir una voluntad de autor de todos modos irrelevante, mientras que la teoría del dominio del hecho en la versión de que las aportaciones son necesarias después del comienzo de la tentativa, vuelve a eliminar mediante la autoría mediata esta restricción innecesaria por su parte. Conforme a la concepción aquí mantenida, la coautoría, en los supuestos normales, no presenta problemas; en los demás casos queda la inducción. La construcción de la autoría mediata es nociva, porque, en los hechos de la época del régimen nacional-socialista, encubre la vinculación organizada de todos los intervinientes, ni mucho menos siempre forzada, hasta convertirla en un hacer común: sólo mediante la conjunción de quien imparte la orden y quien la ejecuta se puede interpretar un hecho singular del ejecutor como aportación a una unidad que abarque diversas acciones ejecutivas.”<sup>177, 178</sup>

Respecto a la construcción de Muñoz-Conde, este último señala erradamente que “el reparto de roles”<sup>179</sup> sería propio de la coautoría en un hecho. Pero, cuando estos roles en una organización adquieren un

---

<sup>177</sup> Jakobs, Derecho Penal, ob. cit., pp. 783 y ss.

<sup>178</sup> Jakobs, tras numerosas críticas, ha modificado diversas posturas, especialmente en materia de autoría. Debe entenderse que para él la participación es un problema de atribución normativa, esto es, de competencias y no de facticidad (esta última en relación al dominio del hecho), distinguiendo entre delitos de competencia por organización y delitos de competencia en virtud de una institución. Esta normativización extrema de los conceptos, que obviamente no comparto, está expuesta en su última versión en “El ocaso del dominio del hecho”, en Conferencias sobre temas penales, compilación de conferencias en la Universidad Nacional del Litoral, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, Argentina, 2000, pp. 87 a 120. En las tesis que sustenta, es interesante hacer notar el intento de Jakobs de solucionar uno de los problemas manifestados en las críticas -de la doctrina contemporánea- a su maestro, Welzel, quien buscaba en el elemento sistemático “acción” un supraconcepto unitario para las distintas categorías de delito, tanto activos como omisivos y culposos. Jakobs intenta construir, en la normativización, esto es, en la inversión del postulado ontológico de su maestro, una línea de unión entre la comisión y la omisión, a través del concepto de la “competencia”. “Con esto queda identificada la línea de unión: lo decisivo es la competencia; en los delitos en virtud de competencia por organización, una competencia por el empeoramiento de otra organización (infracción de un deber negativo), y en los delitos de deber, una competencia por no mejorar la situación (infracción de un deber positivo, lo que –desde luego- abarca el empeoramiento).” (El ocaso..., ob. cit., p. 119) Pero, si nos damos cuenta, tal “inversión” de los postulados de Welzel es ilusoria, puesto que Jakobs adopta como ontología, y en el más puro estilo welzeliano, a la norma positiva (agudizando la formalización del concepto de bien jurídico que ya se evidenciaba en Welzel). Conduciría de esta forma -aunque no lo sostiene expresamente- a fundir el concepto normativo de autoría en una parte de la imputación objetiva, proposición a la que también se puede llegar por la vía del “dominio del hecho”.

<sup>179</sup> Muñoz Conde, Problemas de autoría...ob. cit., p. 156.



grado de permanencia como tales, indistintamente de las personas que lo ejerzan, pasa a ser un problema de autoría mediata, de “verticalidad”. La institucionalización del rol es uno de los elementos decisivos en la “dirección” en el dominio de la organización.

Respecto a la construcción de Jakobs, el mismo Roxin lo critica porque “descansa en una consideración normativa del dominio del hecho. Lo entiende como responsabilidad jurídica, no como dominio real.”<sup>180</sup>

Lo que no dice directamente Roxin, es que el sistema de Jakobs, al tener pretensiones de ser un sistema “cerrado”, alejado de cualquier consideración fáctica, está más cercano al antiguo positivismo jurídico que a la moderna ciencia del Derecho Penal. -Éste aparta por insignificante el poder de mando del “hombre de atrás”-. Olvida también Jakobs, que, en la medida de su tautología, la medida de un aporte a la realización de un hecho, es el otro aporte.

Termina Roxin su crítica a la postura de Jakobs -crítica que es importante para las conclusiones que sostengo-, señalando que “la tesis de la coautoría elude la decisiva diferencia estructural entre autoría mediata y coautoría, consistente en que la autoría mediata está estructurada verticalmente (en el sentido de un desarrollo de arriba hacia abajo, del que ordena al ejecutor), mientras que la coautoría lo está horizontalmente (en el sentido de actividades equivalentes y simultáneas).”<sup>181</sup> (el subrayado es mío)

Respecto de la diferencia entre la instigación y la autoría mediata, en que se reconoce que ambas tienen una estructura “vertical”, el instigador “primero tiene que buscarse un autor,... debe tomar contacto con el potencial autor, captarlo para su plan y, dado el caso, vencer sus resistencias; ...el burócrata sólo necesita dar una orden,... el que da órdenes en la jerarquía de un aparato de poder se evita todo esto.”<sup>182</sup> En resumen, la autoría mediata en la organización criminal viene dada por la ínter

---

<sup>180</sup> Roxin, Problemas de Autoría...ob. cit., pp. 194 y ss.

<sup>181</sup> Roxin, Problemas de Autoría...ob. cit., p. 195.

<sup>182</sup> Roxin, Problemas de Autoría...ob. cit., p. 196.

cambiabilidad de los roles y el control automático que de ella se derive.

Si queda claro que este partícipe no es autor directo, en el sentido de autor del N° 1 del artículo 15, si también es claro que no se realizan las conductas propias de la coautoría, y que no es un fenómeno de instigación, de negarse la posibilidad de la autoría mediata en la criminalidad organizada, deberíamos modificar completamente el planteamiento inicial, interpretativo. Ya lo intuye Muñoz Conde<sup>183</sup> al referirse a la figura anómala del cooperador necesario de la legislación española, al considerar como lógico mantenerlo como “tipo de recogida”, ante la posible impunidad de algunas conductas propias de la criminalidad organizada.

Pero, no me parece que éste sea el camino. El mismo Muñoz Conde lo critica en la última nota al pié de página de su monografía, señalando que “estos ejemplos son característicos de las tendencias que caracterizan el “moderno” Derecho Penal, que en aras de una eficacia preventiva más simbólica que real, funcionaliza los conceptos dogmáticos hasta unos límites claramente incompatibles con los principios de legalidad e intervención mínima característicos del Derecho Penal de un Estado de Derecho.”<sup>184</sup>

La distinción entre autoría mediata e instigación la realiza con singular acierto Kai Ambos, citando a Schroeder, al señalar que “en el caso de los hechos realizados en el contexto de organizaciones de poder no concurre la situación típica de la inducción, es decir, el encuentro de la voluntad del instigador (inductor) con las contra fuerzas psíquicas “fieles al derecho” del instigado (inducido) y la inseguridad en cuanto al éxito de la instigación que ello implica. Por el contrario, en estos casos la voluntad contraria del instigado es tan débil que el instigador puede partir de la base de la “ausencia de cualquier fuerza que se oponga”.<sup>185</sup>

---

<sup>183</sup> Muñoz Conde, Problemas de Autoría...ob. cit., pp. 158 y ss.

<sup>184</sup> Muñoz Conde, Problemas de Autoría...ob. cit., p. 159.

<sup>185</sup> Ambos, Kai, Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos de poder. Universidad de Externado, Colombia, 1998, pp. 28 y ss., citando a Schroeder, *Der Täter*

Con todo lo anterior, pretendo señalar que debe distinguirse con claridad el concepto de instigación -participación-, que es el elaborado técnicamente y con precisión por la doctrina, de la expresión “inducción directa”, a la que doy un sentido figurativo o puramente descriptivo, e interpreto en el sentido de autoría mediata.

Finalmente, cuando se habla de inducción “directa”, es porque la lesión del bien jurídico se le imputa objetivamente al hecho del autor mediato, no al del inducido. Directamente, en este sentido, se refiere a una conexión de riesgo, a la posibilidad de imputar objetivamente el resultado como “obra suya”, dominada, al autor mediato

Como conclusión, entonces, en primer lugar, considero que el artículo 15, N° 2, se refiere, como acepta la doctrina nacional más reciente, a la autoría mediata. E incluyo entre éstos los casos de caracterización concreta del hecho, que de no haberla corresponderían a la instigación, es decir, al artículo 16 del Código Penal de 1874. En segundo lugar, en el artículo 15, N° 2, segunda parte, considero también que induce directamente quien, por su posición en el aparato de poder en una organización criminal, controla, y por tanto, domina, los hechos que ejecutan otros. Esto es, la dirección de la organización, en cualquiera de sus niveles.

---

*hinter dem Täter*, 1965, pp. 143 y ss, 150, 196, 222; ídem, *Juristische Rundschau*, 1995, p. 177 (178). Y continúa con un ejemplo: “Partiendo de lo anterior, el soldado que hizo disparos en el muro se corresponde con el autor ya decidido a realizar el hecho, cuya “disposición incondicional” al hombre de atrás tan sólo ha de aprovechar para la ejecución del hecho. El instigador domina al instigado, y este dominio del hombre de atrás sobre el ejecutor es un argumento a favor de la autoría mediata en lugar de la inducción.”

## Capítulo 4

# EL ENCUBRIMIENTO

### Art. 17 del Código Penal -Estudio del encubrimiento como forma de participación-

#### A. Concepto y requisitos generales

El encubrimiento, al que es preferible denominar “favorecimiento”,<sup>186</sup> es objeto de discusión, hoy día, en la doctrina nacional y extranjera, por su ubicación sistemática. Cury, refiriéndose al tema señala que “como la intervención del encubridor es posterior a la ejecución, falta por completo la relación de causalidad entre aquella y el resultado típico”.<sup>187</sup>

Según señala Bustos Ramírez, “el encubrimiento no es participación, ya que se produce una vez realizado el delito...es un hecho autónomo, al que se pueden aplicar los requisitos generales del injusto, es decir, tipicidad y antijuridicidad.”<sup>188</sup>

Nuestro primer comentarista del Código Penal de 1874, Alejandro Fuensalida, citando a Carrara, ya consideraba que “después de consumado un delito no se concibe que pueda existir una participación posterior; porque ni el Todopoderoso puede hacer que se participe hoy de un hecho

---

<sup>186</sup> Tradicionalmente se ha considerado que el término encubrimiento identifica a una forma de participación en el delito, cosa que no se acepta en este trabajo, y que, de acuerdo a los antiguos contenidos asignados a la institución en estudio, ésta era el género de las especies receptación y favorecimiento, como formas de participación.

<sup>187</sup> Cury, Derecho Penal, Parte General, Tomo II, ob. cit., p. 258.

<sup>188</sup> Bustos Ramírez, Derecho Penal, Parte General, ob. cit., p. 296.

consumado ayer.”<sup>189</sup>

Sin embargo, justifica su inclusión en la participación “por la relación de ciertas acciones posteriores con el delito consumado i por la influencia que puede tener en la consumación de otros”.<sup>190</sup> De las definiciones del artículo 17, ya deduce algunos principios, como la exigencia de un delito previo (“no puede haber encubrimiento sin autores de un crimen o simple delito”) y que no se contempla el encubrimiento de faltas. Pero lo más interesante de sus comentarios, es la mención al dolo subsequens, negándole fuerza, aún reconociendo la existencia del artículo 454 que “castiga como autores a las personas en cuyo poder se encuentre una cosa hurtada”.<sup>191</sup>

Como requisitos del encubrimiento, el artículo 17 nos indica que debe haberse ejecutado un delito, del que debe tener conocimiento el encubridor, que éste no haya participado como autor o como cómplice, y que intervenga con posterioridad a su realización en alguna de las formas que describe.

Cabe también el encubrimiento de la etapa de tentativa de un delito, al señalarlo la ley la expresión “crimen o simple delito o de los actos ejecutados para llevarlo a cabo”

Respecto al grado de accesoriedad exigido en el encubrimiento, para Garrido<sup>192</sup> es la accesoriedad limitada, mientras que Etcheberry, fundándose en la literalidad de la expresión “crimen o simple delito” que se utiliza en el texto legal, sostiene que debe exigirse “la accesoriedad máxima, es decir, el hecho encubierto debe ser punible”.<sup>193</sup>

Creo algo más acertada la posición de Garrido, aunque el fundamento ha de ser distinto. Si bien es sostenible que lo que se exige es el conocimiento de un ilícito, y así se entiende por Garrido “porque no siempre

---

<sup>189</sup> Fuensalida, ob. cit., Tomo I, p. 147.

<sup>190</sup> Fuensalida, ob. cit., Tomo I, p. 147.

<sup>191</sup> Fuensalida, ob. cit., Tomo I, pp. 148 y ss.

<sup>192</sup> Garrido, Etapas...ob. cit., pp. 400 y ss.

<sup>193</sup> Etcheberry, Derecho Penal, Parte General, T. II, 3ª Ed., ob. cit., pp. 101 y ss.

se reserva en nuestra ley el uso de tales expresiones para hechos que necesariamente deben ser objetos de pena”,<sup>194</sup> la razón es otra. El que favorece a otro, el que presta ayuda a otro comete un delito independiente contra la correcta Administración de Justicia. El que se encuentre sancionado como forma de participación en otro delito, trae consecuencias inaceptables, como la impunidad del partícipe del encubrimiento. Pero, esto no nos puede desviar de la esencia de este delito. Para su sanción se requiere la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico: la administración de justicia. Basta entonces, la realización de un ilícito, en cuya base se encuentra el bien jurídico.

Respecto al dolo exigible, ya el mismo Etcheberry reconoce que basta el dolo eventual, “y en cuanto a las circunstancias, deberá exigirse conocimiento respecto de aquellas que influyan en una mayor penalidad”.<sup>195</sup> Si para aplicarle una pena al encubridor, le basta que se represente como probables las circunstancias del hecho delictivo, es inexplicable que exija que concurren todos los elementos del delito respecto del autor del “delito en referencia”. Si exige lo menos en lo uno, cómo exige lo más en lo otro.

También Cury considera que “basta, en todo caso, con un dolo eventual a este respecto”.<sup>196</sup> Respecto al pensamiento de Etcheberry, de adscripción en esto al principio de accesoriadad máxima, Cury lo considera inexacto. Para él, el empleo de los términos crimen o “simple delito” “sólo tiene por objeto destacar que no es punible el encubrimiento de una falta”.<sup>197</sup>

Para Garrido, en cambio, que relaciona la exigencia de conocimiento con el dolo directo, “la mera sospecha o la duda quedan descartadas, y por ende, el dolo eventual”.<sup>198</sup>

No puedo concordar con tales conceptos. El dolo eventual, en primer lugar, como forma de dolo, no se queda en el momento intelectual o

---

<sup>194</sup> Garrido, Etapas...ob. cit., p. 401.

<sup>195</sup> Etcheberry, Derecho Penal, Parte General, T. II, ob. cit., p. 102.

<sup>196</sup> Cury, Derecho Penal, Parte General, T. II, 1985, ob. cit., pp. 260 y ss.

<sup>197</sup> Cury, Derecho Penal, Parte General, T. II, ob. cit., p. 239.

cognoscitivo. Tiene un segundo requisito: lo que se castiga es el querer, la realización de ese conocimiento. En segundo lugar, el contenido del dolo eventual que da Garrido Montt en esto no es de lo más exacto. No es una sospecha, sino una falta de certeza absoluta. En palabras de Roxin, “el sujeto no está seguro de si una determinada circunstancia del hecho concurre o de si se producirá una consecuencia típica”.<sup>199</sup> (el subrayado es mío) Lo sancionable es el riesgo consciente asumido de la realización típica.

Tampoco me parece válida la analogía que realiza Garrido con el artículo 454 para descartar la posibilidad del dolo eventual, al señalar que en el caso del artículo 17 no se encuentra expresamente contemplada la posibilidad de aplicarlo. La única restricción en esta materia, en la que se puede exigir texto expreso, se refiere a la posibilidad de sancionar un delito cualquiera por negligencia o imprudencia. -El dolo eventual es, valga la redundancia, una forma de dolo, no de culpa.-

La razón que fundamenta estos puntos de vista es que el encubrimiento ha de ser tratado, aún estando ubicado entre las formas de participación, y en lo que respecta al bien jurídico protegido, como un delito independiente. Es decir, se debe requerir al menos la puesta en peligro del bien jurídico administración de justicia.

Sobre el requisito de no haber sido partícipe en el delito encubierto, basta decir respecto de ello, que de acuerdo al principio de consunción, la participación consume al encubrimiento,<sup>200</sup> o es “subsidiario”, resolviendo “el posible concurso aparente entre las diferentes formas de concurrencia”,<sup>201</sup> mientras éste se mantenga en el artículo 17.<sup>202</sup> Tipificándose como delito autónomo, o considerándose como tal a pesar de su ubicación en la Parte

---

<sup>198</sup> Garrido, Derecho Penal, Parte General, T. II, 1997, ob. cit., p. 324.

<sup>199</sup> Roxin, Derecho Penal, Parte General, T. I, ob. cit., p. 424.

<sup>200</sup> Garrido, Derecho Penal, Parte General, T. II, ob. cit., p. 324.

<sup>201</sup> Cury, Derecho Penal, Parte General, T. II, ob. cit., p. 260.

<sup>202</sup> Pero, de requerir la puesta en peligro o la lesión del bien jurídico, cabría interpretar de distinta forma la disposición, de no mediar lo expreso del texto excluyendo la sanción como encubridor al partícipe.

General del Código Penal, sólo cabe hablar de concurso real o de delitos entre el favorecimiento y el delito “en referencia”.<sup>203</sup>

Como último requisito, se requiere la realización de algunas de las conductas señaladas por el artículo 17: el aprovechamiento, la receptación, y el favorecimiento real o personal.

Previo al análisis de cada una de éstas, hay que referirse, en general, a un problema. Este es el de la delimitación de las conductas que podemos considerar “típicas”. Las conductas del encubrimiento, de no mediar el texto indeterminado, son perfectamente lícitas, normales y socialmente adecuadas. El tinte de la descripción difiere notablemente de las conductas que reseñan los tipos de la parte especial. Éstos son comportamientos que sin mediar un delito “en referencia”, serían perfectamente lícitos. Distinto es el caso de las descripciones que en sí vienen desvaloradas como “matar”, “hurtar”, “violar”, etc. Encubrir no se desvalora en el mismo sentido, ya que las conductas descritas no nos llevan directamente al verbo rector como lo harían, por ejemplo, disparar un arma de fuego contra una persona, apoderarse de una cosa mueble ajena, yacer contra la voluntad o sin consentimiento, etc. Hospedar a una persona, proporcionar cuidados médicos, vender alimentos, prestar dinero, y otras muchas conductas que podría describir, que son normalmente realizadas, a diario, incluso en una relación con una persona que ha cometido un delito, son consideradas socialmente adecuadas. No basta, entonces, como criterio delimitador, la simple descripción de sentido del artículo 17, ya que “comportamientos normales, diarios, habituales, pueden servir de ayuda a los presuntos delincuentes para eludir la acción de la justicia”.<sup>204</sup>

La solución comienza por exigir, según Blanco Cordero, “la creación

---

<sup>203</sup> Mayores detalles sobre este punto de vista se encuentran en el capítulo 14, al tratar el problema del concurso de delitos en la receptación.

<sup>204</sup> Blanco Cordero, Isidoro, El encubrimiento personal: contribución a la delimitación del tipo del artículo 451 N. 3 del Código Penal, en Revista de Derecho Penal y Criminología, 2ª época, Julio, 1998, N° 2, p. 47.



de un riesgo jurídicamente desaprobado<sup>205</sup> en el marco de la teoría de la imputación objetiva. Esta exigencia la hace entendiendo que la “ayuda ha de ser no sólo objetivamente idónea para que los presuntos responsables del delito eludan la investigación de la autoridad o de sus agentes o para que se sustraigan a su búsqueda y captura, sino que además ha de producir tales resultados. Se trata, por tanto, de un delito de resultado.”<sup>206</sup> Aclara este último punto de vista, con una “interpretación que entienda que el resultado del encubrimiento suponga meramente una obstaculización de la labor de la autoridad o de sus agentes en su función de perseguir a los presuntos delincuentes... Es suficiente conque durante un “período de tiempo” se imposibilite la investigación de la autoridad o se consiga eludir en un determinado momento la busca o captura, pero no definitivamente.”<sup>207</sup>

La doctrina ha elaborado diversos criterios en la búsqueda de una delimitación. En el ámbito del tipo objetivo, se señalan la adecuación social, la ética social, el fin de protección de la norma y la teoría de la conducta típica en el ámbito de la imputación objetiva.<sup>208</sup> Es esta última, en la que se examina si el peligro se mantiene en los límites de lo permitido, la solución doctrinal, hasta ahora, más satisfactoria a contemplar para delimitar las formas de intervención posterior.

Roxin ha propuesto, como criterio de distinción, respecto de las denominadas acciones neutrales o cotidianas y su relevancia penal, “el de si el fin delictivo aparece, para la acción, en primer plano o, por el contrario, es secundario”, y que “sobre esta base debe precisarse y concretarse más”.<sup>209</sup>

---

<sup>205</sup> Blanco Cordero, El encubrimiento..., ob. cit., p. 48.

<sup>206</sup> Blanco Cordero, El encubrimiento..., ob. cit., p. 13.

<sup>207</sup> Blanco Cordero, El encubrimiento..., ob. cit., pp. 13 y ss., nota al pie N° 3. Cita en contra de esta posición a Sánchez-Ostiz Gutiérrez, P., El encubrimiento como delito, Valencia, 1998, pp. 82-83, n. 110, considera que, dada la presencia de un elemento intencional en el tipo del encubrimiento personal del art. 451 n. 3 CP, no se requiere un efectivo resultado consistente en la “frustración de la expectativa de la Administración en conocer los hechos y sus autores”.

<sup>208</sup> Cfr. Blanco Cordero, El encubrimiento..., ob. cit., pp. 15 y ss.

<sup>209</sup> Silva Sánchez, Jesús-María, Informe sobre las discusiones, Seminario en la Universidad Pompeu Fabra “Presente y futuro de la dogmática penal europea. La aportación alemana.”, en Sobre el estado de la teoría del delito, Ed. Jesús-María Silva Sánchez, Ed. Civitas, Madrid, 2000, p. 203.

Para Jakobs, este criterio es ambiguo, ya que a su juicio “ello debe decidirse de acuerdo con el sentido objetivo de la acción, lo que coincide con la idea de rol.”<sup>210</sup> Para Frisch, en cambio, en estos casos de acciones cotidianas, “la sanción por un delito de comisión activa requiere que se haya producido un exceso en el uso de la libertad..., jurídicamente definida. Para ello deben utilizarse criterios objetivos... así la cuestión es cuándo podemos decir que el sujeto ya no se mueve en el marco de su libertad. Ello tiene lugar cuando la conducta tiene la función de hacer posible el comportamiento delictivo de otro. En los casos en que no es así, para el Derecho se trata básicamente de la toma en consideración del sujeto por razones de solidaridad para conjurar determinados peligros. Así, en algunos de ellos, Frisch propondría el recurso al delito de omisión del deber de socorro.”<sup>211</sup>

Schünemann, respecto a los comportamientos cotidianos, critica el criterio distintivo de rol, señalando que “si el sujeto se ha salido o no de los cometidos propios de su posición social (*Rollenüberschreitung*) no es válido para decidir sobre la punibilidad de las acciones cotidianas. Es, por tanto, necesario el recurso a otro criterio, que necesariamente ha de ser normativo.”<sup>212</sup> Para él, lo fundamental, es indagar “si la prohibición de la acción cotidiana de que se trate constituye un medio eficiente en términos político-criminales para evitar lesiones de bienes jurídicos.”<sup>213</sup> Un segundo criterio que señala es el del grado de realización del hecho (cercanía del hecho delictivo), y por el momento “se contentaría con una cláusula general, normativa, de naturaleza preventiva y referida al bien jurídico”.<sup>214</sup>

Cabe señalar, sin embargo, que lo correcto es delimitar descriptivamente a partir del bien jurídico protegido, ya que el juicio de imputación, estrictamente, es un juicio normativo precedido -y no simultáneo- por la valoración político criminal.

---

<sup>210</sup> Silva Sánchez, Informe...ob. cit., p. 203.

<sup>211</sup> Silva Sánchez, Informe..., ob. cit., pp. 203 y ss.

<sup>212</sup> Silva Sánchez, Informe..., ob. cit., p. 204.

<sup>213</sup> Silva Sánchez, Informe..., ob. cit., pp. 204 y ss.

<sup>214</sup> Silva Sánchez, Informe..., ob. cit., p. 205.

## **B. Formas de intervención posterior**

### **señaladas en el artículo 17**

#### **a. El aprovechamiento**

Según señala Fuensalida, la Comisión redactora, en la sesión 127, página 225 del acta, sustituyó la frase “auxiliando a los delincuentes para que se aprovechen de los efectos del delito” que emplea el Código español, por la correspondiente del nuestro, atendiendo a que aquella “comprende toda clase de auxilio, aunque sea inocente i no contribuya a ayudar al culpable para que se sustraiga a la acción de la justicia, que debe ser la mente de la lei. Así, por ejemplo, según esta disposición, se reputará encubridor el que indicara al ladrón el mejor procedimiento para beneficiar el objeto robado, aún cuando este consejo no tenga por fin asegurar el provecho del delito i su impunidad.”<sup>215</sup>

Tras la reforma de la Ley 19.413, el aprovechamiento ha quedado restringido, en forma residual, en los casos de receptación, a aquellas conductas cuyo delito en referencia no lo sea un hurto o un robo. A la materia me referiré en detalle, al tratar por separado la receptación.

En segundo lugar, se refiere al llamado auxilio complementario,<sup>216</sup> o facilitación de medios.<sup>217</sup> Cury excluye los meros consejos u otras formas de auxilio puramente intelectual, mientras que Garrido acepta el auxilio intelectual, ya que para éste, “facilitar el transporte de las especies es tan válido como convencer a un tercero para que adquiriera la especie que el autor le ofrece, asegurándole su buena procedencia”.<sup>218</sup>

---

<sup>215</sup> Fuensalida, ob. cit., Tomo I, pp. 151 y ss.

<sup>216</sup> Garrido, Derecho Penal, Parte General, T. II, ob. cit., p. 325.

<sup>217</sup> Cury, Derecho Penal, Parte General, T. II, ob. cit., p. 263.

<sup>218</sup> Garrido, Derecho Penal, Parte General, T. II, ob. cit., p. 325.

## **b. El favorecimiento**

Según lo ilustra Fuensalida, quien ya entendía que el favorecimiento no es un supuesto de participación, “los encubridores a los que se refieren los números 2º i 3º, tienen de común que no les liga ningún vínculo criminal con los autores del crimen o simple delito, i que unos i otros ceden jeneralmente a un sentimiento de afección i de humanidad. Si la lei los castiga no es por actos inmorales en sí, sino porque desobedecen a la prohibición de impedir la acción de la justicia.”<sup>219</sup> (el subrayado es mío)

Distingue Fuensalida a los encubridores del Nº 1 y el Nº 2, en que “los tribunales deberán considerar, para imponer una pena mayor a las del número 1º, que éstos obran por un móvil inmoral; mientras que a los del número 2º sólo se les castiga por un quebrantamiento de una prohibición legal.”<sup>220</sup>

### **Como formas de favorecimiento, es posible distinguir el real y el personal.**

**b.1 El favorecimiento real**, que consiste en ocultar o inutilizar el cuerpo, los efectos o instrumentos del delito para impedir su descubrimiento, se refiere, obviamente, y como señala la totalidad de la doctrina nacional, al hecho delictivo y no a la persona del delincuente.

Inutilizar, señala Etcheberry, “significa una alteración que haga inapta la cosa para el fin a que se encuentra destinada, y ordinariamente se tratará de una destrucción”.<sup>221</sup> Ocultar, señala Cury “es un término que se explica de suyo”.<sup>222</sup>

No estoy completamente de acuerdo con lo que ambos sostienen. Hay que entender la conducta en relación con los criterios señalados

---

<sup>219</sup> Fuensalida, ob. cit., Tomo I, pp. 152 y ss.

<sup>220</sup> Fuensalida, ob. cit., Tomo I, p. 153

<sup>221</sup> Etcheberry, Derecho Penal, Parte General, T. II, ob. cit., p. 103.

anteriormente, esto es, en relación con el bien jurídico protegido, la administración de justicia, y al resultado frente al objeto de la protección.

La inutilización no tiene relación directa con el fin a que se encuentre destinada la cosa, sino con eludir la persecución de la justicia. No siempre equivaldrá a una alteración o destrucción. Puede bastar, por ejemplo, con desconectar la alarma del automóvil hurtado o robado, manualmente o con una señal electrónica, o modificar el número de un teléfono celular hurtado o robado, impidiendo así la búsqueda electrónica de su señal, o con desconectar o modificar la clave identificatoria del localizador GPS del vehículo hurtado o robado.

El artículo 269 bis, incluido por la reforma de la Ley 19.077 contempla el delito de obstrucción a la justicia, que en una de sus hipótesis de comisión consiste en destruir, ocultar o inutilizar el cuerpo, los efectos o instrumentos de un crimen o simple delito. Etcheberry critica la inclusión de la hipótesis de destrucción como innecesaria -“conducta que, con la innecesaria adición de la hipótesis de destrucción, coincide exactamente con la sancionada en el Art. 17 N° 2, de la cual solo se diferencia en que en el Art. 269 bis ella se realiza después de que el delito ha sido descubierto”<sup>223</sup>-, sin percatarse que el artículo 17, al no contemplarlo, diferencia esta conducta de destrucción de la inutilización, con la obvia consecuencia de poder interpretar restrictivamente dicho artículo. Como señalé respecto del concurso en la receptación, es pacífico en la doctrina que la hipótesis de destrucción de la cosa, aún por el mismo autor del delito en referencia, y por la claridad con que se pueden distinguir los distintos bienes jurídicos envueltos, no cabe sancionarla sino como un concurso real o de delitos.

Respecto a ocultar, para Garrido, quien sigue en esto a Raimundo del Río, se debe entender “toda acción dirigida a hacer que una cosa no sea vista, poniéndola en sitio reservado o secreto para que se ignore que existe o donde está, o sea, evitar que una cosa sea conocida, y comprende tanto el

---

<sup>222</sup> Cury, Derecho Penal, Parte General, T. II, ob. cit., p. 264.

<sup>223</sup> Etcheberry, Derecho Penal, Parte General, T. II, ob. cit., p. 104.

callar lo que se debe decir -omisión- como el esconder algo que no sea conocido -acción-.”<sup>224</sup> Mejora en esto la posición de Cury, pero es necesario, de acuerdo a los señalado anteriormente, agregar que sea objetivamente imputable al resultado de obstaculizar la administración de justicia.

**b.2 El favorecimiento personal** puede ser ocasional o habitual. El primero, consiste en albergar, ocultar o proporcionar la fuga al culpable.

Por la expresión “culpable”, entiende Etcheberry que debe descartarse el favorecimiento personal del encubridor,<sup>225</sup> mientras que Garrido,<sup>226</sup> citando a Conde-Pumpido, que sí lo acepta, señala lo controvertido del asunto.

Considerando que el favorecimiento debe ser tratado como un delito independiente, a pesar de su ubicación en el Código Penal de 1874, nada obsta para aceptar la posibilidad de favorecer a un encubridor albergándolo, ocultándolo o proporcionándole la fuga, siempre y cuando se le pueda imputar objetivamente al favorecedor el hecho de impedir o frustrar, aunque sea temporalmente, la acción de la justicia.

Albergar, para Etcheberry,<sup>227</sup> es proporcionar hospedaje o un sitio de refugio o descanso, mientras que Garrido,<sup>228</sup> en forma similar, señala que es dar hospedaje o resguardo.

Respecto a la posibilidad de realización tanto comisiva como omisiva, se manifiesta a favor Garrido -aunque yerra señalando como ejemplo una hipótesis de dolo subsquens-, “pues el encubridor puede haber albergado al delincuente antes de que tomara conocimiento del hecho, y al adquirirlo posteriormente, no poner término al auxilio, caso en que incurriría en omisión”.<sup>229</sup> Para Cury, citando a Córdoba Roda y Rodríguez Mourullo, cabe la realización omisiva, pero “sólo cuando existe una obligación jurídica de

---

<sup>224</sup> Garrido, Etapas..., ob. cit., pp. 419 y ss.

<sup>225</sup> Etcheberry, Derecho Penal, Parte General, T. II, ob. cit., p. 105.

<sup>226</sup> Garrido, Etapas..., ob. cit., pp. 423 y ss.

<sup>227</sup> Etcheberry, Derecho Penal, Parte General, T. II, ob. cit., p. 105.

<sup>228</sup> Garrido, Etapas..., ob. cit., p. 424.

obrar”.<sup>230</sup> Etcheberry, en cambio, no acepta la realización omisiva del favorecimiento personal, y reiteradamente se refiere a éste en explícita forma activa. Además, al referirse al momento del conocimiento, señala que debe concurrir antes de la conducta encubridora: “si se adquiere después, ello no transforma a esta última en encubrimiento a posteriori... Todo esto siempre que la ley no imponga expresamente al afectado la obligación de perseguir o denunciar al culpable.”<sup>231</sup>

Esta última es la postura correcta, aunque es necesario reforzarla especificando sus fundamentos. Para la imputación objetiva del hecho en la comisión por omisión se requiere, además de la producción de un resultado y la posibilidad de evitarlo, que ha de integrar, por parte del autor, una posición de garante. Ésta ya no existe desde la modificación de la Ley 19.077, la que hizo punible en forma general este tipo de favorecimiento.<sup>232</sup>

El favorecimiento habitual, en el que la enumeración casuística del artículo 17 es poco feliz, ayuda en la fundamentación del tratamiento de las distintas hipótesis de encubrimiento como delitos autónomos, en desprecio de su ubicación en la Parte General del Código Penal de 1874.

Como señala Garrido, “lo que esta disposición establece es una figura especial, un tipo penal autónomo, donde la característica es la habitualidad”.<sup>233</sup> En el mismo sentido lo destaca Etcheberry, ya que “este encubrimiento resulta ser en verdad un delito propio más que una forma de participación”.<sup>234</sup>

Lo esencial aquí es la referencia a la habitualidad del hecho de favorecer, no la característica personal de “malhechor”, que creo, esencialmente son los mismos partícipes que menciona el artículo 17.

---

<sup>229</sup> Garrido, *Etapas...*, ob. cit., p. 424, nota al pie N° 511.

<sup>230</sup> Cury, *Derecho Penal, Parte General*, T. II, Ed. Jurídica de Chile, 1985, p. 265.

<sup>231</sup> Etcheberry, *Derecho Penal, Parte General*, T. II, ob. cit., pp. 105 y ss.

<sup>232</sup> La ley 19.077 eliminó la mención al “funcionario público que abusaba de sus funciones, y cuando el encubierto había cometido ciertos delitos muy graves, estando ello en conocimiento del encubridor, o aquél era conocido como delincuente habitual”. (Etcheberry, *Derecho Penal, Parte General*, T. II, ob. cit., p. 105.)

Según Etcheberry, sobre la habitualidad, no se requiere que “constituya una actividad profesional, fuente de lucro para quien la practica”, y “el número de actos necesarios será cuestión de hecho que deberá apreciarse en cada caso”.<sup>235</sup> Garrido, en cambio, señala un elemento del tipo subjetivo como lo característico, al definirlo como proteger o acoger “en forma repetida a los malhechores, o por lo menos lo ha hecho una vez con la predisposición de hacerlo como una actividad corriente”.<sup>236</sup> (el subrayado es mío)<sup>237</sup>

Para Cury la habitualidad se relaciona con la realización de los actos “más de una vez”,<sup>238</sup> pero requiere también, “una cierta tendencia o actitud interna del sujeto cuya apreciación precisa de un examen caso por caso”.<sup>239</sup>

En esto es fundamental recalcar los criterios señalados respecto de la delimitación de las conductas con las que se realiza el encubrimiento. En primer lugar, no es aceptable utilizar como criterio delimitador un elemento propio del tipo subjetivo. El fundamento del desvalor del comportamiento debe estar en sus cualidades materiales, y no en la intención con la que se realiza. Si se desvalora una intención, como señala Blanco Cordero, nos encontramos en un “Derecho Penal (de la intención) difícilmente compatible con un Derecho Penal orientado a la protección de bienes jurídicos”.<sup>240</sup>

La solución ha de venir por una delimitación del tipo objetivo. Hábito es una práctica consistente en la repetición de actos del mismo tipo o naturaleza. No puede, por tanto, soslayarse el problema, como señala

---

<sup>233</sup> Garrido, Derecho Penal, Parte General, T. II, ob. cit., pp. 326 y ss.

<sup>234</sup> Etcheberry, Derecho Penal, Parte General, T. II, ob. cit., p. 107.

<sup>235</sup> Etcheberry, Derecho Penal, Parte General, T. II, ob. cit., p. 106.

<sup>236</sup> Garrido, Derecho Penal, Parte General, T. II, ob. cit., p. 327.

<sup>237</sup> Pero, esto último, hay que contrastarlo con una realidad ineludible. La referencia a la habitualidad también cabe ser interpretada como un concepto criminológico revelador de una permanencia en la conducta delictiva. Tal es el caso que se podía observar en la legislación española, respecto de la receptación profesional en la reforma de 24 de Enero de 1964. Cabe descartar también esta posibilidad, ya que en ese caso el profesionalismo estaba basado en una presunción que recaía sobre el dueño, gerente o encargado de ciertos establecimientos.

<sup>238</sup> Cury, Derecho Penal, Parte General, T. II, ob. cit., p. 267.

<sup>239</sup> Cury, Derecho Penal, Parte General, T. II, ob. cit., p. 267.

<sup>240</sup> Blanco Cordero, El encubrimiento personal: contribución a la delimitación, ob. cit., p. 30.



Etcheberry, “como una cuestión de hecho que deberá apreciarse en cada caso”.

En primer lugar, para que haya repetición, el límite mínimo se nos marca en, a lo menos, y esto es de Per O’Grullo, dos veces, en que haya una creación del riesgo desaprobado que se pueda imputar objetivamente a un hecho. Debe también, en ambos casos, a lo menos, haberse realizado ese riesgo en el resultado de eludir a la justicia o sus agentes. Por lo tanto, debe haber más de un hecho, y en cada caso, la conducta debe haber superado el riesgo permitido y darse la previsibilidad objetiva del resultado.<sup>241</sup> Vale la pena recordar que puede suceder que conductas totalmente normales, habituales y diarias, aparezcan formalmente encuadradas en el tipo, pero que estando dentro de los límites del riesgo permitido, sean socialmente adecuadas. Por ejemplo, y como criterio delimitador, señala Blanco Cordero que las normas propias dentro del ámbito en que se desarrolla, califican de atípica la conducta de ayuda al delincuente, dentro de su marco.<sup>242</sup>

Por ello, para juzgar la “habitualidad”, debe estarse al conocimiento del favorecedor, determinar si las conductas realizadas albergan “la cualidad material para producir el resultado; si el comportamiento muestra un riesgo constatable de producción del resultado de encubrimiento...y que (cada comportamiento) albergue un carácter manipulativo y clandestino”<sup>243</sup> en, a lo menos, dos hechos diferentes.

---

<sup>241</sup> Cfr. Blanco Cordero, El encubrimiento..., ob. cit., pp. 34 y ss.

<sup>242</sup> Cfr. Blanco Cordero, El encubrimiento..., ob. cit., pp. 40 y ss. “Si un hotelero da hospedaje a un presunto terrorista, de manera que éste consiga eludir la investigación de la policía, no realizará, en principio, un delito de encubrimiento si procede al cumplimiento de las normas vigentes en el desempeño de su actividad comercial: por ejemplo, si exige la identificación al cliente, le inscribe en el libro de registro, etc.”

<sup>243</sup> Blanco Cordero, El encubrimiento..., ob. cit., pp. 44 y ss. Pone como ejemplo “el abogado que asesora a un homicida incluso si se encuentra en busca y captura, o lo defiende recurriendo a los medios jurídicos existentes, no puede ser sancionado como encubridor si finalmente consigue eludir la acción de la justicia con base en las informaciones jurídicas que éste le da a conocer. Pero si este mismo abogado oculta al homicida en su casa, le gestiona la huida al extranjero, etc., su conducta es constitutiva de encubrimiento personal. Esta conducta supera con creces el riesgo permitido, pues tales acciones no se encuentran dentro del ámbito de su profesión”. (Citando en esto y cfr. a Beulke, Bottke, Krekeler y Otto.)

Con la estrictez señalada para fijar los límites materiales del favorecimiento personal, para juzgar que éste es habitual, debe estarse a los criterios señalados, bastando se repita, con lo que se corresponde la aplicación de una pena independiente<sup>244</sup> de los ilícitos “en referencia”.

Cabe aún una última aproximación al tema. Al entender los autores nacionales citados, que el favorecimiento personal habitual es un delito independiente, debieran también haber obtenido una conclusión diferente. Tomo una frase de Jescheck para ilustrarlo. “La participación no lleva en sí misma su contenido del injusto, sino que lo toma del favorecimiento del hecho ajeno.”<sup>245</sup> Esta frase, que se puede encontrar reproducida en numerosos autores, debe entenderse como conectada a la norma que dispone que los elementos personales especiales que agravan, atenúan o excluyen la pena únicamente pueden ser apreciados en el interviniente en que se den. Por lo tanto, la habitualidad debe verse caso a caso como elemento personal relativo al partícipe, al ser un caso de circunstancia personal agravante de la pena en la participación, pero no con respecto a la autoría, en el tipo del delito de favorecimiento personal habitual.

Al estar de acuerdo que el artículo 17 consagra un caso de delito independiente -además de estar contestes en que el encubrimiento no es propiamente participación-, fluye como consecuencia que debe “objetivarse” la mención a la habitualidad, para alejarnos de un Derecho Penal de “autor” y acercarnos al Derecho Penal “del hecho”, ya bastante ofendido por el uso del concepto, desprendiéndonos del “casuismo” sugerido.

---

<sup>244</sup> La pena es de presidio menor en cualquiera de sus grados.

<sup>245</sup> Jescheck, Tratado..., ob. cit., p. 598.

## **Capítulo 5**

### **LA REFORMA**

**-Estudio del art. 456 bis A, introducido por la Ley 19.413, y que transforma la receptación en un delito autónomo-**

#### **A. Antecedentes históricos**

En Chile, la figura de la receptación tiene como primer antecedente el artículo 28 de la Ley Patria de 7 de agosto de 1849. Conforme a esta norma, se aplicaba una pena que no bajaba de la mitad ni excedía de dos tercios a la que merecía el reo principal, a los que ocultaban, guardaban, compraban o recibían a cualquier título especies robadas.

Posteriormente, nuestro Código Penal de 1874, según las Actas de la Comisión Redactora del Código Penal de 1874,<sup>246</sup> dispuso su sanción en el artículo 454, a la vez que la trataba como forma de participación en el encubrimiento en su artículo 17.

En la Sesión 10 de la Comisión Redactora, en 24 de mayo de 1870, se trató el tema de la autoría y la participación. “Presidió el señor Reyes, con asistencia de los señores Abalos, Fabres, Gandarillas, Renjifo i el Secretario.

Leída i aprobada el acta de la sesión anterior, se comenzó a tratar del título II.

De las personas responsables de los delitos i faltas. I. De las personas responsables de los delitos i faltas.

---

<sup>246</sup> Cfr. Actas de las sesiones de la Comisión Redactora del Código Penal chileno, Santiago, Imprenta de la República, de Jacinto Núñez, 1873. Cfr. de Rivacoba y Rivacoba, Manuel,

Sin discusión alguna fue aprobado el artículo 13 tomado del artículo 11 del Código español que dice así:

“Art. 13. Son responsables criminalmente de los delitos i faltas:

“1º Los autores.

“2º Los cómplices

“3º Los encubridores.”

Del artículo 16 en que se tomó por base el 14 del Código español, fueron aprobados sin debate los siguientes incisos:

“Art. 16. Son encubridores los que, con conocimiento de la perpetración del delito, sin haber tenido participación en él como autores ni como cómplices, intervienen con posterioridad a su ejecución de alguno de los modos siguientes:

“1º Aprovechándose por si mismos o auxiliando a los delincuentes para que se aprovechen de los efectos del delito.

“2º Ocultando o inutilizando el cuerpo, los efectos o instrumentos del delito, para impedir su descubrimiento.

“3º Albergando, ocultando o proporcionando la fuga al culpable, siempre que concurra alguna de las circunstancias siguientes:

“1ª. La de intervenir abuso de funciones públicas de parte del encubridor.”

La segunda, a indicación del señor Renjifo i después de un corto debate promovido por el señor Fabrés, quien quería explicar más de lo que hace el texto del Código español, las circunstancias agravantes que concurren en el principio contenido en el inciso, quedó aprobado en los siguientes términos:

“2ª. La de ser el delincuente reo de parricidio o de homicidio cometido con alguna de las circunstancias agravantes contenidas en los núms. 2, 3, 4, 5, 6, 8, 12 i 14 del artículo 12 o reo reconocidamente habitual de otro delito.”

El núm. 4 de este artículo, a indicación del señor Abalos, quedó aprobado unánimemente i sin debate tal como sigue, tomado del núm. 2 del artículo 17 del Código español de 1822.

“4º Los que voluntariamente, aunque sin conocimiento del delito determinado que se haya cometido, acojen, receptan, protejen o encubren a los malhechores, sabiendo que lo son, o les facilitan los medios de reunirse, u ocultan sus armas o efectos, o les suministran auxilios o noticias para que se guarden, precavan o salven.”

El último inciso quedó aprobado en igual forma al último del artículo 14 del Código español, sin debate alguno.

“Están exentos de las penas impuestas a los encubridores los que lo sean de sus ascendientes, descendientes, cónyuge, hermanos, o afines en los mismos grados, con solo la escepción de los que se hallan comprendidos en el núm. 1º de este artículo.”

A indicación del señor Fabres se acordó consignar en el acta para tenerlo presente en su caso la necesidad de calificar el delito de los “encubridores habituales.”

Con lo que se levantó la sesión. Firmaron Alejandro Reyes, Presidente, Julio Prieto Urriola, Secretario.<sup>247</sup>

En la sesión Sesión 11 en 23 de Mayo de 1870, se revisó la redacción de los preceptos en estudio, y en especial el Nº 4, que habiendo sido tomado directamente del Código español de 1822, producía algunas dificultades por su redacción.

Presidió el señor Reyes, con asistencia de los señores Altamirano, Gandarillas, Renjifo y el Secretario.

“Leida i aprobada el acta de la sesión anterior, el señor Renjifo, haciendo notar la necesidad de guardar una armonía rigurosa de redacción

en los artículos del Código, propone la siguiente para el núm. 4 del artículo 16 en que no se tuvo en vista, al aprobarlo, el conjunto en la forma del artículo.

“4º Acojiendo, receptando, protejiendo o encubriendo habitualmente a los malhechores, sabiendo que lo son, aunque sin conocimiento del delito determinado que hayan cometido, facilitándoles los medios de reunirse u ocultar sus armas o efectos, o suministrándoles auxilios o noticias para que se guarden, precavan o salven.”

Atendiendo a que la redacción presentada por el señor Renjifo no importaba otra cosa que un cambio necesario en las palabras del núm. 4 aprobado ya, indispensable para la armonía del artículo a que pertenece, fue aprobado por unanimidad.<sup>248</sup>

En la Sesión 126 en 16 de Abril de 1873, revisando la redacción del articulado, se realizaron algunas modificaciones, siendo la más importante para nuestro estudio el reemplazo, en el Nº 4 del artículo 17, de la palabra encubriendo por receptando.

“El artículo 16 i los dos primeros números del 17 fueron aprobados. En el núm. 3º de este último se agregó la traición a la patria entre los delitos que allí se enumeran, i se modificaron las circunstancias del homicidio a que hace referencia con arreglo a la nueva redacción dada al artículo 12 i esas circunstancias serían la 1ª, 2ª, 3ª, 4ª, 5ª, 6ª, 9ª i 11 .

En el núm. 4º del mismo artículo 17, se suprimió la palabra “encubriendo” por tener el mismo significado que “receptando”.

El señor Gandarillas observó que en el caso de este número no es posible imponer al encubridor la pena inferior en dos grados a la del autor, que por regla jeneral le corresponde, pues se trata no de un solo delito, sino de muchos cometidos en distintas épocas i por distintas personas.

---

<sup>247</sup> de Rivacoba y Rivacoba, Manuel, ob. cit. pp. 262 y ss.

<sup>248</sup> de Rivacoba y Rivacoba, Manuel, ob. cit., p. 263

Se resolvió tener presente la observación para tomarla en cuenta al examinar el artículo 51, que trata del castigo de los encubridores.

Para dar más propiedad a la redacción del inciso final del artículo 17, se varió en los siguientes términos:

“Están exentos de las penas impuestas a los encubridores los que lo sean de su cónyuge, o de sus parientes legítimos o afines en toda la línea recta i en la colateral hasta el segundo grado inclusive, con sólo la excepción de los que se hallasen, etc.”. En esta nueva forma se comprenden además los hermanos ilegítimos, por considerarse que las relaciones naturales tienen tanta fuerza como las legítimas o de simple afinidad para excusar al que oculta a un delincuente.”<sup>249</sup>

En la sesión 127 en 18 de Abril de 1873, se modificaron los artículos sobre el encubrimiento, para precisar mejor los alcances de dicho precepto.

“Aprobada el acta anterior, observó el señor Fabres que al decirse en el núm. 1º del artículo 17 “ausiliando a los delincuentes para que se aprovechen de los efectos del delito,” se comprende toda clase de auxilio, aún cuando sea inocente i no contribuya a ayudar al culpable para que sustraiga a la acción de la justicia, que debe ser la mente de la lei. Así, por ejemplo, según esta disposición, se reputará encubridor el que indicara al ladrón el mejor procedimiento para beneficiar el objeto robado, aún cuando ese consejo no tenga por fin asegurar el provecho del delito o su impunidad.

El señor Gandarillas propuso que se dijera “facilitando a los delincuentes medios para que se aprovechen de los efectos del delito,” porque de esta manera se precisa el alcance de la disposición i se evitan los inconvenientes indicados por el señor Fabres; los medios suponen una cooperación directa i de importancia, excluyendo los meros consejo o auxilios inocentes que se prestan tanto al culpable como al que no lo es, sin responsabilidad alguna. Así se acordó.

---

<sup>249</sup> de Rivacoba y Rivacoba, Manuel, ob. cit., pp. 470 y ss.

El mismo señor Fabres hizo todavía notar, con respecto a la circunstancia segunda, núm. 3º del artículo 17, que según los términos en que se halla concebida parece no exigir que el encubridor conozca las circunstancias que agravan el homicidio cometido, bastando que ellas existan en el hecho. Como la mente de la Comisión ha sido castigar como encubridor en este caso al que conoce el delito con las circunstancias que aumentan su culpabilidad, se acordó variar la redacción diciendo: “La de ser el delincuente reo de traición, parricidio u homicidio cometido con alguna de las circunstancias que expresan los núms. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 9 i 11 del artículo 12, si estuviere en noticia del encubridor, o cuando el delincuente fuere conocido como reo habitual de otros delitos. La última frase se refiere no sólo al caso en que el hábito sea de reincidir en una misma especie de delito, sino también respecto de delitos diversos unos de otros.

Para dar mayor claridad al núm. 4º del mismo artículo, se resolvió, a indicación del señor Fabres, decir “delito o delitos determinados,” agregando esta última palabra “al orijinal”.

El señor Renjifo pidió que la exención de pena consignada en el inciso final se estienda en la línea colateral hasta el cuarto grado inclusive, fundándose en las estrechas relaciones que comúnmente existen entre parientes de estos grados. La Comisión así lo acordó.<sup>250</sup>

El Art. 454, en la redacción final del Código de 1874, señalaba:

“Se presumirá autor del robo o hurto de una cosa aquel en cuyo poder se encuentre, salvo que justifique su lejitima adquisición o que la prueba de su buena conducta anterior establezca una presunción en contrario.

Se castigará como encubridor del robo o hurto de una cosa al que la compre o reciba a cualquier título, sabiendo su orijen o no pudiendo menos que conocerlo.”<sup>251</sup>

---

<sup>250</sup> de Rivacoba y Rivacoba, Manuel, ob. cit., pp. 472

<sup>251</sup> de Rivacoba y Rivacoba, Manuel, ob. cit., pp. 198 y ss.



Este artículo ha sufrido las siguientes modificaciones:

La ley 6.873, de 14 de Abril de 1941, dispuso, en su artículo 15, que se agregasen después del inciso 1º del artículo 454 del Código penal, los siguientes incisos:

“Se presumirá también autor del robo de animales aquel en cuyo poder se encuentren partes identificables de la especie robada.

La marca registrada puesta sobre el animal robado, constituye presunción de dominio a favor del dueño de la marca.”

La ley número 11.183, de 10 de junio de 1953, dispuso, en su art. 4º, Nº 13, que se intercalase en el inc. 2º del art. 454, después de la palabra *robo* la locución *o hurto* y después del vocablo final *robada*, la expresión *o hurtada*; y en el inc. 3º, después de la palabra *robada*, la locución *o hurtada*.

La ley 11.625 de 4 de octubre de 1954, dispuso, en su art. 52, que se introdujeran al art. 454 las siguientes enmiendas:

a) Agrégase como inciso primero el siguiente:

“Los mayores de 18 años que participen en delito de robo o hurto cometidos por menores de esa edad, serán sancionados en todo caso como autores”.

b) Reemplázase en el actual inciso primero que pasa a ser segundo, la palabra “buena” por “irreprochable”.

c) Substitúyese el inciso final por el siguiente:

“Se castigará como cómplice del robo o hurto de una cosa al que la compre o reciba a cualquier título aún cuando ya hubiere dispuesto de ella, como igualmente al que la tenga en su poder, sabiendo el uno o el otro su origen, o no pudiendo menos de conocerlo. Se presumirá que concurre este último requisito respecto del que comercia habitualmente en la compra y venta de especies usadas”. (el subrayado es mío)

Sobre esta modificación, y en lo que respecta a la introducción del concepto de complicidad para la sanción de la receptación, es clara la influencia de Carrara en los legisladores que intervinieron en la génesis del texto legal. Esto porque la receptación, según este autor, “es una prosecución de la anterior ofensa, y es acto de complicidad”.<sup>252</sup> Desgraciadamente, el legislador chileno pasó por alto que la obra tan celebrada del maestro de Pisa fue una luz en la oscuridad de la arbitrariedad jurídico-penal aún imperante a mediados del siglo XIX. El mayor mérito de este autor fue su aporte al reconocimiento de las garantías penales como freno a la arbitrariedad, en esta materia representada por las teorías unitarias de la participación. Por lo tanto, su concepción resultó en un avance con respecto a las ideas previamente dominantes, pero, en su época. Cien años después de la publicación de sus ideas, ya siendo otra la necesidad garantista que buscaba expresión legislativa, se esperaba del legislador chileno un entendimiento más profundo del problema.

Luego, la Ley número 13.303, de 31 de marzo de 1959, dispuso, en su artículo 8º, que se suprimiese el inciso primero del artículo 454 del Código penal.

Hasta 1995, el artículo 454 quedó del siguiente tenor:

“Se presumirá autor del robo o hurto de una cosa aquel en cuyo poder se encuentre, salvo que justifique su legítima adquisición o que la prueba de su irreprochable conducta anterior establezca una presunción en contrario.

Se presumirá también autor del robo o hurto de animales aquel en cuyo poder se encuentren partes identificables de la especie robada o hurtada.

La marca registrada puesta sobre el animal robado o hurtado, constituye presunción de dominio a favor del dueño de la marca.

---

<sup>252</sup> Carrara, Francisco, Programa..., ob. cit., p. 319, N° 483.

Se castigará como cómplice del robo o hurto de una cosa al que la compre o reciba a cualquier título, aún cuando ya hubiere dispuesto de ella, como igualmente al que la tenga en su poder, sabiendo el uno o el otro su origen, o no pudiendo menos de conocerlo. Se presumirá que concurre este último requisito respecto del que comercia habitualmente en la compra y venta de especies usadas.”

## **B. La génesis de la modificación de 1995**

“En última instancia, la criminalidad se convierte en un problema político que se utiliza como arma arrojadiza entre los partidos y fracciones políticas en su lucha por el poder, condicionando no pocas veces el voto del electorado a favor o en contra de una determinada opción política.”<sup>253</sup>

Se debe entender que la primera preocupación de quienes se enfrentan a la dura tarea de creación de la ley, es una, a veces, muy lejana a las construcciones de la dogmática contemporánea. Ésta, desde los pilares teóricos, de origen ontológico o teleológico, desde principios de verdad o de duda, de posiciones de conformismo o de cambio, elabora sus criterios en la búsqueda de soluciones más justas y armónicas. Aquellos, actúan en la búsqueda de soluciones políticas con expresión jurídica al problema criminal. Hoy, cuando la dogmática se entrelaza con mayor fuerza y solidez con la política criminal, extraña ver parcialmente perdidos los esfuerzos de una reforma necesaria, por no encontrar la ley los senderos de la evolución social avizorados por la doctrina.

---

<sup>253</sup> Hassemer, Winfried, y Muñoz Conde, Francisco, Introducción a la Criminología y al Derecho Penal, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, p. 16.

Con fecha 13 de Septiembre de 1994, los señores Diputados Alberto Espina, Andrés Allamand, Claudio Rodríguez, Maximiano Errázuriz, Baldo Prokurica, Sergio Elgueta, Alberto Cardemil, Alfonso Vargas y Carlos Vilches, con posterior adhesión de otros señores diputados, presentaron a la Honorable Cámara de Diputados, una moción por la cual propusieron modificar el Código Penal con el objeto de tipificar y sancionar de manera autónoma el delito de receptación.

Entre las consideraciones que priman en la exposición del proyecto, señalan que “la delincuencia y la seguridad ciudadana constituyen en la actualidad uno de los problemas que más preocupa a la población.”<sup>254</sup> Luego de mencionar el aumento de las denuncias por robo entre 1977 y 1992, y de las condenas por hurtos y robos entre 1977 y 1993, afirma que “una de las razones que puede llevar al aumento que han experimentado estos delitos es la excesiva facilidad con que los autores de estos hechos pueden reducir las especies hurtadas o robadas.”<sup>255</sup>

Señalan en la exposición, en su página tercera, que “del análisis tanto del antecedente de nuestro Código Penal como de las reformas que éste ha experimentado, se advierte que la figura de la

---

<sup>254</sup> Espina, Alberto et al, Proyecto de Ley que modifica el Código Penal con el objeto de tipificar y sancionar de manera autónoma el delito de Receptación., Valparaíso, 1994, p. 1.

<sup>255</sup> Espina, Alberto et al, ob. cit., p. 2. No puedo dejar de mencionar, aún cuando en este capítulo sólo expongo someramente la génesis de la norma en estudio, algunas consideraciones sobre lo expuesto por los señores diputados. En lo que respecta al período referido para las muestras estadísticas, éste no representa cabalmente la realidad en la sociedad chilena. La cifra inicial corresponde a una época de la vida social distorsionada por el marco represivo, que caracteriza a los Estados totalitarios por las bajas cotas de criminalidad en la vida cotidiana, que la invalida como argumento. En el proyecto, más abajo, también, sostienen que “urge la necesidad de modernizar la legislación vigente con el propósito de contribuir a enfrentar el problema de la delincuencia, y especialmente impedir la proliferación de hurtos o robos mediante el establecimiento de sanciones drásticas para quien participa en la enajenación de especies robadas.”(p.5.) Entiendo que era necesario modificar la institución, que evidentemente estaba tan mal diseñada, que la hacía inaplicable. Sin pretender adelantarnos a las conclusiones que expondré más adelante, el ánimo de los señores parlamentarios (cuestionable si se fundamenta puramente en el aumento de las penas, loable si se pretende revivir una institución útil a la administración de justicia), se ve frustrado parcialmente, por su empeño, aún contra todas las opiniones de la doctrina consultada, de introducir en la disposición, entre otros elementos, las mal llamadas “presunciones de conocimiento”, que la convierten en, prácticamente, letra muerta, de no mediar las interpretaciones restrictivas que expongo, infra, en el estudio sistemático de la institución.

receptación o reducción de especies robadas o hurtadas ha tenido y tiene en la actualidad una aplicación sumamente restrictiva”.<sup>256</sup> Luego, afirma que, “en la práctica,...esta sanción sólo es aplicable a quien haya ofrecido la realización de estas conductas antes de cometerse el hurto o robo, lo que evidentemente no siempre ocurre así.”<sup>257</sup> Y continúa, citando a Etcheberry, página 74 del tomo segundo de la Parte General de su Derecho Penal (no menciona la edición), que “debe tenerse presente que es de la esencia de la cooperación que las acciones del cómplice se realicen ante o a lo más simultáneamente a las que realiza el autor”.

Con el objeto de otorgarle a la receptación el carácter de delito autónomo y con la finalidad sancionar a sus autores con una pena que “refleje la gravedad de estos hechos”, propusieron modificar el inciso final del artículo 454 del Código Penal sancionando como delito autónomo “a quien compre o reciba a cualquier título una especie hurtada o robada, como igualmente al que la tenga en su poder, sabiendo el uno o el otro su origen, o no pudiendo menos que conocerlo.”

Respecto a las penas sugeridas en la moción, propusieron sancionarlo “ con la pena de presidio menor en su grado máximo y multa de 100 a 200 Unidades Tributarias Mensuales”.

Así también, propusieron la introducción de un artículo 454 bis para sancionar expresamente con penas privativas de libertad y multa “al que comercialice, venda o enajene especies hurtadas o robadas.” Recalcaban en esta materia que “el origen de estos bienes deberá ser conocido por estas personas y la pena variará según sea el monto de las especies de que se trate”.

Además, proponían que se consideraran circunstancias agravantes especiales para este delito, “la habitualidad en su ejecución y el

---

<sup>256</sup> Espina et al, ob. cit., p. 3 y s.

<sup>257</sup> Espina et al, ob. cit., pp. 3 y ss.

hecho de que ellas se ejecuten en un local comercial legalmente establecido.”

Como fundamento material de su propuesta señalaban que “debe tenerse presente que, generalmente, lo que incentiva la receptación es el ánimo de lucro que asiste a sus agentes, por lo que su penalidad incluye también la posibilidad de aplicar multas, precisamente con el objeto de desincentivar estas conductas”.

A este tenor fue presentado el siguiente proyecto de ley: “En virtud de los fundamentos expuestos y sin perjuicio de las perfecciones que esta moción puede tener durante su tramitación legislativa, venimos en someter a la consideración de la H. Cámara de Diputados, el siguiente:

### **PROYECTO DE LEY**

Artículo único: a) Sustitúyese el inciso final del artículo 454 del Código Penal por el siguiente:

Se castigará con la pena de presidio menor en su grado máximo y multa de 100 a 200 Unidades Tributarias Mensuales al que compre o reciba a cualquier título especies hurtadas o robadas, aún cuando ya hubiese dispuesto de ellas, como igualmente al que la tenga en su poder, sabiendo el uno o el otro su origen, o no pudiendo menos de conocerlo. Se presumirá que concurre este último requisito respecto del que comercia habitualmente en la compra y venta de especies robadas.

b) Agréguese a continuación del artículo 454 del Código Penal el siguiente artículo 454 bis nuevo.

Artículo 454 bis: El que conociendo su origen o no pudiendo menos que conocerlo, venda, enajene o comercialice especies hurtadas o robadas será sancionado con la pena de presidio menor en su grado máximo y multa de 200 a 300 Unidades Tributarias Mensuales, si el valor de la especie excede de cuarenta sueldos vitales; con presidio menor en su grado medio a

máximo y multa de 150 a 200 Unidades Tributarias Mensuales si el valor de la especie excede de cuarenta sueldos vitales y no pasa de cuatrocientos; con presidio menor en su grado medio y multa de 50 a 100 Unidades Tributarias Mensuales si el valor excede de cuatro sueldos vitales y no pasa de cuarenta, y con presidio menor en su grado mínimo y multa de 10 a 50 Unidades Tributarias Mensuales si el valor no excede de cuatro sueldos vitales.

Las penas señaladas en el inciso anterior se aumentarán en un grado si existe habitualidad en la ejecución de estos hechos o si ellas se ejecutan en un local legalmente establecido”.<sup>258</sup>

Cabe señalar que, tras la presentación del proyecto, y en nota de 20 de Octubre de 1994, el Profesor don Juan Bustos Ramírez, a solicitud de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, expuso sus puntos de vista sobre esta iniciativa. Propuso varios cambios para dar coherencia y contenido al proyecto, entre los cuales estaba “el de estimar preferible dar unidad de tratamiento a la receptación, ampliando el precepto a todos los delitos patrimoniales, para evitar la disparidad de tratamiento, de forma de sancionar al que con conocimiento que las especies provienen de un delito contra el patrimonio se aprovechare de cualquier modo con ánimo de lucro”. Entre otras materias, también señaló que consideraba “adecuado que la pena de multa se establezca en Unidades Tributarias Mensuales, ya que ello también permite una mejor aplicación del principio de proporcionalidad, que es una consecuencia del principio de igualdad ante la ley”.<sup>259</sup>

El Profesor don Luis Ortiz Quiroga, cuya opinión había sido solicitada por la Comisión, consideró que, en rigor, el encubrimiento no es una forma de participación, pues tiene lugar cuando el delito ha terminado y no hay ocasión de participar en él. También señaló que, en última instancia,

---

<sup>258</sup> Espina et al, ob. cit., pp.4 y ss.

<sup>259</sup> Boletín N° 1.363-07, Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, Valparaíso, 1º de Agosto de 1995, pp. 25 y ss.

se castiga, sea porque supone una obstrucción a la administración de justicia, sea porque, además, genera una nueva lesión al bien jurídico quebrantado por el delito. Además se declaró partidario de suprimir el artículo 17 del Código Penal, limitando la responsabilidad a los autores y cómplices, incluir las figuras de encubrimiento con ánimo de lucro y la receptación en los delitos contra la propiedad, y, en el caso del encubrimiento simple, crear un tipo penal nuevo que debería insertarse en un capítulo destinado a los delitos contra la Administración de Justicia, que agruparía también otras infracciones dispersas en el Código Penal.<sup>260</sup>

Según el Diputado informante a la sala, señor Espina, la Comisión tuvo en vista los informes que sobre el particular emitieron los profesores de Derecho Penal Juan Bustos Ramírez, Enrique Cury Urzúa, Luis Ortiz Quiroga y Luis Rodríguez Collao.<sup>261</sup>

Señaló también que la legislación vigente favorecía de tres maneras al reduccionista. Primero, al castigarle como cómplice, requeriría participación o cooperación antes de la ejecución del delito o simultáneamente. En segundo lugar, al sancionarlo como cómplice, la penalidad aplicada es muy baja. En tercer lugar, la legislación es muy dudosa en el sentido de sancionar a quienes comercialicen especies robadas, ya que si bien se refiere al que compre, reciba o tenga en su poder las especies robadas, no menciona a quien las vende.<sup>262</sup>

Este proyecto fue aprobado, tras su discusión, en general, por la Cámara de Diputados, con 56 votos a favor y una abstención,<sup>263</sup> el seis

---

<sup>260</sup> Historia de la Ley. Compilación de textos oficiales del debate parlamentario, Ley 19.413, Biblioteca del Congreso Nacional, Santiago, Chile, 1997, p. 9.

<sup>261</sup> La discusión en particular sobre esos informes, que se produjo en el seno de la Comisión del Senado, dan mérito para tratarlos in extenso, en esta memoria, a propósito del estudio de dicha discusión.

<sup>262</sup> Historia de la ley, ob. cit., pp. 13 y ss. Diario del Congreso, Sesión 22ª de la Cámara de Diputados, p. 48 y ss., en Martes 6 de diciembre de 1994.

<sup>263</sup> Diario del Congreso, ob. cit., pp. 53 y ss. Votaron por la afirmativa los siguientes señores Diputados: Acuña, Aguiló, Álvarez-Salamanca, Allende (doña Isabel), Arancibia, Ávila, Aylwin (doña Mariana), Bombal, Caminondo, Cardemil, Ceroni, Cristi (doña María Angélica), Elgueta, Encina, Espina, Estévez, Fantuzzi, Ferrada, Fuentealba, Gajardo, García (don René Manuel), García Huidobro, González, Gutiérrez, Hernández, Hurtado, Jürgensen, Longton, Luksic, Makluf, Masferrer, Melero, Montes, Naranjo, Navarro, Ojeda, Orpis, Ortiz,



de Diciembre de 1994.

Se rechazó una moción del señor Diputado Viera-Gallo, por 26 votos por la negativa, 20 a favor y 3 abstenciones, de suprimir la expresión “o compre”.

Se aprobó, por 56 votos por la afirmativa, y 1 voto por la negativa,<sup>264</sup> la indicación de los señores Diputados Espina, Elgueta, Rodríguez, Chadwick y Bombal, para agregar el siguiente inciso final : “Se presumirá que el inculpado conoce el origen de las especies robadas o hurtadas, o que no pudo menos que conocerlo cuando comercia habitualmente en la compra o venta de especies usadas.”

#### **PROYECTO DE LEY:**

“Artículo único. Introdúcense las siguientes modificaciones al Código Penal:

1. Derógase el inciso final del artículo 454.
2. Agrégase a continuación del artículo mencionado, el siguiente nuevo:

“Artículo 454 bis. El que reciba o tenga en su poder, a cualquier título, o compre, o venda, o enajene o comercialice, especies hurtadas o robadas, aún cuando ya hubiere dispuesto de ellas, conociendo su origen o no pudiendo menos que conocerlo, será sancionado:

1º Con presidio menor en su grado máximo y multa de veinte ingresos mínimos, si el valor de la especie excede de doscientos ingresos mínimos.

---

Palma (don Andrés), Pérez (don Aníbal), Pérez (don Ramón), Prokurica, Reyes, Ribera, Rodríguez, Sabag, Sota, Taladriz, Tuma, Valcarce, Vargas, Viera-Gallo, Vilches, Villegas, Wörner (doña Martita) y Zambrano. Se abstuvo el Diputado Elizalde.

<sup>264</sup> El único que votó por la negativa de agregar este inciso final fue el Diputado señor Fuentealba.

2º Con presidio menor en su grado medio a máximo y multa de quince ingresos mínimos si el valor de la especie excede de veinte ingresos mínimos.

3º Con presidio menor en su grado medio y multa de diez ingresos mínimos, si el valor de la especie excede de dos y no pasare de veinte ingresos mínimos.

4º Con presidio menor en su grado mínimo y multa de cinco ingresos mínimos, si el valor de la especie no subiere de dos ni bajare de un cuarto de ingreso mínimo.

Las penas señaladas en el inciso anterior se aumentarán en un grado y la cuantía de las multas se duplicará, si existe habitualidad en la ejecución de estos hechos o si ellos se efectúan en la vía pública o en establecimientos o locales comerciales o industriales.

Se presumirá que el inculpado conoce el origen de las especies hurtadas o robadas o que no pudo menos que conocerlo, cuando comercia habitualmente en la compra o venta de especies usadas.”

**En segundo trámite legislativo**, habiendo sido enviado el proyecto al Senado de la República, la Comisión de Constitución, Legislación Justicia y Reglamento del mismo, solicitó opiniones al Instituto de Ciencias Penales de Chile, a los profesores de Derecho Penal don Enrique Cury Urzúa y don Luis Ortiz Quiroga, y al Centro de Estudios y Asistencia Legislativa de la Universidad Católica de Valparaíso.

Por el Instituto de Ciencias Penales de Chile informó sobre la iniciativa, en mayo de 1995, el Profesor don Juan Carlos Cárcamo Olmos, Secretario Ejecutivo del mismo, suscribiendo también este informe su Presidente, el Profesor don Sergio Yáñez Pérez.

El Profesor don Luis Ortiz Quiroga, señaló que sus observaciones las remitió al Instituto Chileno de Ciencias Penales, según incluye el Secretario de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, don José Luis Alliende Leiva, en el Informe de la Comisión al Senado.<sup>265</sup>

El Centro de Estudios y Asistencia Legislativa de la Universidad Católica de Valparaíso, informó por intermedio del Profesor don Luis Rodríguez Collao.<sup>266</sup>

El Profesor, don Enrique Cury Urzúa, en su informe de fecha 10 de Marzo de 1995, señaló compartir el criterio de la H. Cámara de Diputados, “en el sentido de derogar el inciso final del artículo 454 y contemplar todas las situaciones de receptación en un artículo especial, lo que conserva mejor la armonía del texto legal.” Con todo, señaló que, desde este punto de vista, el ajuste debiera ser más general, ubicando el precepto propuesto en un nuevo párrafo, al que podría rotularse “De la receptación”.

Estimó sobrecargada la descripción de la conducta de receptación; por mencionar un solo ejemplo, la fórmula “el que la reciba o tenga en su poder” es reiterativa, ya que “tener en su poder” presupone “haber recibido”. Hay otras situaciones cuya mención le pareció que quizás resulte ociosa y perturbadora, por lo que piensa que “podría simplificarse la redacción sin perder amplitud y ganando probablemente en precisión”.<sup>267</sup>

En su informe, entre otras consideraciones, el Profesor Cárcamo señaló que si bien es cierto que la conducta denominada “receptación”, puede ubicarse dentro de las hipótesis de encubrimiento referidas en el artículo 17 del Código Penal, “nada obsta a constituir la en una figura autónoma. Sin embargo, de así ocurrir, creemos que el Proyecto debe tratarla con mayor extensión, es decir, hacerla comprensiva también de otros delitos. En todo caso, habrá de considerarse su menor disvalor respecto de

---

<sup>265</sup> Boletín N° 1.363-07, Valparaíso, 1º de Agosto de 1995, p. 11.

<sup>266</sup> Boletín, ob. cit., p. 13.

<sup>267</sup> Boletín, ob. cit., pp. 11 y ss.

las figuras que le dan origen a los efectos de determinar la correspondiente penalidad”.<sup>268</sup> Continuó luego la misma línea de razonamiento, al marcar que esta reforma debiera “considerar la ampliación o extensión de la figura a otros hechos punibles en que también concurre. Ello implica no perder de vista en caso alguno el sistema que rige nuestro Código Penal, particularmente en lo que hace relación con la determinación de las penas de los delitos de hurto y robo, como de aquellos otros a que se haga extensiva la receptación.”<sup>269</sup> Manifestó también que “la concurrencia del receptor constituye un estímulo económico, un incentivo pecuniario para la comisión de los delitos de hurto y robo, incluso más, como resulta empíricamente comprobado, para la perpetración de otros hechos delictivos más allá del Título IX del Libro II de nuestro texto punitivo.” También recalcó el hecho que la figura del inciso cuarto del artículo 454 del Código, asimila “hoy en día, al receptor para los efectos de la penalidad, al cómplice. Esta situación habrá de tenerse en consideración a los efectos del examen que realizamos, particularmente porque se reconoce a la conducta del receptor un disvalor menor, como ocurre por lo demás en otras legislaciones. V. gr., la española.”<sup>270</sup>

Al Profesor Cury, no le pareció conveniente asociar la pena del hecho al valor de la cosa receptada, por todas las críticas que la literatura penal más autorizada hace a esta forma de determinar la sanción. En este caso, señaló se debe agregar una más, cual es que “es mucho más grave receptar una cosa de poco precio, de la cual el autor sabe que es producto de un robo con homicidio, que otra de mucho valor, de la que está enterado que es el resultado de un simple hurto.” Explicó que con este ejemplo se enfatiza “cómo la forma de asignar la pena que ha escogido el proyecto no sirve para apreciar debidamente la esencia del disvalor de la conducta de receptación.”

---

<sup>268</sup> Cárcamo Olmos, Juan Carlos, Informe del Instituto de Ciencias Penales respecto de el Proyecto de Ley que tipifica el delito de receptación, 1999, p. 5.

<sup>269</sup> Loc. cit.

<sup>270</sup> Cárcamo Olmos, ob. cit., pp. 5 y ss.

Objetó, asimismo, las agravantes que se contemplan, especialmente la relativa a la “habitualidad”, toda vez que ese concepto implica una referencia a un elemento subjetivo de prueba difícilísima, y por lo mismo, inoperante en la práctica. Las agravantes del lugar del hecho son tan amplias que habría pocos casos en que el autor cometería una receptación simple o no agravada, y no divisa la razón por la cual es más grave que el autor reciba la cosa en la calle que en su casa, en un establecimiento industrial o en un predio agrícola.<sup>271</sup>

Luego de exponer sus opiniones sobre el Proyecto de Ley, el Profesor Cárcamo hizo algunas observaciones, en primer lugar sobre la penalidad del delito en cuestión, ya en que el delito en referencia utilizado, el robo, no se atiende al valor del objeto sustraído para aplicar la pena.

“El actual inciso cuarto del artículo 454 sanciona como cómplice de dicho delito al reducidor de la conducta que describe. El Proyecto altera el sistema de penalidad estableciéndola en base del valor de la especie substraída.

Si la causa de la receptación se encuentra en el delito de hurto, siguiendo la actual incriminación, la penalidad se establece en atención del valor de la cosa sustraída, toda vez que corresponde al receptor la pena del cómplice del hurto, la que se regula según dicho valor.”<sup>272</sup>

Luego argumentó que, al ser la conducta del receptor independiente de aquellas que concurren en los partícipes del hurto o robo que la origina, “esto importa que la figura en comento pueda tener penalidad propia acorde al disvalor de la conducta del receptor.” No cree que ésta alcance el mismo disvalor de quien incurre en las figuras de hurto o robo. Por el contrario, considera al reducidor como portador de un disvalor de menor entidad que aquel. En tal sentido, en extremo concibe la penalidad para el delito de receptación como la correspondiente a la de complicidad del

---

<sup>271</sup> Boletín, op. cit., p. 12.

<sup>272</sup> Cárcamo Olmos, ob. cit., p. 5

hurto o robo. Rescató la idea del legislador en el Proyecto, en cuanto a incorporar a la sanción la pena de multa, y le resulta convincente la escala propuesta en el Proyecto para determinar el valor de ésta acorde con el monto de la especie sustraída.<sup>273</sup>

Luego, se refirió a la relación del delito de receptación con el delito de hurto, señalando que “es evidente que la figura de receptación se encuentra concatenada con la de hurto.” Por ello aboga por una urgente modificación del artículo 446 del Código “ajustando sus valores a un parámetro de actual presencia económica.” A ello suma la necesidad de “aumentar el margen del hurto-falta en términos tales que, parte que lo que hoy en día se conoce como hurto-delito se conciba como hurto-falta”, en lo que para él resulta atendible equiparar la penalidad del hurto con la del receptor.

La misma observación hizo respecto de otras figuras que pudieren dar origen a receptación y “cuyo parámetro de penalidad es pecuniario, como ocurre, v. gr., respecto del artículo 467 del Código punitivo.”<sup>274</sup>

Luego destacó su acuerdo con la idea del Proyecto en cuanto a establecer la sanción de multa, haciendo presente que “ésta es precisamente la que debiera concurrir copulativa o alternativamente con la de prisión en la receptación proveniente del hurto-falta cuyos márgenes han de ampliarse.”<sup>275</sup>

Sugirió, además, que, cuando existiere habitualidad y cuando los hechos fueren de extrema gravedad a juicio del tribunal, respecto del establecimiento, local comercial o industrial correspondiente, debiera considerar el Proyecto la posibilidad de que, además de las penas señaladas, el Juez imponga su cierre temporal -entre tres y seis meses-, o

---

<sup>273</sup> Cárcamo Olmos, ob. cit., p. 6.

<sup>274</sup> Cárcamo Olmos, ob. cit., pp. 6 y ss.

<sup>275</sup> Loc.cit.

incluso, definitivo.<sup>276</sup>

Luego presentó algunas observaciones sobre la accesoriedad de la pena, y señaló que es necesaria una precisión legislativa que establezca que, estas disposiciones -las del Proyecto- se aplicarán aún cuando el autor del hecho de que provinieren los efectos o beneficios aprovechados fuere irresponsable o estuviere exento de pena.<sup>277</sup> Repara en que “es cierto que de esta manera se recoge el principio de accesoriedad mínima, toda vez que se sanciona al receptor de un hecho constitutivo de hurto o robo que en rigor no reviste los caracteres de delito, o que, revistiéndolo, queda exento de pena. Pero no lo es menos que, la conducta del receptor muchas veces es motivada precisamente por dichas circunstancias a favor de su propia impunidad y provecho.”<sup>278</sup>

Respecto al iter criminis, señaló el Profesor Rodríguez que al conferirse el carácter de delito autónomo a esas conductas de recepción, admitirán el castigo no sólo a título de autoría, sino también de complicidad e, incluso, de encubrimiento. En otras palabras, tendrán perfecta cabida en este delito, como formas de participación, el hecho de colaborar con el reduccionista de especies y el de encubrirlo.<sup>279</sup>

Respecto a algunos de los elementos del tipo del Proyecto, el Profesor Cárcamo opinó que resulta redundante en cuanto a los verbos rectores alternativos, ya que la compra de especies hurtadas o robadas es una modalidad de recibirlas o tenerlas en su poder a cualquier título.

En lo que hace relación con el carácter subjetivo del tipo, criticó la insistencia en aquella peculiar manifestación consistente en “conociendo su origen o no pudiendo menos que conocerlo”, que debiera

---

<sup>276</sup> Cárcamo Olmos, ob. cit., p. 7.

<sup>277</sup> Loc. cit.

<sup>278</sup> Cárcamo Olmos, ob. cit., pp. 7 y ss.

<sup>279</sup> Boletín, ob.cit., p. 15.

reemplazarse definitivamente por la de “con conocimiento de la comisión de un hecho”.<sup>280</sup>

El Profesor Cury, “hace presente que la inmensa mayoría de la ciencia penal rechaza las presunciones como las que se contemplan en el inciso tercero, ya que ellas son siempre indeseables, y que comparte ese parecer”.<sup>281</sup>

El Profesor Rodríguez manifestó sus reparos a la inclusión de la cláusula “no pudiendo menos de conocerlo”, referida al origen de las especies sustraídas y, más todavía a la presunción de que este requisito se da respecto de quien comercia con especies usadas, por el sólo hecho de ejecutar tal actividad.

Expresó que, si bien es cierto que el inciso final del artículo 454 del Código Penal contempla disposiciones muy similares, éstas provienen de un momento anterior a la entrada en vigencia de la actual preceptiva constitucional, que prohíbe al legislador presumir de derecho la responsabilidad penal. El precepto en estudio envolvería una presunción de derecho de la responsabilidad penal del comerciante, pues lo presumido es no sólo que conocía el origen de las especies, sino que no ha podido menos que conocerlo, aspecto este último que no reviste el carácter de un hecho sino el de una exigencia normativa, contra la cual el afectado no podrá oponer ninguna prueba concreta. En consecuencia, siempre se entenderá que dicho comerciante ha debido conocer la procedencia de los objetos sustraídos, lo cual implica tanto como presumir de derecho la efectividad de tal conocimiento.

Propuso suprimir esta presunción, para dejar que la concurrencia de aquel elemento cognoscitivo, que de todos modos tendría que estar presente como parte del dolo, quede entregada a las reglas

---

<sup>280</sup> Cárcamo Olmos, ob. cit., p. 8.

<sup>281</sup> Boletín, ob. cit., p. 13.



generales.<sup>282</sup>

Con todo, reiteró el Profesor Cárcamo, que debe aprovecharse la oportunidad para “construir como figura autónoma al delito de receptación. En este caso, su alcance debe ser mayor que el indicado en el Proyecto, haciéndolo extensivo a otros tipos penales que atentan en contra de la propiedad, referidos en el Título IX del Libro II, del Código, o mejor aún, incluso respecto de otros atentados que afectan bienes ubicados en otros títulos del Código, como ocurre, v. gr., respecto de las figuras de malversación. Ello obsta, por cierto, conceder a la receptación una ubicación fuera del párrafo V, del Título IX del Código Penal.”<sup>283</sup>

El Profesor Rodríguez comentó sobre la iniciativa que el Proyecto tiene un alcance restringido, pues sólo se refiere a una porción muy limitada de los delitos que puede generar tráfico ilícito de especies.

Por la importancia del tema y por sus connotaciones dogmáticas, señaló que lo más aconsejable sería llevar a cabo un replanteamiento de la normativa que hoy regula el tema de la autoría y la participación, teniendo presente los peligros que puede tener consigo una reforma parcial en una materia tan delicada como lo es la del encubrimiento.<sup>284</sup>

El Profesor Cury, por su parte, señaló que no cree que se justifique la diferencia de tratamiento entre las cosas que proceden de un hurto o un robo de las que han sido objeto de una estafa, una apropiación indebida o una malversación de caudales públicos, en cuanto se propone sancionar como delito autónomo la receptación sólo de las primeras, y que la de las demás en cambio, siga siendo castigada como una forma de encubrimiento, a saber, la del artículo 17 N°1 del Código Penal. Sin embargo, no estimó prudente solucionar esta desarmonía mediante la

---

<sup>282</sup> Boletín, ob. cit., pp. 16 y ss.

<sup>283</sup> Cárcamo Olmos, ob. cit., p. 8.

<sup>284</sup> Boletín, ob. cit., p 14.

introducción de una normativa apresurada en el proyecto.<sup>285</sup>

Es muy interesante la notoria influencia de la discusión doctrinal previa a la reforma del Código Penal español, en algunas de las observaciones presentadas al proyecto sobre el delito de receptación. Al respecto, me remito a lo expuesto<sup>286</sup> sobre la legislación española.

En la etapa de discusión general del proyecto en el seno de la Comisión del Senado, cabe destacar, los siguientes conceptos que quedaron asentados en el Informe, con las conclusiones, que se presentó al Senado:

1º. “Cabe tener presente al efecto que, si bien el artículo 17 del Código Penal configura el encubrimiento como una forma de participación criminal, estrictamente no lo es, ya que tiene lugar cuando el delito se ha consumado. Por eso, el fundamento de la pena de esa conducta es independiente del que justifica la que se impone al autor del delito, y puede ser la obstrucción de la justicia que conlleva, o la nueva lesión que inflinge al bien jurídico afectado.”<sup>287</sup> (El subrayado es mío)

2º. “El proyecto de ley sigue la línea que postula un amplio sector de especialistas, en cuanto a crear nuevos tipos penales que castiguen la receptación y el favorecimiento, con vistas a la supresión, en definitiva, del encubrimiento como forma de participación en el delito. Se limita, no obstante, a configurar la receptación como delito autónomo, en lo que respecta a especies robadas o hurtadas. (el subrayado es mío)

De esa forma, junto con suprimir el castigo a título de complicidad que establece el inciso final del artículo 454, modifica tácitamente el Nº1 del artículo 17, en cuanto a la primera de las alternativas que menciona ese numerando, y sólo en lo que respecta a las cosas provenientes de los delitos de robo y hurto, puesto que tiene un contenido más amplio que el que fluye de las conductas descritas como receptación.

---

<sup>285</sup> Boletín, ob. cit., p.13.

<sup>286</sup> Ver, Infra, Capítulo 7.

<sup>287</sup> Boletín, ob. cit., p. 19.

Por tanto, conservará su vigencia respecto de aquellos delitos como figura residual, sancionando todas las acciones que no queden comprendidas en el nuevo delito.”<sup>288</sup>

3º. “La escisión restringida del ámbito del encubrimiento de la figura de la receptación se ajusta al criterio de la legislación española,<sup>289</sup> que tipifica separadamente esta última, manteniendo para el resto del encubrimiento su calidad de forma de participación criminal. En esta misma línea, podrá estudiarse más adelante, asimismo, la posibilidad de tipificar autónomamente los casos de encubrimiento denominados genéricamente “favorecimiento” como delitos contra la administración de justicia, que es el bien jurídico quebrantado por la intervención criminal acaecida con posterioridad al hecho delictivo, materia en la que se ha avanzado con el actual artículo 269 bis del Código Penal, relativo a la obstrucción a la justicia, agregado por la ley N° 19.077, de 1991.”<sup>290</sup> (El subrayado es mío)

4º. “El proyecto de ley en informe fija un amplio margen punitivo aplicable al llamado “reducidor de especies”, que permitirá al tribunal, apreciando las circunstancias, castigarlo con mayor severidad que hoy, y además, amplía las conductas punibles relacionadas con la receptación, puesto que no sólo será posible penar al actual encubridor, que pasará a ser autor de la receptación, sino también a los cómplices y encubridores de esta conducta, de acuerdo con el artículo 14 del Código Penal. (El subrayado es mío)

En estos términos, la iniciativa de ley apunta en la dirección correcta de actualizar la normativa que rige el encubrimiento, en lo que atañe a los principales delitos que generan un tráfico ilícito de especies, y será un instrumento útil para desincentivar su comisión, en el marco del

---

<sup>288</sup> Boletín, ob. cit., pp. 19 y ss.

<sup>289</sup> Desgraciadamente, esta afirmación no es cierta, ni con respecto a la legislación española vigente al momento de estudiarse la reforma en Chile, ni respecto a la que casi simultáneamente entró en vigencia con el nuevo Código Penal español de 1995. Ver, Infra, Cap. 7.

reforzamiento de las medidas destinadas a obtener la disminución de la delincuencia.”<sup>291</sup>

El proyecto fue aprobado en general, en forma unánime, por los Senadores señores Fernández, Hamilton, Otero y Sule.

En la discusión en particular, se aprobó por unanimidad de los miembros de la Comisión derogar el inciso final del artículo 454 del Código Penal, Senadores señores Diez, Fernández, Hamilton, Otero y Sule.

Luego, respecto de agregar un artículo 454 bis, el Diputado señor Espina, exponiendo ante la Comisión, señaló que “a la luz de las observaciones recibidas en la Comisión”, solicitó al Profesor de Derecho Penal don Enrique Cury que redactara una proposición, en la que se subsanasen los inconvenientes que afectarían al proyecto de Ley. Agregó que compartía plenamente la redacción sugerida por el mencionado Profesor en su nota de 18 de Mayo de 1995, que puso a disposición de la Comisión.<sup>292</sup>

Sugirió crear un Párrafo 5º bis, titulado “De la receptación” en el Título IX del Libro Segundo del Código Penal, con un artículo 456 bis A. Sustituye en éste la escala de penas propuesta en el proyecto original, determinada en razón del valor de la cosa hurtada o robada, por penas privativas de libertad –presidio menor en cualquiera de sus grados- y multas, atendida la gravedad del delito en que se obtuvieron las especies. Sustituye también la referencia a la habitualidad por la reincidencia. Además, mantiene la receptación en el ámbito de los delitos de hurto y robo, a diferencia de su planteamiento original del asunto, punto de vista que concordaba con lo señalado por los profesores Bustos, Cárcamo y Rodríguez, en cuanto proponían ampliar la cobertura del tipo de la receptación a otras figuras.

---

<sup>290</sup> Boletín, ob. cit., pp. 20 y ss.

<sup>291</sup> Boletín, ob. cit., p. 21.

<sup>292</sup> Boletín, ob. cit., p. 24.

En la discusión, los Senadores Otero y Sule se declararon partidarios “de incorporar la receptación de especies provenientes de otros delitos que afectan el patrimonio, además del robo y el hurto, ya que esa conducta también es de normal ocurrencia.”<sup>293</sup>

Se opusieron los Senadores Diez, Fernández y Hamilton, así como el Diputado Espina, quienes “consideraron que las otras figuras delictivas, en especial la estafa y las defraudaciones, presentan una conformación diferente, que dificultaría la aplicación de esta disposición, porque en ellas el autor hace uso del engaño con el efecto de producir un detrimento en el patrimonio de la víctima. Se altera la verdad con el objeto de provocar o mantener el error ajeno como medio para lograr la entrega de la cosa, lo que motiva un error justificado por parte de la víctima, que puede extenderse a quien reciba la cosa estafada o defraudada, ante quien se podrá invocar incluso como título aparente el derivado de la estafa. Este ardid, en cambio, no existe en los delitos de hurto y robo.”<sup>294</sup>

Refiriéndose a la expresión “no pudiendo menos que conocerlo”, la Comisión estimó que “no obstante los reparos doctrinarios que pueda merecer, se justifica en virtud de la dificultad de probar que la persona que recepta ha conocido efectivamente el delito de robo o hurto del cual provienen las especies que comercializa. Por lo demás, ha sido recientemente utilizada por el legislador, entre otros cuerpos legales, en la Ley N° 19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas.”<sup>295</sup>

Con respecto a las penas aplicables, señaló “como parámetros a los que el tribunal debe atender especialmente para determinar la pena aplicable al receptor, la gravedad del delito en que se obtuvieron las especies y el valor de éstas”.<sup>296</sup> Opinan también que “este último aspecto

---

<sup>293</sup> Boletín, ob. cit., p. 26.

<sup>294</sup> Boletín, ob. cit., pp. 26 y ss.

<sup>295</sup> Boletín, ob. cit., pp. 27. Cfr. capítulo 12, A, de Las figuras afines a la receptación: el lavado de dinero.

<sup>296</sup> Boletín, ob. cit., p. 28.

habrá de considerarse en todo caso, puesto que cae directamente bajo la apreciación del receptor y es el que motiva su actuación, pero el primero, cual es la gravedad del robo o hurto del que provienen las especies, solamente puede estimarse que aumenta el disvalor de la conducta del receptor si era conocido por éste. En este sentido, deberá ser superior la pena del receptor de cosas que sabe provenientes de un robo con violencia o intimidación de aquel que conoce que fueron sustraídas mediante un hurto.<sup>297</sup>

Señaló la Comisión que “en lo demás, se prefirió aceptar la sugerencia del profesor señor Cury”(sic).<sup>298</sup>

La Comisión, por unanimidad de sus miembros, Senadores señores Otero (Presidente), Díez, Fernández, Hamilton y Sule, tras las sesiones celebradas los días 20 de Junio, 11 y 18 de Julio de 1995, acordó presentar el proyecto de ley siguiente al Senado:

#### **PROYECTO DE LEY:**

"Artículo único.- Introdúcense las siguientes modificaciones al Código Penal:

1.-Derógase el inciso final del artículo 454.

2.-Introdúcese, a continuación del Párrafo 5 del Título IX del Libro Segundo, el siguiente párrafo 5 bis:

& 5 bis. De la receptación

**Artículo 456 bis A.**- El que conociendo su origen o no pudiendo menos que conocerlo, tenga en su poder, a cualquier título, especies hurtadas o robadas, o las compre, venda o comercialice en cualquier forma, aún cuando ya hubiese dispuesto de ellas, sufrirá la pena

---

<sup>297</sup> Boletín, ob. cit., p. 28.

de presidio menor en cualquiera de sus grados y multa de cinco a veinte unidades tributarias mensuales.

Para la determinación de la pena aplicable el tribunal tendrá especialmente en cuenta el valor de las especies, así como la gravedad del delito en que se obtuvieron, si éste era conocido por el autor.

Se impondrá el grado máximo de la pena establecida en el inciso primero, cuando el autor haya incurrido en reiteración de esos hechos o sea reincidente en ellos.”

A éste tenor fue aprobado y es la actual disposición en el Código Penal de 1874<sup>299</sup>.

---

<sup>298</sup> Loc. cit.

<sup>299</sup> Respecto al ámbito de vigencia temporal de la nueva institución, se refirió la Corte Suprema, en Fallo de 11 de noviembre de 1997, redacción del Abogado Integrante Sr. José Luis Pérez Zañartu, integrada la Sala por los Sres. Luis Correa B., Guillermo Navas B., Marcos Libedinsky T., José Luis Pérez Z., y Vivian Bullemore G. (Revista de Derecho y Jurisprudencia T. XCIV N° 3, septiembre-diciembre de 1997, pp. 244 y ss.) Doctrina: “El encubrimiento de los delitos de robo o hurto perpetrado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 19.413 debe ser sancionado conforme a las reglas generales. Antes de la entrada en vigencia de la antedicha Ley, el encubrimiento de hurto o robo era una forma de participación en dichos delitos. Por esta razón, la actuación constitutiva de encubrimiento no puede ser asimilada a la figura o tipo penal de la receptación, creado por la Ley 19.413.

La aplicación retroactiva de la Ley más favorable al reo conduce a sancionar el encubrimiento de hurto o robo como tal, sin aplicar la pena de la complicidad, atendida la derogación del inciso final del artículo 454 del Código Penal.”

En la crítica del Profesor A. Bascuñán, que sigue al Fallo, éste señala: “La determinación exacta de las relaciones entre los arts. 17 y 456 bis A del Código Penal es una cuestión aún por dilucidarse. Mientras tanto, puede afirmarse, como principio general, que en un amplio ámbito el encubrimiento es la sede subsidiaria de incriminación de la receptación, con una pena más benigna, tal como lo fuera respecto de la regla especial de punición del antiguo art. 454 del mismo Código. De aquí que, pese a lo criticable de su fundamento, la tesis de la Exma. Corte Suprema de la aplicación retroactiva del art. 17 resulte adecuada. Existiendo una relación de concurso aparente entre las normas del art. 17, el antiguo art. 454 inciso final y el actual art. 456 bis, a los hechos perpetrados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 19.413, debe aplicarse retroactivamente el primero, y no el último, ni ultractivamente el segundo, por ser el art. 17 la disposición más favorable al condenado.”

## Capítulo 6

### La institución en el derecho comparado

#### -Evolución histórica-

Pessina, quien hace un interesante estudio histórico de la receptación, afirma que en la antigüedad se carecía de una doctrina general sobre el concurso de delincuentes. Sin embargo, habla de una antigua ley de los atenienses que castigaba con igual pena al que había aconsejado el delito y al que lo había realizado.<sup>300</sup> En su exposición sobre la naturaleza del concurso de personas, claramente se declara partidario de “la imposibilidad de un concurso posterior al delito”,<sup>301</sup> “porque la esencia de la causa está en preceder al efecto”.<sup>302</sup> Refiriéndose al origen de la noción del concurso posterior, señala que “tuvo su origen en el Derecho Romano: la *ratihabitio* fue, por esto, equiparada al mandato de delinquir, puesto que encierra en ella la plena manifestación de la *voluntas sceleris*, y el *receptor* doloso fue comprendido *inter socios* con el nombre de *auctor*, si bien unas veces era castigado con la misma pena y otras con pena algún tanto menor”.<sup>303</sup>

Uno de los autores que ha tratado el tema con mayor latitud y profundidad ha sido Cándido Conde-Pumpido.<sup>304</sup> Señala que los romanos no tuvieron sobre la materia un criterio unitario. Citando a Ferrini, dice que “podemos ver cómo el encubridor era unas veces sancionado conjuntamente con el autor, como en los casos de encubrimiento del malversador de

---

<sup>300</sup> Pessina, Enrique, Elementos de Derecho Penal, traducido por Hilarión González del Castillo, 4ª. Ed., adicionada por Eugenio Cuello Calón, Madrid, 1936, p. 494.

<sup>301</sup> Pessina, ob. cit., pp. 490 y ss.

<sup>302</sup> Pessina, ob. cit., p. 491.

<sup>303</sup> Pessina, ob. cit., p. 495

<sup>304</sup> Conde-Pumpido Ferreiro, Cándido, Encubrimiento y receptación, Ed. Bosch, Barcelona, 1955, pp. 25 y ss. Un resumen de éste, aunque sin todas las citas correspondientes, puede verse en Izzo Lira, Milena y Karelovic Ríos, Branco, El delito de receptación: análisis en el derecho comparado y revisión crítica de su tipificación en la ley chilena, Tesis, Universidad de Chile, 1999.



caudales públicos, o en el del “crimen receptatorum”; mientras que otras, como en el edicto relativo a las bacanales, se distingue entre la cooperación al delito y el “favorecimiento” del culpable.”<sup>305</sup>

Mommsen, respecto de las instituciones relacionadas con la receptación, nos da un panorama algo más certero. “En los delitos contra el Estado, la instigación a delinquir se equiparaba en general a la ejecución. Lo propio puede decirse para la ayuda para el delito; sin embargo, como el derecho de los tiempos posteriores permitía la medida penal y la graduación de la pena, era posible aminorar la punibilidad de la mencionada ayuda.”<sup>306</sup> Luego -sobre el destierro, asimilado en penalidad al delito de traición-, y “en la época de Sila, vino a figurar entre las penas a los ciudadanos el destierro de los mismos de Italia, negándoles el agua y el fuego, tuvo que ser considerado el quebrantamiento de dicho destierro como caso de parduellion, y, tanto el autor del quebrantamiento, como el que lo recibía en su casa o de cualquier modo le prestaba auxilio, tuvieron que ser castigados como reos del delito de parduellio”<sup>307</sup> -con pena capital-. (el subrayado es mío)

Respecto del furtum (sustracción de la propiedad) y refiriéndose a la autoría, Mommsen señala que, en la pluralidad de autores, la “fórmula de la demanda, a saber “del hecho y del consejo”, se aplicaba probablemente no sólo a los instigadores y a los cooperadores o auxiliares, sino también a los autores propiamente dichos. En general, para los casos de codelincuencia servía de guía el principio según el que el delito como tal era indivisible,” que también era la regla para la punibilidad.<sup>308</sup> (el subrayado es mío)

Acerca del encubrimiento, al que define como la ocultación y la utilización de las cosas robadas, explica que “no caía dentro del concepto de la codelincuencia, tal y como éste quedó fijado desde bien pronto; en realidad, ya que las Doce Tablas consideran como distinto del hurto a este

---

<sup>305</sup> Conde-Pumpido, ob. cit., p. 28.

<sup>306</sup> Mommsen, Teodoro, Derecho Penal Romano, Ed. Temis, Bogotá, 1991 (reimpresión) Versión castellana de P.Dorado (*Romanisches Strafrecht*, Leipzig, 1889), p. 343.

<sup>307</sup> Mommsen, ob. cit., p. 348.

<sup>308</sup> Mommsen, ob. cit., p. 462.

hecho, al tratar del procedimiento y de la pena que se le aplicaban, lo conceptualizaron como un delito independiente al que dieron el nombre de “hurto interceptado” (*furtum conceptum*), el cual solamente existía en el caso de que los bienes robados hubieran sido hallados en una casa, en virtud de un registro legal realizado al efecto.”<sup>309</sup> No debemos olvidar que el objeto del castigo a los reos del hurto, era dar satisfacción debida a los damnificados, reparando el daño causado o permitiendo la venganza. (En el *parduelion* y en el homicidio se castigaba a los reos por su culpabilidad moral.)

En la época imperial, los funcionarios ejercieron una jurisdicción sumaria muy enérgica. Entre los hurtos calificados (llamados así por no tener de base una ley acordada por el pueblo congregado en Comicios, según el antiguo sistema, y por ello tenían un procedimiento extraordinario), se consideraban a los receptores, junto con los que ejecutaran delitos con armas en la mano, a los reos de abigeato y a los fracturadores, entre otros. “A los que auxiliaran, ocultaran o albergaran, mediante pago o ganancia de algo, a los ladrones (receptores o receptatores), se les imponía una pena que no se hallaba determinada por la ley. Lo que con esto se quería reprimir era, en primer término, la ocultación de los delincuentes; pero también entraba dentro del concepto de la receptación el hecho del encubrimiento u ocultación de las cosas robadas.”<sup>310</sup>

Mezger,<sup>311</sup> señala que, en el derecho romano avanzado, la receptación era considerada como un “*crimen receptatorum*”, y cita el

---

<sup>309</sup> Mommsen, ob.cit., pp. 462 y ss. Precisando aún más sobre la institución, y su evolución, dice que “no obstante, por lo menos la denominación de hurto se había hecho ya entonces extensiva a esta forma de encubrimiento; de otro lado, si en el antiguo derecho de ciudad, donde el concepto de los hechos punibles estaba perfectamente definido, habría sido posible dejar impune el encubrimiento cuya existencia hubiera sido demostrada por otros medios que los que acabamos de mencionar, tal estado de cosas no podía ya ahora seguir subsistiendo, por ser incompatible con el derecho público que más tarde se había venido desarrollando; nada de extraño tiene, pues, que en tiempos posteriores la receptación y el aprovechamiento de objetos robados se considerasen como actos de auxilio para la comisión del delito de hurto, y que a sus autores se les castigase como a los del hurto, aún en el caso de que no hubiera suficientes testimonios expresos que demostraran su participación criminosa”

<sup>310</sup> Mommsen, ob. cit., pp. 478 y ss.

<sup>311</sup> Mezger, Edmund, Derecho Penal, Libro de Estudio, Traducción de la 4ª Ed. alemana por Conrado Finzi, Ed. Bibliográfica Argentina, 1959, pp. 217 y ss.

Digesto, 47, 16, dando el conocido ejemplo de los taberneros que alojan, profesionalmente, a los ladrones.

Menciona Pessina que aún cuando en el derecho germánico ya hay asentado un cierto criterio en cuanto a la gradación de la pena, “sin embargo, en las leyes germanas encontramos la misma severidad del Derecho Romano con relación al encubrimiento doloso, el cual fue considerado como una cooperación para el delito, y así hay muchas leyes de Enrique IV, Federico I y Enrique VII que prescriben la equiparación de la pena del receptor o encubridor a la pena del reo”.<sup>312</sup> Esta doctrina alemana también fue recogida por el derecho canónico, en cuanto a los “hechos posteriores que constituían la *ratihabitio* o protección”.<sup>313</sup>

El mismo Pessina, afirma que las primeras teorías sobre el concurso de delincuentes “se deben a las leyes estatutarias de las ciudades italianas y a los intérpretes que inauguraron en Italia la ciencia del Derecho penal”.<sup>314</sup> Respecto a la doctrina romana de la ayuda equiparada a la participación, “aquella no fue considerada mas que como perteneciente a las especies de cooperación en que hay desigualdad de pena, porque *non dant causa delicto* y la rígida doctrina de la *ratihabitio* equiparada al mandato, fue modificada por los intérpretes en el sentido de deber aplicarse únicamente a los delitos privados, para los cuales se señalaba una acción pecuniaria, y no para los públicos”.<sup>315</sup> Atribuye a la obra de los intérpretes italianos, y a “los más autorizados de las demás naciones”<sup>316</sup> que el principio de gradación de la responsabilidad entre los partícipes se transmitiera al derecho positivo moderno. Da como ejemplo la Constitutio Carolina, que “en su art. 177, establecía que todo el que, para favorecer la comisión de un delito, prestara conscientemente, y de un modo peligroso, asistencia o socorro, cualesquiera que fueran la clase y nombre de semejante ayuda, debía ser castigado, pero con una diversidad correspondiente a las varias exigencias de los casos.

---

<sup>312</sup> Pessina, ob. cit., p. 496.

<sup>313</sup> Ibid.

<sup>314</sup> Pessina, ob. cit., pp. 496 y ss.

<sup>315</sup> Pessina, ob. cit., pp. 497 y ss.

<sup>316</sup> Pessina, ob. cit., p. 497.

Las legislaciones de los varios Estados italianos establecieron excepciones para algunos delitos que consideraron como atroces, y de este modo no sólo se castigaba a aquel que teniendo noticia de un delito de lesa majestad, no lo delataba, sino que existía el concepto erróneo de que la omisión de revelación constituye concurso para el delito, estableciéndose penas severísimas, incluso la de muerte, contra los encubridores de los bandidos y de las cosas robadas.<sup>317</sup> Cree también, que en algunas de las excepciones a estas reglas, establecidas en las leyes de los Estados italianos, se basaron los redactores del Código Penal francés de 1810, que “castigó el encubrimiento con la misma pena de la delincuencia principal, como una de las formas de la complicidad”,<sup>318</sup> aunque reconoce que con respecto al Derecho Penal inglés, la influencia mayor se encuentra en sus severas costumbres penales, aunque dividen a los cómplices en anteriores y posteriores al hecho. En este último caso, la distinción ( al contrario que la que se hace en el derecho inglés entre *principals* y *accessories* -ya que todos los cooperadores llevan la misma pena-), tiene efectos, ya que “vienen exceptuados y castigados con pena menor los “cómplices después del hecho” (*accessories after the fact*), los cuales no son verdaderos cómplices, sino meros encubridores”.<sup>319</sup>

Conde-Pumpido disiente ligeramente respecto de la influencia de los autores italianos en la redacción del Código francés, y otros del continente, destacando que la tesis clásica que estudia la receptación como una forma de participación criminal, “emana de los glosadores y canonistas y que, a través del primer Derecho Penal codificado, el Código de Napoleón, se instala en los Códigos que pudiéramos llamar tradicionales”.<sup>320</sup>

En los comentarios al Programa de Carrara, se llama al Código francés de 1810 “anacronismo viviente”, al adoptar el principio de la

---

<sup>317</sup> Pessina, ob. cit., p. 498. La *Constitutio Criminalis*, llamada Carolina, promulgada por Carlos V en 1531, recogió las tradiciones del Derecho romano y del Derecho canónico, llegando a ser el fundamento del Derecho penal alemán hasta el siglo XIX.

<sup>318</sup> Pessina, ob. cit., p. 498.

<sup>319</sup> Pessina, ob. cit., p. 498.

<sup>320</sup> Conde-Pumpido, ob. cit., pp. 25 y ss.

equiparación, y se critica con dureza a la escuela francesa que adhiere a él con tenacidad.<sup>321</sup> Respecto del encubrimiento y la receptación, Carrara distingue si el acto concebido y ejecutado con posterioridad al delito “tuvo como único fin el de sustraer al delincuente a las persecuciones de la justicia, o tuvo también el fin de llevar el delito a consecuencias ulteriores”.<sup>322</sup> Aquí sostiene que, al distinguir entre delitos instantáneos, y delitos que continúan la violación del derecho, o sucesivos, en este último caso “debe hablarse siempre de verdadera complicidad, aún en el acto concebido y ejecutado posteriormente”.<sup>323</sup> Con esto, asimila el receptor al cómplice, por lo menos, en los delitos que denomina “sucesivos”, como prosecución de la anterior ofensa. Los demás, dice, no tienen nexo alguno, y lo subraya al decir que “tan es verdad esto, que para algunas jurisprudencias no siempre es ni siquiera necesaria, la verificación de un delito consumado.”<sup>324</sup>

En Alemania, Mezger<sup>325</sup> cita, como primer auspiciador de un castigo más benigno al receptor, a Carpzov (*Práctica Nova*, 1635, *Pars II*, *Quest.* 87, n. 36 y sigts.). Menciona también a Kress y J. S. Böhmer (*Meditationes in CCC*, 1770), quienes se alejan de la teoría tradicional, en su interpretación del artículo 177 de la “Carolina”, diferenciando al “socius delicti” del que obra después del hecho. Respecto a la legislación, Prusia, en 1620, y Austria, en la “*Constitutio Criminalis Theresiana*” de 1768, consideran ya a la adquisición de cosas hurtadas como delito independiente. Destaca como decisivo el Código Penal prusiano de 1851, que en su articulado -arts. 237 y ss.- exige tácitamente la actuación en provecho propio. Este concepto, lo recoge el Código Penal del Reich de 1871, en su § 259, al señalar que el receptor actúe “en provecho propio”.

---

<sup>321</sup> Carrara, Francesco, Programa de Derecho Criminal, 11ª. Ed., Traducción de Sebastián Soler, Ed. DePalma, Bs. Aires, 1945, pp. 307 y ss.

<sup>322</sup> Carrara, ob.cit., pp. 316 y ss.

<sup>323</sup> Carrara, ob. cit., p. 317. Remarca este concepto en la pág. 318 de su Programa: “El que con fin de lucro, a sabiendas procede a fundir la vajilla de plata que me ha sido robada, con el objeto de que el ladrón pueda alcanzar la meta última de su delito (es decir, el propio enriquecimiento), no ayuda al ladrón a engañar a al justicia, sino a concluir la violación de mi propiedad.”

<sup>324</sup> Carrara, ob. cit., pp. 319 y ss.

<sup>325</sup> Mezger, ob. cit., T. II, pp. 217 y ss,

Respecto a la influencia del Derecho Romano en la evolución del Derecho Penal peninsular, encontramos la misma tendencia en el tratamiento del encubrimiento y la receptación. “El Fuero Juzgo establece expresamente la equiparación al declarar que “nom deben ser dichos ladrones tan solamiente los que facen el furto, más lo que lo consienten e los que reciben las cosas del furto, sabiéndolo”.<sup>326</sup> Ello no empece para que en ciertos supuestos concretos disponga menos pena para los auxiliares y encubridores. Así, para los de robo cometido aprovechando un incendio, inundación u otra ocasión análoga (Ley 18, título III, libro VII), y en los casos de raptó y fuerza (Ley 3, título III, libro III).<sup>327</sup>

Según se desprende de las explicaciones de Conde-Pumpido, el bien jurídico protegido por la legislación de la época sería “la idea de solidaridad social”, concepto de origen germánico de la responsabilidad, en que el encubridor “sustituye en la composición al autor”, por auxiliar al enemigo del grupo o del pueblo.<sup>328</sup> Este matiz objetivo de la responsabilidad, propio de los derechos pre-codificados, nos muestra la curiosidad, en algunos textos legales (Fueros de S. Miguel de Alcalá y Navarra, Fuero Viejo, Ley VII, título I, Libro II.), que el encubrimiento guarda también relación con la ley de destierro del delincuente, prohibiendo prestarle auxilio o recibirlo en casa. Conocida es la historia, cargada de leyendas, sobre el destierro de Ruy Díaz de Vivar, el Cid, que ha inspirado a más de un autor contemporáneo.<sup>329</sup> También es curiosa la relación del encubrimiento con una institución propia de la reconquista española: el derecho de asilo, “verdadero encubrimiento

---

<sup>326</sup> Esta es la primera mención en lengua castellana de la mal llamada “presunción de conocimiento” del receptor, a la que tanto apego han tenido nuestros legisladores. Leyes 7 y 9 del título II, Libro VII.

<sup>327</sup> Conde-Pumpido, ob. cit., p. 30.

<sup>328</sup> Conde-Pumpido, ob. cit., p. 30.

<sup>329</sup> “Campeador, que en buena hora ceñiste espada, no podemos, Mío Cid, darte asilo por nada; el Rey nos lo ha prohibido con severas amenazas. Si te abrimos perderemos los haberes y las casas, perderemos nuestros ojos, nuestros cuerpos y aún las almas. No podemos albergarte, ni tampoco venderte nada, ni trigo, ni pan, ni viandas, ni la ración más menguada. Cid, en el mal de nosotros vos no ganaréis nada. Seguid y que Dios os proteja y la tierra os sea ancha.” Vicente Huidobro, *Mío Cid Campeador*, Hazaña, Ed. Andrés Bello, 5ª. Ed., 1975. p. 242.

legal, (que) era solicitado como privilegio por las ciudades y villas” fronterizas, para aumentar su población con toda clase de delincuentes.<sup>330</sup>

Es coincidente la opinión de Mosquete<sup>331</sup>, para quien el Fuero Juzgo, el Fuero Viejo de Castilla y el fuero Real no distinguen los conceptos de encubrimiento, complicidad y participación.

En las Partidas, la norma general era la identidad de pena para todos los partícipes. Influidas por el Derecho romano “tampoco distinguen o precisan bien las ideas no ya de encubrimiento, sino de complicidad”.<sup>332</sup> “E dixerón aún que a los malfechores e a los consejadores debe ser dada igual pena”.<sup>333</sup> Las excepciones al principio son varias, estableciéndose una pena menor en el abigeato, en que se castiga al autor con la pena de muerte, y al encubridor con destierro por diez años, y el destierro de por vida a los encubridores de un conjunto de “delitos” que llevan como castigo la muerte, entre los que se encuentran la hechicería, la lectura de suertes o adivinanza y el espiritismo.

Esta asimilación del encubrimiento a la complicidad es también la línea que sigue la Nueva y Novísima Recopilación.<sup>334</sup>

También fue importante la influencia del derecho canónico, ya que desarrolló, en un principio, la doctrina de identidad en la responsabilidad de los partícipes, considerando al encubridor como uno de estos. Luego evolucionó en “la gradación entre la cooperación principal y la secundaria, proclamándose la posibilidad de que *idem excessus magis sit uno quam in*

---

<sup>330</sup> Conde-Pumpido, ob. cit., p. 31.

<sup>331</sup> Mosquete, ob. cit., p. 38.

<sup>332</sup> Mosquete, ob. cit., pp. 38 y ss.

<sup>333</sup> P. 7<sup>a</sup>, t. 34, reg. XIX. Aplicaciones concretas de esta regla se observan en los casos de encubrimiento de “furto”, de los hurtos calificados y de “omecillo” en los que aparecen equiparados al autor tanto el inductor, como el cómplice y encubridor. (Cfr. Conde-Pumpido, ob. cit. p. 32) Omeçillo: “Si por ventura alguno encubriese o mandare matar a un omeçillo mandaremos que muera por ello”. P. 7<sup>a</sup>, tit. 17, Ley III.

<sup>334</sup> Mosquete, ob. cit., p. 40. La ley 1<sup>a</sup>, tit. 18, Libro XIII de la Novísima Recopilación recoge una serie de variados preceptos de don Enrique II, Juan II, don Fernando y doña Isabel. Felipe IV y Carlos II, reativos a los receptadores y encubridores de delincuentes de menor perversidad, que se penan como culpables de delitos especiales.

*alio puniendus*.<sup>335</sup> Siguiendo a Pessina, Conde-Pumpido señala que en el derecho eclesiástico la distinción de grados de participación llega al máximo,<sup>336</sup> aunque sus sutiles distinciones “carecían de otras consecuencias que la de establecer la responsabilidad solidaria de todos ellos en orden a la restitución, (...), en los que se equiparan penalmente la cooperación en el delito y el encubrimiento”, por considerárseles a éstos como “consentientes” del delito receptado o encubierto, sin que fuera preciso la obtención de ventajas económicas.<sup>337</sup>

Iniciado el siglo XIX, en España no se encuentra unidad de criterios sobre el tema ni entre la doctrina ni en la legislación. Así, en las Leyes Recopiladas, la penalidad de los encubridores resulta de lo más dispar. En algunos casos se le señala una pena inferior al autor, como en el encubrimiento de traidores, o en el caso de hurto o robo en la Corte o en caminos públicos (200 azotes y 10 años de galeras); en otros, se equiparaba la pena a la de los autores, como en el caso de “salteadores y bandidos” (pena capital), y también había casos en que el encubridor recibía una pena mayor por razón de su cargo público (como los justicias y militares

---

<sup>335</sup> Pessina, ob cit., p. 496.

<sup>336</sup> Conde-Pumpido, ob. cit., p. 34. “Son manejados los famosos versos de Santo Tomás referentes a las clases de personas que concurren al daño: “*Jussio, consilium, consensus, palpo, recursus, participans, mutus, non obstans, non manifestans*”. “*Jussio*” se refiere a los que expresa o tácitamente mandan a hacer daño; el “*consilium*” denota a los que se aconsejan; el “*consensus*”, a los que dan su voto o parecer a favor de una cosa injusta; con “*palpo*”, se designaba a los lisonjeros y aduladores, que con sus alabanzas o dándole al ejecutor en cara su cobardía eran causa de daño; en “*recursus*”, entran los encubridores y receptadores, esto es los que reciben “*formaliter*” a los ladrones, o guardaban las cosas hurtadas; “*participans*” son los que cooperan con otro a hacer daño a tercero, ya concurriendo en el daño directamente (“*participans in actione*”), ya consumiendo la cosa hurtada (“*participans in praeda*”). Todas estas categorías concurren “*directe et positive*”, y las tres restantes “*indirecte et negative*”, en cuanto se refieren a omisiones: los que no impiden el daño pudiendo y debiendo hacerlo por razón de oficio (“*mutus*”); los que niegan su ayuda y socorro para atajar el mal (“*non obstans*”); y los que debiendo por su oficio delatar o declarar el delito no lo hacen (“*non manifestans*”).”

<sup>337</sup> Conde-Pumpido, ob. cit., pp. 34 y ss. “Tal ocurre con los supuestos concretos de herejía, asesinato y empleo de violencia contra Cardenal, entre otros. En cuanto a la receptación de “*rei furtivae*”, como en el de ocultación del culpable de un delito, la penalidad del receptador o encubridor debía ser la misma que la del autor principal, por considerarse a aquellos como “consentientes” del delito receptado o encubierto, sin que fuera preciso, en cuanto al receptador, que obtuviera ventajas económicas de la cosa hurtada (“*participans*”), bastando con el conocimiento de su naturaleza furtiva”.



encubridores de fraudes).<sup>338</sup>

En la época de la codificación, podemos distinguir dos tendencias principales, tanto entre los autores y la doctrina, como legislativa, respecto de la receptación.

Una primera tendencia, que la considera una forma de participación, encuentra su sustento primero en Montesquieu, en “El Espíritu de las Leyes”. Respecto del encubridor y el autor de un delito, señala que “el uno impide el conocimiento de un crimen cometido ya, el otro lo comete: todo es pasivo en el uno; hay una acción en el otro; es menester que el ladrón venza más obstáculos y su alma se endurezca más tiempo contra las leyes”. “De ahí deduce la necesidad de imponer una pena menor al encubridor, ente pasivo, que al autor, elemento activo.”<sup>339</sup>

En España, Pacheco, en esta línea, critica la igual punición de los partícipes en el delito. “Con decir que todos los partícipes y cómplices de un delito deben ser penados igualmente, que los receptadores y cómplices deben seguir la misma suerte de los reos principales, sin duda alguna que se dice una cosa muy pronta, pero está por ver que se diga una cosa muy cierta, una cosa muy científica. No es igual la obra de todos estos partícipes ni entre sí los unos con los otros, ni con el causante principal del delito, que ellos receptan, aprueban, encubren, ordenan, auxilian”.<sup>340</sup> En esta misma línea de penalizar a los partícipes, de acuerdo a su responsabilidad en la escala de la participación, está Carrara,<sup>341</sup> que mantiene algunas de las conductas que entendemos por receptación en la participación,<sup>342</sup> y también

---

<sup>338</sup> Conde-Pumpido, ob. cit., pp. 38 y ss.

<sup>339</sup> Conde-Pumpido, ob. cit., p. 40.

<sup>340</sup> Pacheco, F., Estudios de Derecho penal, Ed. Tello, Madrid, 3ª. Ed., 1868, p. 173.

<sup>341</sup> Carrara, ob. cit., p. 280 y ss. “En un delito pueden tomar parte varias personas. La justicia quiere que todas sean llamadas a dar cuenta de la parte tomada en la infracción de la ley; pero quiere, además, que cada uno responda proporcionalmente a la influencia que haya ejercido sobre la infracción.”

<sup>342</sup> Carrara, ob. cit., pp. 316 y ss. Ya se vió que distinguía entre delitos instantáneos y sucesivos. En el caso en que “el acto concebido y ejecutado posteriormente tuvo como único fin el de sustraer al delincuente a las persecuciones de la justicia,...no puede hablarse de complicidad. Surge un nuevo título de delito autónomo, que se llama favorecimiento, y que es un delito sui generis, que tiene por objeto la justicia pública....El derecho que el *fautor* quiso violar y violó, fue un derecho universal: el derecho que tienen todos los

Pessina,<sup>343</sup> en Italia.

En España, aún antes, el mexicano Lardizábal,<sup>344</sup> quien fue uno de los seguidores de las ideas de Montesquieu y Beccaria, aceptó sin reparos la tesis de la participación. Pacheco, el más claro expositor de ésta, cree ver una especie de complicidad entre el que ejecuta un robo y el que se aprovecha de él, prestándole aprobación moral y su concurrencia material para llevarlo a término.<sup>345</sup> Según destaca Conde-Pumpido, para Pacheco, en primer lugar, “el encubrimiento es participación en las últimas consecuencias del delito (en la consumación, dice Pacheco, mejor sería decir en el agotamiento)” y, además, “el encubrimiento es concausa ideal del delito, en cuanto el éxito y la impunidad son cosas que se esperan al cometer el delito, y la intervención posterior de terceros para aquellos fines, aún no conociéndose, se presume y medita por el ejecutor.”<sup>346</sup>

---

ciudadanos de ver efectivamente respetada, no eludida y conculcada, la justicia pública”. Es interesante también la cita que hace de Berner (*Elementi de Diritto penale*, tit. 3, Párrafo 107) quien “sigue la común doctrina moderna que reconoce en el favorecimiento una figura criminal distinta del delito principal; pero advierte, empero, que esto es verdad en lo que se refiere a la noción. En cuanto a la pena, observa que no se puede prescindir de una referencia a la diversa calidad del delito principal al que se ha adherido el favorecimiento; y advierte que este método (sugerido por Bauer en su tratado, vol 1, pág. 464) fue adoptado por los Códigos de Sajonia de 1838, art. 38, y de 1853, art 61; de Württemberg, art. 90; de Darmstadt, art. 89; de Baden, Párr. 143; de Hannover, art. 75; de Turingia, art. 36 y 37; de Prusia, art. 38; de Austria, art. 6.”

<sup>343</sup> Pessina, ob. cit., p. 490 y ss. Sobre el principio de punibilidad proporcional de los copartícipes : “Ante todo, el punto de partida para proceder al aprecio particular de la responsabilidad individual es el de que todos los delincuentes son penados en nombre del delito común a todos”. “Esta medida (de la punibilidad) podía llamarse el común denominador”.

<sup>344</sup> Zuckermann Undurraga, Felipe, *Literatura Jurídica Indiana: Manuel de Lardizábal y Uribe*, su “Discurso sobre las penas contrahído (sic) a las leyes criminales de España, para facilitar su reforma”, Tesis, U. De Chile 1995, pp. 72 y ss. “Tratando ahora a los encubridores nuestro autor es partidario de que sean castigados como el cómplice, pero agravando o disminuyendo la pena según sea la mayor o menor participación en el delito: se agravará la pena si se obtiene utilidad del delito, imponiéndosele una mayor que al encubridor que no obtiene utilidad alguna. Pero aplicando el principio de que hay que tener presente la intención del delincuente, se disminuirá la pena si el encubridor tuviere parentesco o algún vínculo similar con el delincuente porque en tal caso el encubridor actúa no con malicia o dolo sino por otros factores como el amor o el afecto hacia el delincuente. Igual cosa le es aplicable al reductor.”

<sup>345</sup> Pacheco, *El Código Penal comentado y concordado*, 4ª Ed., Madrid, 1870, p. 272.

<sup>346</sup> Conde-Pumpido, ob. cit., p. 46.

Siguiendo esta corriente, ya en el siglo XX, también encontramos a Enrique Córdova, y a Castejón.<sup>347</sup>

Resumiendo, los defensores de esta teoría basan su argumentación en los siguientes conceptos:

-El encubridor participa del delito, aún cuando éste se encuentre consumado, en una etapa posterior, de agotamiento, como señala Carrara en su Programa:<sup>348</sup> “Pero si el acto, aunque sea absolutamente posterior, incide sobre un delito que no es del género de los instantáneos, sino de aquellos que se llaman sucesivos porque admiten prosecución de la ofensa al derecho principalmente atacado, y tuvo por fin facilitar este delito en su prosecución, y de hecho lo prosiguió, pienso que debe hablarse siempre de verdadera complicidad, aún en el acto concebido y ejecutado posteriormente”. Pacheco es aún más claro en este punto de vista: “la acción no tiene por definitivo objeto el arrebatarse o sustraer, se quita para gozar... Luego el que viene a participar del provecho, no puede decirse completamente extraño a la obra. El hace cuanto puede por concurrir a ella, él concurre a su consumación.”<sup>349</sup>

-Se considera que el encubridor, realiza una especie de “reiteración del acto del autor”.<sup>350</sup> Pacheco se preguntaba: “¿No reitera aquél, en cuanto le es posible, el acto del primero?”<sup>351</sup>

-La acción del encubridor “en sí” es lícita, y solamente adquieren relevancia penal en referencia al delito encubierto. Así el comprar, vender, permutar, dar hospedaje, pasaje y otras acciones son ilícitas en cuanto puedan relacionarse con un ilícito penal principal.

-Existiría, según los defensores de la teoría, una causalidad “ideal”, al realizarse el hecho muchas veces “por la seguridad del auxilio que

---

<sup>347</sup> Conde-Pumpido, ob. cit., pp. 47 y ss.

<sup>348</sup> Carrara, ob. cit., pp. 316 y ss.

<sup>349</sup> Pacheco, ob. cit., p. 272

<sup>350</sup> Conde-Pumpido, ob. cit., p. 48.

<sup>351</sup> Pacheco, ob. cit., p. 272.

representa la mera existencia de los encubridores (en el favorecimiento) o la esperanza de obtener un lucro (en la receptación)".<sup>352</sup> También este tipo de actos, "puede muy bien llamarse causa, como realmente lo es, de una violación ulterior producida al derecho de propiedad".<sup>353</sup>

-La gravedad de la conducta del encubridor, y la pena que reciba por ésta, está en directa relación con el delito principal cometido. Para Groizard, citado por Conde-Pumpido,<sup>354</sup> "de ahí que sea un absurdo penarlo con independencia de esa gravedad".

-Dentro de esta teoría se explica mejor el fundamento de la pena en el aprovechamiento de los efectos de un delito. Sostienen los defensores de esta teoría, que de ser la receptación un delito independiente, debería sancionarse, por ejemplo, a los partícipes principales, por ambos delitos, de hurto y receptación.<sup>355</sup>

En cuanto a la legislación sobre el tema, considerando el encubrimiento como participación, ya nos referimos anteriormente al Código Penal francés, que trataba el tema bajo la perspectiva de un concepto unitario de autor, al amparo de su artículo 59. Los códigos penales españoles,<sup>356</sup> con la excepción del de 1928, de corta vida (la comisión redactora la presidió Eugenio Cuello Calón, sobre cuya opinión tuvimos algunas luces en sus anotaciones a los Elementos de Pessina), trataron el encubrimiento y la receptación como integrante de la participación criminal. El primero de ellos, el de 1822,<sup>357</sup> se apartó ligeramente de la estrictez de las

---

<sup>352</sup> Pacheco, ob. cit., p. 262.

<sup>353</sup> Carrara, ob. cit., p. 319. Aunque es necesario recordar que para él, la receptación, como la entiende, "habitualidad del albergue de cosas o personas, no tiene nexo alguno con el delito principal." (pp. 319 y ss.)

<sup>354</sup> Conde-Pumpido, ob. cit., p. 48.

<sup>355</sup> Cfr. Conde-Pumpido, ob. cit., p. 48. Idéntico concepto, aunque con variaciones en la redacción, en Izzo y Karelovic, ob. cit., pp. 20 y ss.

<sup>356</sup> Cfr. Códigos Penales Españoles, Jacobo López Barja de Quiroga, Luis Rodríguez Ramos, Lourdes Ruiz de Gordejuela López, Recopilación y concordancias, Ed. Akal, Madrid, 1988.

<sup>357</sup> Dictado en el marco del conflicto entre liberales y absolutistas, con un alto grado de inestabilidad política. Desde la revolución de 1820, a la restitución de sus poderes a Fernando VII, en 1823, contiene un compromiso entre la España arcaica y la naciente

antigua leyes españolas, y a lo ceñido de las disposiciones sobre participación del primer modelo codificado, el francés. En su artículo 17, señala que son receptadores, -aplicándoles de la cuarta parte a la mitad de la pena de los autores-:

“1º Los que voluntariamente, sin concierto ni conocimiento anterior a la perpetración del delito, receptan o encubren después, la persona de los autores, cómplices o auxiliares o la protegen o defienden o le dan auxilios o noticias para que se precava o fugue, sabiendo que ha delinquido; u ocultan alguna de sus armas, o alguno de los instrumentos o utensilios con que se cometió el delito, o alguno de los efectos en que éste consista; o compran, expenden, distribuyen o negocian alguno de ellos, sabiendo que aquellas armas, instrumentos o utensilios han servido para el delito o que de él han provenido aquellos efectos.

2º Los que voluntariamente, aunque sin conocimiento determinado del delito que se haya cometido, acogen, receptan, protegen o encubren a los malhechores, sabiendo que lo son, o les faciliten los medios de reunirse, u ocultan sus armas o efectos, o les suministren auxilio o noticias para que se guarden, precavan o salven.”<sup>358</sup>

El Código Penal de 1848,<sup>359</sup> señalaba en su artículo 11, del Capítulo I -De las personas responsables criminalmente de los delitos y faltas-, del Título II -De las personas responsables de los delitos y faltas-, “Son responsables criminalmente de los delitos y faltas:

1º Los autores

2º Los cómplices

3º Los encubridores

---

liberal, entremezclando normas netamente liberales con otras propias del catolicismo contrareformista.

<sup>358</sup> Cfr. López Barja, Códigos Penales españoles, ob. cit.

<sup>359</sup> Este Código, con sus soluciones más racionales, es producto de la influencia en España, tanto de la pérdida de las colonias, como el ambiente europeo tras el restablecimiento del absolutismo. “Terminada la guerra civil y fracasado el intento liberal progresista de Espartero, en 1844 acceden al poder los liberales moderados que generan la Constitución de 1845, diseñando un nuevo modelo de Estado.” López Barja, Códigos Penales Españoles, ob. cit., p. 189.

Luego, en su artículo 14, iniciaba una larga historia en las reformas penales de la Madre Patria, y de sus hijas, las reformas en la codificación latinoamericana, con el siguiente modelo:

Art. 14 “Son encubridores los que con conocimiento de la perpetración del delito, sin haber tenido participación en él como autores ni como cómplices, intervienen con posterioridad a su ejecución de alguno de los modos siguientes:

1º Aprovechándose por si mismos, o auxiliando a los delincuentes para que se aprovechen de los efectos del delito.

2º Ocultando o inutilizando el cuerpo, los efectos o instrumentos del delito para impedir su descubrimiento.

3º Albergando u ocultando al culpable, siempre que concurra alguna de las circunstancias siguientes:

Primera. La de intervenir abuso de funciones públicas de parte del encubridor.

Segunda. La de ser el delincuente reo de regicidio o de homicidio cometido con alguna de las circunstancias designadas en el párrafo final del núm. 2 de este artículo.

Están exentos de las penas impuestas a los encubridores, los que sean de sus ascendientes, descendientes, cónyuges, hermanos o afines en los mismos grados, con sola la excepción de los que se hayan comprendidos en el núm. 1º de este artículo.”<sup>360</sup> Luego este artículo tuvo adiciones, como la de ser “reo conocidamente habitual de otro delito”, por el Real decreto de 21 de septiembre de 1848, art. 2º.<sup>361</sup>

El Código Penal de 1850<sup>362</sup> mantiene la redacción del de 1848<sup>363</sup> en

---

<sup>360</sup> López Barja y otros, Códigos Penales españoles, ob. cit., p. 201.

<sup>361</sup> Cfr. Conde-Pumpido, ob. cit., p. 50.

<sup>362</sup> Este es el resultado de un endurecimiento en las posturas del legislador, retrocediendo en la protección de los derechos de las personas, castigando con mayor severidad, entre

lo que respecta a los encubridores, con la modificación de su numerando 3º, que dice:

3º “Albergando, ocultando o proporcionando la fuga al culpable, siempre que concurra alguna de las circunstancias siguientes:

Primera. La de intervenir abuso de funciones públicas de parte del encubridor.

Segunda. La de ser el delincuente reo de regicidio, de parricidio o de homicidio cometido con alguna de las circunstancias designadas en el número 1º del artículo 333, o reo conocidamente habitual de otro delito.” El inciso final se mantiene igual. (el subrayado es mío)

El Código Penal de 1870 <sup>364</sup> recoge en su texto una redacción similar al de 1850. Adiciona solamente un número 4º al encubrimiento:

4º. “Denegando la cabeza de familia a la Autoridad judicial el permiso para entrar de noche en su domicilio a fin de aprehender al delincuente que se hallare en él.”<sup>365</sup>

El Código Penal de 1932 <sup>366</sup> (tras el cambio en la materia, según se verá, en el Código de 1928), recoge los conceptos del Código Penal de

---

otros, los delitos contra la seguridad Interior del Estado. Continúa aplicándose la pena inferior a dos grados a la correspondiente a los autores.

<sup>363</sup> Conde-Pumpido, erradamente cita, en la página 50 de su magnífica obra sobre el encubrimiento y la receptación, la disposición del Código Penal reformado de 1850, atribuyéndosela al de 1848.

<sup>364</sup> Dictado en una época turbulenta, de revolución (1868), repúblicas y restauración, fue “un intento de armonizar la ley penal con la Constitución de 1869” (López Barja, ob. cit., p. 489.; Jiménez de Asúa, Tratado de Derecho Penal, Tomo I, 3ª. Ed. Losada, Buenos Aires, 1964, p. 762.) Silvela lo denominó “Código de verano” (López Barja, ob. cit., p. 489.), pero lo cierto es que fue un gran avance. “El salto dado desde la legislación anterior fue enorme” para Jiménez de Asúa, ob. cit., p. 766, aunque antes (p. 763) señalara que “no cabe duda que la reforma de 1870 significó un progreso de escasa consideración en lo técnico y nada despreciable en lo político.”

<sup>365</sup> López Barja, Códigos Penales Españoles, ob. cit., pp. 504 y ss.

<sup>366</sup> Tras la renuncia al trono de Alfonso XIII, en 1931, y la transmisión pacífica de poderes al Gobierno Provisional, se eligieron Cortes Constituyentes, que aprobaron la Constitución de 9 de Diciembre de 1931. Con el advenimiento de la República, se sometió a una rápida reforma el Código de 1870, derogándose el Código de 1928 por decreto. La comisión redactora fue presidida por Jiménez de Asúa. Según él mismo señaló (Jiménez de Asúa, Tratado, ob. cit., pp. 792 y ss.), las reformas al Código de 1870 fueron parcas, agrupadas

1870, con la sola supresión del cuarto modo de encubrimiento, y la expresión “regicidio” del número tercero por la más apropiada acorde a los tiempos “homicidio del Jefe de Estado”.<sup>367</sup>

El Código Penal de 1944<sup>368</sup> viene a poner fin a la etapa en que el gobierno de Franco sometió, tras la toma del poder, a la “jurisdicción de guerra” casi todos los delitos. Continuaba vigente el código de 1932, pero muy disminuido, hasta su modificación. En la materia que nos interesa, se retorna al criterio del Código de 1848, en lo que respecta a las faltas, extendiendo su punición a los encubridores. En lo demás, es casi la copia fiel del Código de 1932.

Un segundo punto de vista sobre el encubrimiento y la receptación, como figuras típicas independientes, ha tenido amplia cabida en la doctrina. En Italia, Pessina, señalaba que “es imposible un concurso posterior al delito, porque la esencia de la causa está en preceder al efecto”.<sup>369</sup> En Alemania, von Liszt descarta al encubrimiento como forma de participación de varios individuos en el mismo delito. “Pues como sólo es posible *después* de terminado el acto de ejecución” no ha puesto una condición para el resultado producido. “Por tanto, es un delito independiente, y pertenece, como tal, a la parte especial.”<sup>370</sup> (el subrayado es mío)

Considera, también, el encubrimiento como delito propio, Silvela, en su Proyecto de Código Penal de 1884<sup>371</sup>, aunque trata a la receptación como supuesto de hurto.<sup>372</sup> Como recalca Cuello Calón en las adiciones a los

---

en tres clases: a) Impuestas por la nueva Constitución, b) Reforma de errores materiales de técnica e incorporación de leyes complementarias, c) Humanización y elasticidad del Código.

<sup>367</sup> Exposición de Motivos, p. 11, Código Penal de 1932. (Cfr. López Barja, Códigos Penales españoles, ob. cit., p. 983.)

<sup>368</sup> En 1938 se constituye el primer gobierno tras la derrota republicana en la guerra civil, encabezándolo Franco como Jefe de Estado.

<sup>369</sup> Pessina, ob. cit. p. 490 y ss.

<sup>370</sup> v. Liszt, ob. cit., pp. 76 y ss.

<sup>371</sup> v. Liszt, ob. cit., p. 131. (Proy. 29, Diciembre 1884, art. 327)

<sup>372</sup> art. 578 “Los que con conocimiento de haberse cometido un delito contra la propiedad, sin haber tenido parte en el mismo como autores ni como cómplices, se aprovechan por sí mismos o ayudan a los autores o cómplices a que se aprovechen de los objetos sustraídos”



Elementos de Derecho Penal de Pessina,<sup>373</sup> y respecto de la exigencia del texto legal español, circunstancia 3ª del artículo 17, del Código Penal de 1877, al decir “Intervenir con posterioridad a su ejecución”, “lo que hace el encubridor, piensa muy justamente Silvela, es cometer un nuevo delito conexo o relacionado con el principal, pero al fin y al cabo, diferente.” De la misma forma piensa Quintiliano Saldaña, siguiendo a von Liszt, y en las adiciones a su Tratado.

En la legislación penal, siguieron esta concepción el Código Penal Imperial alemán,<sup>374</sup> y el Código Penal español de Marruecos de 1914, en sus artículos 300 al 302,<sup>375</sup> inspirado en el Proyecto de Silvela (simplemente lo copia, según Quintiliano Saldaña<sup>376</sup>). Antecedentes también hay de esta doctrina, “que aparece tímidamente en el Congreso de Roma, 1885, defendida por Lastres, y, a partir del Congreso Internacional de San Petersburgo (1890) va adquiriendo auge y partidarios.”<sup>377</sup> Según señala Cuello Calón, en sus adiciones y anotaciones a Pessina,<sup>378</sup> esta cuestión “ha sido planteada de nuevo y discutida en el Congreso Penitenciario de Budapest (1905)” y “se reconoció unánimemente (análoga es la concepción

---

<sup>373</sup> Pessina, ob. cit., pp. 533 y ss.

<sup>374</sup> v. Liszt, ob. cit., p. 77.

<sup>375</sup> Cfr. Mosquete, ob. cit., pp. 53 y ss. “En los casos 1º y 4º del artículo 300 (los que habitual y ordinariamente albergan o proporcionan la fuga a los reos de cualquier delito u ocultan el cuerpo o los efectos del mismo; y los que teniendo noticia de haberse cometido cualquier delito, albergan o proporcionan la fuga a los reos u ocultan o inutilizan el cuerpo o los instrumentos del delito o consienten que otro lo haga, siempre que lo ejecuten con abuso de funciones públicas”), con la de prisión en todos los grados. En el 2º (los que albergan, ocultan, o proporcionan la fuga a los conocidos y públicamente reos habituales de cualquier delito), con la de arresto mayor a prisión según la gravedad del delito encubierto. En el 3º (los que teniendo noticia de que se ha cometido un delito de traición, regicidio, parricidio o asesinato, albergan o proporcionan la fuga a los reos u ocultan o inutilizan el cuerpo o los instrumentos del delito para impedir su descubrimiento) con la de presidio en todos sus grados.”

<sup>376</sup> v. Liszt, ob. cit., pp. 131 y ss. Proyecto de Silvela “Son reos de encubrimiento: 1º Los que habitual y ordinariamente albergan o proporcionan la fuga a los reos de cualquier delito u ocultan el cuerpo o los efectos del mismo. 2º Los que albergan, ocultan o proporcionan la fuga a los conocidos y públicamente reos habituales de cualquier delito. 3º Los que teniendo noticia que se ha cometido un delito de traición, regicidio, parricidio o asesinato, albergan o proporcionan la fuga a los reos u ocultan o inutilizan el cuerpo o los instrumentos del delito para impedir su descubrimiento. 4º Los que teniendo noticia de haberse cometido cualquier delito, albergan o proporcionan la fuga a los reos, u ocultan o inutilizan el cuerpo o los instrumentos del delito o consienten que otro lo haga, siempre que lo ejecuten con abuso de funciones públicas”

<sup>377</sup> Conde-Pumpido, ob. cit., p. 55.

<sup>378</sup> Pessina, ob. cit., p. 530.

de Pessina) que el encubrimiento es un acto posterior al delito originario, al que está unido por un mero lazo de conexión, pero no de indivisibilidad, y constituye un hecho distinto y punible por si mismo.” “El Congreso tomó los acuerdos siguientes: 1º El Congreso emite el voto de que el encubrimiento sea considerado como un delito especial. 2º Es preciso considerar el encubrimiento como existente, aún cuando el delito originario no sea castigado por la ley a causa de ciertas consideraciones y circunstancias concernientes al autor de la infracción. 3º El delito de encubrimiento, como constituye una violación de la ley particular del Estado en cuyo territorio tuvo lugar, debe ser castigado con arreglo a la ley de este país. Emitióse también el voto: Que para facilitar la persecución internacional del encubrimiento, debe facilitarse entre los Estados un contacto internacional, con el fin de que la infracción, una vez averiguada en un Estado, sea aceptada en todas partes como un hecho consumado.”<sup>379</sup>

Esta doctrina se extiende y es aceptada generalmente por la doctrina, especialmente en España por Cuello Calón, principal redactor del Código Penal de 1928, y por Jiménez de Asúa, Presidente de la Comisión redactora del Código Penal de 1933. Este último propuso que el encubrimiento formara un título propio entre los “delitos contra la Administración de Justicia”. Constaría este título de varios capítulos dedicados al favorecimiento y la receptación. La base 8ª del Anteproyecto de Ley, decía así: “El encubrimiento y la receptación constituirán figuras de delito en particular a no ser que exista previo acuerdo con los autores principales, en cuyo caso los encubridores tendrán la consideración de cómplices.”<sup>380</sup>

También acepta esta doctrina Mosquete,<sup>381</sup> quien propone en su monografía del encubrimiento, considerarlo “como un delito específico, separando el favorecimiento (real y personal) de la receptación, incluyendo

---

<sup>379</sup> Pessina, ob. cit., p. 530 (nota de Eugenio Cuello Calón)

<sup>380</sup> Cfr. Conde-Pumpido, ob. cit., p. 56. Conde-Pumpido critica la idea “El error, sin duda de origen teutón, de considerar la receptación como delito contra la Administración de Justicia es evidente”, aunque no da las evidentes razones. De la crítica a Conde-Pumpido y su error, sin duda de origen canónico, puede verse cuando trato el bien jurídico en la receptación.

<sup>381</sup> Mosquete, ob. cit., pp. 91 y ss.

ésta entre los delitos contra la propiedad y aquél entre los delitos contra la Administración de Justicia”.

Respecto del Código Penal español de 1928, del que fue principal redactor Cuello Calón, también prima esta doctrina.<sup>382</sup>

En la Parte General, el artículo 50, dice: “Son encubridores los que, sin ánimo de lucro y sin concierto previo, pero con conocimiento del delito y sin haber tenido participación en él, intervienen posteriormente:

1º.Ocultando o inutilizando el cuerpo, los efectos o los instrumentos del delito, para impedir su descubrimiento.

2º.Albergando, ocultando o proporcionando la fuga al culpable, o bien denegando el cabeza de familia a la Autoridad judicial el permiso para entrar en el domicilio, a fin de aprehender al delincuente que se hallare en él.

Se exceptúan los casos de encubrimiento como delito propio, o distinto, penados en el Libro 2º, de este Código.”<sup>383</sup>

Partidario como era de la separación del encubrimiento del ámbito de la participación, Cuello Calón se preocupó de consagrarlo en su articulado, en el Título VI, Delitos contra la administración de justicia, del Libro II, del Código Penal.

Art. 513. “Los que habitualmente se dedicaren a ocultar o inutilizar el cuerpo, los efectos o los instrumentos de los delitos, o a albergar, ocultar o proporcionar la fuga a los delincuentes, serán castigados con la pena de seis meses a tres años de reclusión y multa de 2.000 a 10.000 pesetas, salvo que el delito que se trate de encubrir esté castigado con penas inferiores, en

---

<sup>382</sup> Este código, dictado durante el gobierno de Primo de Rivera, fue el producto de que la Comisión, a la que se confió que refundiera las últimas leyes modificatorias del Código Penal de 1870, se excediera en el objetivo fijado. La Comisión, presidida por Cuello Calón redactó un nuevo Código, “extravasando el mandato” (según Jiménez de Asúa, Tratado, ob. cit., T.I, pp. 775 y ss.) Endureció criterios, incorporó las Medidas de Seguridad junto a las penas y “ampliando el arbitrio judicial, admitió la sentencia indeterminada para los delincuentes habituales o incorregibles.” (López Barja, Códigos Penales españoles, ob. cit., p. 667.)

cuyo caso las que se impongan privativas de libertad no excederán de aquéllas.

Será castigado con la pena señalada en el párrafo anterior y además con la inhabilitación absoluta de seis a veinte años el funcionario público que faltando a las obligaciones de su cargo y teniendo noticia de la perpetración de cualquier delito, albergare o proporcionare la fuga a los reos, ocultare o inutilizare el cuerpo, los efectos o instrumentos del delito o consintiere que otro lo haga. Esta pena se impondrá sea o no habitual el encubridor.

Art. 514. Los que sin haber tenido participación alguna en un delito, oculten en interés propio, reciban en prenda o adquieran de cualquier otro modo objetos que, por las personas que los presenten, ocasión y circunstancias del empeño o enajenación, evidencien o hagan suponer racionalmente que proceden de un delito, y los que concurran a la enajenación de dichos objetos, auxiliando a los delincuentes para que se aprovechen de ellos, serán castigados con las penas de un año a seis de reclusión y multa de 2.000 a 20.000 pesetas, teniendo en cuenta muy principalmente para la aplicación de la pena de privación de libertad, la gravedad de aquel. Cuando el delito del que provengan los objetos esté castigado con penas inferiores a las expresadas, no se impondrá pena privativa de libertad superior a aquéllas.”

---

<sup>383</sup> López Barja, ob. cit., p. 667.

## Capítulo 7

### La institución en el derecho comparado

#### -La legislación contemporánea-

**España.** Habida cuenta de la tradicional influencia de la legislación española en las preclaras mentes de nuestros legisladores, y de la reciente modificación de la Ley Penal en la Madre Patria, tras la dictación del nuevo Código Penal de 1995, considero necesario extenderme someramente en su exposición, enriqueciéndola con algunos de los puntos de vista de la doctrina y jurisprudencia española en aquellas materias de mayor trascendencia. La receptación se regula en el Capítulo XIV del Libro III, denominado “De la receptación y otras conductas afines.”

La receptación, en el nuevo Código Penal español, es aquella conducta de quien se aprovecha para sí de los efectos de un delito patrimonial o económico (modificando en esto la antigua concepción, que se refería a “delitos contra los bienes”), a sabiendas de su ilícita procedencia, y en el que no ha tomado parte.<sup>384</sup>

Se destaca en esta modificación la eliminación de la mal llamada “presunción de habitualidad”, en concordancia con la protección constitucional de la presunción de inocencia.<sup>385</sup>

---

<sup>384</sup> Frigolá Vallina, Joaquín, Ganzenmüller Roig, Carlos, Escudero Moratalla, José Francisco, De la receptación y otras conductas afines, en Delitos Societarios, de la receptación y contra la Hacienda Pública, Colección de comentarios al Código Penal de 1995, Ed. Bosch, Barcelona, 1998, pp. 211 y ss.

<sup>385</sup> En la Sentencia del Tribunal Supremo español, de 14 de Diciembre de 1994, señala “...esta Sala ya había declarado, con reiteración, la inconstitucionalidad sobrevenida de la presunción de habitualidad establecida en el artículo 546 bis a) por ser contraria a la presunción de inocencia establecida en el artículo 24.2 de la Constitución, y la Ley Orgánica de 21 de junio de 1989, ha creado un nuevo tipo de delito cualificado de receptación, de manera que en cada caso concreto habrá de quedar probada la conducta o comportamiento de lo que ya es concepto criminológico y no meramente jurídico formal, no desprendiéndose

El bien jurídico protegido no es un asunto pacífico en la actual doctrina española. Para Gimbernat Ordeig, por ejemplo, el que la conducta se considere punible “reside, por una parte, en que el receptor ataca el mismo bien jurídico (la propiedad) que el delincuente originario, pues al adquirir la cosa sustraída perpetúa y agudiza la situación patrimonial antijurídica creada por el ladrón; y, por otra, en consideraciones de prevención general, ya que el perista supone un estímulo para que se cometan delitos contra la propiedad, en cuanto que -por acudir a un ejemplo característico- muchos robos de joyas no se cometerían si el autor no contara con que, a posteriori, iba a encontrar una persona que diera salida a las alhajas sustraídas.”<sup>386</sup>

Para Martos Núñez,<sup>387</sup> basado en el antiguo texto, “al contribuir (la receptación) a la dispersión de la res furtiva, crea, un grave obstáculo a la Autoridad judicial por lo que respecta al descubrimiento y castigo del culpable, de tal suerte que, al mismo tiempo que obstruye la acción de la justicia, dificulta la recuperación de la cosa receptada”. Para Vives Antón,<sup>388</sup> al hallarse la receptación muy próxima al encubrimiento, “no cabe dejar de ver en el delito que examinamos un atentado contra la Administración de Justicia. Se trata, por consiguiente, de un delito pluriofensivo.” Para Caty Vidales Rodríguez,<sup>389</sup> “tal afirmación queda empañada de contemplarse las sanciones penales que el legislador de 1995 ha previsto para la realización de estas conductas”. Para Frigola, Ganzenmüller y Escudero,<sup>390</sup> el bien jurídico protegido es el patrimonio, y con ello sostienen que “mediatamente con la receptación y en base a consideraciones de política criminal, se intenta prevenir la comisión de delitos contra el patrimonio, al tipificar

---

del relato fáctico que hayan concurrido circunstancias necesarias para reputar al recurrente como reo habitual de receptación.”(Frigolá, ob. cit., p 212.)

<sup>386</sup> Gimbernat Ordeig, Enrique, Por la reforma de los delitos sexuales, doc. Electrónico, Bolsa de Mujeres, Ed. Nº 40, junio de 1999.

<sup>387</sup> Martos Núñez, Juan Antonio, “El delito de receptación, Ed. Montecorvo, Madrid, 1985, p. 180.

<sup>388</sup> Vives Antón, Tomás Salvador, y otros, “Comentarios al Código Penal de 1995. Volumen II, Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 1449.

<sup>389</sup> Vidales Rodríguez, Caty, Los delitos de receptación y legitimación de capitales en el Código Penal de 1995, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 40.

<sup>390</sup> Frigolá et al, ob. cit., p. 213.

aquellas conductas tendentes a obtener un beneficio de los bienes objeto de los mismos.”<sup>391</sup> De ésta y otras aseveraciones nos hacemos cargo más adelante, al estudiar el bien jurídico en la receptación, ya que iguales argumentos fueron esgrimidos por el legislador chileno en su moción para crear el delito de receptación de la ley 19.413.

Refuerzan esta postura en España algunas Sentencias del Tribunal Supremo. Al respecto, la Sentencia de 25 de marzo de 1996 -Ponente Sr. Martín Pallín-, indica que “el desvalor fundamental de la receptación,..., no es solamente el lucro que el autor obtenga o piense obtener de las cosas o de los negocios realizados con los efectos sustraídos, sino también la lesión al patrimonio del titular de los bienes, mediante una acción que sirve para perpetuar los efectos del delito. Las prácticas receptadoras constituyen asimismo un factor criminógeno en cuanto que incentivan la comisión de hechos contra la propiedad en la confianza de que los bienes ilegítimamente obtenidos, cuando haya que transformarlos en dinero, pueden encontrar salida en personas que ocasional o habitualmente se dedican a la adquisición a bajo precio de los efectos procedentes de los delitos contra los bienes.”

Para Bajo Fernández,<sup>392</sup> al ser el delito de receptación un “delito en referencia”, tiene consecuencias en cuanto al bien jurídico, debido a la dependencia del delito base, que “determina que el bien jurídico protegido en la receptación ha de ser necesariamente el mismo que en el delito de cuyos efectos se aprovecha el receptor”, que con esto aumentaría o completaría la lesividad del delito base al que la receptación va referida.

El artículo 298 del Código Penal español de 1995 corresponde a los antiguos artículos 546 bis a), bis b), bis d) y bis e).

Art. 298. “1. El que, con ánimo de lucro y que con conocimiento de la

---

<sup>391</sup> Frigola et al. ob. cit., p. 213.

<sup>392</sup> Bajo Fernández, Miguel, y Pérez Manzano, Mercedes, Manual de Derecho Penal, Parte Especial, Delitos Patrimoniales y Económicos, 2ª. Ed., Ed. Areces, Madrid, 1993, pp. 483 y ss.

comisión de un delito contra el patrimonio o el orden socioeconómico, en el que no haya intervenido ni como autor ni como cómplice, ayude a los responsables a aprovecharse de los efectos del mismo, o reciba, adquiera u oculte tales efectos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años.

2. Esta pena se impondrá en su mitad superior a quien reciba, adquiera u oculte los efectos del delito para traficar con ellos. Si el tráfico se realiza utilizando un establecimiento o local comercial o industrial, se impondrá, además, la pena de multa de doce a veinticuatro meses. En estos casos los Jueces o Tribunales, atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del delincuente, podrán imponer también a éste la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión o industria, por tiempo de dos a cinco años, y acordar la medida de clausura temporal o definitiva del establecimiento o local. Si la clausura fuere temporal, su duración no podrá exceder de cinco años.

3. En ningún caso podrá imponerse pena privativa de libertad que exceda de la señalada al delito encubierto. Si éste estuviese castigado con delito de otra naturaleza, la pena privativa de libertad será sustituida por la de multa de seis a veinticuatro meses, salvo que el delito encubierto tenga asignada pena igual o inferior a ésta; en tal caso, se impondrá al culpable la pena de aquel delito en su mitad inferior.”

Respecto al tipo básico del número 1 del artículo 298, se requiere, en primer lugar, la previa comisión de un delito contra el patrimonio o el orden socioeconómico, en el que se no haya participado ni a título de autor ni a título de cómplice. En segundo lugar, la realización de las conductas de ayudar, recibir, adquirir u ocultar señaladas. En tercer lugar, la actuación con ánimo de lucro, de aprovechamiento de los efectos del delito. Respecto de este último, cabe recordar que la antigua disposición no se refería directamente a él, sino que se le infería de la expresión “aprovecharse”.



Para Frigolá <sup>393</sup> se entiende por ánimo de lucro “cualquier utilidad, ventaja o beneficio percibido o atribuido al culpable”. Para Caty Vidales <sup>394</sup> es el “incremento de naturaleza patrimonial” derivado de las conductas señaladas en el número 1 del artículo 298. Concuere con el criterio señalado en el Tribunal Supremo español, en las Sentencias de 5 de junio de 1978, 22 de noviembre de 1982 y 3 de julio de 1984, además de la de 29 de noviembre de 1984,<sup>395</sup> que señala que “aprovechamiento, equivale a cualquier ventaja, utilidad, beneficio o provecho pretendido por el culpable, figurando, entre ellos, no sólo la adquisición de los efectos por precio vil y despreciable, como en este caso, sino cualquier incremento patrimonial logrado con dicha adquisición, la compraventa de los referidos efectos incluso por precio justo, la tenencia de los mismos sin justificación, su retención en concepto de prenda, seguridad o garantía por el autor del delito principal, siendo por lo demás, indiferente, y ello ya se refiere a la fase de agotamiento del delito principal, que, el supuesto receptor, se propusiera revender, con ganancia o sin ella, los objetos adquiridos, disponer de ellos gratuitamente o conservarlos en su poder para usarlos, servirse de ellos u obtener un goce estético o de otra índole, exhibiéndolos. o contemplándolos a solas con avara delectación.”

También, con respecto al ánimo de lucro, el Tribunal Supremo español se ha pronunciado, en el Auto de 29 de marzo de 1995 -ponente Sr. Martínez-Pereda Rodríguez.-, como “ánimo de lucro o aprovechamiento que constituye un elemento subjetivo del injusto, que describe la acción típica de la receptación.”

“Finalmente, respecto al aprovechamiento, no debe olvidarse que es precisamente esta expresión la que describe la acción típica de la receptación. Esta Sala ha manifestado que el aprovechamiento puede provenir del disfrute personal y directo de dichos bienes, de la utilización de los mismos por terceras personas permitida por el culpable, la obtención de

---

<sup>393</sup> Frigola et al, ob. cit., pp. 218 y ss.

<sup>394</sup> Vidales, ob. cit., p. 48.

<sup>395</sup> Cfr. Manzanares Samaniego, ob. cit., p. 1478.

un lucro dinerario por una transmisión onerosa y, en definitiva, merced a una gama de posibilidades numéricamente indeterminada.

En este sentido, es claro que la posesión de joyas por el titular de un establecimiento dedicado a la joyería implica una evidente utilidad de los objetos, bien sea mediante la venta directa o para su transformación previa.<sup>396</sup>

Este animus lucrandi de la receptación sería, casi unánimemente, lo distintivo de ésta frente al encubrimiento, donde primaría el animus adiuuandi. Se opone a la distinción tajante, Bajo Fernández,<sup>397</sup> para el que no regiría en la receptación de faltas, en el antiguo 546 bis c), y en el mismo concepto seguido por el nuevo Código, ya que trata de “se aprovechar o auxiliare a los culpables para que se aprovechen”, y señala también el caso de la receptación de drogas en la que se incluye el aprovechamiento para un tercero. Cita también jurisprudencia que admite un favorecimiento real retribuido punible en el artículo 17 del antiguo Código Penal, “cuando el encubridor auxilia a los delincuentes para que se aprovechen de los efectos del delito pero, en razón de sus servicios y de su ayuda, recibe una gratificación, comisión o dádiva. Según la S. 7 de Mayo de 1987 de la escasa cuantía de la recompensa se deduce que la procesada era encubridora y no receptadora. En el mismo sentido Ss. 21 de octubre 1987, 9 de mayo de 1988, y 27 de mayo de 1992).”

Exigiría también la ley, el conocimiento de la previa comisión de un delito de los señalados, es decir, contra el patrimonio o el orden socioeconómico. La extensión de dicho conocimiento no comprendería la calificación jurídica del mismo ni de sus autores. La doctrina mayoritaria califica a este conocimiento del delito previo como formando parte del dolo típico, y por tanto como un elemento normativo del tipo, que no requiere una calificación exacta de los hechos, sino el paralelo de la esfera de lo

---

<sup>396</sup> Frigola et al, ob. cit., pp. 219 y ss.

<sup>397</sup> Bajo Fernández, ob. cit., pp. 484 y ss..

profano.<sup>398</sup> Siguen este criterio las Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 1985, de 23 de octubre de 1984, de 23 de enero de 1985, de 30 de marzo de 1988, de 11 de abril de 1991 y de 7 de octubre de 1986. Existe, sin embargo, una doctrina minoritaria que lo considera un elemento subjetivo de lo injusto. Avalan esta última posición las sentencias del Tribunal Supremo del 21 de diciembre de 1985 y la del 5 de octubre de 1992.

Este conocimiento, que según el Tribunal Supremo español, debe ser de un grado superior a las sospechas o intuiciones, salvo en el caso excepcional de confesión voluntaria, deberá inferirse de datos externos. Este conocimiento, además, abarca el dolo eventual, y también debe coincidir con el tiempo en que se recibe el objeto.

Respecto a la calificación jurídica, la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de Febrero de 1997 -ponente Sr. Moner Muñoz-, señala sus principales características. “Conocimiento, integrante del tipo subjetivo del delito que puede obtenerse bien directamente, confesión de tal conocimiento por el acusado o por declaraciones de terceros, bien de forma indiciaria a través de elementos y datos objetivos de los que se infiera tal conocimiento, como puede ser el precio vil de la cosa, la condición de delincuente conocido de quien la ofrece, la futilidad de las justificaciones dadas sobre su origen, la imposibilidad que por la naturaleza y circunstancias de los efectos y de su poseedor sea difícil que puedan pertenecer a éste, etc.”<sup>399</sup>

Respecto al conocimiento que abarca el dolo eventual -Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 1997, -ponente Sr. Bacigalupo Zapater- “la Jurisprudencia no exige un conocimiento pormenorizado del hecho punible del que provienen los hechos receptados, sino simplemente el conocimiento del origen delictivo de los mismos y que, al efecto, no excluye el dolo eventual, razón por la cual es suficiente con que el autor haya tenido que representarse ese peligro de la realización del tipo con su acción. Es

---

<sup>398</sup> Cfr. Barón Quintero, ob. cit., pp. 254 y ss.

<sup>399</sup> Frigola et al, ob. cit., p. 220.

evidente, en este sentido, que quien sabe que para poder vender un vehículo en el mercado debe falsificar la numeración de fábrica y matrícula del mismo, es porque no ignora que tiene que ocultar lo que realmente vende, o sea, el origen delictivo de lo vendido, pues, de lo contrario, no necesitaría asumir el riesgo de que su delito sea descubierto.”<sup>400</sup>

Y respecto a la simultaneidad del conocimiento de la ilicitud con la recepción de la cosa, tenemos la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 1994 -ponente Sr. Bacigalupo Zapater-, señalando que “la jurisprudencia viene exigiendo que el dolo, salvo en los casos de *actio libera in causa*, debe coincidir con el momento de la acción. En el caso del delito de receptación, por lo tanto, el dolo debe concurrir precisamente en el momento de la receptación de los objetos del delito, lo que quiere decir que es en ese momento en el cual el actor tiene que haber conocido la procedencia ilícita de aquellos.”<sup>401</sup>

En cuanto a los indicios, coinciden, en forma general la jurisprudencia y la doctrina española, que estos no constituyen un *numerus clausus*, sino que deben extraerse de las circunstancias del caso, aunque en la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de Marzo de 1997 <sup>402</sup> -ponente Sr. De Vega Ruiz-, define el precio vil como “el que de manera manifiesta e incuestionable no se corresponde en ningún caso, ni concediendo la mayor flexibilidad al margen de ganancia o beneficio que en toda transacción ha de buscarse lógicamente, con el valor real de lo que se adquiere.”

---

<sup>400</sup> Frigola et al, ob. cit., p. 222.

<sup>401</sup> Continúa: “Los recurrentes pretenden sin embargo, que el conocimiento posterior de la falsedad de los cheques entregados a cambio del que luego había sido depositado en el despacho de J.I. por S.G. es suficiente para configurar el dolo del delito de receptación. Pero, es indudable que este conocimiento posterior -proveniente de advertencias que según los hechos probados tuvieron lugar luego de la receptación- sólo podría dar lugar a un dolo subsecuens que la jurisprudencia no considera relevante para la configuración del delito doloso.

Ciertamente podría preguntarse si ese conocimiento posterior no sería suficiente para dar lugar a la comisión del delito de receptación por omisión de la restitución una vez conocidas las irregularidades. Pero, como es sabido, la comisión por omisión depende de que el omitente se encuentre en alguna de las posiciones de garante reconocidas en la doctrina y en la jurisprudencia, lo que en este caso no ocurre ni es invocado en modo alguno por los recurrentes.”

<sup>402</sup> Cfr. Frigola et al, ob. cit., p. 223.

El artículo 300 del Código Penal español, anterior 546 bis g), establecería el principio de accesoriedad limitada, relacionado con el artículo 298.1, en lo referente a la expresión “delito”. Así lo aceptan por lo demás, entre otros, Caty Vidales Rodríguez<sup>403</sup> y Vives Antón,<sup>404</sup> que lo entienden como hecho típico y antijurídico.

“Art. 300. Las disposiciones de este capítulo se aplicarán aún cuando el autor o cómplice del hecho de que provengan los efectos aprovechados fuera irresponsable o estuviera personalmente exento de pena.”

Otro punto importante se refiere a los efectos del delito y la posibilidad de sancionar la “receptación sustitutiva”, en la que el receptor no se aprovecha del objeto material del delito sino de otros bienes que sustituyen a aquél. Bajo Fernández,<sup>405</sup> siguiendo a Rodríguez Devesa, afirma que no cabe tal posibilidad. De la Mata Barranco,<sup>406</sup> también citado por Bajo Fernández, de acuerdo en lo general de esta afirmación, que acarrearía la atipicidad, sostiene que el argumento gramatical sobre el sentido del término “efectos” no es definitivo, y para su precisión debe recurrirse a la interpretación del bien jurídico. De admitir que “la lesión producida por el receptor consiste en el mantenimiento de la lesión patrimonial creada, necesariamente habremos de concluir que si la conducta del receptor no produce dicho mantenimiento, será imposible su incriminación a título de receptor.”<sup>407</sup> También señala que casos de auténticas receptaciones son erradamente tratados como receptación sustitutiva. Pone como ejemplo, en que el hecho interpuesto entre el primer delito, el robo de un televisor, y la receptación sustitutiva al recibir el producto de su venta, es también un delito contra la propiedad: la estafa que constituye la venta de un bien robado. Por lo tanto, el receptor lo sería sustitutivo del robo, pero directo de la estafa.

Si, en cambio, es aceptada generalmente la receptación “en cadena”

---

<sup>403</sup> Vidales, ob. cit., p 45.

<sup>404</sup> Vives Antón, ob. cit., p. 1452.

<sup>405</sup> Bajo Fernández, ob. cit., pp. 486 y ss.

<sup>406</sup> de la Mata, ob. cit., pp. 50 y ss.

<sup>407</sup> de la Mata, ob. cit., p. 68.

(Sentencias del Tribunal Supremo español de 23 de marzo de 1972, de 7 de octubre de 1974, de 27 de febrero de 1980 y de 21 de diciembre de 1985),<sup>408</sup> es decir la receptación de la receptación, cuando el hecho delictivo precedente es una receptación.

También es importante mencionar, finalmente, la discusión originada en España tras la reforma de 1963 del Código Penal, al sustituir con la expresión “delito contra los bienes” la anterior de “delitos contra la propiedad”. Sostenía Bajo Fernández que en ello se permitía castigar la receptación “no sólo cuando el delito principal que sirve de referencia es uno de los incluidos en el Título XIII sino también cuando, afectando a bienes públicos o privados, está ubicado al margen de los delitos patrimoniales, como ocurre con la malversación de caudales públicos.”<sup>409</sup> Con el nuevo texto de 1995, “se ha puesto de manifiesto que siendo delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico, se descarta la posibilidad de castigar a título de receptación supuestos de “adquisición de efectos procedentes de un delito de malversación de caudales públicos o de un delito contra la Hacienda Pública o la Seguridad Social.”<sup>410</sup> Citan, al respecto, la Sentencia del Tribunal Supremo español de 7 de diciembre de 1996 -ponente Sr. Delgado García- en que se había alegado “infracción de ley por aplicación indebida del art. 349 CP ya derogado que se corresponde con el 305 del ahora en vigor.

Se dice que, habiéndose condenado por receptación del art. 546 bis f), no cabe al mismo tiempo condenar por delito contra la Hacienda Pública por haber eludido el pago de los tributos correspondientes a esos mismos beneficios obtenidos en la referida receptación. No es posible exigir que tengan que declararse para efectos fiscales aquellos ingresos que se han

---

<sup>408</sup> Cfr. Bajo Fernández, ob. cit., p. 487.

<sup>409</sup> Bajo Fernández, ob. cit., p. 487.

<sup>410</sup> Frigola et al, ob. cit., p. 214, citando a Huerta Tocildo, Susana, en “Aproximación crítica a la nueva regulación del delito de receptación y otras conductas afines”, Cuadernos de Derecho Judicial .

cometido por la comisión de un delito.<sup>411</sup>

Tal argumentación queda sin fundamento desde el momento en que, por estimación de otros motivos de estos mismos recursos, hemos acordado absolver del delito de receptación. Desaparecido este delito, nos hallamos simplemente ante dos delitos contra la Hacienda Pública del art. 349 del CP anterior y 305 del vigente...<sup>412</sup>

Frigola Vallina, Ganzenmüller Roig y Escudero Moratalla, señalan que comparten la opinión de Vidales Rodríguez respecto a los delitos contra el orden socioeconómico, cuando afirma que “más dudosa resulta la conveniencia de aludir a los delitos contra el orden socioeconómico, pues, en muchos casos, la comisión de estos delitos no supone la desposesión de una cosa que el receptor, con su actuación, impide que sea recobrada por quien ha sido injustamente privado de ella...<sup>413</sup>

No puedo dejar de adelantarme en algunas conclusiones sobre esta materia, en desacuerdo con los puntos de vista de los autores arriba mencionados. La evolución de la institución, desde sus albores en el derecho romano, ya no permite restricciones propias de un derecho penal “cosista”. El aprovechamiento, hoy en día, no se refiere ya, meramente a la especie de un hurto y el producto de su venta. Como el mismo Código español de 1995 claramente lo establece, los objetos de protección son mucho más amplios, aunque no por ello, menos precisos. Y las apreciaciones sobre estos bienes jurídicos, ya no pueden estar ligadas, como antaño, a los bienes jurídicos “en referencia”. La confusión de estos autores, pues, es propia de su particular concepción del objeto de protección de la norma en cuestión, y de sus particulares concepciones dentro de la dogmática contemporánea.

Respecto del tipo agravado del artículo 298, 2, esta agravación corresponde, en primer lugar, a la mayor facilidad de colocar los bienes en el

---

<sup>411</sup> Con este argumento, se habría librado de cárcel el pandillero norteamericano Al Capone.

<sup>412</sup> Cfr. Frigola et al, ob. cit., p. 214.

<sup>413</sup> Frigola et al, ob. cit., p. 214 y ss.

mercado, bajo la apariencia de legalidad de un establecimiento o local abierto al público. En el concepto de establecimiento, debe entenderse ampliamente como cualquier local en el que se realice una actividad de compraventa.

Refiriéndose a la desaparición de la agravante de habitualidad establecida en el Código Penal anterior, la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 1997 -ponente Sr. Bacigalupo Zapater-,<sup>414</sup> señala que “ello no significa que todos los hechos en los que se aplicó tal agravante hayan quedado totalmente despenalizados. En efecto, el nuevo art. 298.2 CP vigente prevé una agravación cuando los efectos del delito hayan sido recibidos “para traficar con ellos”. Esto impide excluir la agravación en los casos como el presente, en el que el receptor ha recibido los vehículos para su posterior venta. En tales casos, inclusive, la nueva redacción puede ser menos beneficiosa que la anteriormente vigente, dado que cuando, como en el presente caso, existe una repetición de hechos de tales características, el nuevo Código impone sancionar cada receptación con la pena agravada y, además, en concurso real...” Claro está, y esto no necesitan mencionarlo los autores citados, ahora no se infringe el principio de la presunción de inocencia, constitucionalmente consagrada, ni tampoco el de culpabilidad por el hecho, que tanto apreciamos.

La receptación de faltas es otro de los tipos de receptación del Código de 1995.

Art. 299 “1. El que, con ánimo de lucro y con conocimiento de la comisión de hechos constitutivos de falta contra la propiedad, habitualmente se aprovechare o auxiliare a los culpables para que se beneficien de los efectos de los mismos, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses.”

Me limito a lo dicho respecto del tipo principal con un par de excepciones. En primer lugar, como indica Vidales Rodríguez,<sup>415</sup> y reafirman

---

<sup>414</sup> Frigola et al, ob. cit., p. 229 y ss.

<sup>415</sup> Vidales Rodríguez, ob. cit., p. 67.



Frigola, Ganzenmüller y Escudero, la referencia al ánimo de lucro sería superflua, porque de un lado, dicho ánimo no sirve ya para delimitar esta figura de encubrimiento genérico, al destipificarse el encubrimiento de faltas, y, de otro, la conducta, a diferencia de la receptación de delito no consiste en recibir, adquirir u ocultar tales efectos, sino en aprovecharse de los mismos. En segundo lugar, continúan estos últimos al indicar que el elemento subjetivo a tomar en cuenta es el de la habitualidad, fáctico, por lo que se ciñen a la antigua interpretación jurisprudencial de la necesidad “que se hayan cometido tres o más actos de receptación”.<sup>416</sup>

Respecto al tipo de faltas, éstas han de ser dice, “contra la propiedad”. Frigola, Ganzenmüller y Escudero,<sup>417</sup> señalan que debe entenderse “contra el patrimonio”.

Bajo Fernández,<sup>418</sup> por último, señala que la receptación de faltas, al contrario del tipo principal, no es un “delito en referencia”, porque la pena es independiente del delito base.

---

<sup>416</sup> Frigola et al, ob. cit., p. 233 y ss. Citan la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 1997 -Ponente Sr. García Ancos.- “No cabe duda que este concepto de habitualidad no está concretado, ni definido, de modo alguno por la norma que lo recoge – artículo 546 bis a), párrafo último- a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, con la agravante de reincidencia en la que se especifica, bien el número, bien la clase de delitos cometidos y sancionados para poder determinarla (art. 10.15 del antiguo Código Penal, art. 22.8 del vigente). Por ello, y ante esa falta de concreción, tal concept, en su desarrollo, ha tenido que ser creado por la doctrina jurisprudencial en su función complementadora, llegándose generalmente a la conclusión de que esa agravación, como cuestión de hecho, ha de tener como base mínima “tres actos receptadores” que sean capaces de revelar una dedicación más o menos continuada de “encubrir o favorecer” a los que antes han cometido unos delitos contra la propiedad (Sentencias, entre otras, de 31 de diciembre 1988, 29 de septiembre de 1989, 16 de octubre de 1991, 11 de diciembre de 1992, 29 de enero de 1993 y 7 de febrero y 18 de noviembre de 1995).

Ahora bien, este problema que, insistimos, es puramente fáctico aunque con incidencias lógicamente jurídicas y penológicas, ha de tener su base de inferencia en los propios hechos que la sentencia declara como probados, que han de ser lo suficientemente expresivos de esa habitualidad, sin que quepa someterlos a una interpretación analógica, ni mucho menos extensiva. Y esto es lo que ocurre en el supuesto sometido a debate, en que la Sala deduce de la variedad de objetos hallados y de los diversos delitos contra la propiedad anteriormente cometidos a terceras personas, dicha habitualidad, sin tener en cuenta que esa conclusión es meramente hipotética, con base en unos presupuestos que, si se quiere, entrañan una lógica deductiva, pero que no demuestran por sí solos, como es menester, ni la proximidad ni la lejanía, ni, sobre todo, si esta actividad era “hábito o costumbre” en el sujeto activo de la acción.”

<sup>417</sup> Frigola et al, ob. cit., p. 235.

<sup>418</sup> Bajo Fernández, ob. cit., pp. 337 y ss.

Al igual que la receptación, el encubrimiento, en la reforma de 1995, ha obtenido autonomía propia, al ser incluido dentro del título XX, de los delitos contra la Administración de Justicia.<sup>419</sup> En lo que aquí interesa, la diferencia principal comúnmente señalada en la doctrina es, en el encubrimiento, el *animus adiuvandi*, que excluye entonces el *animus lucrandi*, propio de la receptación. Ya señalé que Bajo Fernández<sup>420</sup> discrepa de este punto de vista. Por el momento la solución de la Jurisprudencia ha atendido a los criterios circunstanciales, a si la gratificación supone o no la recepción directa de parte de los efectos del delito o el *animus lucrandi* era principal o secundario. En caso de existir dudas sobre el propósito y la calificación, se ha aplicado el principio “*in dubio pro reo*”, calificándolo de encubrimiento.<sup>421</sup>

En el nuevo tratamiento de la receptación en el Código Penal español de 1995, se incorpora el delito de “blanqueo de capitales” como figura afín en la tipificación en los artículos 301 al 304. Se penaliza el blanqueo de dinero obtenido de la adquisición, conversión o transmisión de bienes procedentes de la comisión de un delito grave, y, de delitos relacionados con el tráfico de drogas, estupefacientes y sustancias sicotrópicas. Anteriormente, este delito se hallaba regulado por legislación especial en la Ley 40/ 1979 de 10 de diciembre, la Ley 10/ 1983 del 16 de Agosto, la Ley 1/1988<sup>422</sup> de 24 de marzo y la Ley 19/1993 de 28 de diciembre. Corresponde al artículo 309 del Proyecto del Código Penal de 1992. Su redacción es la

---

<sup>419</sup> En lo que aquí interesa: Art. 451 “Será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años el que, con conocimiento de la comisión de un delito y sin haber intervenido en el mismo como autor o cómplice, interviniere con posterioridad a su ejecución, de alguno de los modos siguientes:

1º: Auxiliando a los autores o cómplices para que se beneficien del provecho, producto o precio del delito, sin ánimo de lucro.

2º Ocultando, alterando o inutilizando el cuerpo, los efectos o instrumentos de un delito, para impedir su descubrimiento

<sup>420</sup> Bajo Fernández, Parte Especial, ob. cit., (1ª. Ed., 1987, pp. 323 y ss.), 2ª. Ed. pp. 484 y ss., siguiendo a Quintano.

<sup>421</sup> Cfr. Bajo Fernández, ob. cit., p. 485.

<sup>422</sup> de la Mata Barranco, ob. cit., p. 11. “artículo 546 bis f) El que con conocimiento de la comisión de alguno de los delitos regulados en los artículos 344 a 344 bis b) de este Código, recibiere, adquiriere o de cualquier modo se aprovechara para sí o para un tercero de los efectos o ganancias del mismo, será castigado con prisión menor y multa de un millón a 100 millones de pesetas.”

siguiente:

“Art. 301. 1. El que adquiera, convierta o transmita bienes sabiendo que éstos tienen su origen en un delito grave, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años y multa del tanto al triplo del valor de los bienes.

Las penas se impondrán en su mitad superior cuando los bienes tengan su origen en algunos de los delitos relacionados con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas descritos en los artículos 368 a 372 de este Código.

2. Con las mismas penas se sancionará, según los casos, la ocultación o encubrimiento de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre los bienes o propiedad de los mismos, a sabiendas de que proceden de alguno de los delitos expresados en el apartado anterior o de un acto de participación en ellos.

3. Si los hechos se realizaran por imprudencia grave, la pena será de prisión de seis meses a dos años y multa del tanto al triplo.

4. El culpable será igualmente castigado aunque el delito del que provinieren los bienes, o los actos penados en los apartados anteriores hubiesen sido cometidos, total o parcialmente, en el extranjero.”

Art. 302. En los supuestos previstos en el artículo anterior se impondrá las penas privativas de libertad en su mitad superior a las personas que pertenezcan a una organización dedicada a los fines señalados en los mismos, y la pena superior en grado a los jefes, administradores o encargados de las referidas organizaciones.

En tales casos, los Jueces o tribunales impondrán, además de las penas correspondientes, la de inhabilitación especial del reo para el ejercicio

de su profesión o industria por tiempo de tres a seis años, y podrán decretar, asimismo, alguna de las medidas siguientes:

- a) Disolución de la organización o clausura definitiva de sus locales o establecimientos abiertos al público.
- b) Suspensión de las actividades de la organización, o clausura de sus locales o establecimientos abiertos al público por tiempo no superior a cinco años.
- c) Prohibición a las mismas de realizar aquellas actividades, operaciones mercantiles o negocios, en cuyo ejercicio se haya facilitado o encubierto el delito, por tiempo no superior a cinco años.

Art. 303. Si los hechos previstos en los artículos anteriores fueran realizados por empresario, intermediario en el sector financiero, facultativo, funcionario público, trabajador social, docente o educador, en el ejercicio de su cargo público, profesión u oficio, industria o comercio, de tres a diez años. Se impondrá la pena de inhabilitación absoluta de diez a veinte años cuando los referidos hechos fueren realizados por autoridad o agente de la misma.

A tal efecto, se entiende que son facultativos los médicos, psicólogos, las personas en posesión de títulos sanitario, los veterinarios, los farmacéuticos y sus dependientes.

Art. 304. La provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos previstos en los arts. 301 a 303 se castigará, respectivamente, con la pena inferior en uno o dos grados.

En la jurisprudencia sobre algunas materias del tema, el Tribunal Supremo español, interpretando estas disposiciones, y las del antiguo Código Penal, ha señalado, respecto al dolo, que las conductas descritas deben ser realizadas conociendo el origen delictivo de los bienes, es decir, concurriendo el dolo al momento de la acción. Esto, según Sentencia del 25 de Enero de 1994 considera como “no relevante para la configuración del

delito doloso, el dolo subsequens o conocimiento posterior”.<sup>423</sup> Respecto a la posición doctrinal que considera el “conocimiento del delito previo como un elemento subjetivo de lo injusto” siendo una posición minoritaria en la doctrina, la sentencia del Tribunal Supremo del 21 de Diciembre de 1985, y la del 5 de Octubre de 1992.<sup>424</sup> Sin embargo, la posición mayoritaria considera que el conocimiento previo forma parte del dolo típico, “y por tanto como un elemento normativo del tipo, que no requiere una calificación exacta de los hechos delictivos”.<sup>425</sup> Bastaría entonces, con un “conocimiento paralelo en la esfera de lo profano, o estado anímico de certeza que va más allá de meras sospechas, suposiciones o conjeturas sin que sea equiparable un conocimiento pormenorizado, exhaustivo del hecho criminal, en cuanto a particulares circunstancias de lugar, fecha, o incluso el nomen iuris de la infracción precedente. (STS 21-12-1985, 23-10-1984, 23-1-1985, 30-3-1988, 11-4-1991, 7-10-1986)”<sup>426</sup>

Respecto al blanqueo de capitales, los indicios más determinantes, según el Tribunal Supremo español, “son, en primer lugar, el incremento inusual del patrimonio o el manejo de cantidades de dinero que por su elevada cantidad dinámica de las transmisiones y tratarse de efectivo, pongan de manifiesto operaciones extrañas a las prácticas comerciales ordinarias; y en segundo lugar, la inexistencia de negocios lícitos que justifiquen el incremento patrimonial o las transmisiones dinerarias; y en tercer lugar, la constatación de algún vínculo o conexión con actividades de tráfico ilícito, o con personas o grupos relacionados con las mismas. (STS 23-5-1997)”<sup>427</sup> Las organizaciones criminales que señala el artículo 302, las describe la Sentencia del Tribunal Supremo español, del 7 de Diciembre de 1996, cuando “aprecia la existencia de una organización criminal internacional estable, organizada, estructurada, jerarquizada, y dedicada a

---

<sup>423</sup> Susana Barón Quintero, en Trabajos adicionales preparados por el Grupo de investigación “Criminalidad organizada” dirigido por Juan Carlos Ferré Olivé, Huelva, en Delincuencia Organizada, Ed. Universidad de Huelva, 1999, p. 255.

<sup>424</sup> Ibid, p. 255.

<sup>425</sup> Loc. cit.

<sup>426</sup> Loc. cit.

<sup>427</sup> Ibid. pp. 255 y ss.

actividades delictivas relacionadas con el tráfico y contrabando de drogas a gran escala, concretándose dichas actividades en el transporte y contrabando de los estupefacientes, distribución, así como diversos contactos con organizaciones de tráfico de drogas de carácter internacional.”<sup>428</sup>

En la evolución de la jurisprudencia, se nota el intento de restringir el ámbito de aplicación, definiendo con mayor precisión, y en forma restringida el concepto de organización criminal, a la que le sería aplicable el artículo 369, 6º. Según el voto particular en la Sentencia del Tribunal Supremo del 18 de noviembre de 1996, en que se propone distinguir entre complejo criminal y simple grupo criminal, “son los primeros aquellos que presentan una mayor potencialidad delictiva, en los que existe una estructura jerárquica en la que aparezcan los jefes y administradores, reparto de funciones importante actuación en el mercado y volumen en el tráfico y en las ganancias generadas, que son los elementos delimitadores del concepto de organización.”<sup>429</sup>

Como se puede ver en la legislación española, el delito de receptación ha adquirido un cariz distinto al antiguamente conocido. Se ha transformado en la piedra de toque de la normativa dictada para perseguir al crimen organizado. En esta nueva legislación se esbozan algunas de las características del “nuevo” crimen organizado. Primero, en el Nº 4 del artículo 301 se aborda el tema de la extraterritorialidad de la ley penal, extendiendo el ámbito de su competencia expresamente, para poder enfrentar la “globalización” de este tipo de organizaciones,<sup>430</sup> que va más allá de simplemente contar con miembros de distintos países, o con distribuir sus actividades internacionalmente.<sup>431</sup>

---

<sup>428</sup> Ibid, pp. 256 y ss.

<sup>429</sup> Barón Quintero, ob. cit., pp. 261 y ss.

<sup>430</sup> Ya en 1967 la Comisión Katzenbach subrayó el carácter transnacional de la criminalidad organizada.

<sup>431</sup> Anarte Borrillo, Enrique, Conjeturas sobre la criminalidad organizada, en Delincuencia Organizada, Huelva, 1999. Señala que es un proceso complejo, “que implicaría entre otros aspectos: a) la generalización de la criminalidad organizada que ya no se plantea como un

Con estos conceptos, hay cabida, en los tipos legales de la receptación, para, primero, los clásicos delincuentes individuales, y también para todos aquellos actos puntuales con pluralidad de intervinientes, sean éstos espontáneos, fraguados, con o sin roles dominantes, y en último lugar, para el crimen organizado. Ya se puede deducir, sin embargo, que la principal conducta receptadora que interesaba incluir al legislador español, en relación con este tipo de criminalidad,<sup>432</sup> es el blanqueo de capitales, el vulgarmente conocido “lavado de dinero”. Con estas normas, principal diferencia hace con el antiguo delito de receptación que en el nuevo delito no rige el principio de proporcionalidad, consustancial al delito de receptación, (de que no pueda superarse la pena del delito encubierto), lo que conduce a que, en algunos casos, se pueda imponer una pena superior a la de los tipos básicos que sirven de delito de referencia. Además, el delito en referencia ya no es uno cualquiera contra los bienes o el patrimonio, sino un delito grave, los delitos relacionados con drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas. Permite también sancionar, además del aprovechamiento propio, el aprovechamiento de tercero. Pero, y esto es uno de los más

---

problema exclusivo de ciertos países, sino de todos, aunque en algunas zonas geográficas o países sea más activa; b) la universalización de las actividades en el sentido de que las estructuras y funciones ahora pueden tener como base no un país determinado (o varios), sino el planeta entero, con posibilidad por parte de la organización de ejercer un control prácticamente instantáneo de sus diversas redes y actividades (mostrando con ello la subordinación de las dimensiones espacial y temporal); c) la homologación de las actividades y estructuras de la criminalidad organizada, que tenderían a presentarse, sin perjuicio de diferencias culturales y antropológicas puntuales, de forma bastante homogénea; d) la ampliación de su programa a cualesquiera actividades donde sea posible obtener ventajas económicas o mejoras en sus posiciones de poder, aprovechando intensamente el proceso de globalización de las relaciones sociales, sobre todo, económicas, empresariales y financieras, y los recursos disponibles, así como la flexibilización y multiplicación de las relaciones internacionales de todo tipo, que se plantean ya en un ámbito desregulado, al menos en comparación con el ámbito estatal; f) particularmente significativa resulta, pues, a la vista de la naturaleza abiertamente lucrativa de la criminalidad organizada, la globalización de la oferta y la demanda; g) en el contexto de un proceso de internacionalización del capital y de unificación de las economías, una ascendente concentración del poder criminal en beneficio de los grandes grupos (que por ello mismo habrían llegado a alcanzar en algunos casos un poder económico equivalente o superior al de muchos estados), sin perjuicio de que respecto de determinadas actividades o zonas haya una mayor fragmentación.” (pp. 17 y ss.)

<sup>432</sup> El art. 396, Nº 6 del Código Penal español, señala como agravante (y de ello se desprende la definición legal española de crimen organizado), la pertenencia “a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que tuviere como finalidad difundir tales sustancias o productos aún de modo ocasional” (drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas).

importantes cambios, ya incluido en la reforma de 1988, permite sancionar a quien incurriría ahora en responsabilidad criminal por recibir no sólo los efectos del delito anterior, sino también las ganancias producidas. Aquí nos encontramos con la controvertida y problemática institución de la receptación sustitutiva. Es discutido también el tema de la receptación en cadena, aunque, por lo visto, es un asunto más pacífico.

Con relación a otras formas delictivas nacidas en estos tiempos, algunos autores han expresado algunas dudas. González Rus<sup>433</sup> se cuestiona la posibilidad de aplicar la norma del artículo 298 del Código Penal de 1995 a quienes reciben copias no autorizadas de programas de ordenador, aunque sea para uso privado. “De las dos modalidades de conducta que se recogen, la primera, ayudar a los responsables a aprovecharse de los efectos del delito, se integrará sin dificultad siempre que concurren los elementos del delito. Más interesante, a los efectos que tratamos, es la que consiste en recibir, adquirir u ocultar, con ánimo de lucro, las reproducciones ilícitas de los programas.” Como entre los delitos patrimoniales y socioeconómicos se incluyen los relativos a la propiedad intelectual, “ninguna dificultad se ofrece con relación a este elemento. Los «efectos del delito» de los que se beneficia el sujeto son los que integran el objeto material del previo atentado patrimonial o socioeconómico; en este caso, las copias ilícitas de los programas de ordenador.”<sup>434</sup>

---

<sup>433</sup> González Rus, Juan José, Protección penal de sistemas, elementos, datos, documentos y programas informáticos, en RECPC, 01-14 (1999).

<sup>434</sup> González Rus, ob. cit. “Cuando al sujeto le conste que la copia es fruto de una reproducción ilícita con incidencia en el mercado -que son las únicas que pueden integrar un delito contra la propiedad intelectual, su comportamiento podrá calificarse de receptación. En la mayor parte de los casos, tal conocimiento podrá darse por sentado en quien adquiere la copia en ciertas condiciones (a través de anuncios u ofertas dirigidas al público en general en condiciones de venta inferiores al valor del mismo, presentación de las copias -características del soporte, inexistencia de carátulas o imitaciones burdas, etc.-, falta de manuales o licencias de uso, etc.). El error vencible sobre el origen de la reproducción (por ejemplo: creencia de que se trata de un programa original en especiales condiciones de venta o de un producto de dominio público o shareware, provocará la exención de responsabilidad criminal por receptación, puesto que se tratará de un error de tipo y no está castigada la forma imprudente de comisión (art. 14.1). En todo caso, el error invencible sobre la procedencia de la copia será poco verosímil, dado que generalmente los usuarios tienen unos conocimientos informáticos mínimos que hacen poco aceptable la posibilidad del mismo. Otro tanto ocurre con la creencia de que no es ilícito adquirir copias piratas (error



En **Alemania**, el § 259 del Código Penal alemán (StGB), está dedicado a la receptación (*Hehlerei*)<sup>435</sup>.

§ 259. I. Quien compre u obtenga para sí o para un tercero, venda o ayude a vender una cosa que otro haya robado u obtenido por medio de un hecho ilícito dirigido contra un patrimonio ajeno, para enriquecerse o enriquecer a un tercero, será castigado con pena de privación de libertad de hasta cinco años o con multa.

II. Los §§ 247 y 248 a se aplican según corresponda.

III. La tentativa será punible.<sup>436</sup>

Respecto del bien jurídico, Stratenwerth considera que en la receptación es el mismo que en el hurto, al señalar que no ocasiona al afectado un daño totalmente nuevo ni se dirige contra un nuevo bien jurídico. Por ello en el caso del concurso aparente, considerándolo dentro de la categoría del hecho posterior no punible, le asigna a la receptación de los efectos del propio hurto “carencia de peso propio”.<sup>437</sup>

Respecto a la receptación sustitutiva, y tratándola en los límites de la interpretación de la ley penal, Jescheck<sup>438</sup> hace ver que “el sentido real de la ley puede ... ser también más estrecho que el sentido literal posible, y en este caso, traspasar el sentido real de la ley constituye ya creación prohibida de derecho.” “La receptación de las cosas obtenidas por

---

de prohibición). En cualquier caso, el error invencible -poco factible en la práctica- deberá eximir de responsabilidad criminal; el vencible, dará lugar a la imposición de la pena inferior en uno o dos grados (art. 14.3º).”

<sup>435</sup> § 259 Hehlerei

(1) Wer eine Sache, die ein anderer gestohlen oder sonst durch eine gegen fremdes Vermögen gerichtete rechtswidrige Tat erlangt hat, ankauft oder sonst sich oder einem Dritten verschafft, sie absetzt oder absetzen hilft, um sich oder einen Dritten zu bereichern, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Die §§ 247 und 248a gelten sinngemäß.

(3) Der Versuch ist strafbar.

<sup>436</sup>Eiranova Encinas (coordinador) et al, Código Penal Alemán, StGB y Código Procesal Penal Alemán, StPO, Instituto Español de Derecho Comparado, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 145. (aunque traducen erradamente el título del parágrafo como “encubrimiento”) El § 260 trata de la receptación profesional y de bandas, el § 260 a, trata de la receptación por bandas de forma profesional, y el § 261 trata del blanqueo de dineros y la ocultación fraudulenta de valores patrimoniales.

<sup>437</sup> Stratenwerth, ob. cit., pp. 347 y ss.

<sup>438</sup> Jescheck, ob. cit., p. 142.

sustitución pudiera incluirse en el § 259 atendiendo al tenor literal, puesto que el elemento “cosa que otro ha robado” comprende también el caso de que se compre una cosa adquirida con dinero robado. Sin embargo, una interpretación correcta revela que la receptación de cosas obtenidas por sustitución no entra en el § 259”.

Con respecto al principio “in dubio pro reo” y su relación con la determinación alternativa,(que sirven para resolver las dudas respecto a la aplicación del Derecho que se plantea por una situación probatoria incierta, según señala Jescheck <sup>439</sup>), hay “supuestos en los que el juez se halla convencido de que el acusado, en caso de no haber realizado el hecho que se le imputa y debe ser absuelto por el mismo según el principio in dubio pro reo, tiene que haber cometido necesariamente otro hecho determinado, cuya constatación depende, sin embargo, de que no haya realizado el primero. La cuestión es saber si cabe entonces condenarlo por este otro hecho.” Pone como ejemplo el caso de un inculpado al que se le ha encontrado una joya hurtada en su poder. Objeta éste que “la adquirió de otra persona en condiciones que el juez considera propias de la receptación. Un mayor esclarecimiento de los hechos resulta imposible. En consecuencia, el acusado ha cometido un hurto (§ 242) o un delito de receptación (§ 259) (RG 68, 257). Si en este caso se aplicara igualmente el principio in dubio pro reo, no podría condenarse al acusado ni por hurto ni por receptación, sino que habría que absolverle, ya que ninguna de ambas posibilidades consta por sí sola. No obstante, esta forma de consideración separada no se ajustaría bien al supuesto fáctico, puesto que el acusado tuvo que haber cometido uno de ambos delitos. En tales casos se admite por ello que, para evitar absoluciones injustificadas y bajo ciertas condiciones, se le condene conforme a la ley más favorable, tomando como base la alternatividad

---

<sup>439</sup> Jescheck, ob. cit, pp. 127 y ss. Esta interpretación en Alemania se inició luego que una Sentencia del Pleno conjunto de las Salas Penales de 1934, y que fue la última del RG, admitió la determinación alternativa en los casos que incluían la receptación y el hurto, porque “el sentimiento jurídico atribuye al hecho del receptor igual desaprobación moral que al ladrón” (RG 68, 257)

fáctica.”<sup>440</sup>

Respecto al ámbito de vigencia de la ley penal en el espacio, Jescheck señala que en “el favorecimiento real (§ 257), en el personal (§ 258) y en la receptación (§ 259) ha de atenerse al lugar de la acción típica y no al del hecho precedente (RG 50, 423).”<sup>441</sup>

Respecto al concurso de leyes -expresión que Jescheck denomina “unidad de la Ley”-<sup>442</sup>, y al supuesto de la consunción -en el que, a diferencia de lo que ocurre en la especialidad, no hay relación de subordinación, y a diferencia con la subsidiariedad, “aquí se presentan diversos delitos en conexiones típicas, cosa ya tenida en cuenta por el legislador al establecer el marco penal de los tipos en cuestión”-, el hecho posterior es impune cuando el hecho previo se encuentra conminado con menor pena, como, por ejemplo, la apropiación indebida respecto a la inducción a la receptación. (§§ 26 y 259)<sup>443</sup>.

En relación con el comiso, cabe señalar que “no cabe decomisar el beneficio obtenido por el delito, como el precio de las cosas receptadas (RG 54, 233)”,<sup>444</sup> ya que éste no es un “producto” directo del delito.

En **Gran Bretaña**, actualmente,<sup>445</sup> y luego de la dictación del “*Theft*

---

<sup>440</sup> Jescheck, ob. cit., pp. 127 y ss.

<sup>441</sup> Jescheck, ob. cit., p. 161.

<sup>442</sup> Jescheck, ob. cit., pp. 670 y ss.

<sup>443</sup> Jescheck, ob. cit., pp. 674 y ss.

<sup>444</sup> Jescheck, ob. cit., pp. 724 y ss.

<sup>445</sup> Giles, F. T., El Derecho Penal Inglés y su procedimiento, versión española anotada por Enrique Jardí, Ed. Bosch, Barcelona, 1957, p. 224. Antes de 1968, la Section 33, l) del *Larceny Act*, de 1916, disponía que: “Toda persona que recibe cualquier objeto a sabiendas de que ha sido hurtado u obtenido por un procedimiento y circunstancias que pueden considerarse constitutivas de un *Felony* o un *Misdemeanour* será culpable del mismo delito.” El delito de “*receiving*” se sancionaba de acuerdo al delito “en referencia”; así, si el delito en referencia era un “*felony*”, se le aplicaba la pena máxima de reclusión por siete años, como “*felony*”, y si era un “*misdemeanour*”, se reputaba asimismo “*misdemeanour*”, con la misma sanción máxima, de reclusión por siete años, es decir, en forma análoga al delito “en referencia”.

Act” de 1968, se aplica la norma que éste contempla en la sección 22.<sup>446</sup>

“Una persona recepta (*handles*) bienes robados si (fuera de en el curso de un robo), sabiendo o creyendo que son cosas robadas, (a) las recibe deshonestamente, o (b) deshonestamente participa o asiste en su retención, remoción, disposición o realización por o para el beneficio de otra persona, o hace arreglos para ello.”

La pena máxima varía entre 14 años de prisión en la “Corte de la Corona”, y seis meses de prisión en la “Corte de Magistrados”.

Esta norma debe entenderse complementada con las emanadas del Panel Asesor de Sentencias de las Cortes británicas -en el uso de las funciones conferidas a éste por el *Crime and Disorder Act* de 1998, sección 81(3)-, en el Documento de Recomendaciones de Marzo de 2001, que propuso a las Cortes un conjunto de lineamientos para la dictación de sentencias en los casos de receptación. Es interesante conocer estos puntos de vista, que revelan mucho acerca del tratamiento del delito de receptación en el sistema legal británico.

Las recomendaciones se estructuran sugiriendo una escala de penalidades según las características del hecho, el valor de la cosa receptada y también la experiencia criminal del receptor. Así se dividen según cuatro tipos de penas.<sup>447</sup>

---

<sup>446</sup> ‘A person handles stolen goods if (otherwise than in the course of the stealing), knowing or believing them to be stolen goods, he [a] dishonestly receives the goods, or [b] dishonestly undertakes or assists in their retention, removal, disposal or realisation by or for the benefit of another person, or if he arranges to do so.’

<sup>447</sup> Cfr. [www.sentencing\\_advisory\\_panel.gov.uk/advice.htm](http://www.sentencing_advisory_panel.gov.uk/advice.htm), (15/05/2001) “The Panel has attempted to identify the salient features of handling offences at four levels of seriousness. The starting points suggested do not take account of any personal mitigating factors, or of the discount for a guilty plea.

(a) Fine / discharge

Where the property handled was of low monetary value and was acquired for the receiver’s own use, the starting point should be a moderate fine or, in the light of personal mitigation, a discharge. Such an offence might involve the purchase, by someone of previous good character, of items such as low value consumer goods or clothing, say from an unnamed person in a bar. As a general indication, the replacement value of goods involved in offences within this range is likely to be fairly low, and certainly not more than £2,000. Irrespective of the replacement value of the goods, the presence of any of the aggravating features listed at

En primer lugar, se recomienda aplicar una multa o sobreseer cuando la propiedad receptada era de bajo valor monetario y era adquirida para el propio uso del receptor. Por ejemplo, podría involucrar la compra, por alguno de conducta anterior intachable, de artículos de escaso valor, tal vez de un desconocido en una barra de bar. Como una indicación general, el valor de las cosas involucradas en el hecho debe ser bajo, y ciertamente de no más de £2,000.

En segundo lugar, se recomienda aplicar una sentencia de servicio comunitario. Sería apropiada donde la cosa, de valor relativamente bajo (£2,000), era adquirido para su venta por el comprador, o de un valor del reemplazo más alto (en el rango de £2,000 a £10,000) era adquirido para el propio uso del ofensor. Donde la ofensa involucra arreglos para una venta, o

---

paragraph 14 above would suggest that the offence was serious enough to merit a community sentence.

(b) Community sentence

A community sentence would be appropriate where property of relatively low value (up to £2,000) was acquired for sale by the handler, or where goods of a higher replacement value (in the range of £2,000 to £10,000) were acquired for the offender's own use. Where the offence involves either arranging for a sale, or selling more substantial goods such as televisions, video recorders or microwave ovens, perhaps through a shop or a car-boot sale, the appropriate starting point is a mid-range community sentence. This would be the appropriate level of sentence for offenders who were younger, less criminally experienced, or who played a peripheral role in the offence. Defendants with a significant record for property offences, especially handling, are likely to be placed above the custodial sentence threshold.

(c) The custody threshold

For a defendant with a significant record of property offences, especially handling, or where there is other evidence of more sophisticated lawbreaking, the starting point should be a custodial sentence. In this range of handling cases, much will depend on the degree of sophistication on the part of the handler, their closeness or otherwise to the original offence, and the nature and seriousness of the original offence. For sentences within the range of 3 months to 12 months (where the replacement value of the goods is likely to be between £10,000 and £20,000), and especially where the defendant has not been in custody before, a shorter sentence may be just as effective as a longer one, as the Court of Appeal suggested in *Ollerenshaw* [1999] 1 Cr App R (S) 65.

(d) More serious offences

A sentence of between 12 months and 4 years will often be appropriate for an offence which is committed in the context of a business, where the offender is acting as an organiser or distributor of the proceeds of crime, or where the offender has made himself available to other criminals as willing to handle the proceeds of thefts or burglaries on a significant scale. In general, such cases are likely to involve the handling of goods worth between £20,000 and £100,000. Where the replacement value of the goods handled is £100,000 or more, or where the offence is well organised and bears the professional hallmarks of a commercial operation, a sentence of 4 years and upwards may be appropriate. The sentence may be increased further where the source of the handled property was known by the handler to have been a serious violent offence, such as an armed robbery.

la venta de más cosas como televisores, videos u hornos de microondas, quizás a través de una tienda o una venta de garaje, el punto de partida apropiado es una sentencia comunitaria de rango medio. Éste sería el nivel apropiado para ofensores jóvenes, con menor experiencia criminal, o para quién jugó un papel periférico en la ofensa. Los demandados con un registro significativo de ofensas contra la propiedad, sobre todo receptación, probablemente deben ponerse por sobre el umbral de la categoría custodial.

En tercer lugar, atendido a la gravedad, se recomienda traspasar el umbral de custodia, en los casos de un condenado con un registro significativo de ofensas a la propiedad, sobre todo de receptación, o donde hay otras evidencia de actuación ilícita más sofisticada. En este rango de las posibles sanciones en el delito de receptación, mucho dependerá del grado de sofisticación por parte del receptor, la cercanía a la ofensa original, y la naturaleza y gravedad de esta última. Para sentencias dentro del rango de 3 a 12 meses (donde es probable que el valor del reemplazo de la cosa esté entre £10,000 y £20,000), y sobre todo donde el demandado no ha estado antes en custodia, una sentencia más corta puede ser tan eficaz como una más larga, como la Corte de Apelación sugirió en *Ollerenshaw* [1999] 1 Cr App R (S) 65.

En los casos más serios, se recomienda una sentencia de entre 12 meses y 4 años. Ésta será a menudo apropiada para un delito que se comete en el contexto de un negocio donde el ofensor está actuando como organizador o distribuidor de los beneficios del crimen, o donde éste se ha hecho disponible a otros delincuentes para ocuparse de los beneficios de robos u otros en una escala significativa. En general, es probable que tales casos involucren el manejo de cosas de un valor entre £20,000 y £100,000. Donde el valor del reemplazo de la cosa receptada es £100,000 o más, o donde el delito está bien organizado y lleva el sello de una operación comercial, es recomendable una sentencia de 4 años o superior. La sentencia puede ser superior si el receptor tenía conocimiento de la gravedad del hecho previo, y éste fue violento, como por ejemplo, un robo a

mano armada.

En **Francia**, la receptación se encuadra entre los delitos contra los bienes, en el artículo 321<sup>448</sup> del nuevo Código Penal de 1994, reemplazando la antigua norma de la reforma de 1915.

Art. 321-1. La receptación es el hecho de ocultar, retener o transferir una cosa, o mediar en su transferencia, o servir de mediador para su transferencia, sabiendo que proviene de un crimen o de un delito.

También constituye receptación, el beneficiarse, con conocimiento de causa, y por cualquier medio, con el producto de un crimen o un delito.

La receptación está penada con cinco años de prisión y multa de 2.500.000 de Francos.

Art. 321-2. La receptación está penada con diez años de prisión y 5.000.000 de Francos de multa:

- 1) Cuando se realiza en forma habitual o en uso de las facilidades que procura el ejercicio de una actividad profesional;

---

<sup>448</sup> Article 321-1:

Le recel est le fait de dissimuler, de détenir ou de transmettre une chose, ou de faire office d'intermédiaire afin de la transmettre, en sachant que cette chose, ou de faire office d'intermédiaire afin de la transmettre, en sachant que cette chose provient d'un crime ou d'un délit.

Constitue également un recel le fait, en connaissance de cause, de bénéficier, par tout moyen, du produit d'un crime ou d'un délit.

Le recel est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 2 500 000 F d'amende.

Article 321-2:

Le recel est puni de dix ans d'emprisonnement et de 5 000 000 F d'amende:

1) Lorsqu'il est commis de façon habituelle ou en utilisant les facilités que procure l'exercice d'une activité professionnelle;

2) Lorsqu'il est commis en bande organisée.

Article 321-3:

Les peines d'amende prévues par les articles 321-1 et 321-2 peuvent être élevées au-delà de 2 500 000 F jusqu'à la moitié de la valeur des biens recelés.

Article 321-4:

Lorsque l'infraction dont provient le bien recelé est punie d'une peine privative de liberté d'une durée supérieure à celle de l'emprisonnement encouru en application des articles 321-1 ou 321-2, le receleur est puni des peines attachées à l'infraction dont il a eu connaissance et, si cette infraction est accompagnée de circonstances aggravantes, des peines attachées aux seules circonstances dont il a eu connaissance.

2) Cuando se comete en bandas organizadas.

Art. 321-3. Las penas de multa señaladas en los artículos 321-1 y 321-2, pueden ser elevadas en más de 2.500.000 de Francos, hasta la mitad del valor de las cosas receptadas.

Art. 321-4. Cuando el delito del cual provienen los bienes receptados, está penado con una pena privativa de libertad superior a la aplicable según los artículos 321-1 y 321-2, el receptor será castigado con las que corresponden al delito del que tuvo conocimiento, y si el delito fue cometido con agravantes, incluyendo las penas de las circunstancias de las que tuvo conocimiento.

Art. 321-5. La receptación se asimila, en cuanto a la reincidencia, al delito de donde proviene el bien receptado.

El Código Penal francés, también contempla en la receptación los casos en el artículo 321-6, de la obtención de provecho de los delitos patrimoniales cometidos por los menores que se encuentran al cuidado o bajo la autoridad de una persona;<sup>449</sup> en el artículo 321-7, el caso de quienes se dedican profesionalmente a la compra y venta de cosas muebles, y a los responsables de la persona jurídica dedicada a este comercio,<sup>450</sup> y en el

---

Article 321-5: Le recel est assimilé, au regard de la récidive, à l'infraction dont provient le bien recelé.

<sup>449</sup> Le fait, par une personne ayant autorité sur un mineur qui vit avec elle et se livre habituellement à des crimes ou à des délits contre les biens d'autrui, de ne pouvoir justifier de ressources correspondant à son train de vie, est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 2 500 000 F d'amende. L'amende peut être élevée au-delà de 2 500 000 F jusqu'à la moitié de la valeur des biens recelés.

<sup>450</sup> Article 321-7:

Est puni de six mois d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende le fait, par une personne dont l'activité professionnelle comporte la vente d'objets mobiliers usagés ou acquis à des personnes autres que celles qui les fabriquent ou en font le commerce, d'omettre de tenir jour par jour, dans des conditions prévues par décret en Conseil d'Etat, un registre contenant une description des objets acquis ou détenus en vue de la vente ou de l'échange et permettant l'identification de ces objets ainsi que celle des personnes qui les ont vendus ou apportés à l'échange.

Est puni des mêmes peines le fait, par une personne, à l'exception des officiers publics ou ministériels, qui organise, dans un lieu public ou ouvert au public, une manifestation en vue de la vente ou de l'échange d'objets visés à l'alinéa précédent, d'omettre de tenir jour par jour, dans des conditions prévues par décret en Conseil d'Etat, un registre permettant l'identification des vendeurs.

Lorsque l'activité professionnelle définie au premier alinéa est exercée par une personne morale, ou que l'organisateur de la manifestation prévue au deuxième alinéa est une personne morale, l'obligation de tenir le registre incombe aux dirigeants de cette personne morale.



artículo 321-8<sup>451</sup>, a quienes, en la persona jurídica, son responsables de los registros de los bienes que se comercian.

También se señalan, en los artículos siguientes, sanciones complementarias, en primer lugar, para las personas naturales, como pérdida de ciertos derechos civiles, y prohibición de ejercer en forma temporal o permanente la profesión u oficio que se utilizó para la receptación,<sup>452</sup> y adicionales para las personas jurídicas.

---

<sup>451</sup> Article 321-8:

Est puni de six mois d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende le fait, par une personne visée à l'article précédent, d'apposer sur le registre prévu par cet article des mentions inexactes.

Est puni des mêmes peines le fait, par cette personne, de refuser de présenter ce registre à l'autorité compétente.

<sup>452</sup> Article 321-9:

Les personnes physiques coupables des infractions prévues au présent chapitre encourent également les peines complémentaires suivantes:

- 1) L'interdiction des droits civiques, civils et de famille, suivant les modalités prévues par l'article 131-26;
- 2) L'interdiction, suivant les modalités prévues par l'article 131-27, d'exercer une fonction publique ou d'exercer l'activité professionnelle ou sociale dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise, cette interdiction étant définitive ou temporaire dans les cas prévus aux articles 321-2 et 321-4 et pour une durée de cinq ans au plus dans les cas prévus aux articles 321-1, 321-6, 321-7 et 321-8;
- 3) La fermeture des établissements ou de l'un ou de plusieurs des établissements de l'entreprise ayant servi à commettre les faits incriminés, cette fermeture étant définitive ou temporaire dans les cas prévus aux articles 321-2 et 321-4 et pour une durée de cinq ans au plus dans les cas prévus aux articles 321-1, 321-6, 321-7 et 321-8;
- 4) L'exclusion des marchés publics à titre définitif ou temporaire dans les cas prévus aux articles 321-2 et 321-4 et pour une durée de cinq ans au plus dans les cas prévus aux articles 321-1, 321-6, 321-7 et 321-8;
- 5) L'interdiction, pour une durée de cinq ans au plus, d'émettre des chèques autres que ceux qui permettent le retrait de fonds par le tireur auprès du tiré ou ceux qui sont certifiés;
- 6) La confiscation de la chose qui a servi ou était destinée à commettre l'infraction ou de la chose qui en est le produit, à l'exception des objets susceptibles de restitution;
- 7) La confiscation d'une ou de plusieurs armes dont le condamné est propriétaire ou dont il a la libre disposition;
- 8) L'interdiction de séjour, suivant les modalités prévues par l'article 131-31, dans les cas prévus aux articles 321-1 à 321-4;
- 9) L'affichage ou la diffusion de la décision prononcée dans les conditions prévues par l'article 131-35.

Article 321-10:

Dans les cas prévus aux articles 321-1 à 321-4 peuvent être également prononcées les autres peines complémentaires encourues pour les crimes ou les délits dont provient le bien recelé.

Article 321-11:

L'interdiction du territoire français peut être prononcée dans les conditions prévues par l'article 131-30, soit à titre définitif, soit pour une durée de dix ans au plus, à l'encontre de tout étranger coupable de l'une des infractions définie à l'article 321-2.

**En Portugal,** la receptación está contemplada en el artículo 231<sup>453</sup> del Código Penal.

Art. 231. Receptación.

1. Quien, con la intención de obtener, para sí o para otra persona, una ventaja patrimonial, oculta una cosa que fue obtenida por otro mediante un hecho ilícito típico contra el patrimonio, la recibe en prenda, la adquiere por cualquier título, la tiene, conserva, transfiere o contribuye a su transferencia, o que en cualquier forma, asegura su posesión, para sí o para otra persona, será castigado con hasta 5 años de prisión o con pena de multa de hasta 600 días.

2. Quien, sin haber previamente asegurado su legítima procedencia, adquiere o recibe, a cualquier título, una cosa que, por sus cualidades o condiciones, o por el precio en que es ofrecida, es razonable sospechar que proviene de un hecho ilícito contra el patrimonio, será castigado con hasta seis meses de prisión o con pena de multa de hasta 120 días.

3. Es aplicable asimismo lo dispuesto:

- a) En el artículo 206; y
- b) En el párrafo a) del artículo 207, si las relaciones de familia son entre el receptor y la víctima del ilícito típico contra el patrimonio.

---

<sup>453</sup> Art. 231º Receptação

1 Quem, com intenção de obter, para si ou para outra pessoa, vantagem patrimonial, dissimular coisa que foi obtida por outrem mediante facto ilícito típico contra o património, a receber em penhor, a adquirir por qualquer título, a detiver, conservar, transmitir ou contribuir para a transmitir, ou de qualquer forma assegurar, para si ou para outra pessoa, a sua posse, é punido com pena de prisão até 5 anos ou com pena de multa até 600 dias.

2 Quem, sem previamente se ter assegurado da sua legítima proveniência, adquirir ou receber, a qualquer título, coisa que, pela sua qualidade ou pela condição de quem lhe oferece, ou pelo montante do preço proposto, faz razoavelmente suspeitar que provém de facto ilícito típico contra o património, é punido com pena de prisão até 6 meses ou com pena de multa até 120 dias.

3 É correspondentemente aplicável o disposto:

a) No artigo 206º; e

b) Na alínea a) do artigo 207º, se a relação familiar interceder entre o receptor e a vítima do facto ilícito típico contra o património.

4 Se o agente fizer da receptação modo de vida, é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos.

4. Si el actor hace de la receptación su forma de vida, será castigado con pena de prisión entre 1 y 8 años.

En **Italia**, en el artículo 648 <sup>454</sup> del Código Penal se contempla el delito de receptación, en el artículo 648 bis el “riciclaggio”, y en el artículo 648 ter. la utilización de dinero procedente de actividades ilícitas.

#### Art. 648. Receptación (*Ricettazione*)

Fuera de los casos de concurso <sup>455</sup> en el delito, quien, con el fin de procurar, para sí o para otro, un provecho, recibe u oculta dinero o cosas provenientes de un delito, o intermedia en su compra, recepción u ocultamiento, es castigado con prisión de dos a ocho años y con multa de uno a veinte millones de liras.

---

<sup>454</sup> 648 Ricettazione

Fuori dei casi di concorso nel reato, chi, al fine di procurare a sé o ad altri un profitto, acquista, riceve od occulta denaro o cose provenienti da un qualsiasi delitto, o comunque si intromette nel farle acquistare, ricevere od occultare, è punito con la reclusione da due ad otto anni e con la multa da lire 1 milione a lire 20 milioni.

La pena è della reclusione sino a sei anni e della multa sino a lire 1 milione, se il fatto è di particolare tenuità.

Le disposizioni di questo articolo si applicano anche quando l'autore del delitto, da cui il denaro o le cose provengono non è imputabile o non è punibile (649) ovvero quando manchi una condizione di procedibilità (336-346 c.p.p.) riferita a tale delitto .

#### 648 bis Riciclaggio

Fuori dei casi di concorso nel reato, chiunque sostituisce o trasferisce denaro, beni o altre utilità provenienti da delitto non colposo, ovvero compie in relazione ad essi altre operazioni, un modo da ostacolare l'identificazione della loro provenienza delittuosa, è punito con la reclusione da quattro a dodici anni e con la multa da lire 2 milioni a lire 30 milioni .

La pena è aumentata (c.p.64) quando il fatto è commesso nell'esercizio di un attività professionale.

La pena è diminuita (c.p.65) se il denaro, i beni o le altre utilità provengono da delitto per il quale è stabilita la pena della reclusione inferiore nel massimo a cinque anni. Si applica l'ultimo comma dell'art. 648.

#### 648 ter Impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita

Chiunque, fuori dei casi di concorso nel reato e dei casi previsti dagli artt. 648 e 648 bis, impiega in attività economiche o finanziarie denaro, beni o altre utilità provenienti da delitto, è punito con la reclusione da quattro a dodici anni e con la multa da lire 2 milioni a lire 30 milioni .

La pena è aumentata (c.p.64) quando il fatto è commesso nell'esercizio di un'attività professionale.

La pena è diminuita (c.p.65) nell'ipotesi di cui al secondo comma dell'art. 648.

Si applica l'ultimo comma dell'art. 648.

<sup>455</sup> Se refiere al concurso de personas, o participación.

La pena será de un máximo de seis años de prisión y un millón de liras de multa si el hecho es particularmente leve.

Las disposiciones de este artículo se aplicarán también en caso de que el autor del delito, del que provienen el dinero o las cosas, fuera inimputable o estuviera excusado (649), o cuando faltase una condición de procesabilidad (336-346 C.P.P), referida a tal delito.

Art. 648 bis Receptación sustitutiva (*Riciclaggio*)

El que, fuera de los casos de concurso<sup>456</sup> en el delito, sustituya o transfiera dinero, bienes o utilidades provenientes de un delito doloso, o que realice, en relación con éste, otras operaciones como modo de obstaculizar la identificación de su origen delictivo, será castigado con prisión de cuatro a doce años, y multa de dos a treinta millones de liras.

La pena se incrementará de acuerdo al artículo 64 cuando el hecho haya sido cometido en el ejercicio de una actividad profesional.

La pena se atenuará de acuerdo al artículo 65 si el dinero, los bienes o las utilidades provienen de un delito cuya pena de reclusión es inferior a un máximo de cinco años. Se aplicará el último inciso del artículo 648.

Art. 648 ter. Utilización de dinero, bienes o beneficios de origen ilícito

El que, fuera de los casos de concurso<sup>457</sup> en el delito, y de los casos previstos en los artículos 648 y 648 bis, utiliza en una actividad económica o financiera, dinero, bienes, u otros beneficios (*utilità*) provenientes de un delito, será castigado con la pena de cuatro a doce años de prisión, y multa de dos a treinta millones de liras.

La pena se incrementará de acuerdo al artículo 64 cuando el hecho haya sido cometido en el ejercicio de una actividad profesional.

---

<sup>456</sup> Ibid.

<sup>457</sup> Ibid.

La pena se atenuará de acuerdo al artículo 65 en la hipótesis del inciso segundo del artículo 648. Se aplicará también lo dispuesto en el inciso final del artículo 648.

Es interesante observar como, en los artículos precedentes, se ha articulado una concepción del delito de receptación en base a un objeto material amplio, que incluye las hipótesis de sustitución junto con el lavado de dineros procedentes de actividades criminales, consideradas éstas de modo genérico. Sin embargo, ésta es también una palpable demostración del problema de expansión de la legislación penal en la búsqueda de instrumentos de control a un fenómeno de estos tiempos, la criminalidad organizada, que será, junto con este medio de combatirla, someramente analizada en los capítulos siguientes.

En los **Estados Unidos de Norteamérica**, el *Model Penal Code*, elaborado en 1962 por el *American Law Institute* como modelo de Código Penal para los Estados, ha sido acogido en los Códigos Penales de muchos de ellos.<sup>458</sup> En su artículo 223, sobre el robo (*Theft*) y otros delitos relacionados, trata de la receptación.<sup>459</sup>

#### 223.6. Receptación (*receiving*) de bienes hurtados o robados.

---

<sup>458</sup> Cfr. Fletcher, George P., *Conceptos básicos de Derecho Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 17.

<sup>459</sup> *Model Penal Code*, Ed. American Law Institute, Philadelphia, Pa., 1962, pp. 170 y ss.

223.6. Receiving Stolen Property.

Receiving. A person is guilty of theft if he receives, retains or disposes of movable property of another knowing that it has been stolen, or believing that it has probably been stolen, unless the property is received, retained, or disposed with purpose to restore it to the owner.

“Receiving” means acquiring possession, control or title, or lending on the security of the property.

Presumption of Knowledge. The requisite knowledge or belief is presumed in the case of a dealer who:

is found in possession or control of property stolen from two or more persons on separate occasions;

has received stolen property in another transaction within the year preceding the transaction charged; or

being a dealer in property of the sort received, acquires it for a consideration which he knows is far below its reasonable value.

“Dealer” means a person in the business of buying or selling goods.

(1) Receptación. Una persona es culpable de hurto o robo (*Theft*) si recibe, tiene o dispone de bienes muebles (*movable property*) de otro, conociendo que ha sido hurtada o robada, o creyendo que probablemente ha sido hurtada o robada, excepto si el bien mueble ha sido recibido, se tiene o se ha dispuesto de él con el propósito de restituírselo a su propietario.

Por receptación se entiende adquirir de la cosa la posesión, el control o título, o dar préstamo sobre la garantía de ésta.

(2) Presunción de conocimiento. (*Presumption of Knowledge*) El requisito de conocimiento o convicción se presume en el caso de un comerciante que:

(a) Es encontrado en posesión o en control de cosas robadas de dos o más personas en ocasiones separadas;

(b) Ha receptado cosas robadas en otra transacción realizada en el año precedente a la transacción de la que se acusa; o

(c) Siendo comerciante (*dealer*) en cosas del género receptado, la adquiere en un precio muy inferior a su valor razonable.

Comerciante (*Dealer*): se entiende como una persona en el negocio de compra o venta de mercancías (*goods*).

Con respecto a la legislación federal, el *United States Code*, en su *Title 18, Crimes and Criminal Procedure* (Título 18, De los Delitos y el Procedimiento Penal), contiene una variada casuística sobre la materia.

Así, en primer lugar, se refiere a la receptación y a su autonomía como delito, en materia procesal, en la Sección 3435.

“La persona acusada por receptación u ocultación de propiedad robada puede ser procesada tanto antes como después del juicio del ofensor principal.”<sup>460</sup>

En la casuística de la receptación, se destaca, en primer lugar, la receptación de ganado, tipificada en la Sección 2317. -Venta o receptación

---

<sup>460</sup> U.S Code Sec. 3435. Receiver of stolen property triable before or after principal.

de ganado-

“Quienquiera que reciba, oculte, almacene, permute, compre, venda, o disponga de cualquier cabeza de ganado, trasladándolo o participando de su comercio interestatal o al extranjero, sabiendo que ha sido robado, será multado bajo este título o se encarcelará por no más de cinco años, o ambos.”<sup>461</sup>

También en la Sección 662, que se refiere a los delitos cometidos dentro de la jurisdicción marítima se tipifica el delito de receptación.<sup>462</sup>

“Quienquiera que, dentro de la jurisdicción marítima y territorial especial de los Estados Unidos, compre, reciba, u oculte cualquier dinero, bienes, notas bancarias, u otra cosa que pueden haber sido el objeto de robo o que se ha obtenido criminalmente, o defraudado, de cualquier otra persona, sabiendo su procedencia ilícita, será multado bajo este título o será encarcelado por no más de tres años, o ambos; pero si la cantidad o valor de la cosa así obtenida, robada o defraudada no excede de \$1.000, será multado bajo este título o será encarcelado por no más de un año, o ambos.”

También se refiere a la materia la Sección 2313, sobre receptación de vehículos robados.

“(a) Quienquiera que reciba, posea, oculte, almacene, permute, venda, o disponga de cualquier vehículo de motor o avión que haya cruzado los límites de un Estado o de los Estados Unidos después de ser robado,

---

A person charged with receiving or concealing stolen property may be tried either before or after the trial of the principal offender.

<sup>461</sup> Sec. 2317. Sale or receipt of livestock

Whoever receives, conceals, stores, barter, buys, sells, or disposes of any livestock, moving in or constituting a part of interstate or foreign commerce, knowing the same to have been stolen, shall be fined under this title or imprisoned not more than five years, or both.

<sup>462</sup> Sec. 662. Receiving stolen property within special maritime and territorial jurisdiction.

Whoever, within the special maritime and territorial jurisdiction of the United States, buys, receives, or conceals any money, goods, bank notes, or other thing which may be the subject of larceny, which has been feloniously taken, stolen, or embezzled, from any other person, knowing the same to have been so taken, stolen, or embezzled, shall be fined under this title or imprisoned not more than three years, or both; but if the amount or value of thing

conociendo su origen, se multará bajo este título o se encarcelará por no más de 10 años, o ambos.

(b) Para los propósitos de esta sección, el término " el Estado " incluye un Estado de los Estados Unidos, el distrito de Columbia, y cualquier comunidad, territorio, o posesión de los Estados Unidos."<sup>463</sup>

La Sección 2315 se refiere directamente a la receptación. "Venta o receptación de bienes robados, prendas, dinero, o estampillas de impuesto estatales fraudulentas."

"Quienquiera que reciba, posea, oculte, almacene, permute, venda, o disponga de cualquier bien, mercancía, efecto, o dinero del valor de \$5.000 o más, o acepte en prenda para un préstamo cualquier bien, o mercancía, o garantía, del valor de \$500 o más, que ha cruzado un Estado o límite de Estados Unidos después de robarse, ilícitamente transformarse, o tomarse,... conociendo su origen.... Se multará bajo este título o será encarcelado por no más de diez años, o ambos."<sup>464, 465</sup>

---

so taken, stolen or embezzled does not exceed \$1,000, he shall be fined under this title or imprisoned not more than one year, or both.

<sup>463</sup> Sec. 2313. Sale or receipt of stolen vehicles

(a) Whoever receives, possesses, conceals, stores, barter, sells, or disposes of any motor vehicle or aircraft, which has crossed a State or United States boundary after being stolen, knowing the same to have been stolen, shall be fined under this title or imprisoned not more than 10 years, or both.

(b) For purposes of this section, the term "State" includes a State of the United States, the District of Columbia, and any commonwealth, territory, or possession of the United States.

<sup>464</sup> Sec. 2315. Sale or receipt of stolen goods, securities, moneys, or fraudulent State tax stamps.

Whoever receives, possesses, conceals, stores, barter, sells, or disposes of any goods, wares, or merchandise, securities, or money of the value of \$5,000 or more, or pledges or accepts as security for a loan any goods, wares, or merchandise, or securities, of the value of \$500 or more, which have crossed a State or United States boundary after being stolen, unlawfully converted, or taken, knowing the same to have been stolen, unlawfully converted, or taken; or

Whoever receives, possesses, conceals, stores, barter, sells, or disposes of any falsely made, forged, altered, or counterfeited securities or tax stamps, or pledges or accepts as security for a loan any falsely made, forged, altered, or counterfeited securities or tax stamps, moving as, or which are a part of, or which constitute interstate or foreign commerce, knowing the same to have been so falsely made, forged, altered, or counterfeited; or

Whoever receives in interstate or foreign commerce, or conceals, stores, barter, sells, or disposes of, any tool, implement, or thing used or intended to be used in falsely making,



En un fallo de la Corte Suprema norteamericana,<sup>466</sup> conociendo del caso RIVERA v. OHIO,<sup>467</sup> en 1982, ésta se refiere directamente a la receptación. -El problema central es el concurso y el principio del *ne bis in idem*.- Aquí, Rivera se declaró culpable de receptación, luego que había sido denunciado por robo agravado de una motocicleta. Fue sentenciado, y con posterioridad, acusado por el robo. Apeló de la segunda acusación, y habiendo denegado su petición la Corte de Apelaciones de Ohio, recurrió a la Corte Suprema, de la que obtuvo un fallo favorable, la que negó la posibilidad de un nuevo juicio por el robo. En lo que más interesa, la Corte Suprema, citando el Código de Ohio, definió la receptación como “el hecho de que una persona tenga o disponga de la propiedad de otro conociendo o

---

forging, altering, or counterfeiting any security or tax stamp, or any part thereof, moving as, or which is a part of, or which constitutes interstate or foreign commerce, knowing that the same is fitted to be used, or has been used, in falsely making, forging, altering, or counterfeiting any security or tax stamp, or any part thereof -

Shall be fined under this title or imprisoned not more than ten years, or both.

This section shall not apply to any falsely made, forged, altered, counterfeited, or spurious representation of an obligation or other security of the United States or of an obligation, bond, certificate, security, treasury note, bill, promise to pay, or bank note, issued by any foreign government. This section also shall not apply to any falsely made, forged, altered, counterfeited,

or spurious representation of any bank note or bill issued by a bank or corporation of any foreign country which is intended by the laws or usage of such country to circulate as money. For purposes of this section, the term "State" includes a State of the United States, the District of Columbia, and any commonwealth, territory, or possession of the United States.

<sup>465</sup> También hay referencias al delito de receptación, en la casuística de este Código, en la Sección 510, que se refiere al endoso de bonos y cheques del Tesoro Norteamericano; en la sección 793, que se refiere a la obtención, transferencia o pérdida de información relacionada con la Defensa y Fuerzas Armadas norteamericanas; en la Sección 641, sobre delitos contra bienes, dinero o información perteneciente al Estado; en la Sección 668, sobre el robo de obras de arte; en la Sección 665, sobre delitos cometidos por quienes reciben fondos federales o asistencia financiera federal para empleo o entrenamiento laboral; en la Sección 1168, sobre fraudes y robos a organizaciones tribales e indígenas; en la Sección 1831, sobre espionaje económico; en la Sección 500, sobre giros de dinero a través del Servicio Postal; en la Sección 1704, sobre robo y reproducción de llaves del Servicio Postal; en la Sección 1832, sobre robo de secretos comerciales -con multas de hasta US\$ 5.000.000-; en la Sección 1708, sobre hurto y receptación de correspondencia; en la Sección 2197 sobre la posesión, exhibición, uso no autorizado, y receptación de certificados, licencias o documentos entregados a navíos, oficiales o marinos por un oficial o empleado de los Estados Unidos; en la Sección 2516, sobre autorizaciones para interceptar líneas y comunicaciones orales o electrónicas. Cfr. [www.liiwarwick.warwick.ac.uk/uscode/18/-8/06/2001-](http://www.liiwarwick.warwick.ac.uk/uscode/18/-8/06/2001-).

<sup>466</sup> [www.law.findlaw.com/us/459/957.html](http://www.law.findlaw.com/us/459/957.html) (ver también en [findlaw.com/](http://findlaw.com/), Cases and Codes: Supreme Court Opinions) -14/5/2001-

<sup>467</sup> U.S. Supreme Court RIVERA v. OHIO, 459 U.S. 957 (1982) Robert RIVERA v. OHIO No. 82-5109, October 18, 1982.

teniendo razón para creer que fue adquirida mediante un robo".<sup>468</sup>

Es interesante también el fallo de la Corte de Apelaciones en Boston (Mass.), por las citas legales y argumentos del defensor, en *Commonwealth v. García*, 1999, confirmados en la decisión de la Corte.<sup>469</sup>

"El abogado defensor sostuvo que el delito de receptación, ya sea en el contexto de receptación de un vehículo de motor o de propiedad en general, no se consuma meramente por la tenencia material del objeto, conociendo o creyendo que el objeto era robado; se requiere también un ánimo, expresado en la intención de privar del objeto a su propietario. Esta proposición es correcta en principio y se ve confirmada en nuestras sentencias. Así, por ejemplo, en *Commonwealth v. Kirkpatrick*, 26 Mass. App. Ct. 595, 599 (1988): "El acusado puede ser condenado por receptación

---

<sup>468</sup> In Ohio, the crime of receiving stolen property is complete if a person retains or disposes of the property of another knowing or having reason to believe that it was acquired through theft. See Ohio Rev.Code Ann. 2913. 51

<sup>469</sup> When counsel offered their suggestions to the judge about jury instructions, defense counsel made one point with emphasis: the crime of receiving stolen goods, whether in the context of count A (motor vehicle) or of count B (property in general), would not be consummated by the accused merely entering upon possession of the object, knowing or believing the object to be stolen; the further requirement -- the *quo animo* -- is that he be shown to have intended to deprive the owner of the object. This proposition is correct on principle and is confirmed in our cases. Thus in *Commonwealth v. Kirkpatrick*, 26 Mass. App. Ct. 595, 599 (1988): "[A] defendant may be convicted of receiving stolen property 'if he either knew or believed [the] property was stolen property at the time it came into his possession, or at any time while it was in his possession he ascertained that it was stolen property and he undertook to deprive the owner of his rightful use of it,'" quoting from *Commonwealth v. Kronick*, 196 Mass. 286, 288 (1907), and further citing *Commonwealth v. Peopcik*, 251 Mass. 369, 371 (1925), *Commonwealth v. Sandler*, 368 Mass. 729, 740-741 (1975), and *Commonwealth v. Settipane*, 5 Mass. App. Ct. 645, 651 (1977).

The Model Penal Code makes the same point in its definition of "receiving stolen property":

"Section 223.6. Receiving Stolen Property

(1) *Receiving*. A person is guilty of theft if he purposely receives, retains, or disposes of movable property of another knowing that it has been stolen, or believing that it has probably been stolen, unless the property is received, retained, or disposed with purpose to restore it to the owner. . . ."

The current Model Jury Instructions for Use in the District Court (1995) also speaks to the question. The instruction 5.32 recommended for use in receiving stolen property carries a supplemental instruction 3 which recognizes that intention to deprive is integral to the offense. The model instruction 5.321 on motor vehicle cases does not itself append a supplemental instruction on "deprivation" but a judge would be bound to charge in the sense of supplemental instruction 3. On this question of intention there is no basis in reason to distinguish between motor vehicles and other property. (97-P-2043 Appeals Court COMMONWEALTH v. RAUL GARCIA No. 97-P-2043. Suffolk. January 12, 1999. - March 15, 1999.) Cfr.: [www.lawyersweekly.com/mapps/1106299](http://www.lawyersweekly.com/mapps/1106299) -14/5/2001-

si conocía o creía que la cosa era un bien robado al momento de adquirirlo o en cualquier momento reconoció que era robado y privó a su dueño de su legítimo uso." Según lo señalado en Commonwealth v. Kronick, 196 Mass. 286, 288 (1907), y citado posteriormente en Commonwealth v. Peopcik, 251 Mass. 369, 371 (1925), Commonwealth v. Sandler, 368 Mass. 729, 740-741 (1975), y Commonwealth v. Settipane, 5 Mass. App. Ct. 645, 651 (1977).

El Código Penal modelo señala lo mismo respecto de la receptación (...) Las actuales "Instrucciones Modelo para los Jurados en las Cortes de Distrito" (1995) también se refieren al asunto. La instrucción 5.32 recomendada para el caso de receptación, reconoce que la intención de apropiarse es parte integral del delito. La instrucción modelo 5.321 en los casos de vehículos de motor, no contiene una instrucción suplementaria acerca del ánimo de apropiación, pero el juez está limitado por el sentido de la instrucción suplementaria 3. En este aspecto del ánimo, no hay fundamentos razonables para hacer una distinción entre vehículos de motor y otros bienes."

En los casos de **América Latina**, hago una resumida enumeración de las instituciones similares consagradas en los respectivos Códigos Penales. En lo que respecta a la parte sustantiva, salvo excepciones, me remito a lo previamente comentado sobre las instituciones en la legislación española, tanto en la parte histórica como en los preceptos vigentes del Código Penal, y los del anterior Código Penal, en cuyos principios y tenor literal encontraron su mayor inspiración, al igual que los nuestros, los legisladores hermanos.

En **México**, el Código Penal Federal contempla el delito de receptación entre los delitos de encubrimiento, en su Libro II, Título Vigésimo Tercero, del Encubrimiento y Operaciones con recursos de procedencia

ilícita. Las distintas formas de encubrimiento están señaladas en el artículo 400,<sup>470</sup> entre ellas, la receptación, mientras que en el artículo 400 bis, se contemplan, en general, hipótesis relacionadas con el lavado de dinero.

“Artículo 400. Se aplicará prisión de tres meses a tres años y de quince a sesenta días multa, al que:

I.- Con ánimo de lucro, después de la ejecución del delito y sin haber participado en éste, adquiera, reciba u oculte el producto de aquél a sabiendas de esta circunstancia.

Si el que recibió la cosa en venta, prenda o bajo cualquier concepto, no tuvo conocimiento de la procedencia ilícita de aquélla, por no haber tomado las precauciones indispensables para asegurarse de que la persona de quien la recibió tenía derecho para disponer de ella, la pena se disminuirá hasta en una mitad;

Para los efectos del párrafo anterior, los adquirentes de vehículos de

---

<sup>470</sup> Las formas de encubrimiento se señalan a partir del II, del mismo artículo 400:

II.- Preste auxilio o cooperación de cualquier especie al autor de un delito, con conocimiento de esta circunstancia, por acuerdo posterior a la ejecución del citado delito;

III.- Oculte al responsable de un delito, los efectos, objetos o instrumentos del mismo o impida que se averigüe;

IV.- Requerido por las autoridades, no dé auxilio para la investigación de los delitos o para la persecución de los delincuentes; y

V.- No procure, por los medios lícitos que tenga a su alcance y sin riesgo para su persona, impedir la consumación de los delitos que sabe van a cometerse o se están cometiendo, salvo que tenga obligación de afrontar el riesgo, en cuyo caso se estará a lo previsto en este artículo o en otras normas aplicables.

No se aplicará la pena prevista en este artículo en los casos de las fracciones III, en lo referente al ocultamiento del infractor, y IV, cuando se trate de:

a) los ascendientes y descendientes consanguíneos o afines;

b) el cónyuge, la concubina, el concubinario y parientes colaterales por consanguinidad hasta el cuarto grado, y por afinidad hasta el segundo; y

c) los que estén ligados con el delincuente por amor, respeto, gratitud o estrecha amistad derivados de motivos nobles.

El juez, teniendo en cuenta la naturaleza de la acción, las circunstancias personales del acusado y las demás que señala el artículo 52, podrá imponer en los casos de encubrimiento a que se refieren las fracciones I, párrafo primero y II a IV de este artículo, en lugar de las sanciones señaladas, hasta las dos terceras partes de las que correspondería al autor del delito; debiendo hacer constar en la sentencia las razones en que se funda para aplicar la sanción que autoriza este párrafo.

motor deberán tramitar la transferencia o regularización de vehículo, cerciorándose de su legítima procedencia.”

Con respecto a los fallos de los tribunales superiores mexicanos, es interesante revisar algunas de sus doctrinas.

El Segundo Tribunal Colegiado del Cuarto Distrito, conociendo de un recurso de Amparo directo, el 22 de febrero de 1989, expuso la siguiente doctrina. -Ponente: Leandro Fernández Castillo-. “De acuerdo con el artículo 411 del Código Penal de Nuevo León, el encubrimiento por receptación se configura cuando se adquiere o pignora la cosa robada a sabiendas, o si el agente omite tomar las precauciones, indispensables para asegurarse de que el vendedor era propietario y tenía derecho a disponer de ella. Ahora bien, aunque es verdad que no cabe racionalmente imponer al comprador ocasional de ciertos objetos la obligación de cerciorarse de su legítima procedencia precisamente mediante la exhibición de la factura o título de propiedad, también lo es que el adquirente debe recabar elementos que razonable y objetivamente hagan deducir que el vendedor está autorizado para disponer de la cosa sin que baste el simple dicho de este último para concluir que el comprador tomó las precauciones debidas.”<sup>471</sup>

El Tribunal Federal, en su Primera Sala, conociendo también de un recurso de Amparo, el 10 de Noviembre de 1982 -Ponente Raúl Cuevas Mantecón-, señaló que “Tratándose del delito de encubrimiento por receptación que tipifica el artículo 400, fracción II, del Código Penal Federal, aunque el inculpado no haya recibido las cosas en prenda, ni las haya adquirido por venta ni por cualquier otro título, su conducta es integrante del delito si obtuvo una comisión por la venta, al convertirse en adherente de la

---

<sup>471</sup> Cfr. [www.scjn.gob.mx/inicial.asp](http://www.scjn.gob.mx/inicial.asp) (17/06/2001) Instancia:Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: Semanario Judicial de la Federación Parte: III Segunda Parte-1 Tesis: Página: 326 ENCUBRIMIENTO POR RECEPTACION ( LEGISLACION DEL ESTADO DE NUEVO LEON) Amparo directo 761/88. Eduardo Galaviz Romero. 22 de febrero de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Leandro Fernández Castillo. Secretario: Abraham S. Marcos Valdés.

conducta del comprador, ya que la participación puede darse mediando preordenación expresa o tácita, y darse también por adherencia.”<sup>472</sup>

En un fallo del 26 de Agosto de 1970, -Ponente J. Ramón Palacios Vargas-, de la Sala Auxiliar del Tribunal Federal, aún se confundía la habitualidad con la participación y el delito de receptación. Señala que “La compra de objetos materia del delito de robo, ejecutada por una sola vez, puede integrar el tipo de encubrimiento por receptación, pero cuando la compra de referencia se reitera por tiempo indefinido con pleno conocimiento del adquirente sobre la procedencia de los objetos, se convierte en motor de la conducta del apoderamiento y puede legalmente considerársele como partícipe, ya que quien materialmente ejecuta el robo lo hace plenamente consciente de que obtendrá el fruto económico de su apropiación y el comprador se convierte en inductor.”<sup>473</sup>

Un problema similar, e igualmente criticable, se manifiesta en la siguiente doctrina, emanada de un Tribunal Colegiado de Circuito, - Ponente: Gonzalo Ballesteros Tena-, que no delimita correctamente la participación en un delito de el delito de receptación, ya que califica el mero conocimiento previo como participación, y en nada se refiere a la posible autoría mediata o a la participación como instigador. “Con independencia a que el procesado no se constituyó como autor material del delito de robo, sin embargo, en cuanto tenía conocimiento de su realización y, reiteradamente, esperaba y quería ese acontecimiento, puesto que sabía que de su consumación, obtendría una parte de su producto; ante ese panorama, es evidente que incurrió en una forma participativa de auxilio pasivo o por receptación, en

---

<sup>472</sup> Cfr. [www.scjn.gob.mx/inicial.asp](http://www.scjn.gob.mx/inicial.asp) (17/06/2001) Instancia: Primera Sala Fuente: Semanario Judicial de la Federación Parte: 163-168 Segunda Parte Tesis: Página: 50 ENCUBRIMIENTO POR RECEPTACION. PARTICIPACION DE QUIEN RECIBE COMISION POR LA VENTA. Amparo directo 6581/81. Herminio Cercos Pina. 10 de noviembre de 1982. Unanimidad de 5 votos. Ponente: Raúl Cuevas Mantecón.

<sup>473</sup> Cfr. [www.scjn.gob.mx/inicial](http://www.scjn.gob.mx/inicial) (17/06/2001) Instancia: Sala Auxiliar Fuente: Semanario Judicial de la Federación Parte: 20 Séptima Parte Tesis Página: 27 ROBO, ENCUBRIMIENTO POR RECEPTACION Y PARTICIPACION. Amparo directo 4262/65. Gustavo Valdez Valdez. 26 de agosto de 1970. Unanimidad de 5 votos. Ponente: J. Ramón Palacios Vargas

términos de la fracción VI del artículo 13 del Código Penal, ya que su culpable omisión comulgaba con la finalidad criminosa de los activos diversos, esto es, con el ánimo de apropiación y aprovechamiento del objeto del delito; y, sin que pueda estimarse que la conducta del inculpado se adecue a un tipo específico del delito de encubrimiento, ya que su interés apropiador, de parte de lo obtenido en el robo, evidentemente, lo vincula coparticipativamente en el apoderamiento ilícito.”<sup>474</sup>

En **Argentina**, la receptación es tratada como delito contra la Administración de Justicia, en el Libro Segundo del Código Penal, Título XI, Delitos Contra la Administración Pública, Capítulo XIII, del Encubrimiento, en los artículos 277 y siguientes.

Como cabe notar, la receptación es tratada entre las distintas hipótesis de favorecimiento, e incluso es común que sea denominada encubrimiento por la doctrina y la jurisprudencia, como especie de ese género, al disponer el legislador argentino su inclusión conjunta en un mismo capítulo.

El artículo 277 trata de las distintas formas de favorecimiento, real y personal, mientras que la receptación es tratada en el artículo 278, y se les suma en el capítulo el artículo 279, que trata de las excusas legales absolutorias.

---

<sup>474</sup> Cfr. [www.scjn.gob.mx/inicial](http://www.scjn.gob.mx/inicial) (17/06/2001) Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: Semanario Judicial de la Federación Parte: VII-Enero Tesis Página: 450 ROBO, AUXILIO PASIVO POR RECEPCION EN EL DELITO DE, Y NO AUTORIA MATERIAL POR EL DELITO DE ENCUBRIMIENTO. Amparo en revisión 234/90. José Luis Sánchez Garibay. 29 de junio de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Gonzalo Ballesteros Tena. Secretario: José Luis González Cahuantzin. Amparo directo 92/90. Fausto Ruiz Reyes. 28 de febrero de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Gonzalo Ballesteros Tena. Secretario: Juvenal Hernández Rivera. Amparo en revisión 324/89. Florentino Mejía Santiago. 11 de octubre de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Gonzalo Ballesteros Tena. Secretario: Juvenal Hernández Rivera. Octava Época, Tomo IV, Segunda Parte-1, página 487.

El criterio de distinción utilizado es el ánimo de lucro, y me remito a la discusión al respecto esbozada al tratar el tema en la legislación española.

Elemento distintivo es el objeto material, dinero cosas o efectos, lo que hace suponer la posibilidad de la receptación sustitutiva. Respecto al alcance de la expresión “efectos”, Creus la considera utilizada en sentido amplio, no restringido a los delitos contra el patrimonio, apoyándose en las opiniones de Soler y Fontán Balestra, y en contra de Núñez.<sup>475</sup>

Además, se señala que el origen puede ser de un delito cualquiera, no limitado a los delitos contra el patrimonio.

Por razones político criminales, las penas aplicables difieren grandemente, siendo el favorecimiento la figura considerada más grave, con penas que llegan, en su máximo, al triple que las de la receptación.

Respecto al bien jurídico, la Administración de Justicia, Breglia Arias y Gauna, destacan la autonomía del delito genérico de “encubrimiento”. Citan la doctrina que señala que “es delito nuevo aunque conexo con el principal” (CSJN 26/10/36, JA, 56-17) “Su autonomía hace que, absuelto el autor del hecho antecedente, pueda resultar condenado el encubridor” (JPBA, 6-615)<sup>476</sup> Millán señala, con firmeza, que “en el derecho argentino la receptación es un delito contra la administración y no contra el patrimonio. Cuanto digan los tratadistas en contrario, ha sido refutado en general, pero cabe repetir que la prevalencia que ha acordado la ley al resguardo de la

---

<sup>475</sup> Creus, Carlos, Reformas al Código Penal, Parte Especial, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1985, pp. 179 y ss. “El texto actual replantea la cuestión de determinar qué debe entenderse en él por los efectos sustraídos. Sobre ello, algunos han proporcionado una interpretación amplia; así SOLER nos dice (Derecho Penal, t. V, p. 287) que “con esta expresión impropia se hace referencia a toda clase de apoderamientos de cosas muebles y efectos, y no sólo al que se logra mediante sustracción...es indiferente que se trate de una cosa robada, estafada, indebidamente retenida, obtenida por extorsión, e incluso por medio de un delito que no sea directamente contra la propiedad, como el cohecho, siempre que la cosa haya sido obtenida mediante un delito por efecto del cual aquélla haya sido sustraída a la esfera de custodia en que legítimamente se hallaba” “También parece ser ésta la tesis de Fontán Balestra, Derecho Penal, Parte Especial, p. 503.” (Creus, ob. cit., p. 180, nota 469) (En contra, Núñez, Derecho Penal, t. VII, p. 185., Cfr. Creus, ob. cit., p. 180, nota 470)

<sup>476</sup> Breglia Arias, Omar, y Gauna, Omar R., Código Penal y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1985, p. 951.



administración decide la polémica, por más que sea innegable la defensa del patrimonio, como bien subsidiariamente tutelado.”<sup>477</sup>

Art. 277. Será reprimido con prisión de tres meses a seis años, el que sin promesa anterior al delito, cometiere después de su ejecución, algunos de los hechos siguientes:

1.-) ayudare a alguien a eludir las investigaciones de la autoridad o sustraerse a la acción de ésta, u omitiere denunciar el hecho estando obligado a hacerlo.

2.-) procurare o ayudare a alguien a procurar la desaparición, ocultamiento o alteración de los rastros, pruebas o instrumentos del delito, o a asegurar el producto o el provecho del mismo.

3.-) adquiriere, recibiere u ocultare dinero, cosas o efectos que sabía provenientes de un delito, o interviniere en su adquisición, recepción u ocultamiento con el fin de lucro. Si el autor hiciere de ello una actividad habitual la pena se elevará al doble. (Texto conforme la reforma de la ley 23.468)

Art. 278. El que, con fin de lucro, adquiriere, recibiere u ocultare dinero, cosas o efectos que de acuerdo con las circunstancias debía sospechar provenientes de un delito, será reprimido con prisión de tres meses a dos años. Si el autor hiciere de ello una actividad habitual, la pena se elevará al doble. (Texto conforme la reforma de la ley 23.468)

Art. 279. Están exentos de pena los que hubieren ejercitado un hecho de los previstos en los incisos 1 y 2 del artículo 277 a favor del cónyuge, de un pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o el segundo de afinidad, de un amigo íntimo o de una persona a la que debiesen especial gratitud. La exención de pena a que se refiere el párrafo anterior no se aplicará al que haya ayudado a asegurar el producto o el provecho del delito

---

<sup>477</sup> Millán, Alberto S., El delito de Encubrimiento, Ed. Abeledo-Perrot, 1970, p. 153.

o al que haya obrado por precio. (Texto conforme la reforma de la ley 23.486)

Respecto del ánimo de lucro en la receptación, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo criminal y correccional, en un fallo del año 1992, ha señalado que “el ánimo de lucro requerido por el artículo 278 del Código Penal se evidencia al haber sido detenido el imputado cuando trataba de enajenar los bienes de procedencia ilícita a un precio muy superior al que había pagado, y en cuanto al aspecto subjetivo basta con que las circunstancias obligaran al autor a presumir el origen ilícito de las cosas, porque la citada figura penal puede darse tanto a título de dolo eventual como de culpa, ya que la ley castiga la temeridad y el desprecio voluntario en el intercambio comercial.”<sup>478</sup>

Refiriéndose al dolo eventual, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo criminal y correccional, en un fallo del año 1994, señaló que “la figura del artículo 278 del Código Penal es un tipo que exige el dolo eventual dirigido a lograr un lucro aunque pudiera pensarse que el origen de los objetos adquiridos no es lícito, por lo que se ha tipificado cuando la procesada compró copias de videocasetes que debió presumir de origen ilegítimo, ya que, las irregularidades que traían eran más que obvias, como ser la falta de etiquetas, falta de subtítulo, no-concordancia con el título externo, etc.”<sup>479</sup>

Contestando la misma Corte a la primera sentencia citada, respecto a la culpa, un fallo de 1994 señala que “la figura de encubrimiento prevista en el artículo 278 del Código Penal, no se perfecciona con culpa, pues es obvio que el tipo requiere cuando menos de dolo eventual, tal y como lo permite afirmar el contenido que otorga la lengua castellana a la acción de “sospechar”, esto es, aprehender o imaginar una cosa por conjeturas

---

<sup>478</sup> 27/04/2001, [legislaw.com.ar/juris/cncc1992.html](http://legislaw.com.ar/juris/cncc1992.html), C.N. Crim Sala IV (Def) Valdovinos, Campos, Escobar (Sent “LL”, sec. 41) c. 40.758, OKUN, Mario Rta. 17/3/92.

<sup>479</sup> 27/04/2001, [ulpiano.com/Jinstruccion31/inicio.html](http://ulpiano.com/Jinstruccion31/inicio.html), C.N. Crim. Sala I (Def) Donna, Rivarola, Tozzini (Sent “P”, sec. 16) c. 43.499, MEDINA, Angélica C. Rta. 8/6/94.

fundadas en apariencias o visos de verdad.”<sup>480</sup>

Respecto al sujeto activo, es interesante la postura de Breglia Arias y Gauna, que señalan “puede ser cualquiera que no sea autor, o cómplice, o coautor. Incluso puede ser la víctima.”<sup>481</sup> (el subrayado es mío)

Respecto a la forma de comisión, Breglia Arias y Gauna señalan que “la hipótesis...en el caso de compra de objetos sustraídos...no finca en la simple adquisición de mala fe, sino que requiere, para que la acción de la justicia se vea perturbada por esa conducta, que el origen delictuoso de la cosa sea conocido por el sujeto. Pero una compra irregular, teniendo en cuenta el bajo precio de adquisición de la cosa y la calidad de comerciante en el ramo, del acusado, no debe llevar a afirmar la existencia de dicho delito, porque ello equivaldría a confundir la sospecha o el deber de sospecha con la prueba del conocimiento del origen (CNCrim Corr, Sala V, 25/6/68)”<sup>482</sup>

Contra esta opinión, pesa la de Creus, al referirse a la receptación de cosas de procedencia sospechosa, “que muchos, erróneamente, consideraron como culposa”.<sup>483</sup>

En **Bolivia**, el Código Penal, incluye el delito de Receptación junto con el de Encubrimiento en su Libro II, Título III, de los “Delitos contra la función judicial”, en el Capítulo I, de los “Delitos contra la actividad judicial”.<sup>484</sup>

---

<sup>480</sup> 27/04/2001, [ulpiano.com/Jinstruccion31/inicio.html](http://ulpiano.com/Jinstruccion31/inicio.html), C.N. Crim., Sala I (Def) Tozzini, Donna, Rivarola (Sent. “P” sec. 17) c. 43.725, BIANCHI, Rolando M y otro Rta. 14/9/94.

<sup>481</sup> Breglia Arias y Gauna, ob. cit., p. 953. (Pero, dicen “tiene que ser un acto positivo” y refiriéndose al encubrimiento en sentido estricto, “negarse a dar el nombre del atacante no configura este delito”)

<sup>482</sup> Breglia Arias y Gauna, ob. cit., pp. 954 y ss., nota 15.

<sup>483</sup> Creus, Carlos, Reformas al Código Penal, Parte Especial, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1985, p. 179.(obviamente se refiere a la discusión previa a esta última reforma, y al texto de la Ley 21.338, reformado por la Ley 23.077)

<sup>484</sup> También trata otras materias relacionadas, entre ellas, del lavado de dinero, y lo más interesante, de la responsabilidad penal y administrativa por omisiones o negligencia en el cumplimiento de las obligaciones señaladas por la ley. Capítulo III: Régimen penal y administrativo de la legitimación de ganancias ilícitas. artículo 185 bis.- (legitimación de

Artículo 171.- (Encubrimiento).- El que después de haberse cometido un delito, sin promesa anterior, ayudare a alguien a eludir la acción de la justicia u omitiere denunciar el hecho estando obligado a hacerlo, incurrirá en reclusión de seis meses a dos años.

Artículo 172.- (Receptación).- El que después de haberse cometido un delito ayudare a alguien a asegurar el beneficio o resultado del mismo o recibiere, ocultare, vendiere o comprare a sabiendas los instrumentos que sirvieron para cometer el delito o las cosas obtenidas por medios criminosos, será sancionado con reclusión de seis meses a dos años.

---

ganancias ilícitas).- El que adquiriera, convierta o transfiera bienes, recursos o derechos, que procedan de delitos vinculados al tráfico ilícito de sustancias controladas, de delitos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones o de delitos cometidos por organizaciones criminales, con la finalidad de ocultar o encubrir su naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o propiedad verdadera, será sancionado con presidio de uno a seis años y con multa de cien a quinientos días.

Este tipo penal se aplicará a las conductas descritas previamente, aunque los delitos de los cuales proceden las ganancias ilícitas hayan sido cometidos total o parcialmente en otro país, siempre que esos hechos sean considerados delictivos en ambos países.

Artículo 185 ter.- (Régimen administrativo de la legitimación de ganancias ilícitas): Créase la Unidad de Investigaciones Financieras, la que formará parte de la estructura orgánica de la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras. El Poder Ejecutivo, mediante Decreto Supremo, establecerá su organización, atribuciones, la creación de unidades desconcentradas en el sistema de regulación financiera, el procedimiento, la forma de transmisión y el contenido de las declaraciones que se le envíen, el régimen de infracciones administrativas y los procedimientos para la imposición de sanciones administrativas. Las entidades financieras y sus directores, gerentes, administradores o funcionarios que contravengan las obligaciones establecidas en el Decreto Supremo reglamentario, se harán pasibles a la imposición de las sanciones administrativas establecidas en las normas legales que regulan el sistema financiero. Los directores, gerentes, administradores o funcionarios encargados de denunciar posibles casos de legitimación de ganancias ilícitas a la Unidad de Investigaciones Financieras estarán exentos de responsabilidad administrativa, civil y penal, siempre que la denuncia cumpla las normas establecidas en el decreto reglamentario.

La máxima autoridad ejecutiva de la Unidad de Investigaciones Financieras sustanciará la determinación de la responsabilidad administrativa y el Superintendente aplicará las sanciones consiguientes, sujetándose al régimen legalmente establecido. Para determinar la sanción que corresponda, se tomará en cuenta la gravedad del incumplimiento y el grado de participación y de culpabilidad de los sujetos responsables. En estos casos, el régimen de impugnaciones y recursos de sus resoluciones, se sujetará a lo establecido por ley.

Las entidades financieras y sus órganos, no podrán invocar el secreto bancario cuando los agentes de la Unidad de Investigaciones Financieras requieran información para el adecuado cumplimiento de sus funciones. La información obtenida por la Unidad de Investigaciones Financieras sólo podrá ser utilizada a objeto de investigar la legitimación de ganancias ilícitas.

Quedará exento de pena el que encubriere a sus ascendientes, descendientes o consorte.

En **Uruguay**, la receptación es tratada en el Título XIII, entre los Delitos contra la propiedad, en el Capítulo III, de los Delitos contra la propiedad mueble mediante engaños, en el que se trata principalmente la estafa.

Artículo 350 bis. (Receptación) El que, después de haberse cometido un delito, sin concierto previo a su ejecución, con los autores, coautores o cómplices, con provecho para sí o para un tercero, adquiera, reciba u oculte dinero o efectos provenientes de un delito, o de cualquier manera interviniere en su adquisición, recepción u ocultamiento, será castigado con pena de seis meses de prisión a diez años de penitenciaría.

Se consideran agravantes del delito:

1. Que los efectos se reciban para su venta.
2. Que el agente hiciera de esta actividad su vida usual.

En la legislación de **Paraguay**, la receptación es tratada en el artículo 195 del Código Penal con la denominación de “reducción”, en el Libro II, Título II, Capítulo IV, Hechos Punibles contra la Restitución de los Bienes. En este capítulo se incluyen, además, los distintos tipos de favorecimiento, en su artículo 194, y los tipos de lavado de dinero, en el artículo 196.

Artículo 195.- Reducción

1º El que con la intención de obtener para sí o para otro un beneficio patrimonial indebido, recibiera la posesión de una cosa obtenida mediante un hecho antijurídico contra el patrimonio ajeno, la proporcionara a un tercero, lograra su traspaso de otro a un tercero o ayudara en ello, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa.

2º Se aplicará en lo pertinente lo dispuesto en los artículos 171 y 172.

3º En estos casos, será castigada también la tentativa.

4º Cuando el autor actuara:

1. comercialmente;
2. como miembro de una banda formada para la realización continuada de hurtos, robos o reducciones, la pena privativa de libertad podrá ser aumentada hasta diez años. Se aplicará además lo dispuesto en los artículos 57 y 94.

En la legislación de **Perú**, la receptación es tratada en el Capítulo IV del Libro II del Código Penal de 1991.

Señala su artículo 194º.- El que adquiere, recibe en donación o en prenda o guarda, esconde, vende, o ayuda a negociar un bien de cuya procedencia delictuosa tenía conocimiento o debía presumir que provenía de un delito, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años y con treinta a noventa días-multa.

También es castigada en los delitos aduaneros, luego de la promulgación de la ley 26.461, de 2 de junio de 1995, en su artículo 6º, dentro del Capítulo III:

Artículo 6º.- El que adquiere o recibe en donación o en prenda o almacena o esconde o ayuda a negociar bienes, cuyo valor supere las cuatro unidades impositivas tributarias, de cuya procedencia delictuosa tenía conocimiento o se comprueba que debía presumir que provenía de los delitos contemplados en esta Ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de siete años y con ciento ochenta a trescientos sesentaicinco días-multa.<sup>485</sup>

---

<sup>485</sup> Es interesante este fallo de la SALA PENAL, R.N. No 693-99, PUERTO MALDONADO, CUSCO - MADRE DE DIOS, que transcribo parcialmente para su adecuada inteligencia.

Doctrina: El comportamiento delictivo en el delito de receptación consiste en adquirir, recibir en donación o en prenda, guardar, esconder, vender o ayudar a negociar un bien de cuya procedencia delictuosa se tenía conocimiento o se debía presumir que provenía de un delito; que asimismo, es presupuesto del delito de receptación, el que se haya cometido un

En **Colombia**, se contempla el delito de receptación, legalización u ocultamiento de bienes provenientes de actividades ilegales, en los términos del tipo penal descrito en el artículo 31 de la Ley 190 de 1995 (Estatuto Anticorrupción), que modificó el artículo 177<sup>486</sup> del Código Penal. Cabe señalar que este artículo está incluido en los delitos contra la Administración de Justicia, en el Capítulo IV, Título IV, del Libro Segundo del Código Penal.

Artículo 177. Receptación, legalización y ocultamiento de bienes provenientes de actividades ilegales. El que fuera de los casos de concurso en el delito oculte, asegure, transforme, invierta, transfiera, custodie,

---

delito anterior, dado que se exige que el bien sobre el que recae la receptación proceda de un delito.

Lima, veintidós de abril de mil novecientos noventinueve.

(...)que, de otro lado, se imputa al acusado Simón Araoz Inquilla, el delito contra el Patrimonio -receptación-, en agravio de Lucía Apaza Apaza, en razón a que el día veintisiete de setiembre de mil novecientos noventa y siete, adquirió de su coacusado Jorge Teddy Silva Chumbe, el vehículo menor -Motokar de placa de rodaje MV- setenticinco veintiuno, de propiedad de este último, por la suma de mil doscientos dólares americanos, el cual se encontraba bajo posesión en calidad de depositario judicial, al haberlo dispuesto así la autoridad judicial, debido a que dicho vehículo había sido utilizado para perpetrar el ilícito penal en contra de la agraviada Lucía Apaza Apaza; que, el comportamiento delictivo del delito de receptación consiste en adquirir, recibir en donación o en prenda, guardar, esconder, vender o ayudar a negociar un bien de cuya procedencia delictuosa se tenía conocimiento o se debía presumir que provenía de un delito; que, asimismo, es presupuesto del delito de receptación, el que se haya cometido un delito anterior, dado que se exige que el bien sobre el que recae la recepción proceda de un delito; que, en el caso de autos la conducta realizada por el acusado Simón Araoz Intiquilla, es atípica, puesto que si bien es cierto que ha adquirido el vehículo antes mencionado, también lo es que el mismo no procedía de la comisión de ningún hecho delictuoso, sino que era de propiedad del procesado Silva Chumbe, lo que se acredita con la Tarjeta de Propiedad que en copia debidamente legalizada obra a fojas quince del incidente de embargo; que, ello amerita la absolución de Simón Araoz Inquilla, de la acusación fiscal por el delito de receptación, de conformidad con lo dispuesto por el artículo doscientos ochenticuatro del Código de Procedimientos Penales: declararon ...HABER NULIDAD en la propia sentencia, en cuanto condena a ... Simón Araoz Intiquilla, por el delito contra el Patrimonio -receptación-, en agravio de Lucía Apaza Apaza, a dos años de pena privativa de la libertad, suspendida en su ejecución por el mismo plazo de prueba; ... ABSOLVIERON a ... Simón Araoz Intiquilla, de la acusación fiscal, por el delito contra el Patrimonio -receptación-, en agravio de Lucía Apaza Apaza; MANDARON archivar definitivamente el proceso en cuanto a este extremo se refiere, y de conformidad con lo establecido por el Decreto Ley número veinte mil quinientos setentinueve: DISPUSIERON la anulación de sus antecedentes policiales y judiciales generados como consecuencia del citado ilícito; declararon NO HABER NULIDAD en lo demás que dicha sentencia contiene; S.S. MONTES DE OCA BEGAZO, ALMENARARA BRYSON, SIVINA HURTADO, ROMAN SANTISTEBAN, VASQUEZ CORTEZ.

<sup>486</sup> El texto anterior a la reforma del artículo 177, vigente hasta 1995, era el siguiente:

Art. 177. Receptación. El que fuera de los casos de concurso en el delito, oculte o ayude a ocultar o a asegurar el objeto material o el producto del mismo, o lo adquiera o enajene, incurrirá en prisión de seis (6) meses a cinco (5) años y multa de un mil a cien mil pesos. (Cfr. García Agudelo, Ernesto, Código Penal y Código de Procedimiento Penal, 2ª Ed., Ed. Librería Jurídica Wilches, Bogotá, 1991, p. 81.)

transporte, administre o adquiera el objeto material o el producto del mismo o les dé a los bienes provenientes de dicha actividad apariencia de legalidad o los legalice, incurrirá en pena de prisión de tres (3) a ocho (8) años, siempre que el hecho no constituya delito sancionado con pena mayor.

La pena imponible será de cuatro (4) a doce (12) años de prisión si el valor de los bienes que constituye el objeto material o el producto del hecho punible es superior a mil (1000) salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la consumación del hecho.

La pena imponible con base en los incisos anteriores se aumentará de la mitad (1/2) a las tres cuartas (3/4) partes en los siguientes casos:

1. Si los bienes que constituyen el objeto material o el producto del hecho punible provienen de los delitos de secuestro, extorsión, o de cualquiera de los delitos a que se refiere la Ley 30 de 1986.

2. Cuando para la realización de la o las conductas se efectúen operaciones de cambio o de comercio exterior o se introduzcan mercancías al territorio aduanero nacional o se celebren contratos con personas sujetas a la inspección, vigilancia o control de las Superintendencias Bancaria o de Valores.

3. Si la persona que realiza la conducta es importador o exportador de bienes o servicios, o es director, administrador, representante legal, revisor fiscal u otro funcionario de una entidad sujeta a la inspección, vigilancia o control de las Superintendencias Bancaria o de Valores, o es accionista o asociado de dicha entidad en una proporción igual o superior al diez por ciento (10%) de su capital pagado o del valor de los aportes cooperativos.

Es destacable que la característica del nuevo texto legal es la inclusión, en un mismo artículo, de la receptación y las llamadas “formas impropias” de ésta.



El bien jurídico continúa siendo la correcta Administración de Justicia, mientras que el objeto material puede ser, en general, cualquier bien producto de un ilícito, y no necesariamente un delito contra el patrimonio, incluyendo los delitos de secuestro y extorsión, además del lavado de dinero en sus diversas formas.

En **Venezuela**, el Código Penal, en su Libro II, Capítulo V, artículo 472, trata de la receptación, bajo el encabezado “Del aprovechamiento de cosas provenientes de delito “.

Esta figura se enmarca en la tendencia contemporánea de ampliar el objeto material al proveniente de cualquier delito, aunque mantiene “la referencia” a objeto de fijar la pena correspondiente.

Artículo 472.- El que fuera de los casos previstos en los artículos 255, 256, 257 y 258 adquiere, recibe o esconde dinero o cosas provenientes de delito o en cualquier forma se entromete para que se adquieran, reciban o escondan dichos dinero o cosas, sin haber tomado parte en el delito mismo, será castigado con prisión de tres meses a un año.

Si el dinero o las cosas provienen de un delito castigado con pena restrictiva de la libertad individual por un tiempo mayor de treinta meses, el culpable será castigado con prisión de seis meses a dos años.

En los casos previstos en las anteriores disposiciones, la prisión no podrá exceder de la mitad de la pena establecida para el delito de que provengan las cosas.

Si el culpable ejecuta habitualmente los hechos que se castigan en este artículo, la prisión será de uno a tres años en el primer caso aquí previsto, y de dieciocho meses a cinco años en el segundo.

En **Ecuador**, el Código Penal contempla la figura llamada “receptación real” en su artículo 569.

Art. 569.- Los que hubieren ocultado en todo o en parte, las cosas robadas, hurtadas u obtenidas mediante un delito para aprovecharse de ellas, serán reprimidos con prisión de seis meses a cinco años y multa de cuarenta a cien sucres.

Respecto al bien jurídico de esta figura, Zavala Barquerizo, siguiendo el tradicional punto de vista del animus, confundiendo el concepto de dominio civil con los de propiedad y patrimonio penal, señala que “es contra la propiedad, porque se pretende que el propietario pierda definitivamente el dominio que tiene sobre la cosa”.<sup>487</sup>

Respecto a la forma de comisión, el mismo Zavala señala que es “estructuralmente doloso, es decir, el agente debe tener conciencia que las cosas que oculta, total o parcialmente, provienen de un delito. No es concebible, dentro de nuestra legislación, la receptación culposa.”<sup>488</sup>

Cabe destacar, respecto del delito de receptación en Ecuador, que éste se encuentra tipificado como un delito de aprovechamiento de cualquier ilícito, no sólo de los delitos contra la propiedad.

En **Panamá**, se reformó el Código Penal de 1982 por Ley N° 23 de 30 de Diciembre de 1986, sobre delitos relacionados con el tráfico de drogas, incluyéndose en su Artículo 14: Agréguese el artículo 263 E al Código Penal, así: Artículo 263 E: El que, después de cometido un delito relacionado con droga, sin haber participado en él, oculte, adquiera o reciba dinero, valores u objetos y que sabía pertenecían o eran producto directo de dicho delito, o de cualquier otro modo intervenga en su adquisición, receptación u ocultación, será sancionado con prisión de dos (2) a ocho (8) años y de cien (100) a

---

<sup>487</sup> Zavala Barquerizo, Jorge, Delitos contra la propiedad, Tomo III -Defraudaciones-, Ed. Edino, Guayaquil, Ecuador, 1992, pp. 64 y ss.

doscientos cincuenta (250) días multa. La sanción se agravará de una tercera parte a la mitad, si el autor realiza profesionalmente estos hechos. Cabe señalar que el tipo básico de la receptación se incluye en el ámbito de los delitos contra la Administración de Justicia, en el Capítulo V, Título XI, del Libro Segundo, artículo 364.

En **Brasil**, su Código Penal<sup>489</sup> se refiere a la Receptación en el Capítulo VII, en el Título II, “De los crímenes contra el patrimonio”, en los artículos 180 y siguientes.<sup>490</sup>

“Receptación. Art. 180 - Adquirir, recibir, transportar, conducir u ocultar, en provecho propio o ajeno, una cosa que se sabe es producto de un crimen, o influir para que un tercero, de buena fe, la adquiriera, reciba u oculte. Pena- reclusión de 1 (uno) a 4 (cuatro) años, y multa.

---

<sup>488</sup> Zavala Barquerizo, ob. cit., p. 72.

<sup>489</sup> Este texto corresponde al Decreto-Ley nº 2.848 de 07.12.1940 modificado por la Ley nº 9.777 de 26/12/98.

<sup>490</sup> Código Penal Brasileiro Decreto-Lei nº 2.848 de 07.12.1940 alterado pela Lei nº 9.777 em 26/12/98

Título II Dos Crimes Contra o Patrimônio Capítulo VII - Da Receptação

Receptação

Art. 180 - Adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto de crime, ou influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte.

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Receptação qualificada

§ 1º - Adquirir, receber, transportar, conduzir, ocultar, ter em depósito, desmontar, montar, remontar, vender, expor à venda, ou de qualquer forma utilizar, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, coisa que deve saber ser produto de crime: Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa.

§ 2º - Equipara-se à atividade comercial, para efeito do parágrafo anterior, qualquer forma de comércio irregular ou clandestino, inclusive o exercício em residência.

§ 3º - Adquirir ou receber coisa que, por sua natureza ou pela desproporção entre o valor e o preço, ou pela condição de quem a oferece, deve presumir-se obtida por meio criminoso: Pena - detenção, de 1 (um) mês a 1 (um) ano, ou multa, ou ambas as penas.

§ 4º - A receptação é punível, ainda que desconhecido ou isento de pena o autor do crime de que proveio a coisa.

§ 5º - Na hipótese do § 3º, se o criminoso é primário, pode o juiz, tendo em consideração as circunstâncias, deixar de aplicar a pena. Na receptação dolosa aplica-se o disposto no § 2º do art. 155. § 6º - Tratando-se de bens e instalações do patrimônio da União, Estado, Município, empresa concessionária de serviços públicos ou sociedade de economia mista, a pena prevista no caput deste artigo aplica-se em dobro.

## Receptación calificada

§ 1º - Adquirir, recibir, transportar, conducir, ocultar o tener en depósito, desmontar, armar, rearmar, vender, exponer para la venta, o de cualquier forma utilizar, en provecho propio o ajeno, en el ejercicio de una actividad comercial o industrial, una cosa que se sabe es un producto de un crimen: Pena- reclusión, de 3 (tres) a 8 (ocho) años, y multa.

§ 2º - Se considera equivalente a una actividad comercial, para efectos del párrafo anterior, cualquier forma de comercio irregular o clandestino, incluso el ejercido en el lugar de residencia.

§ 3º - Adquirir o recibir una cosa que, por su naturaleza, o por la desproporción entre su valor y/o precio, o por las condiciones en que se ofrece, debe presumirse obtenida por medio delictual: Pena- detención de 1 (un) mes a 1 (un) año, o multa, o ambas en forma conjunta.

4º - La receptación es punible aunque se desconozca, o esté exento de pena, el autor del crimen del que proviene la cosa.

§ 5º - En el caso de la hipótesis del § 3º, si el delincuente es primerizo, puede el juez, atendidas las circunstancias, no aplicar la pena. En la receptación dolosa, se aplica lo dispuesto en el § 2º del art. 155.

§ 6º - Tratándose de bienes o patrimonio de la Unión, del Estado, de los Municipios, empresa concesionaria de servicios públicos o sociedad mixta, las penas previstas en este capítulo se aplicarán dobladas.”

De la Jurisprudencia brasileña, que es prolífica en materias relacionadas con la receptación, que se elevan con frecuencia a sus tribunales superiores, acompaño algunos ejemplos.

Con respecto al dolo, un fallo reciente de la Quinta Sala del Tribunal Supremo Federal, -Relator Ministro Félix Fischer-, del 8 de Mayo de 2001, a propósito de un recurso de Habeas Corpus, ha señalado que “el tipo subjetivo del delito contemplado en el art. 180, §1st, CP, es de dolo

eventual”.<sup>491</sup>

Incluso se acepta la realización culposa del delito de receptación, como lo señala el fallo de la Segunda Sala del Tribunal Supremo Federal del 17 de Noviembre de 1998 -Relator Ministro Mauricio Correa-.<sup>492</sup>

Respecto del momento de la consumación, éste “ocurre con la efectiva adquisición, recepción u ocultamiento de la cosa”, como señala el fallo del Tribunal Supremo Federal del 26 de marzo de 2001 -Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca-.<sup>493</sup>

Sobre la misma materia, el momento de la consumación, importante respecto de la competencia, se remarca en un fallo de 10 de mayo de 2000 -Relator Min. Jorge Scartezzini-, que debe existir la efectiva disponibilidad del bien.<sup>494</sup>

---

<sup>491</sup> Cfr. [www.stj.gov.br/jurisprudencia](http://www.stj.gov.br/jurisprudencia) (14/06/2001) Relator: Min. Felix Fischer (1109) Data da decisão 08/05/2001 Orgão julgador T5 - Quinta Turma ementa processual penal. Habeas Corpus. Receptação qualificada e sonegação de documentos. Desclassificação. Absolvição. Exacerbação da pena-base. Fundamentação.

III - O tipo subjetivo do delito previsto no art. 180, §1º, CP, é o dolo eventual, razão pela qual não prospera o pedido de desclassificação para o crime previsto no §3º do referido artigo. Writ parcialmente conhecido, e nesta parte, parcialmente deferido.

<sup>492</sup> Cfr. [www.stj.gov.br/jurisprudencia](http://www.stj.gov.br/jurisprudencia) (14/06/2001) 2. O crime de receptação culposa, considerado infração penal de menor potencial ofensivo, para os efeitos da Lei dos Juizados Especiais Criminais, comporta apreciação pelo Ministério Público acerca da aplicabilidade do sursis processual (artigo 61 c/c o artigo 89 da Lei nº 9.099/95).

<sup>493</sup> Cfr. [www.stj.gov.br/jurisprudencia](http://www.stj.gov.br/jurisprudencia) (15/06/2001) CC 26642/MG; Conflito de competência (1999/0060005-3) dj data:26/03/2001 pg:00363min. José Arnaldo da Fonseca (1106) 14/02/2001s3 - Terceira seção Conflito de competência. Processual penal. Receptação. Apuratório em vários inquéritos. São Paulo e cidades circunvizinhas. É certo que na receptação sua consumação ocorre com a efetiva aquisição, recebimento ou ocultação da coisa, firmando-se a competência por tal lugar.

<sup>494</sup> Cfr. [www.stj.gov.br/jurisprudencia](http://www.stj.gov.br/jurisprudencia) (15/06/2001) CC 20753/SP; Conflito de Competencia (1997/0072356-9) DJ data: 19/06/2000 PG:00107 Relator: Min. Jorge Scartezzini (1113) 10/05/2000 S3 - Terceira seção processo penal-receptação-competência-local de efetiva consumação.

- Na receptação - crime material (positivação necessária do resultado como característica do tipo penal) - sua consumação ocorre com a efetiva aquisição, recebimento ou ocultação da coisa, produto de crime anterior. Necessariamente, há que existir a disponibilidade do bem. Em sendo desconhecida a autoria do crime anterior, firma-se a competência pelo lugar da consumação do delito de receptação.- Doctrina citada: Obra: Código Penal Comentado, 3ª ed., p. 328 Autor: Celso Delmanto. Obra: Direito Penal, v. 2, p. 488 Autor: E. Magalhães Noronha.

## Capítulo 8

### EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

#### -Estudio del bien jurídico protegido en el delito de receptación y toma de postura-

##### A. Cuestiones previas y teoría del bien jurídico

El Derecho Penal aspira, en primer lugar, y entre otros fines, a la protección de bienes jurídicos. Los tipos penales, por tanto, deben responder a esta aspiración primaria con precisión. Tras el concepto de bien jurídico se encuentra implícito el principio fundamental de lesividad,<sup>495</sup> expresión de la necesidad de que exista una afectación real, como lesión o peligro concreto, ya que éste cumple una función de garantía en el moderno Estado liberal y democrático de Derecho. Con la teoría del bien jurídico se pretende dar razón, fundamento a la intervención estatal, y por ello mismo, se apunta “hacia los problemas de la génesis y legitimación de la norma penal”.<sup>496</sup>

Cuando me refiero al concepto de bien jurídico como criterio político criminal y como instrumento de interpretación y análisis, hoy en día prevalecen en la doctrina dos corrientes de opinión. Por un lado, están las teorías de corte constitucionalista, que buscan situar el bien jurídico como límite al ius puniendi del Estado dentro de los parámetros de la Constitución.<sup>497</sup> Por otro lado, existen corrientes que propugnan una visión

---

<sup>495</sup> Cfr. Mera Figueroa, Jorge, Derechos Humanos en el Derecho Penal chileno, Ed. Jurídica Conosur, Santiago, 1998, pp. 147 y ss.

<sup>496</sup> Bustos Ramírez, Juan, Los bienes jurídicos colectivos (repercusiones de la labor legislativa de Jiménez de Asúa en el Código Penal de 1932), en Estudios de Derecho Penal en homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa, Monográfico II, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1986, p. 150.

<sup>497</sup> Entre los más connotados se encuentran, con apreciables diferencias, Roxin, Mir Puig, Rudolphi, Otto, y González Rus.

sociológica de la realidad, y elaboran sus conceptos a partir de ella.<sup>498</sup>

En ambos casos, y de manera general, por las diferencias conceptuales entre estas corrientes, y entre quienes las sostienen, se trata de cumplir con la exigencia de que el Derecho Penal intervenga exclusivamente para la protección de bienes jurídicos, como garantía fundamental del Derecho Penal contemporáneo.

Para Silva Sánchez, esta garantía es la manifestación de la confluencia de diversos principios garantísticos. En primer lugar, la intervención del Derecho Penal ha de ser proporcionada, “en aras de la protección de las condiciones fundamentales de la vida en común y para evitar ataques especialmente graves dirigidos contra las mismas. De ahí que, según esto último, el principio de fragmentariedad (protección fragmentaria de bienes jurídicos) también pueda concebirse como una derivación del principio de proporcionalidad. Por otro lado, hay principios utilitaristas, como el de necesidad y utilidad de la intervención penal (intervención mínima)”.<sup>499</sup>

Siguiendo estas ideas, y claramente en una posición que reconoce la influencia social, en el contenido del bien jurídico, y como uno de los fines perseguidos por el Derecho Penal, ya esboqué algunos conceptos,<sup>500</sup> que requieren mayores precisiones.

Los bienes jurídicos, además de ser tangentes con el marco dogmático, están “en roce” con él. Con esta afirmación no me refiero solamente a la cualidad de producir “ruido” al contacto de superficies de distintas calidades y en dinámicas diferentes. Estoy haciendo mención a la influencia recíproca, a los grados de tensión dinámica, de riesgo de agresión

---

<sup>498</sup> Entre los más connotados se encuentran, con apreciables diferencias, Muñoz Conde, Hassemer (con fuerte críticas sobre el alcance y validez del bien jurídico, con su concepto “personal” del bien jurídico. Ver Introducción a la criminología y el Derecho Penal, Hassemer, Winfried y Muñoz Conde, Francisco, ob. cit., pp. 111 y ss.), Bustos Ramírez, y Amelung.

<sup>499</sup> Silva Sánchez, Jesús-María, Aproximación al Derecho Penal contemporáneo, ob. cit., p. 267.

<sup>500</sup> Supra, Cap. 1.

presentes en una relación. Los bienes jurídicos son portadores de las valoraciones garantísticas, por esencia cambiantes y crecientes en una sociedad democrática, y con ellas traspasan el marco dogmático, lo permeabilizan en el roce, actualizándolo con la materialidad que contienen.

A partir de este punto de vista, material, con contenido social del bien jurídico, y que se mueve entre los límites señalados por los principios fundamentales del Derecho Penal, es desde donde se debe examinar la problemática del bien jurídico protegido en el delito de receptación.

## **B. El bien jurídico protegido en el delito de receptación**

Ya he mencionado que el derecho penal aspira, en primer lugar, a la protección de bienes jurídicos. Por eso, en la averiguación de los sentidos posibles de la ley cobra importancia el conocimiento del bien jurídico protegido y del ámbito de su protección.

La diferencia esencial entre la receptación y los delitos patrimoniales es que, respecto de aquella, se debe reconocer que afecta un bien jurídico distinto.

En esto, hay que superar la tentación de definir este ámbito de acuerdo a los antiguos conceptos privatistas o a los viejos conceptos jurídico-penales. Si bien el derecho penal se basa, por un lado, en la responsabilidad personal e individual, no es menos cierto que, por el otro, con el correr de los tiempos se han reconocido como objetos dignos de protección penal otros bienes más allá de los que meramente existen con la posibilidad de realizar un ejercicio intelectual que los relacione directamente con una persona.



Aún antes de este reconocimiento, de acuerdo a aquellos antiguos cánones, se podía considerar que un bien cualquiera (jurídico) era digno de protección penal, no por el irrestricto respeto al clásico derecho individual de propiedad, por ser éste parte del patrimonio de una persona, sino porque había, ya sea un interés superior de la colectividad o de la sociedad de proteger este bien, o un reconocimiento a una circunstancia dada o finalidad útil<sup>501</sup> para proteger esta relación de una persona con una cosa. Si no fuera así, no se entendería, entre otras cosas, que, por ejemplo, reparado el mal causado con la devolución de una cosa hurtada o robada, continuara el Estado ejerciendo su poder punitivo.

En la doctrina contemporánea se distinguen varias posiciones que dan distinto contenido al concepto de bien jurídico en la receptación. Aquí esbozo los puntos de vista dominantes en éstas, previo a la “toma de postura” al respecto.

## **I. Teorías que consideran al patrimonio como bien jurídico**

El intento por explicar la esencia del delito de receptación como el mantenimiento de una situación ilícita anterior, ha derivado en dos puntos de vista, que sostienen que el bien jurídico lesionado es el mismo -patrimonio- del delito en referencia.

### **1. La teoría del mantenimiento -o de la perpetuación-**

Considerando la ubicación sistemática del delito de receptación en el Código Penal vigente, coincidente con la de numerosos Códigos, tanto

---

<sup>501</sup> Cfr. con la definición de Roxin de bien jurídico en Derecho Penal, ob. cit., p. 56.

europeos como latinoamericanos, y en especial el español, previo a la reforma de 1995, la doctrina mayoritaria señala que el bien jurídico protegido en la receptación es el patrimonio.

Estos autores también entienden que este bien jurídico lo es en sentido amplio, y no restringido a una disminución patrimonial, sino de contenido patrimonial.<sup>502</sup> Así, para Bustos,<sup>503</sup> respecto del Código Penal español anterior a la Reforma de 1995, es simplemente una “ampliación de la protección en virtud de una consideración preventiva general”; para Conde-Pumpido, seguido por Bajo Fernández,<sup>504</sup> se da una identidad del bien jurídico lesionado, “variando sólo la forma y el contenido”<sup>505</sup> del ataque; para de la Mata Barranco,<sup>506</sup> al considerar que el bien jurídico protegido es el patrimonio, señala que es la única postura “que puede mantenerse en la actualidad.”<sup>507</sup> Enfatiza esto último al señalar que dada la “peculiar naturaleza del derecho lesionado -derecho de contenido patrimonial-, hace que tal derecho permanezca incólume, perdiendo únicamente su titular las facultades de ejercicio del mismo, o bien su contenido económico.”<sup>508</sup> Para Zugaldía Espinar, el delito de receptación es una “perpetuación de infracciones contra la propiedad y el patrimonio”,<sup>509</sup> que debe ubicarse en el Código Penal como disposición común a estos delitos. En Chile, Guzmán Dalbora sostiene esta posición, ya que “admitida su autonomía formal, la receptación ofende la propiedad, pues no otro es el interés tutelado”.<sup>510</sup>

---

<sup>502</sup> Cfr. de la Mata Barranco, ob. cit., pp. 21 y ss. “Los autores alemanes hablan, en general, de delito patrimonial, no en sentido estricto como puede serlo la estafa, porque no se tiene que producir una lesión patrimonial, pero sí en sentido amplio por entender que la lesión es de contenido patrimonial.”

<sup>503</sup> Bustos, Manual, ob. cit., Parte Especial, pp. 248 y ss.

<sup>504</sup> Bajo Fernández, ob. cit., Parte Especial, p. 232. Para él, al haber sido lesionado ya el bien jurídico, lo considera un aumento o complemento de la lesividad del contenido jurídico y económico del derecho vulnerado.

<sup>505</sup> Conde-Pumpido, ob. cit., p. 92.

<sup>506</sup> de la Mata Barranco, ob. cit., p. 21.

<sup>507</sup> Estos autores lo señalaban de acuerdo al texto anterior del Código español.

<sup>508</sup> de la Mata Barranco, Norberto José, Límites..., ob. cit., p. 22, Cfr. Rodríguez Devesa, 1956, p. 466.

<sup>509</sup> Zugaldía Espinar, José Miguel, Delitos contra la propiedad y el patrimonio, Ed. Akal, Madrid, 1988, pp. 61 y ss. La sugerencia se refiere a la Propuesta de Anteproyecto de Código Penal, previo a la reforma de 1995.

<sup>510</sup> Guzmán Dalbora, Luz y sombras...ob. cit., p. 80.

## **2. La teoría del aprovechamiento**

Frente a la teoría del mantenimiento, Mezger señala sus dudas en lo que respecta a si en la receptación, la misma es castigada solamente por la “perpetuación” de la situación antijurídica patrimonial o también por el “hecho de aprovechar” un hecho punible ya cometido. Admitiendo este último punto de vista, señala que el bien jurídico “no es solamente la propiedad sobre una cosa, sino también el no aprovechamiento de hechos punibles ya cometidos (circunscrito a la vinculación material) prevista” en el 259.<sup>511</sup>

Según de la Mata, el principal defensor de esta teoría es Gallas, quien “define la esencia de la receptación en la interesada participación en el beneficio de un acto previo sometido a pena en salvaguardia de intereses patrimoniales”.<sup>512</sup>

El mismo de la Mata sostiene que las menciones legales en que se basarían los defensores de esta teoría no son más que “una referencia a un elemento subjetivo del injusto que pueda servir para diferenciar esta conducta de otras que, pudiendo ser similares, pretendan únicamente el favorecimiento del autor del delito previo”.<sup>513</sup> Con esto centra el problema en la determinación del bien jurídico, que para los partidarios de la teoría del aprovechamiento continúa siendo el patrimonio. Pero, éste se vería lesionado “si se considera que el aprovecharse de cosas ajenas -que siguen siéndolo- mediante el gasto, disfrute o mera tenencia, es equivalente al apropiarse o al apoderarse de las mismas, en el sentido que se desconoce la legítima titularidad patrimonial de un sujeto sobre unos objetos y se está disfrutando de una situación patrimonial contraria al ordenamiento jurídico, explicación que ya es ofrecida con total precisión por la teoría del mantenimiento.”<sup>514</sup>

Una segunda crítica de de la Mata, está centrada en una supuesta

---

<sup>511</sup> Mezger, ob. cit., t. I., pp. 158 y ss.

<sup>512</sup> de la Mata Barranco, Límites..., ob. cit., p. 32.

<sup>513</sup> de la Mata Barranco, Límites..., ob. cit., p. 33.

<sup>514</sup> de la Mata, Límites..., ob. cit., p. 34.

“ampliación desmesurada del tipo”, a la que “oponen los defensores de la misma que tal extensión no se producirá porque: en primer lugar, se exige un conocimiento cierto del delito del que proceden los objetos receptados; y en segundo lugar, algunos autores...exigen una relación directa entre la cosa receptada y la que fue objeto del delito anterior.”<sup>515</sup> (el subrayado es mío)

Otra crítica que se hace a esta teoría, por Roxin, citado por de la Mata, es “que se sanciona un comportamiento de vida amoral, lo cual no tiene cabida en un Derecho Penal del acto, orientado a la protección de bienes jurídicos.”<sup>516</sup>

## **II. El orden socioeconómico como bien jurídico**

En los últimos años, y especialmente en España, tras la entrada en vigencia del Código Penal de 1995, es posible sostener que el bien jurídico en la receptación es el orden socioeconómico vigente, debido al gran volumen de dinero que se blanquea, que puede llegar a impactar sobre la moneda de un Estado y la actividad de sus mercados. Este punto de vista se basa en la ubicación sistemática de la receptación en el Código Penal español, en el Capítulo XIV, bajo la rúbrica “De la receptación y otras conductas afines”. Las conductas afines de las que se habla se refieren al delito de blanqueo de bienes, el llamado lavado de dinero. También se puede fundamentar este punto de vista en la consideración de la receptación como “tipo base”, y el “blanqueo” como una forma de receptación impropia. En el intento, más bien se “arrastra” a la receptación hacia el delito de “receptación impropia”, al que se daría una mayor significación o importancia

---

<sup>515</sup> de la Mata, Límites..., ob. cit., p. 35.

<sup>516</sup> de la Mata, Límites..., ob. cit., p. 36.

en atención a las consecuencias sociales y perjuicios adicionales que importan las conductas de “lavado de dinero”. Este punto de vista se debe rechazar, en primer lugar, por ser el supuesto bien jurídico vago e impreciso, y en segundo lugar, porque el blanqueo o lavado de dinero es una figura específica, con características propias, que recoge elementos del delito de receptación, pero los engloba en otros supuestos propios de la “expansión” que afecta al Derecho Penal contemporáneo. También critica este punto de vista Herrero Herrero, para el que la ubicación del delito de receptación en el Código Penal español de 1995, dentro de las infracciones penales contra el orden socioeconómico le parece desafortunada, porque éste “no atenta ni contra el orden socio-económico ni contra los intereses generales socioeconómicos, al revés de lo que sucede con el delito de blanqueamiento de capitales, porque no contamina ni invade con su actividad ilícita, de forma apreciable, los circuitos financieros legítimamente establecidos.”<sup>517</sup>

### **III. La receptación vista como delito pluriofensivo.**

Algunos autores ven en la receptación un delito pluriofensivo, esto es, que atenta contra más de un bien jurídico. Así, Vives Antón y González Cussac, siguiendo a la doctrina mayoritaria, aceptan que es un delito contra el patrimonio. Pero, por consideración a las dificultades en delimitar la receptación frente al encubrimiento, señalan que “no cabe dejar de ver...un atentado contra la Administración de Justicia”, y concluyen que “se trata, por

---

<sup>517</sup> Herrero Herrero, César, *Infracciones penales patrimoniales*, Ed. Dykinson, Madrid, 2000, p. 286. Claro está que este autor también sostiene que el bien jurídico protegido es el patrimonio, aunque sin aceptar la identidad del bien jurídico con el del delito en referencia. “El bien jurídico por él protegido es siempre el mismo (el patrimonio ajeno en su dimensión dominical sobre cosas muebles con valor económico), sea que el delito “referente” tenga, por ejemplo, la propiedad (robo, hurto...), como bien jurídico tutelado, sea que este bien jurídico lo represente el patrimonio como “universitas rerum”, como totalidad (v. gr., la estafa).” (p. 287)

consiguiente, de un delito pluriofensivo”.<sup>518</sup>

De la misma forma se expresa Martos Núñez, para quien “el acto receptatorio, al contribuir a la dispersión de la res furtiva, crea, también, un grave obstáculo a la Autoridad Judicial por lo que respecta al descubrimiento del delito y castigo del culpable, de tal suerte que, al mismo tiempo que obstruye la justicia, dificulta la recuperación de la cosa receptada”.<sup>519</sup>

También hay quienes han centrado el estudio, en general, de esta supuesta pluralidad de bienes jurídicos confundiéndolos con la categoría de los bienes jurídicos “difusos” o de titular difundido en la sociedad. Aclara esta materia Zaldívar Peralta, al referirse al bien jurídico en los delitos económicos. Respecto de la expresión “interesse difussi”, utilizado por primera vez por Sgubbi, y citada en Chile por Soto Piñeiro como fundamento de la categoría,<sup>520</sup> señala que “la correcta traducción del término “difussi” es “difundido” y no “difuso”, pues significa que estos bienes están presentes en modo informal y propagado a nivel masivo en ciertos sectores de la sociedad. Es decir, el adjetivo en cuestión no contiene una referencia a la amplitud o grado de precisión del respectivo bien jurídico, sino que dice relación al carácter masivo o universal de su titular.”<sup>521</sup>

---

<sup>518</sup> Vives Antón, Tomás Salvador y González Cussac, José Luis, en Comentarios al Código Penal de 1995, T. S. Vives Antón, Coordinador, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 1449. Cfr. Vives Antón, T. S., y González Cussac, J. L., Derecho Penal, Parte Especial, 2ª Ed. revisada y actualizada, T. S. Vives Antón y otros, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 506 y ss.

<sup>519</sup> Martos Núñez, El delito de receptación, ob. cit., p. 180.

<sup>520</sup> Zaldívar Peralta, José Ignacio, Delitos económicos: consideraciones acerca del bien jurídico. Tesis, Universidad de Chile, Profesor guía, Vivian Bullemore G., 1988, pp. 264 y ss. Critica a Soto Piñeiro, por su “errónea interpretación de la categoría bienes jurídicos difusos. Efectivamente, él toma una definición de Pedrazzi que entiende por tales bienes a aquellos relacionados con “intereses colectivos difusos”. El error está en una equivocada comprensión del término “difuso”. Según Soto, sería sinónimo de “amplio” o “general”, a partir de lo cual concluye la necesidad de “sub-bienes”, de carácter más específico, que integran a los “difusos”, complementándolos y precisándolos. La correcta traducción del término “difussi” es “difundido”, y no “difuso”, pues significa que estos bienes están presentes en modo informal y propagado a nivel masivo en ciertos sectores de la sociedad.”

<sup>521</sup> Zaldívar Peralta, ob. cit., p. 265.

#### **IV. Crítica a las teorías esbozadas**

Debo hacerme cargo de algunos aspectos destacados por los sostenedores de estos puntos de vista sobre el bien jurídico en la receptación.

Con respecto a las teorías del mantenimiento y del aprovechamiento, el error fundamental de estas dos corrientes está en entender la receptación, como lo hace Zugaldía Espinar, “como delito con un bien jurídico de referencia, que sólo podrá determinarse mediante una previa determinación del bien o bienes jurídicos de las infracciones que son susceptibles de receptación”.<sup>522</sup> Con ello también liga la naturaleza jurídica de la receptación -patrimonial o no- a la naturaleza del delito en referencia. Del mismo tenor es la opinión de Muñoz Conde, para quien, además de ayudar al autor a beneficiar los efectos del delito en referencia “la conducta del receptor afecta también al bien jurídico ya lesionado por el delito precedente...y agrava aún más la lesión a estos bienes jurídicos”.<sup>523</sup> (el subrayado es mío)

La verdad es que la mención que hace el texto legal es a un delito en referencia, cosa muy distinta de un bien jurídico en referencia.

Se acerca a una solución satisfactoria Guzmán Dalbora, para quien, desligada la receptación de los delitos contra la propiedad, es difícilmente sostenible la teoría del mantenimiento. Por eso sugiere de “*lege ferenda*”, “que se regule la receptación como un delito que lesiona la Administración de Justicia, al igual que el favorecimiento, pues indudablemente es tarea del Estado, a través de sus tribunales, recuperar el objeto material de los delitos, no sólo para entregarlos, si es el caso, a sus dueños, sino principalmente por su valor procesal; y, como lo vio Antolisei, con su conducta el receptor crea un nada despreciable obstáculo a la autoridad en su deber de

---

<sup>522</sup> Zugaldía Espinar, José Miguel, Delitos contra la propiedad y el patrimonio, Ed. Akal, Madrid, 1988, pp. 20 y ss.

establecer los delitos y castigar a sus responsables.”<sup>524</sup> Claro que, el mismo Guzmán Dalbora da pie atrás, al señalar que “admitida su autonomía formal, la receptación ofende la propiedad, pues no otro es el interés tutelado en el hurto y en el robo o, por lo menos, el fundamento principal del castigo en el último, y no existe, en rigor, una desvinculación material del primer delito a estos últimos.”<sup>525</sup>

Este razonamiento peca de un defecto lógico insalvable. De ser cierto que el bien jurídico en la receptación es el bien jurídico “en referencia”, y al serlo en la actual disposición del hurto y robo, de ampliarse legalmente la “referencia”, el bien jurídico lo sería el del correspondiente delito “en referencia”, y no la administración de justicia. Así, siguiendo este razonamiento, tendríamos un delito de bien jurídico múltiple y alternativo, una curiosidad de materialidad escasa, de margen ilícito elástico y extensible para dar cabida a las distintas “referencias”.

En segundo lugar, y siguiendo a la doctrina mayoritaria, Guzmán Dalbora, al señalar que la receptación ofende la propiedad en el robo, como fundamento principal del castigo, elude, sin mencionar, la problemática del bien jurídico en este último delito.<sup>526</sup> Si el bien jurídico en la receptación fuera el del delito “en referencia”, tendríamos que incluir también, y según el caso, la vida, la libertad sexual, u otros.

En tercer lugar, al sugerir que se regule la receptación como un delito que lesiona la Administración de Justicia, señala tácitamente que los bienes jurídicos son producto de la obra legislativa, o, a lo menos, que la ubicación

---

<sup>523</sup> Muñoz Conde, Francisco, Derecho Penal, Parte Especial, 11ª Ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 471.

<sup>524</sup> Guzmán Dalbora, Luz y sombras...ob. cit., p. 80, nota 27.

<sup>525</sup> Guzmán Dalbora, Luz y sombras...ob. cit., p. 80.

<sup>526</sup> Aunque éste no es el lugar para profundizar sobre el tema del bien jurídico en el robo, cabe señalar que esta última observación sería inútil si se considerara el robo con fuerza en las cosas como un hurto agravado, y el robo con violencia se modificara para contemplarlo como un hurto en concurso con otros tipos penales, postura que reclama su urgente defensa en la doctrina nacional. Sostiene este punto de vista, desde una postura garantista crítica, Mera Figueroa, Jorge, en Hurto y Robo, Ed. Jurídica ConoSur, Santiago, Chile, 1995, pp. 89 y ss.



sistemática en el Código Penal determinaría la naturaleza de éstos, puntos de vista que no puedo compartir.

Respecto de esto último, hay quienes afirman que el bien jurídico protegido en un delito es aquel que le señala el legislador al incluirlo en un párrafo o grupo de delitos en el Código Penal. Sostener, hoy en día, que el bien jurídico protegido es el que se nombra en el encabezado de un Capítulo del Código Penal, es equivalente a sostener que una persona lo es, por el sombrero que viste. Este es un argumento que fácilmente se lo lleva el viento. Alguien ya ha señalado que si una dama luce un tocado que no hace “juego” con el resto de su vestido, no se acomoda a su personalidad o características personales, o está algo “pasado de moda”, no niega su calidad de “dama”. A lo sumo, constituirá un indicio de mal gusto o descuido, propio, o de quien la viste.

Finalmente, los autores que sostienen alguna de las teorías relacionadas con el patrimonio como bien jurídico en la receptación, lo hacen extendiendo errores comunes sobre el bien jurídico en el delito de hurto. Confunden este último con el derecho de propiedad y con el derecho subjetivo del propietario del objeto material.

El primer error es que consideran que la lesión, en el hurto, es sobre el derecho de propiedad. Esto es incorrecto, ya que el propietario sólo ve limitado su derecho de propiedad -civil- sobre la cosa en sus facultades de ejercicio, pero éste sobrevive al alejamiento de su esfera de resguardo. El que hurta, no se hace dueño.

En segundo lugar, hay confusión en cuanto a la naturaleza del delito. El hurto no es un delito de peligro, sino de lesión. Más de una vez me he encontrado, en alguna memoria de grado, o incluso en el texto de algún distinguido autor, con la confusión entre delito de lesión y delito de resultado. Uno se refiere al bien jurídico; el otro se refiere a la materialidad del hecho.

El error, por lo tanto, está en confundir la lesión del bien jurídico con el menoscabo al poder de señorío que implica el antiguo concepto civilista de propiedad.

Es por esto, entre otras cosas que, por ejemplo, el propietario puede ser sujeto activo del delito de hurto de una cosa que se encuentra legítimamente en poder de un tercero. Tanto es así que una de las posibilidades de realización se encuentra expresamente regulada como *furtum possessionis* en el artículo 471 del Código Penal de 1874. Esto trae importantes consecuencias en materia de consentimiento como causal de atipicidad -o de justificación, según como se le entienda-. También influye en la posibilidad de negar la concurrencia de la excusa legal absolutoria del artículo 489 del Código Penal, por ejemplo, en el caso que el sujeto activo fuera pariente del propietario de la cosa, pero no del que legítimamente la tenga en su poder.

Todo esto no significa considerar aquí, aunque es una de las posibilidades desde un punto de vista garantista,<sup>527</sup> que el bien jurídico en el hurto es el patrimonio, en lo que podría verse, por algunos, una exigencia de efectivo perjuicio económico en este delito. Sólo es la constatación de un proceso natural de separación del concepto penal de propiedad, evolutivo y cambiante bajo el influjo social, del clásico concepto exegético anclado en las antiguas concepciones civiles del patrimonio y la propiedad.

Otro punto de vista similar es el sostenido por quienes ven en la receptación una prolongación del ánimo de lucro en el hurto o robo.

En aquellos tipos penales en que encontramos uno de estos elementos subjetivos del tipo, lo que se sanciona es la realización del hecho, en procura de este elemento subjetivo especial, que se refiere al bien jurídico protegido, y que debe estar abarcado por el dolo. Por ello, lo que se sanciona no es el ánimo, ni la satisfacción de este ánimo, sino su persecución ilícita, mediante hechos que lesionan o ponen en peligro un bien

---

<sup>527</sup> Cfr. Mera Figueroa, Hurto y Robo, ob. cit., pp. 89 y ss.

jurídico. La ulterior persecución de ese ánimo, ya no se encuentra abarcada -por ejemplo, el ánimo de lucro-, por el tipo penal del hurto, que sólo exige que concurra en su consumación, que es cuando se lesiona o pone en peligro el bien jurídico. Esto es así en cuanto considero que las referencias que se vean, tanto en cuanto al objeto del hecho, como a la forma y modalidades de éste, sólo tienen sentido en relación con el bien jurídico protegido.<sup>528</sup>

Un último punto de vista lo encuentro en la finalidad político-criminal de la criminalización del delito de hurto. Hay que preguntarse el fundamento último del merecimiento y la necesidad de protección del bien jurídico en este delito. El bien jurídico no se protege sólo por haber un empobrecimiento ilícito, ni por un enriquecimiento ilícito. La razón principal se encuentra en un modo ilícito de hacerse con una cosa, el apoderamiento, y este modo se agota en la consumación, aquí equivalente a sustraer la cosa de la esfera de resguardo de quien la tiene legítimamente. En el hurto se sanciona el modo de obtención, no el destino real que posteriormente se le otorgue a la cosa.

Así, y en forma resumida, se le da a la propiedad su correcto sentido en la perspectiva de la teoría general del bien jurídico, y se delimita con mayor precisión el bien jurídico en el delito de hurto, para marcar la distancia con el bien jurídico en el delito de receptación.

---

<sup>528</sup> Difiero en esto de lo que piensa la doctrina mayoritaria, por ejemplo, Roxin y Jescheck. Para el primero, (Roxin, Derecho Penal, ob. cit., p. 312.) “Un elemento subjetivo puede caracterizar al tipo delictivo al referirse al bien jurídico protegido; pero también puede cooperar a determinar el tipo delictivo caracterizando el objeto de la acción típica, la forma de su menoscabo o tendencias relevantes para el injusto.” Para Jescheck, (Tratado..., ob. cit., p. 286) “los componentes subjetivos de un precepto penal ... interesan en el injusto cuando caracterizan la voluntad de acción del autor en tanto afectan a la forma de comisión del hecho, al objeto de la acción protegida por el tipo o al bien jurídico.”

## **V. La Administración de Justicia como bien jurídico en la receptación.**

La Administración de Justicia ha sido desde antaño reconocida como un bien jurídico merecedor de protección por el Derecho Penal. Es claro, sin embargo, que dicho bien jurídico, reducido en numerosas ocasiones a un mero objeto formal, ha estado teñido de visos alejados de su carácter, propio de un Estado liberal y democrático de Derecho.

Con el surgimiento de la discusión acerca de los bienes jurídicos colectivos -producto de la evolución garantista del tradicional Estado liberal de derecho-, y sobre la materialidad y la precisión de éstos, se ha enriquecido el marco de referencia para el estudio de estos “antiguos” objetos de protección.

En primer lugar debe reconocerse que, en los bienes jurídicos de carácter colectivo, ya no puede verse implícita una relación con referencia a la persona, sino una relación social. De allí que se hallan realizado críticas como la de Sgubbi, que los considera como una categoría alternativa, pero como “intereses difundidos”, y en contraposición al concepto privatístico de derecho subjetivo, que llegaría, según él, a su sublimación en el concepto de bien jurídico. Con esto, al criticar el punto de vista conceptual, doctrinario y político anterior, Sgubbi sugiere reemplazar el antiguo concepto de bien jurídico, por no dar cabida a los nuevos fenómenos sociales necesitados de protección penal.<sup>529</sup> El error en estos planteamientos, como señala Bustos, es pretender “tirar por la borda” el concepto de bien jurídico, contra lo que propone, “ir a la precisión de estos nuevos bienes jurídicos”.<sup>530</sup>

Es por ello que Bustos critica una consideración puramente formal del bien jurídico, que lleva a la confusión con el derecho subjetivo, por la

---

<sup>529</sup> Cfr. Bustos Ramírez, Juan, Los bienes jurídicos colectivos, ob. cit., pp. 152 y ss. Cfr. Zaldívar Peralta, Delitos económicos, ob. cit., pp. 262 y ss.

<sup>530</sup> Bustos Ramírez, Juan, Los bienes jurídicos colectivos, ob. cit., pp. 155 y ss.

subjetivización y consecuente ampliación del objeto de protección del Derecho Penal. Para él, en cambio, “una consideración material del bien jurídico le dota de contenido, éste aparece no como un mero símbolo o metáfora, sino como una relación social concreta, que, por tanto, de partida, ha de implicar la participación de los sujetos en el proceso social”.<sup>531</sup>

Ya señalé, al inicio de este capítulo, que hay corrientes que buscan determinar el bien jurídico desde la Constitución, y otras que lo hacen desde una perspectiva sociológica. Para mí, la búsqueda se encamina necesariamente en el segundo sentido. En primer lugar, porque la Constitución es una Ley, y aunque fundamental, sujeta también a la búsqueda de los “sentidos posibles” de su tenor literal, con la influencia y fuerza del contexto social, de la “circunstancia”. En segundo lugar, no puedo aceptar, al menos por ahora, y por razones de deficiencias en el texto constitucional chileno vigente -el que no cumple cabalmente con las exigencias propias de consenso social, ni con la estrictez propia de un moderno Estado liberal y democrático de Derecho-, que de la interpretación del texto de la Constitución chilena de 1980 surjan los bienes jurídicos penalmente tutelados. La conservación del orden existente que se manifiesta, implícita en sus fundamentos y texto, está en contradicción con una postura liberal fundamentadora de un Derecho Penal contemporáneo, por esencia crítica y abierta al cambio.

La precisión en el concepto del bien jurídico, por lo tanto, debe buscarse en el sentido que tiene la intervención del Estado. Ya no se trata, en la receptación, de la protección de un bien jurídico “tradicional”, ligado al concepto de “individuo”, sino en la protección de un proceso social, de “disminución de la violencia”,<sup>532</sup> mediante la actuación de las instituciones

---

<sup>531</sup> Bustos Ramírez, Juan, Los bienes jurídicos colectivos, ob. cit., p. 155.

<sup>532</sup> En este sentido no sólo la “violencia estatal”, de acuerdo a la conocida definición estricta de Silva Sánchez (Cfr. Aproximación..., ob. cit., pp. 242 y ss.), sino, tal como el mismo señala, como función del Derecho Penal, en general, previniendo también reacciones informales y delitos cometidos en venganza privada (Cfr. Silva Sánchez, Aproximación... ob. cit., pp. 211 y ss. Cfr. Silva Sánchez, Jesús-María, Política Criminal y Persona, Ed. AD-HOC, Buenos Aires, 2000, pp. 78 y ss.), y no, como éste señala, en tensión dialéctica, sino como parte de un complejo de fines en conflicto.

del Estado. El bien jurídico protegido es uno de carácter colectivo: la correcta Administración de Justicia.

Así entendido, la correcta Administración de Justicia, como bien jurídico colectivo,<sup>533</sup> pertenece a las bases de funcionamiento del sistema social, en el que no es posible hablar de “interés difuso”, ni de “titular múltiple”, sino de contenido social, traspasado por la circunstancia, en un juicio político-criminal. Claro está que al referirme a un tal contenido, aparentemente carente de precisión, se entiende incluido en él el conjunto de filtros de las garantías y principios del Derecho Penal contemporáneo en un Estado liberal y democrático de Derecho.

Como la crítica que anticipo vendría primeramente en el nivel de concreción del bien jurídico, cabe hacer algunas precisiones. Veamos primero las definiciones conocidas del bien jurídico correcta Administración de Justicia en la receptación. Respecto a la naturaleza del bien jurídico, Conde-Pumpido, citando a Antolisei, reconocía que “al contribuir con el acto receptatorio a la dispersión de la “res furtiva” se crea también un no leve obstáculo a la actuación de la Autoridad en cuanto al descubrimiento del delito y castigo del culpable, por lo que en cierto modo existe también una ofensa a la Administración de Justicia.”<sup>534, 535</sup> Aquí se hace sinónimo de Administración de Justicia a la actuación de la Autoridad, al que suele

---

<sup>533</sup> En contra, Bustos Ramírez, para el que la Administración de Justicia sería un bien jurídico institucional. Esto es, “aquellos referidos a determinadas instituciones básicas para el funcionamiento del sistema; cumplen con el requisito de doble masividad y universalidad y atienden a establecer vías o procedimientos organizativo-conceptuales para asegurar los bienes jurídicos personales; es el caso de los delitos contra la administración de justicia, contra la fé pública, contra la seguridad en el tráfico, contra las garantías constitucionales, etc. Los bienes jurídicos colectivos, en cambio, están en referencia a la satisfacción de necesidades de carácter social y económico, están en relación a la participación de todos en el proceso económico-social: ese ha de ser el objetivo de la intervención estatal. Por último, los bienes jurídicos de control son aquellos referidos a la organización del aparato estatal, para que éste pueda cumplir sus funciones. Aquí estarían todos los delitos contra la autoridad, los delitos contra la seguridad interior y exterior, etc. (Bustos Ramírez, Los bienes jurídicos colectivos, ob. cit., p. 161.)

<sup>534</sup> Conde-Pumpido, Cándido, Encubrimiento y receptación, ob. cit., p. 92.

<sup>535</sup> Cfr. de la Mata, Límites..., ob. cit., p. 38, nota 58. En España, Queralt (Queralt, Joan J., Derecho penal español, Parte Especial, vol. II, Ed. Bosch, Barcelona, 1987, p. 701), considera a la receptación un delito contra la Administración de Justicia, “quien entiende que la tendencia actual es tratar este delito junto con el encubrimiento en un grupo propio de delitos de obstrucción a la justicia”.

agregarse el también considerado impedimento que representa a la restitución de los efectos del delito a quien le fueron sustraídos.

Con esto obtenemos, como inmediata consecuencia de la afirmación anterior, que no sería conceptualmente aceptable, en este marco, el fenómeno de la sustitución en la receptación -de ligarla a la restitución del efecto del delito-. Con el mismo argumento, si el bien jurídico consiste en no obstaculizar el descubrimiento del delito y castigo del culpable, de descubrirse el delito y atrapado el hechor, pero ignorándose por la justicia el paradero de los efectos del delito y el hecho de la receptación, ésta sería impune, no por no haber sido descubierta, ¡sino por haberse aclarado el hurto o robo del que provienen los efectos! (por ser irrelevante desde el punto de vista del bien jurídico, al haberse cumplido el fin). Por lo tanto, son indispensables algunas precisiones.

El bien jurídico “correcta Administración de Justicia” se encuentra ligado a la necesidad de servir a intereses de vida colectiva de las personas, y con ella a la eficacia preventiva general como fin del Derecho Penal. Obviamente no podemos confundir esta última con el bien jurídico, pero sí utilizarla como límite en su definición. Como señala acertadamente Bustos, “las mayores restricciones a la intervención punitiva han de producirse respecto a los bienes jurídicos referidos al funcionamiento del sistema”,<sup>536</sup> como él entiende que es la Administración de Justicia.<sup>537</sup> La restricción, pues, ha de apuntar a la intervención mínima con el máximo de requisitos frente a la puesta en peligro o lesión del bien jurídico.

Por lo tanto, un concepto estricto del bien jurídico -como correcta Administración de Justicia- en el delito de receptación, ha de pasar por desligarse, primero, del bien jurídico en el delito “en referencia”, y remitirse al específico actuar, no como entorpecimiento para aclarar “el” delito, ni recuperar “el” efecto de “el” delito, sino como “un” delito que es la tenencia o

---

<sup>536</sup> Bustos Ramírez, Los bienes jurídicos colectivos, ob. cit., p. 162.

<sup>537</sup> Hay que recordar que para Bustos el bien jurídico en la receptación es el bien jurídico del delito en referencia. Cfr. Manual., ob. cit., Parte Especial, pp. 248 y ss.

el comercio con un efecto de “un” delito.

La correcta Administración de Justicia como bien jurídico se lesiona al tener o poner en el comercio un efecto proveniente de un delito. Esto porque hay un bien colectivo en juego, que responde a la necesidad propia de la vida social de garantizar las relaciones individuales conforme a derecho. Por ello, se legitima la intervención estatal ante el aprovechamiento de bienes provenientes de determinada categoría de hechos ilícitos penales, que produce un entorpecimiento que burla los medios de restablecimiento de las relaciones sociales conforme a derecho.



## Capítulo 9

# LA ADECUACIÓN TÍPICA

Los tipos penales, en los delitos dolosos de comisión, son descripciones generales de comportamientos desvalorados por el Derecho Penal, con relación a la lesión o puesta en peligro de un determinado bien jurídico. La circunstancia desvalorada en el tipo se expresa en elementos objetivos y subjetivos, cuya singularidad determina el delito específico en estudio, en este caso, la receptación.

### A. La tipicidad objetiva

Tradicionalmente se ha concebido la tipicidad objetiva como una categoría del tipo penal que comprende una clasificación de elementos descriptivos y elementos normativos o valorativos.<sup>538</sup> Hoy en día es cada vez más aceptado que esta distinción no es exacta. Así por ejemplo, Mir Puig señala que “debe notarse, sin embargo, que a menudo los elementos descriptivos deben precisarse con arreglo a criterios normativos”.<sup>539</sup> Más claro es Roxin, en cuanto afirma que “no importa tanto la (casi imposible) separación de elementos descriptivos y normativos, cuanto reconocer que la mayoría de los elementos del tipo son una mezcla de elementos normativos y descriptivos, en los que tan pronto predomina un factor como el otro”, y cita a Stratenwerth, quien “considera impracticable la distinción”.<sup>540</sup> Este último

---

<sup>538</sup> Cfr. Bustos y Hormazábal, Lecciones, ob. cit., T.I, pp. 46 y ss.; Cury, Derecho Penal, ob. cit., T. I, pp. 248 y ss.; Cousiño, Derecho Penal, T. I, ob. cit., pp. 567, 570 y ss.; Zaffaroni, Manual, ob. cit., pp. 372 y ss.; Jescheck, Tratado, ob. cit., pp. 243 y ss.

<sup>539</sup> Mir Puig, Derecho Penal, ob. cit., pp. 210 y ss.

<sup>540</sup> Roxin, Derecho Penal, ob. cit., pp. 306 y ss.

criterio -el de Roxin- es el que rige en la siguiente interpretación del tipo objetivo en el delito de receptación.

## **I. El objeto material del delito de receptación**

### **-La restricción del término al referirse a especies**

#### **hurtadas o robadas-**

La ley restringe la comisión del delito de receptación a las especies provenientes de un hurto o robo, habiendo desoído el legislador las sugerencias de destacados profesores que aconsejaron incluir en “la referencia” otros delitos.<sup>541</sup>

#### **a. El objeto del delito**

La exigencia restrictiva de los delitos “en referencia”, hurto y robo, aparentemente limita el objeto material a la especie que constituye el objeto material de un hurto o robo. La importancia del objeto material en la receptación está principalmente centrada en la posibilidad de aceptar la receptación sustitutiva, materia que, por su importancia, es tratada en forma separada en infra, e.

Si el objeto material es el proveniente de un hurto o robo, entonces debemos ceñirnos al concepto de cosa mueble ajena. Por cosa entendemos todo objeto corporal, con valor económico, que sea susceptible de ser aprehendido y sustraído. Por mueble, una cosa extraíble y transportable. Como es una cosa corporal, se entenderían excluidos los hurtos de cosas

---

<sup>541</sup> Ver, supra, 5, II, la génesis del artículo 456 bis A.

incorporales.<sup>542</sup>

Aquí cabe preguntarse la posibilidad de la receptación en el hurto de energía eléctrica, o respecto del hurto de información por medios electrónicos o de ordenadores. Al menos en el segundo caso, considero posible sostener que cabría aplicar la disposición de la receptación, a pesar de la inmaterialidad o incorporeidad de la información, casos, por ejemplo, de la adquisición de software “pirata”, muy común en el comercio nacional.

Ello requiere, en primer lugar, aceptar la posibilidad del hurto de cosas incorporales. En segundo lugar, hay que reconocer que, habiéndose omitido la regulación de la posible receptación en los delitos informáticos contemplados por la Ley 19.223, y no habiendo figura especial, son aplicables a la materia las disposiciones del Código Penal de 1874.

### **b. Concepto de bienes que integran el objeto material**

Cualquier cosa mueble que cumpla con la descripción dada, supra, a, y es un efecto proveniente de un hurto o robo, es idónea como objeto material en la receptación.

El papel moneda, el papel moneda extranjero, los cheques, las tarjetas de crédito, los recibos de equipaje, y otros documentos, aún cuando representen valores, son objeto material del delito de receptación en cuanto hayan sido hurtados o robados.

### **c. El origen: procedencia de un delito**

El origen ha de ser exclusivamente un delito de hurto o de robo, y debe entenderse como tal un hecho ilícito, sin que sea necesario exigir la concurrencia del elemento sistemático “culpabilidad” o “responsabilidad”.

---

<sup>542</sup> Cfr. Bustos, Derecho Penal, Parte Especial, ob. cit., pp. 193 y ss.

Basta pensar, por ejemplo, en el hurto en que el sujeto activo es un inimputable menor de edad. Respecto al grado de ejecución del delito, éste debe estar consumado. De no haberse consumado, el comportamiento sería previo al delito, y por lo tanto, a lo sumo, se podría hablar de complicidad. Difícilmente se puede concebir una tentativa de hurto o robo en la que se hayan obtenido las especies. Al contrario -en el caso del favorecimiento- es posible favorecer en un delito en grado de tentativa.

Lamentablemente, como ya señalé en varias oportunidades, el legislador no quiso extender “la referencia” a otros ilícitos. Las sugerencias han incluido -ver, supra, génesis del artículo 456 bis A- todos los delitos de contenido patrimonial, hasta incluso, la malversación de caudales públicos. Al desatender esta posibilidad, el legislador ha resignado su sanción a que los tribunales de justicia apliquen las deficientes normas sobre el encubrimiento que contempla el Código Penal de 1874.

#### **d. El problema de la accesoriedad**

La accesoriedad es un problema propio de la participación. Por ende, no cabe ser tratado en esta sede, aún cuando se pretenda hablar de accesoriedad al contemplar el concepto de delito “en referencia” como mera exigencia de ilícito. El que éste sea precisamente el alcance que pueda dársele a “la referencia”, no revierte la decisión legislativa de separar las conductas receptatorias -aunque sólo en forma restringida- del ámbito del encubrimiento.<sup>543</sup>

---

<sup>543</sup> En contra, Bustos, de acuerdo con la solución similar que daba el antiguo texto legal español (Bustos Ramírez, Manual de Derecho Penal, Parte Especial, ob. cit., p. 250.) “A nuestro entender sería un contrasentido, ya que siempre se ha hablado de un delito y, por otra parte, acerca nuevamente la receptación a la participación, ya que para ésta, conforme a la teoría de la accesoriedad limitada, basta que el hecho sea típico y antijurídico. Éste es un punto en que la doctrina general fracasa frente a un problema de la Parte Especial. El problema se solucionaría si se planteara como lo hemos hecho nosotros en la Parte

La autonomía de la receptación impide considerar siquiera un principio de accesoriadad mínima. Ello es evidente, en primer lugar, especialmente al sancionar la receptación habitual del inciso tercero del artículo 456 bis A, que rompe cualquier vínculo con los ilícitos “en referencia”. En segundo lugar, la pena aplicable en los casos del inciso primero, de presidio menor en cualquiera de sus grados, y multa de uno a veinte unidades tributarias mensuales, está desvinculada de la pena aplicable al delito “en referencia”. En tercer lugar, el que se vincule la determinación de la pena aplicable al valor de las especies, así como la gravedad del delito en que se obtuvieron, si éste era conocido por el autor, se refiere al marco legal al que debe ceñirse el juez, que es de presidio menor en cualquiera de sus grados. Y este marco es, obviamente, autónomo a la pena aplicable en el delito “en referencia”.

#### **e. Grado de relación de los bienes con el delito originario**

##### **-El problema de la sustitución-**

El artículo 456 bis A del Código Penal, se refiere al objeto material del delito como “especies” hurtadas o robadas que se tengan en poder o comercialicen. Sobre la expresión “especies” se centra la discusión más importante en la doctrina comparada al referirse al objeto material del delito de receptación. Ésta se debate en la posibilidad de concebir la “sustitución” del objeto material mediante una operación comercial, y a este producto aplicarle la disposición del delito de receptación. La materia en cuestión dista mucho de ser pacífica en la doctrina comparada, y se ha enriquecido notablemente luego de las últimas reformas legislativas, especialmente la del Código Penal español de 1995. En este último, se consagra expresamente la

---

General, que el delito se agota en la tipicidad y la antijuridicidad y el problema de la imputabilidad pertenece al nivel del sujeto responsable.”

receptación sustitutiva de los “efectos” provenientes de un delito de blanqueo de dinero.

En primer lugar, hay que delimitar el concepto de receptación sustitutiva, y separarlo de la común confusión con el concepto de receptación en cadena. Silva Sánchez, citado por Blanco Cordero, señala dos diferencias fundamentales. Mientras la receptación sustitutiva es una receptación de ganancias, la receptación en cadena lo es de efectos. En segundo lugar, la receptación sustitutiva es consecuencia de una operación entre el receptor y el autor del hecho previo, que previamente ha negociado con otro receptor y transformado los efectos en ganancias; la receptación en cadena, sin embargo, se produce entre el primer receptor, quien dispone de los efectos del delito previo, y un segundo receptor.<sup>544</sup>

Entendida así la receptación sustitutiva, la define de la Mata como todos aquellos supuestos “en los que un sujeto, conocedor de la actividad delictiva previa desarrollada por otro, recibe un objeto que no es el que directamente procede de la infracción anterior, pero que ha sido obtenido mediante una operación comercial -venta, compra o permuta- que tiene por base aquello que se consiguió con la infracción precedente”.<sup>545</sup> Así de la Mata termina preguntándose qué es lo que un sujeto debe recibir para que su conducta encaje en el tipo de receptación.<sup>546</sup>

Para Guzmán Dálbora -siguiendo en esto idéntico parecer de Cury,<sup>547</sup> Etcheberry,<sup>548</sup> y Garrido<sup>549</sup>, respecto del artículo 17, y previo a la reforma-

---

<sup>544</sup> Blanco Cordero, El delito de blanqueo de capitales, ob. cit., p. 256.

<sup>545</sup> De la Mata Barranco, Norberto José, Límites de la sanción en el delito de receptación, ob. cit., p. 50. Especifica él mismo: “esto es, encajan en principio en el concepto de receptación sustitutiva...1º.-los casos en que un sujeto recibe un dinero que procede de la venta del producto de la infracción patrimonial previa; 2º.- los casos en que el sujeto recibe una cosa que ha sido comprada con el dinero procedente de aquella infracción, y 3º.- los casos en que lo que recibe el sujeto se ha obtenido mediante permuta con el producto de dicha infracción previa.

<sup>546</sup> de la Mata, Límites de la sanción en el delito de receptación, ob. cit., p. 51.

<sup>547</sup> Cury, Derecho Penal, T. II, ob. cit., p. 262.

<sup>548</sup> Guzmán cita la edición de 1965. En la edición de 1998, T. III, ob. cit., pp. 360 y ss., en la receptación, Etcheberry no hace mención a la substitución, y sólo se remite a ediciones anteriores, señalando que “son válidas todas las observaciones que en su oportunidad

“al decirse en el tipo “especies hurtadas o robadas”, y no cosas o efectos provenientes de un delito, como ocurre en otros códigos, queda *ipso facto* excluida y no es típicamente relevante la receptación de estos objetos substituidos, como el dinero que reemplazó a la cosa mal habida o lo que se compró con el numerario hurtado”.<sup>550</sup>

Etcheberry, quien no trata la materia respecto de la receptación, al tratar la receptación residual del artículo 17 del Código Penal de 1874, rechaza la posibilidad de la sustitución, señalando que “no nos parece exacto este punto de vista, que podría extender el ámbito del encubrimiento indefinidamente (sería encubridor el que acepta la invitación a tomarse una copa que el ladrón le hace, sabiendo que lleva consigo el dinero proveniente de la venta de la especie robada). La “subrogación” es propia del derecho civil.”<sup>551</sup>

La verdad es que la discusión en que basa su afirmación Etcheberry, ya ha sido zanjada en otro sentido por la doctrina comparada. Así, en Italia, Pecorella, y en Alemania, Russ, Lackner, Otto, Rudolphi y Samson,<sup>552</sup> entre otros, consideran atípicas estas conductas, ya que el consumo o disfrute de lo sustraído conjuntamente con el autor previo no supone una adquisición. “Pero no es sólo este el argumento empleado, sino que (...) se recurre al contenido del injusto de nuestra figura. El delito de receptación exige que el receptor tenga un poder autónomo de disposición sobre la cosa, lo cual de ninguna manera sucede aquí, aunque se participe de las ventajas del hecho previo; es siempre el que invita, el que hace partícipe al otro, quien tiene dominio de actuación sobre lo apropiado.”<sup>553, 554, 555</sup>

---

desarrollamos...” Sin embargo, en el T. II, Parte General, de la misma edición de 1998, ob. cit., p. 103, y respecto del encubrimiento, rechaza esta posibilidad.

<sup>549</sup> En Etapas, ob. cit., p. 413, niega la posibilidad de la sustitución. “Tampoco constituyen efectos del delito para el encubrimiento aquellas cosas que se han adquirido con los objetos provenientes del evento injusto, como ser el dinero recibido como precio de venta, o las cosas compradas con él.”

<sup>550</sup> Guzmán Dalbora, Luz y sombras, ob. cit., p. 82.

<sup>551</sup> Etcheberry, Derecho Penal, T. II, ob. cit., p. 103.

<sup>552</sup> Cfr. de la Mata, Límites..., ob. cit., p. 88 y ss.

<sup>553</sup> Cfr. de la Mata, Límites..., ob. cit., p. 89

Novoa y Labatut, que tratan la receptación conforme al antiguo texto, en el encubrimiento del artículo 17, aceptan la posibilidad de la receptación sustitutiva, aunque sin argumentación. Labatut, basándose exclusivamente en el conocimiento del hecho previo, señala como ejemplo que, “en el robo y en el hurto, si quien se ha apoderado de una suma de dinero adquiere con ella un objeto y lo dona a un tercero, éste, en conocimiento de los hechos, resulta responsable como encubridor; y lo mismo ocurre si, a la inversa, recibe el producto de la venta de una cosa hurtada o robada”. Para él la solución es lógica, “pues la ley no ha limitado el alcance del aprovechamiento”.<sup>556</sup> Novoa, siguiendo a Labatut, señala que “también puede haber un aprovechamiento indirecto...debido a la recepción del dinero en que esas especies fueron convertidas por los delincuentes”.<sup>557</sup> Este punto de vista violenta el principio de legalidad, con la analogía a una situación no contemplada en la ley.

Respecto a la receptación en cadena, me inclino por aceptarla, en cuanto se cumpla el requisito del conocimiento del origen de las especies, y los demás del tipo del artículo 456 bis A ya estudiados. En el mismo sentido se pronuncia Martos Núñez, siguiendo a Conde-Pumpido, ya que “nada impide que el delito principal sea otra receptación y, por tanto, pueden ser objeto de ulteriores aprovechamientos los efectos provenientes de un delito, ya aprovechados, a sabiendas de su origen delictivo”.<sup>558</sup>

---

<sup>554</sup>Respecto a la subrogación, es interesante recordar que hay numerosas posibilidades de concebir la institución como relevante para el Derecho Penal. Baste recordar la interesante discusión que se ha dado por décadas en la doctrina, tanto nacional como comparada, respecto del bien jurídico en el hurto. La discusión se centra en la hipótesis de dejar a cambio de la especie sustraída un equivalente en dinero. (Cfr. Retamal Herrera, Jaime Antonio, Análisis jurisprudencial sobre el bien jurídico protegido en los delitos patrimoniales, Tesis, Universidad de Chile, 1994, Profesor Guía Mario Garrido Montt.)

<sup>555</sup> También es importante discutir la afirmación de Etcheberry, en esta materia, analizándola con respecto a la naturaleza del bien jurídico en cuestión. No puede haber más receptación que la realizada conforme a las conductas señaladas en la ley para poner en peligro o lesionar el bien jurídico. La destrucción de la cosa, al realizarse su consumo entre el sujeto activo del hurto o robo y un tercero, impiden tal consideración. Ver, también, *Infra*, Cap. 12, A, tercer considerando.

<sup>556</sup> Labatut Glens, Gustavo, *Derecho Penal*, T. I, 9ª Ed. actualizada por Julio Zenteno V., Ed. Jurídica Andrés Bello, Santiago, 1990, p. 204.

<sup>557</sup> Novoa, *ob. cit.*, 1ª Ed., 1966, p. 222.

<sup>558</sup> Martos Núñez, *El delito de receptación*, *ob. cit.*, p. 202.



En contra se pronuncia Guzmán Dálbora, para el cual “los objetos materiales deben provenir necesariamente de un robo o hurto, no de una receptación...La cadena de receptación se interrumpe, pues, con el primero e inmediato”.<sup>559</sup>

Discrepo de este último punto de vista, en cuanto lo ilícito en la receptación es tener o comercializar especies hurtadas o robadas, conociendo que lo son. La cadena receptadora se quiebra en el error de tipo, en el desconocimiento del origen ilícito de las especies. El argumento de Guzmán es válido sólo respecto del artículo 17, aunque no obtiene las consecuencias de este razonamiento. Él dice que “como el encubridor del encubridor es impune, no es posible ir más allá del último”.<sup>560</sup> Pero precisamente, la receptación está reglada como un delito autónomo, que se perfecciona con independencia del delito de hurto o robo anteriormente cometido.

Si se diera la razón a Guzmán Dálbora, sería una bonita forma de burlar a la justicia conseguir un intermediario para adquirir la especie que se sabe hurtada o robada. Además, hay que interpretar los términos y expresiones de la ley preferentemente en la forma que tengan algún sentido. Como Guzmán considera que el verbo “tener” es sólo una expresión propia de un delito por sospecha,<sup>561</sup> es difícil que pueda entender los sentidos posibles del texto legal. Al incluirse este verbo en la redacción del texto legal, permite interpretarlo dándole sentido en un aprovechamiento genérico, incluyendo el mero placer estético o una mera afección.

Además, el delito que se sanciona es la receptación, no el encubrimiento de un hurto o robo; ésta no es accesoria, sino autónoma, y la “cadena” se puede concebir tanto de esta autonomía como de los verbos rectores del tipo del artículo 456 bis A. El tener no está restringido a “ser el primero” que la tenga, o el comerciar a “ser el primero” que la comercialice.

---

<sup>559</sup> Guzmán Dalbora, Luz y sombras..., ob. cit., p. 86.

<sup>560</sup> Guzmán Dalbora, Luz y sombras..., ob. cit., p. 86.

<sup>561</sup> Guzmán Dalbora, Luz y sombras..., ob. cit., p. 81.

Con respecto a la sustitución, el problema es más complejo. En primer lugar, aquí debemos preocuparnos por el problema del pago de honorarios al abogado con el producto de los efectos del delito, primera causa, casi siempre omitida, para que la mayor parte de los autores nieguen la posibilidad de la receptación sustitutiva.

Uno de los elementos a tomar en consideración es la mayor extensión o restricción atribuible al aprovechamiento implícito en el texto legal. Ya he señalado que el sentido más apropiado en esto es uno amplio, en el que se incluye el “tener en su poder”.

Sin embargo, es decisiva la expresión restrictiva utilizada al definir el objeto material de la receptación como “especies”. La posibilidad de interpretación en sentido favorable a la sustitución habría de venir por una concepción amplia de la expresión utilizada en el texto legal, difícil de aceptar. En España, en cambio, el texto legal se refiere a “efectos”, más amplia, lo que ha dado lugar a una encendida polémica, en especial considerando el extenso marco incriminatorio de la llamada “receptación impropia”, el delito de “blanqueo”. Con ello se ha considerado posible la aceptación de la sustitución por varios autores, entre ellos Conde-Pumpido,<sup>562</sup> Rodríguez Devesa<sup>563</sup> y Quintano<sup>564</sup>. En contra se ha manifestado de la Mata,<sup>565</sup> quien toma postura considerando la sustitución como un caso de atipicidad.

Así pues, la decisión del intérprete debe fundamentarse en un contenido amplio o restringido como sentido posible del tenor literal de la expresión “especie”. Me pronuncio por negar fuerza a las posiciones doctrinales que aceptan la sustitución, no por una interpretación literal, sino porque el bien jurídico protegido en el delito de receptación es la correcta Administración de Justicia. El obstáculo ha sido puesto en la comercialización de la especie, no en la utilización del producto de esta

---

<sup>562</sup> Conde-Pumpido, ob. cit., pp. 169 y ss., 197 y ss.

<sup>563</sup> Cfr. de la Mata, Límites..., ob. cit., p. 64.

<sup>564</sup> Cfr. de la Mata, Límites..., ob. cit., p. 64 y ss.

<sup>565</sup> de la Mata, Límites, ob. cit., pp. 67 y ss.

operación. La sanción es a la conducta entendida en una “verticalidad” de los comportamientos receptatorios, no en una relación “perpendicular” accesoria. Por ejemplo, si una raqueta de tenis ha sido hurtada, la correcta administración de justicia se dirige al que la tiene o comercializa, sancionándolo por su tenencia, utilización o aprovechamiento, pero en ningún caso se concibe que se le descuenten los puntos obtenidos con ella en un partido jugado, ni se busca la restitución del premio que ganó en un torneo, ni el dinero que obtuvo con su venta. Lo que se “persigue”, en el marco del bien jurídico, es la relación con la raqueta.

## **II. El comportamiento típico**

### **-el verbo rector-**

#### **a. Modalidades**

El comportamiento típico consiste -genéricamente- en tener o comercializar especies hurtadas o robadas. Implícita en la descripción de las conductas está la exigencia que importa el aprovechamiento de las especies, y que éste sea “para sí”. Es decir, que le reporte al receptor algún beneficio, el que no considero sea necesariamente económico. Podría ser, por ejemplo, exclusivamente estético o afectivo. Discrepo en esto con lo planteado por Bustos Ramírez, quien, considerando que la naturaleza de este delito es patrimonial, sostiene que el beneficio debe ser de carácter económico.<sup>566</sup> Tampoco acepto la excesiva amplitud con que define el término Garrido, que considera que “tener” “puede ser un acto de gentileza, al guardársela a un tercero”. Comete en esto una grave imprecisión, pues es

de la esencia de la receptación que el receptor obtenga algún tipo de beneficio, al que, como señalé, doy en el “tener” el carácter de beneficio estético, afectivo o similar. Pero el guardar la cosa hurtada o robada no constituye uno de los supuestos del ilícito de la receptación, sino que se encuadra dentro de las conductas de favorecimiento. Me apoyo en la expresión “tener en su poder”, con lo que, dándole sentido, restrinjo la interpretación a lo que considero un límite aceptable en un Derecho Penal garantista, en contra de lo que sostiene Guzmán Dálbora, quien sólo ve en esta expresión un “delito de sospecha”.<sup>567</sup>

### **b. Omisión**

La receptación es un delito esencialmente comisivo, con lo que el problema de la omisión se encuentra fuera del ámbito de su estudio. Sin embargo, es importante señalar que, para poder concebir la realización de la conducta de receptación en forma omisiva, sería requisito indispensable en la Ley contemplar la exigencia de una posición de garante. Como éste no es el caso en la legislación chilena, descarto tal posibilidad.

## **III. La imputación objetiva -o la imputación al tipo objetivo-**

### **a. Generalidades**

Al referirse a una imputación al nivel del tipo objetivo, en primer lugar es necesario esclarecer el “objeto” de ésta. Es decir, precisar si “lo

---

<sup>566</sup> Bustos Ramírez, Manual de Derecho Penal, Parte Especial, ob. cit., p. 249. Cabe señalar que Bustos sostiene este punto de vista de acuerdo al antiguo texto español, previo a la reforma de 1995.

<sup>567</sup> Guzmán Dalbora, Luz y sombras, ob. cit., pp. 81 y ss.

imputable” es “un resultado en el mundo exterior separado en el tiempo y el espacio de la acción del autor”,<sup>568</sup> o la lesión -o puesta en peligro- de un bien jurídico. Tanto lo primero como lo segundo puede presuponer, como lo hace Roxin, un “juicio” de causalidad, para revelar el contenido primario de la conducta, como “potencia” causal, previo al juicio normativo de imputación del riesgo.

### **a.1 La causalidad como fundamento de la imputación**

En principio, rechazo toda indagación en búsqueda de criterios causales fundamentadores de una imputación, en primer lugar, por la inexactitud, no de los cursos causales y su extensión, como se ha discutido largamente en la doctrina, sino de los fundamentos mismos del principio de causalidad.

En segundo lugar, una constatación causal, sólo es posible si previamente se ha valorado una conducta como idónea, ya sea para producir un cambio en el mundo exterior o una lesión a un bien jurídico. Es decir, el que interpreta un hecho con posterioridad a su realización, lo valora -o desvalora-, tiñéndolo con matices propios, subjetivos, que se presentan en un contexto social complejo y conflictivo, cuya “referencia” en este “roce” es el bien jurídico en relación a los principios penales de garantía. Con ello afirmo que el concepto de riesgo para un bien jurídico, además de ser valorativo, y por ello no-ontológico, es definido en un juicio previo a una hipotética constatación causal.

Esto requiere algunas precisiones. Al formular los criterios de imputación a nivel del tipo objetivo, éstos no deben contener referencia a criterios causales, porque aún cuando éstos pudieran ser considerados por algunos como inmutables y válidos para las ciencias físicas, su explicación dista mucho de ser completa, y de unánime aceptación, aún entre los más

---

<sup>568</sup> Roxin, Derecho Penal, P. General, ob. cit., p. 345.

renombrados exponentes de las mal llamadas “ciencias exactas”. Si hoy es motivo de discusión, no sólo cómo interactúan las fuerzas en nuestro universo, sino también cuáles son éstas, su origen, su causa, su contenido, y otros aspectos aún ignorados y tal vez por descubrir, no es posible afirmar una imputación, basar un juicio de consecuencias relevantes, en una materia tan inestable, imprecisa y, en numerosas facetas, aún desconocida. Así lo expone Bustos, citando a Heisenberg, “que desarrolla la teoría cuántica, (el que) expresa textualmente: “Mediante la mecánica cuántica se comprueba definitivamente la falla de validez de la ley de causalidad”. Esto quiere decir que entre antecedente y consecuente no hay una relación de necesidad, sino sólo de probabilidad”.<sup>569</sup>

Lo que muchos conocen, o reconocen, como causalidad, no es más que un juicio subjetivo, y en el mejor de los casos, una creencia más o menos compartida, que ha venido a reemplazar, durante un tiempo, a creencias místicas, mágicas o religiosas, otrora imperantes como fundamento de un juicio de imputación. Sin embargo, no es mucha la distancia entre unas y otras, como “artículos de fe”, verdades de apoyo, irrefutables. No es difícil olvidar que hace sólo algunos años se consideraba a la velocidad del sonido como límite físico intraspasable para el hombre, y todo vehículo que la alcanzara sería destrozado por esta “irrefutable” ley causal. Así un avión despedazado al llegar a este límite, lo sería por causas naturales, físicas, y no por negligencia del fabricante o del piloto, ni por dolo del mecánico que aflojó un tornillo, que sólo provocaría un aumento del riesgo poco más allá de la velocidad “inalcanzable”, y por tanto, irrelevante. También se puede recurrir a la negación de las fórmulas más básicas, incluyendo la llamada teoría de la relatividad. Si la velocidad de la luz no es una constante, al ser ésta desviada de su “inercia” por los cuerpos que encuentra en el espacio, como el mismo Einstein lo demostró, su cálculo no pasa de ser un ejercicio probabilístico, dependiente de este “roce”.

---

<sup>569</sup> Bustos Ramírez, Juan, Del estado actual de la teoría del injusto, en Control social y sistema penal, Ed. PPU, Barcelona, 1987, pp. 127 y ss.

Podría dar más -e innumerables- ejemplos de refutaciones de leyes inmutables en que se sustenta la concepción de causalidad, aunque lo que interesa en esta sede es reafirmar la imprecisión, y por ende, la inutilidad de los conceptos de las “leyes físicas” como fundamentos de un principio de causalidad, y también, por esto, inútiles como base de un juicio de imputación.

Por lo tanto, si una supuesta relación causal es de imprecisa definición, no sirve como fundamento de un juicio de imputación, y cualquier corrección sobre ésta no será más que un juicio de valor previo a su constatación.

Por esto que, al referirme a un juicio de imputación al nivel del tipo objetivo, éste debe ser construido reconociendo que se trata de valoraciones, cuyo grado de precisión viene dado por el contenido material asignado a un bien jurídico por la sociedad, en el marco de los principios de garantía en un Estado liberal y democrático de Derecho.

Así los criterios de imputación objetiva no provienen de un mundo extraño al derecho, del mundo físico, con conceptos tan inestables y mutables que le restan validez de certeza, ni tampoco provienen de “realidades” concretas de carácter ontológico, previas o dadas con grados absolutos de certeza y que exigen aceptación incondicional. Los criterios de imputación a nivel del tipo objetivo, fundamentados en la creación, aumento, o disminución del riesgo para el bien jurídico deben, por tanto, surgir de la interpretación de éste en cada uno de los tipos de la parte especial. Y esta interpretación es el resultado de una serie de juicios de valor, propios del derecho. Si se le ha de hacer una crítica a los criterios de imputación por la vaguedad de un concepto “social”, al menos un tal criterio será producto de un proceso de elaboración acorde con la circunstancia, siempre restringida por los principios de base del Derecho Penal contemporáneo, en el seno de un Estado liberal y democrático de Derecho, únicos conceptos a los que se podría reconocer algún grado de, valga la redundancia, “existencia ontológica”. Y este proceso se realiza en el reconocimiento de su

imperfección y perfectibilidad, pero en la búsqueda de las conductas que se aceptan socialmente como idóneas para lesionar o poner en peligro el bien jurídico protegido.

Si la “constatación” de causalidad es sólo un ejercicio de probabilidad, y por ende, un ejercicio valorativo, y si “todo es causal”, como en la teoría de la equivalencia de las condiciones, da lo mismo utilizarla, o no, por inútil para el fin que se pretendía podía cumplir al nivel del tipo objetivo. Ante la falsedad de la afirmación de un juicio de imputación, por lo falso de su presupuesto, que además es ajeno, mejor es ser honesto en el reconocimiento de su naturaleza valorativa, y ajustarlo a pretensiones garantistas. Por ello se construye el juicio de imputación al nivel del tipo objetivo como un juicio valorativo, utilizando elementos de carácter descriptivo, en la pretensión de lograr un mayor grado de precisión en la solución de problemas concretos.

## **a.2 La imputación como juicio a una conducta de riesgo para un bien jurídico**

Como señalé al inicio de este capítulo, es posible considerar que el juicio de imputación puede tener por objeto una alteración de la realidad física, o la lesión de un bien jurídico.<sup>570</sup> Como al Derecho Penal sólo le

---

<sup>570</sup> En este último sentido, defendiendo una aproximación amplia de imputación objetiva, aunque con una base de causalidad, Octavio de Toledo y Ubieto, Emilio, y Huerta Tocildo, Susana, Derecho Penal, Parte General, 2ª Ed., Ed. Rafael Castellanos, Madrid, 1986, pp. 90 ss. “a nuestro juicio la imputación objetiva lo es del resultado en el sentido de ataque al bien jurídico (lesión o puesta en peligro del mismo, exigida por la norma incriminadora)”.

Cfr. Cancio Meliá, La teoría de la imputación objetiva y la normativización del tipo objetivo, en Revista de Ciencias Jurídicas ¿Más Derecho?, Año 1, Nº 1, Noviembre, 2000, Ed. Fabián de Plácido, Buenos Aires, Argentina, pp. 34 ss., quien, en el análisis de las tres posiciones básicas sobre la imputación objetiva en discusión actualmente -la de Roxin, la de Frisch, y la de Jakobs-, al analizar la de Roxin, que “cabe estimar que ésta es también la perspectiva que adopta la doctrina actualmente mayoritaria tanto en Alemania como en España (y en que)...se conecta habitualmente la cuestión de la atribución de un resultado a la conducta del autor” (ob. cit., p. 27), señala que hay nuevas aportaciones que conducen a “desligar estos criterios del curso lesivo fáctico -también en los delitos de resultado- y a vincularlos a otras consideraciones distintas de la atribución de ese curso lesivo. En última instancia, la teoría de la imputación objetiva va aproximándose a convertirse en una teoría general de la conducta típica, en la que la atribución del resultado ya no es la cuestión



interesan las conductas que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos penalmente protegidos, no debe confundirse este resultado, valorativo, con el resultado material. Los tipos penales protegen bienes jurídicos con relación a conductas que se valoran como idóneas para lesionarlos. Esta relación es el objeto del juicio de imputación, y los criterios que se desarrollan son expuestos como convenciones sobre la idoneidad de una conducta, en relación con el bien jurídico específico y su vulnerabilidad.

La imputación es así, un juicio, y de peligrosidad contenida en un comportamiento. El comportamiento no está prohibido “en sí”, sino en cuanto a su “potencia”, como señalé, más extensamente,<sup>571</sup> al referirme al favorecimiento. La simple realización de la conducta descrita en el tipo no constituye una infracción a la norma. No hay un desvalor de conducta ajeno a la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. Aquél depende de éste, y la referencia en torno a la cual gira y se articula la norma es el bien jurídico.

En los criterios de imputación sigo, de forma general, los desarrollados por Roxin,<sup>572</sup> aunque negando como presupuesto para ello el “juicio” de causalidad. Para él, sin embargo, existe una “zona gris” o intermedia que comprende “el riesgo permitido”, o las acciones peligrosas toleradas por el ordenamiento jurídico. Con ello, el problema de imputar a nivel de tipo se transforma en delimitar qué acciones riesgosas (según la descripción típica), y por lo tanto, acciones desvaloradas (desvalor de acción), y bajo qué criterios, crean un riesgo intolerable para el bien jurídico. Para mí, en cambio, no existe una zona “gris” de acciones de riesgo permitido, sino que hay múltiples formas de comportarse en la vida social, incluso realizando formalmente conductas descritas en los tipos penales que no llegan a poner en peligro bien jurídico alguno. Esa zona “gris”, que es

---

dominante.” (ob. cit., p. 34) Y cita como ejemplos a Mir Puig, PG, 4ª Ed. 10/60, 10/62ss, a Corcoy Bidasolo, El delito imprudente, pp. 347 y s., a Triffterer, AT, pp. 138 ss., a Kratzsch, *Verhaltenssteuerung*, pp. 358 y ss., a Octavio de Toledo/Huerta Tocildo PG, 2ª Ed., pp. 90 y s., a Torío López, ADPCP 1986, pp. 33 y ss., 45 y ss., Idem, en EPCr X (1987), pp. 384 y ss., a Wolter, en: Gimbernat/Schünemann/Wolter (ed.), *Internationale Dogmatik*, p. 3, y a Reyes Alvarado, Imputación Objetiva, pp. 72 y ss., 78 y ss., 81 y s.

<sup>571</sup> Ver, supra, Cap. 4.

<sup>572</sup> Roxin, Derecho Penal, Parte General, ob. cit., pp. 345 y ss., pp. 365 y ss.

vista por Jakobs como producto de la “función de la teoría de la imputación objetiva: crear espacios de libertad de acción jurídicamente reconocida”,<sup>573</sup> es lo que critico. Es función de la teoría del bien jurídico describir “criterios de imputación”, ya que es a través del bien jurídico que se desplazan las valoraciones sociales del riesgo desaprobado. Al referirse a una zona “gris”, lo que se hace es describir dos teorías de la imputación objetiva, confundiendo el juicio normativo, la imputación objetiva, con el juicio político-criminal. Este último es previo, y en él se determina el contenido material del bien jurídico penalmente protegido.

El punto de partida entonces, no es la acción, arelada por criterios que permiten afirmar o descartar su peligrosidad o lesividad, más allá del riesgo permitido. El punto de partida es el bien jurídico, recipiente de la multiplicidad de conflictos sociales, desde el cual se determina la lesividad de la conducta. Así en la relación entre bien jurídico y conducta no hay zonas difusas o de incertidumbre originadas en “la acción”, ya que el desvalor de acción no existe sino con relación al desvalor de resultado.

Considerando que la norma es continuamente redefinida en el conflicto, y éste traspassa las valoraciones sociales a los bienes jurídicos, y dentro de los cauces garantistas del Estado liberal y democrático de Derecho, no cabe hacer la distinción entre desvalor de acción y desvalor de resultado, ni tampoco entre tipo y antijuridicidad, como equivalentes a una distinción entre norma primaria y norma secundaria. El problema es mucho más complejo, considerando al bien jurídico como fundamento del ilícito, y que la afirmación de lo típico de una conducta pasa por la necesaria lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. Si bien el comportamiento humano es el objeto básico de las normas penales, y no el resultado, sólo lo es en cuanto a éste se le considere como lesión o peligro de lesión de bienes jurídicos.

---

<sup>573</sup> Cfr. Silva Sánchez, Jesús-María, Informe sobre las discusiones (Seminario en la Universidad Pompeu Fabra “Presente y futuro de la dogmática europea. La aportación alemana”), en Sobre el estado de la teoría del delito, Ed. Jesús-María Silva Sánchez, Ed. Civitas, Madrid, 2000, p. 183.

## **b. Criterios de imputación en el delito de receptación**

De acuerdo a lo previamente expuesto, es necesario indagar, a partir del tipo objetivo del artículo 456 bis A, y su bien jurídico protegido, la correcta Administración de Justicia, cuándo se puede imputar a una conducta la realización de un peligro no permitido. Es decir, cuándo una conducta es idónea para lesionar o poner en peligro el bien jurídico protegido en la receptación.

Por ello se formulan criterios en base, primero, a la creación de un riesgo no permitido, y se remiten a la zona de riesgo aceptable en el comportamiento humano, previamente determinada de acuerdo a criterios político-criminales en la interpretación del bien jurídico. Esta se define negativamente por la actividad del comercio de cosas muebles, como primer marco genérico de imputación. El comercio, como actividad socialmente aceptada, se encuentra restringido en sus formas debido a que los comportamientos formalmente típicos se realizan en un contexto de utilidad social, de común ocurrencia. Es dable exigir, por lo tanto, observancia en las convenciones y reglas propias de la actividad, y a mayor ocurrencia del comportamiento, base reproducible en la formalidad del tipo, mayor observancia de éstas. Así, por ejemplo, en el caso jurisprudencial citado,<sup>574</sup> del comercio con partes de un automóvil robado, la observancia de la obligación de registro en el libro de taller.

Los actos comerciales cotidianos, no por serlos deben “quedar absolutamente impunes, porque al incluirse conscientemente en un contexto delictivo pierden su carácter cotidiano.”<sup>575</sup>

La imputación se excluye en caso de disminución del riesgo para el bien jurídico. Es el caso de realización formal de la conducta descrita en el tipo penal de la receptación, adquiriendo la especie para entregarla al

---

<sup>574</sup> ver infra, p. 219, y nota 579.

<sup>575</sup> Roxin, Las formas de intervención en el delito: estado de la cuestión, ob. cit., p. 177.

propietario o a la autoridad.

También se excluye la imputación cuando se observan todas las reglas propias de la actividad comercial de cosas muebles, atendiendo al tipo de especies que se comercien y la forma en que se realice la actividad. Por ejemplo, en la compra y venta de especies por Internet, donde es el intermediario quien pone las condiciones para la realización de los llamados “remates”. A pesar del riesgo de participación de oferentes de especies hurtadas o robadas, los intereses comunes de la movilidad de la propiedad y el tráfico comercial en una sociedad de mercado, excluyen la imputación al intermediario.

En segundo lugar, debe realizarse el riesgo no permitido. Se excluye la imputación si falta la realización del peligro. Así, por ejemplo, en el caso en que el autor ha puesto todo de su parte para adquirir un cuadro valioso hurtado de su propia colección, con el deseo de cobrar el seguro, conservar secretamente el cuadro, y obtener como utilidad la diferencia entre el pago del seguro y el precio que paga al ladrón. Pero, luego de efectuado el pago, la policía recupera el cuadro y lo devuelve al propietario. Aquí, se trata, como señala Roxin,<sup>576</sup> de casos que se quedan en estado de tentativa,<sup>577</sup> pero, por un acaso, se produce el resultado.

También Roxin excluye la imputación si falta la realización del riesgo no permitido.<sup>578</sup> En estos casos se contempla un aumento del riesgo permitido, pero el resultado, aunque se produzca, no lo es por este aumento del riesgo. Por ejemplo, en el caso expuesto, infra, Cap. 10, B, de un oficial de policía debidamente autorizado para actuar como agente encubierto, en que éste ingresa a la organización criminal antes de la vigencia de la autorización, pero la realización del peligro, la receptación de partes de vehículos hurtados o robados, se produce después de encontrarse vigente la autorización.

---

<sup>576</sup> Roxin, Derecho Penal, ob. cit., p. 373.

<sup>577</sup> Ver, infra, Cap. 13, -Breves consideraciones sobre el iter criminis-.

<sup>578</sup> Roxin, Derecho Penal, ob. cit., p. 375.

También es válido, en tercer lugar, el criterio de Roxin de “atribución a la esfera de responsabilidad ajena”. “El fin de protección del tipo tampoco abarca ya aquellos resultados cuya evitación cae dentro de la esfera de responsabilidad de otro”.<sup>579</sup> Hay determinadas personas que, dentro del marco de su competencia deben eliminar las fuentes de peligro de lesión de bienes jurídicos para terceros. Este es el caso del comerciante establecido, quien debe verificar la procedencia de las especies que pone en el comercio. Así, el tercero adquirente en el comercio, está protegido por la exclusión de la imputación, aún en el caso de la oferta a precio vil.

## **B. La tipicidad subjetiva**

El delito de receptación tiene un carácter doloso. Esta afirmación es avalada tanto por la propia definición legal del concepto, como por el análisis de éste en la legislación y la doctrina comparada.

Por lo tanto, el delito de receptación requiere el conocimiento y la voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo. De éstos, los más importantes son el objeto material, y la acción típica. El autor debe conocer, en forma genérica, el origen delictivo de los bienes, de hurto o robo en el tipo básico de la receptación del artículo 456 bis A, y además saber que la acción que realiza constituye el delito de receptación.

Así se ha señalado también por nuestros tribunales. La Corte de Apelaciones de Santiago, en Fallo de 24 de diciembre de 1996<sup>580</sup> -redactado por la Ministra señorita Antonia Morales Villagrán-, señala como doctrina que “la adquisición de diversas piezas y accesorios de un mismo automóvil, sin

---

<sup>579</sup> Roxin, Derecho Penal, ob.c it., p. 398.

<sup>580</sup> Gaceta Jurídica, Año 1996, diciembre, N° 198, pp. 120 y ss.

anotarlas en el libro de Actas de Procedencia del garaje, revelan el ánimo doloso del encausado, en orden a que los adquirió con ánimo de comercializarlas, y encuadra en el delito de receptación”.

### **a. El objeto material en relación con el dolo**

#### **-Naturaleza del conocimiento de la comisión de un delito previo-**

Al realizar el análisis del tipo subjetivo en el delito de receptación, debemos determinar, en primer lugar, que carácter reconocemos, o qué naturaleza le asignamos a la conexión en el ámbito subjetivo entre el bien y su procedencia delictiva.

#### **a.1. Como un elemento subjetivo del injusto**

Esta postura, sostenible desde un punto de vista sistemático causalista normativo, es opinión minoritaria en la doctrina y la jurisprudencia española. Es la sostenida en España por Vives Antón,<sup>581</sup> y también ha tenido alguna vez aceptación en el Tribunal Supremo español.<sup>582</sup>

#### **a.2. Como parte integrante de la conciencia de la antijuridicidad**

Es también minoritaria la corriente doctrinal que considera que el conocimiento de la comisión de un delito previo forma parte del conocimiento de la antijuridicidad de la conducta. Welzel consideraba que este conocimiento formaba parte de lo que denominaba “elementos del deber

---

<sup>581</sup> Vives Antón, Parte Especial, ob. cit., p. 801.

<sup>582</sup> Sentencia citada del 21 de diciembre de 1985, y de 5 de octubre de 1992.

jurídico” o “características especiales de la antijuridicidad”.<sup>583</sup> Esta postura generó la crítica de la doctrina alemana, especialmente en Roxin.<sup>584</sup> El problema fundamental sobre estos elementos descritos por Welzel, radica, principalmente, al ubicarlos en la estructura dogmática del delito. Tiene consecuencias prácticas en el ámbito de la tentativa y en la teoría del error.<sup>585</sup> También se ha señalado por Cousiño,<sup>586</sup> la importancia desde el punto de vista procesal, ya que “el juicio deontológico sobre la normatividad típica del hecho es siempre revisable por la vía de la casación en el fondo.” Al considerarlos, como Welzel “presupuestos objetivos de la antijuridicidad del autor, independientes del dolo”,<sup>587</sup> su ausencia excluye la antijuridicidad. Al seguir la otra postura, que considera existen partes de los mismos pertenecientes al tipo, y otras a la antijuridicidad,<sup>588</sup> por ejemplo, la falsa representación de los elementos del deber jurídico que recaiga sobre un elemento descriptivo y determinante de lo injusto constituirá un error de tipo, y si recae sobre la prohibición de la acción constituirá un error de prohibición.<sup>589</sup> Para Cousiño, cuando es un elemento del tipo, elimina el dolo, y cuando es un elemento de la antijuridicidad, un error sobre uno de estos elementos, al requerir “un juicio deontológico de valor..., la consecuencia es que nos encontramos frente a un error de prohibición, que tan sólo elimina la culpabilidad en el hecho, si es insuperable.”<sup>590</sup>

---

<sup>583</sup> Cfr. Welzel, ob. cit., pp. 119 y ss.

<sup>584</sup> Roxin, Claus, Teoría del tipo penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico, traducción de Enrique Bacigalupo, De Palma, Buenos Aires, 1979, pp. 87 y ss.

<sup>585</sup> Roxin, Teoría del tipo penal, ob. cit., p. 19.

<sup>586</sup> Cousiño Maclver, Luis, Derecho Penal chileno, T. I, pp. 574 y ss. “Los elementos normativos del tipo tienen, en derecho procesal, un doble carácter: constituyen un hecho de la causa en la parte que pueden percibirse por los sentidos y son conceptos jurídicos por lo que respecta a la comprensión intelectual. Por tanto, no puede removerse, por la vía de la casación en el fondo, el establecimiento de la parte fáctica de la respectiva circunstancia, realizada por los jueces de fondo; pero sí es plenamente admisible la revisión del razonamiento intelectual que le otorga a esa circunstancia el carácter normativo presupuesto en el tipo... En un caso se trata de un hecho -en su acepción procesal- percibido por los sentidos, que consta en la causa; en el otro, de un raciocinio que versa sobre un concepto jurídico, carácter que reviste, indiscutiblemente, el elemento normativo correspondiente.”

<sup>587</sup> Welzel, ob. cit., p. 120.

<sup>588</sup> Roxin, Teoría del tipo, ob. cit., pp. 132 y ss.

### **a.3 Como parte integrante del dolo típico**

La doctrina mayoritaria considera que el conocimiento del delito anterior forma parte del dolo. Así Bustos Ramírez,<sup>591</sup> para quien “el dolo está compuesto en este caso, por el conocimiento del hecho anterior contra los bienes, que ha dado efectos estimables económicamente, y el querer aprovecharse de estos efectos.” También en este sentido, Bajo Fernández,<sup>592</sup> para quien “el dolo imprescindible para la punición del hecho exigiría, entre otras cosas, el conocimiento de la comisión” de un delito contra los bienes. Este es el punto de vista que suscribo, con lo que un error sobre la procedencia ilícita de los bienes es un error de tipo.

### **b. Objeto del conocimiento**

El conocimiento integrante del dolo debe recaer sobre los elementos del tipo objetivo.<sup>593</sup>

El tipo objetivo tradicionalmente se considera integrado por elementos descriptivos y normativos.<sup>594</sup> El problema a dilucidar, entonces, es si lo relativo al delito previo constituye un elemento normativo o un elemento descriptivo del tipo, o si se considera un elemento integrante de la conciencia de la antijuridicidad. Esto, según la adscripción a las diferentes concepciones dogmáticas y sistemáticas juega un papel relevante en la distinción del error de tipo y del error de prohibición. Conforme a lo señalado, respecto a los elementos del tipo objetivo, para mí es claramente un elemento normativo del tipo, que debe ser abarcado por el dolo.

Según señala Mir Puig, para el grado de conocimiento exigible,

---

<sup>589</sup> Roxin, Teoría del tipo, ob. cit., p. 214.

<sup>590</sup> Cousiño, ob. cit., T. I, pp. 574 y ss.

<sup>591</sup> Bustos, Manual, ob. cit., pp. 250 y ss.

<sup>592</sup> Bajo Fernández, ob. cit., p. 335.

<sup>593</sup> Cfr. Welzel, Derecho Penal..., ob. cit., p. 96. “La parte intelectual (del dolo) comprende el conocimiento actual de todas las circunstancias objetivas del hecho del tipo legal.”

<sup>594</sup> Mir Puig, Derecho Penal, ob. cit., pp. 242 y ss.



siguiendo a Mezger, respecto de los elementos normativos, “es necesaria y suficiente la valoración paralela en la esfera del profano”, es decir, del no especialista, y aún más concreto, acudiendo al mismo nivel social en que se encuentra el autor.<sup>595</sup>

### **b.1 Contenido del conocimiento**

El contenido integrante del dolo ha de abarcar las circunstancias de hecho. Como hemos visto, la valoración de las mismas ha de realizarse de acuerdo con el criterio desarrollado por Mezger, de la “valoración paralela en la esfera del profano”.

### **b.2. Momento del conocimiento. -El *dolo subsequens*-**

El dolo debe concurrir al tiempo del hecho.<sup>596</sup> En general, puede decirse que debe existir al momento de la realización, de la ejecución del hecho típico. El dolo posterior, o *dolo subsequens*, no es dolo en sentido del que interesa al Derecho Penal.<sup>597</sup> Se exige un conocimiento actual para configurar el dolo. Esto no es difícil de aceptar en la receptación, pero sería extremadamente difícil de sostener en la figura de receptación por lavado de dinero de la ley 19.366.

Excluyo también toda posible interpretación de la expresión “tener en su poder” como una consagración legal de la receptación con *dolo subsequens*. El sentido correcto de ésta, y según lo señalado, de acuerdo a criterios garantistas y restrictivos, es la aceptación de un provecho de carácter distinto al meramente económico.

---

<sup>595</sup> Ibid.

<sup>596</sup> Jescheck, ob. cit., 29.II.2.

<sup>597</sup> Roxin, Derecho Penal, ob. cit, 12, num. 75 y 77.

### **b.3 El dolo en relación con el comportamiento típico**

El dolo ha de abarcar también el comportamiento típico. Este presupuesto no se cumple, por ejemplo, si se recibe la especie hurtada o robada con el objeto de entregarla a la autoridad.

### **c. Clases de dolo**

La discusión acerca de la posibilidad de realización con dolo eventual es rica en la doctrina comparada, sin una conclusión determinante en uno u otro sentido. Al respecto, me remito a lo señalado sobre la evolución en la doctrina y la jurisprudencia española.

La posibilidad de acoger la realización dolosa con un contenido menor de injusto, ha sido acogida, desde mi punto de vista, por la jurisprudencia nacional, en el Fallo de la Corte de Apelaciones de San Miguel, de 3 de abril de 1998.<sup>598</sup>

El voto de mayoría -redactado por el Ministro señor Hernán Matus Valencia, y al que concurrió el Abogado Integrante señor Santiago Santa Cruz Fernández-, señala la siguiente doctrina:

En su considerandos 2º y 3º: “El hecho constituye la figura delictual de receptación de especies hurtadas o robadas, descrito y sancionado en el artículo 456 bis A del Código Penal, toda vez que ha sido acreditado que las cosas... encontradas en poder de un tercero que comercia en especies usadas... habían sido sustraídas, y que la persona en cuyo poder fueron encontradas, no ha podido menos que saber su ilícito origen, pues ...reconoce haberlas adquirido de desconocidos, en bajo precio, y que comercia habitualmente con especies usadas,... lo que permite inferir que no ha podido menos que saber que las especies eran producto de un delito.”

El voto disidente -redactado por el Abogado Integrante señor Carlos Kunsenmüller-, estima, primero, en su considerando 3º, que “la hipótesis de receptación sólo puede configurarse en la medida que la existencia del delito del cual provienen las especies que posteriormente se tienen a cualquier título, se encuentra legalmente comprobada en sede jurisdiccional”; segundo, en su considerando 5º, “que el conocimiento real o presumible- del imputado debe referirse al origen de las cosas, esto es, a que provienen de un delito concreto, hurto o robo,” con precisión; y tercero, en su considerando 8º, cree ver empleada una suerte de “presunción de conocimiento -esto es, de dolo- que...fue eliminada en la nueva normativa introducida por la Ley N° 19.413, de manera que ella no puede ser actualmente empleada para construir una suerte de responsabilidad objetiva”.

En esta sentencia, aunque no se mencione como tal, el dolo eventual se encuentra presente en la subsunción del hecho típico hecha por el magistrado en el voto de mayoría. Es este carácter el que debemos darle a la desafortunada e innecesaria expresión “conociendo su origen o no pudiendo menos que conocerlo”, y no, como sostiene el voto de minoría, un dolo directo, concepto que subyace en sus argumentos.

En el voto disidente se exige, primero, un conocimiento concreto, estricto y preciso del hecho previo, y segundo, una precisión de este hecho previo en cuanto a su identidad penal ya establecida, más allá de un imperativo procesal. Este factor de conexión que señala, transformaría al delito en referencia a ser parte principal de la receptación, reconduciendo a ésta a la sede de participación, que es de donde se extrajo el delito en la última reforma.

Además, y es lo que obvió el voto disidente al esgrimir como tercer argumento una supuesta responsabilidad objetiva -y es donde está uno de los méritos del voto de mayoría- se deduce el conocimiento de la ilicitud de las especies adquiridas del “precio vil” pagado por el adquirente. Éste, al

---

<sup>598</sup> Gaceta Jurídica, Año 1998, abril, N° 214, pp. 150 y ss.

comerciar habitualmente con estas especies, debe al menos haberse representado el origen ilícito de éstas al momento de la compra.

Hay un último elemento que quiero resaltar en materia de dolo. Es el texto legal, al señalar que el tribunal debe tener en cuenta para la gradación de la pena la gravedad del delito en que se obtuvieron las especies. Basta un conocimiento general de la ilicitud de la procedencia de las especies. Requiere el conocimiento de la gravedad del delito como determinante sólo “si éste era conocido por el autor” de la receptación.

#### **d. Ausencia de dolo. -El error de tipo en la receptación-**

Como había insinuado en los capítulos anteriores, respecto a la naturaleza de los elementos normativos del tipo, el destino que se les dé a éstos tiene repercusiones en materia de la teoría del error. Si los consideramos derechamente elementos del tipo objetivo, como Muñoz Conde, un error sobre éstos determinará la atipicidad del hecho. Por el contrario, de ubicarlos en sede de antijuridicidad, un error sobre éstos habremos de considerarlo como error de prohibición. Ya señalé mi preferencia por la primera solución, supra, como elementos del tipo objetivo.

#### **e. La imprudencia**

En lo que respecta a la posibilidad de realización negligente del tipo, es impune, al no estar explícitamente contemplada en la Ley. De estarlo, sería una flagrante violación a los más caros principios de garantía penales.

## **Capítulo 10**

### **LA ANTIJURIDICIDAD**

#### **-La posibilidad de realización del tipo de lo injusto amparado por una causal de justificación-**

Una conducta es antijurídica si no hay causa de justificación que excluya la antijuridicidad. “El injusto material de la lesión de bienes jurídicos puede excluirse por el hecho de que en caso de colisión de dos bienes jurídicos se prefiere el interés por el bien jurídico más valorado al menos valorado, con lo que el resultado es que pese al sacrificio de un bien jurídico se produce algo socialmente provechoso o al menos no se produce un daño social jurídico penalmente relevante.”<sup>599</sup>

#### **A. El estado de necesidad justificante**

“Requisito básico del estado de necesidad es la existencia de una situación en la que la salvación de un bien jurídico no es posible sino mediante la realización de una acción típica que sacrifica otro menos valioso.”<sup>600</sup> En este caso, cabe concebir la posibilidad de la realización del tipo de la receptación por hambre, aunque sólo en cuanto a las conductas de comercialización.<sup>601</sup> En el caso de que los bienes consistan en alimentos hurtados o robados, y éstos son consumidos directamente, esta conducta

---

<sup>599</sup> Roxin, Derecho Penal, ob. cit., p. 558.

<sup>600</sup> Cury, Derecho Penal, T. I, ob. cit., p. 329.

también se encuentra justificada, aunque en el aprovechamiento de la tenencia.

No hay mejor ejemplo en que el bien jurídico colectivo, la necesidad de una correcta administración de justicia, ceda ante la necesidad vital de alimento de uno de los integrantes de la colectividad, cumpliendo con los requisitos estrictos de la justificación. De considerarse que el estado de necesidad requiere que el bien jurídico sacrificado sea la propiedad, como señala Cury,<sup>602</sup> y que no acepto, cabría retomar el tema como estado de necesidad exculpante.

Cousiño ilustra la posibilidad que recojo, al mencionar el tema del hurto famélico y casos similares. “Aunque la jurisprudencia de nuestros tribunales superiores, en materia de estado de necesidad, es muy poco abundante y, a veces, errada, pues para absolver se acude a la exculpante de fuerza irresistible, no son infrecuentes los casos de hurtos, apropiaciones indebidas, falsificación de documentos, etc., cometidos en estado de extrema necesidad para procurarse alimentos, ya sea por el sacrificio de animales, de sustracción de dinero o especies para adquirir comida u otros semejantes.”<sup>603</sup>

## **B. Causal de justificación del artículo 10, Nº 10, del Código Penal**

No es difícil concebir esta posibilidad de justificación, ya que como señala Cousiño, “no actúa contra la ley el que se conduce conforme a la

---

<sup>601</sup> Si el que hurtó o robó lo hizo para alimentar al tercero que tiene la cosa en su poder, ha de estarse a las reglas generales sobre el hurto y el robo, con la precisión que si se trata de un hurto famélico, ha de cumplir con los mismos requisitos reseñados.

<sup>602</sup> Cury, Derecho Penal, T. I, ob. cit., p. 330.

<sup>603</sup> Cousiño, Derecho Penal chileno, T. II., ob. cit., p. 356.

ley”.<sup>604</sup> Por ejemplo, si un oficial de la policía, actuando como agente encubierto,<sup>605</sup> debidamente autorizado, de acuerdo al artículo 34<sup>606</sup> de la Ley 19.366, ingresa en una organización criminal que se sospecha se dedica al tráfico ilícito de estupefacientes y al blanqueo de dinero proveniente de este tráfico, y es enviado por la organización a trabajar como mecánico de automóviles a un taller que utiliza ésta como parte de sus operaciones. En este lugar, se le destina al desarmado de vehículos robados, piezas que se entregan luego por él a un miembro de la organización para su comercialización. Los dineros productos de las ventas, son entregados por éste a otro, propietario de la carnicería vecina al taller, quien los blanquea ingresándolos en su contabilidad. Al culminar su período de investigación, el policía y sus superiores concluyen que la organización criminal sólo se dedicaba al robo de autos y su posterior venta como piezas sueltas en el mercado.

---

<sup>604</sup> Cousiño, Derecho Penal chileno, T. II., ob. cit., p. 431.

<sup>605</sup> Según el fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 8 de julio de 1988, redactado por el Abogado Integrante Sr. Franklin Geldres Aguilar, “el agente encubierto de que trata el art. 34 de la ley 19.366 es el funcionario autorizado por sus superiores que, ocultando su identidad se introduce en las “organizaciones delictivas” simulando ser parte de ellas, todo con la finalidad de identificar a los partícipes o recoger pruebas para iniciar el proceso penal. No es, por tanto, un incitador o provocador de este delito dedicado a sorprender en sus quehaceres a personas que moran tranquilas en sus casas o domicilios y que no forman parte de organizaciones delictivas.

<sup>606</sup> “Art. 34. En los procesos instruídos por delitos contemplados en esta Ley, el juez podrá denegar el conocimiento del sumario, hasta la conclusión de éste, si estimase que su otorgamiento constituye riesgo para el éxito de la investigación o para la seguridad de agentes encubiertos, informantes, testigos, peritos y en general, de quienes hayan cooperado eficazmente en su instrucción.

Se entiende por agente encubierto el funcionario policial que, debidamente autorizado por sus superiores oculta su identidad oficial y se involucra o introduce en las organizaciones delictivas simulando ser parte de ellas o estar interesado en la comisión del delito que se investiga, con el propósito de identificar a los partícipes o recoger las pruebas que servirán de base al proceso penal.

Informante es quien suministra antecedentes a los organismos policiales acerca de la preparación o comisión de un delito o de quienes han participado en él, sin tener la intención de cometerlo, y conocimiento de dichos organismos, participa como si fuese agente encubierto, en los términos señalados en el inciso anterior.

Las personas mencionadas en este artículo podrán declarar en lugar distinto del recinto del tribunal, de cuya ubicación no se requerirá dejar constancia en el proceso, y les serán del todo aplicables las disposiciones de los incisos cuarto a décimo, inclusive, del artículo anterior.

La violación del secreto del sumario será castigada con la pena de presidio menor en sus grados medio a máximo.”

Como la conducta realizada por el oficial, formalmente se encuadra en el tipo de la receptación, al actuar debidamente autorizado por su superior, conforme a la Ley 19.366, se encuentra justificado por la causal de cumplimiento de un deber, con lo que su conducta es típica, pero no antijurídica. -Con lo dicho se entiende sobradamente que acepto la realización justificada de conductas típicas, dentro del marco de la autorización, problema que excede el marco de este trabajo.-

El problema surge en la receptación, y en esta causal de justificación, al menos en el ejemplo propuesto, con la participación de terceros en el hecho principal justificado. De haberse encuadrado la conducta de éstos en el lavado de dinero, no habría dificultad en aceptar de plano la ilicitud de su conducta en la autoría del delito. Pero, debido a la restricción del tipo penal del artículo 456 bis A, al menos en los hechos relacionados con la participación directa del oficial, debo hacer algunas precisiones. Como la actividad receptadora se realizaba al amparo de una organización, de cumplirse los requisitos respecto del conocimiento del tipo objetivo, más el dolo requerido, cabe aceptar las formas de coautoría o de autoría mediata, según el caso, en los demás partícipes. La conducta descrita en el ejemplo no mantiene una verticalidad excluyente, y en el caso de darse, nos encontraríamos en una receptación “en cadena”, esto es, en el caso que el oficial vendiera las especies a otro receptor, también subsumible en el tipo del artículo 456 bis A.



## **Capítulo 11**

### **LA CULPABILIDAD**

La definición de culpabilidad como un elemento sistemático en la teoría del delito es, hoy día, uno de los aspectos más debatidos en la doctrina comparada. Se discute tanto su función como su contenido, y aún su inclusión como tal y su reemplazo por una categoría distinta.<sup>607</sup> Así, por ejemplo, Maurach incluyó en su sistemática una nueva categoría, a la que denominó “atribuibilidad”, como integrada por dos subcategorías, la “responsabilidad por el hecho” y la “culpabilidad”. Roxin, por su parte, ha introducido la categoría de la “responsabilidad”, integrada por las dos subcategorías de la “culpabilidad” y de la “necesidad preventiva de la pena”.<sup>608</sup> La función de esta categoría sistemática, según de Figueiredo Días, es limitar “el poder estatal de intervención en nombre de la protección de la dignidad humana”.<sup>609</sup>

Por sus consecuencias prácticas, sólo me referiré en esta materia al error de prohibición, al exceso en una causal de justificación, y a la inexigibilidad de otra conducta.

#### **A. El error de prohibición.**

“Concorre un error de prohibición cuando el sujeto, pese a conocer completamente la situación o supuesto del hecho injusto, no sabe que su

---

<sup>607</sup> Cfr., en general, Bustos y Hormazábal, Lecciones, T. II, ob. cit. Bustos y Hormazábal, de acuerdo a un concepto funcional del delito, se refieren a la teoría del sujeto responsable.

<sup>608</sup> Sobre el estado actual de la discusión doctrinaria, ver Silva Sánchez, Introducción, ob. cit., y el completo resumen de Jescheck, Tratado, ob. cit. p. 364 y sigs.

<sup>609</sup> De Figueiredo Días, Jorge, Resultados y problemas en la construcción de un Derecho Penal funcional y racionalmente final, en Fundamentos de un sistema europeo de Derecho Penal, libro-homenaje a Claus Roxin, Ed. Bosch, Barcelona, 1995, p. 455.

actuación no está permitida.”<sup>610</sup> El error de prohibición afecta a la valoración jurídica global, y se delimita del error de tipo en cuanto este último es un error sobre circunstancias particulares, fácticas o jurídicas.<sup>611</sup> Así, por ejemplo, en la receptación es un error de tipo el adquirir un objeto robado para luego venderlo, en la convicción, dada las características del hecho, de que es legítimo. Así también, se comporta amparado por un error de prohibición, si éste es invencible, quien adquiere la especie para venderla, sabiendo que es hurtada, pero creyendo que obra amparado por una causa de justificación. Este es el caso de nuestro ejemplo del cumplimiento de un deber, supra, Cap. 10, B, en que el oficial de policía, creyendo que la autorización alcanzaba la realización de la conducta típica de receptación, no se encontraba legalmente autorizado. Su superior no estaba facultado para ello. Es decir, actuó sin conciencia de la antijuridicidad.

Lo mismo sucede en el caso de una suposición errónea de encontrarse en estado de necesidad justificante, en la receptación “famélica”, en que el peligro era evitable o afrontable de otro modo.

## **B. El exceso en una causal de justificación**

Tradicionalmente se ha ligado el concepto del exceso en una causal de justificación al caso de la legítima defensa. En lo que respecta a la materia que nos interesa, el exceso en la justificante de estado de necesidad por hambre, amén de no poder ser calificada de glotonería, en el caso de cumplirse con los demás requisitos de la justificación, en mi opinión, excluye la responsabilidad. En cuanto al excesivo “celo receptatorio” que manifieste en el cumplimiento del deber el oficial debidamente autorizado de nuestro ejemplo, y en cuanto exceda los límites de la autorización, no cabe la exculpación.

---

<sup>610</sup> Roxin, Derecho Penal, ob. cit., p. 861.

### **C. Inexigibilidad de otra conducta**

Si no es posible exigir del actor una conducta adecuada a la norma, distinta y mejor de la realizada, también cabe exculparlo. Así, en nuestro ejemplo del oficial de policía que actúa encubierto, de encuadrar su conducta en el ilícito de receptación, por miedo insuperable o por una fuerza irresistible, con riesgo para su integridad corporal, resultaría exculpado. No es difícil imaginar esa posibilidad en nuestro ejemplo, al actuar encubierto en una organización criminal, en permanente riesgo, aunque es discutible si, según las circunstancias, cabe exigirle que soporte el peligro.

También es posible concebir la realización del ilícito, y exculparla, cuando obedeciendo órdenes antijurídicas, por ejemplo, en el caso del oficial encubierto, éste tiene conciencia de la ilicitud de la orden de realizar la conducta receptatoria, la representa al oficial superior, pero éste insiste y se ve obligado a cumplirla.

---

<sup>611</sup> Cfr. Roxin, Derecho Penal, ob. cit., p. 861.

## **Capítulo 12**

# **AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN**

### **A. La participación en la receptación**

Hay tres materias de interés relacionadas con la participación en el delito de receptación.

En primer lugar, al ser un delito autónomo, y común, la receptación admite participación, y así como vimos que hay receptación de la receptación, también, bajo las anacrónicas disposiciones del artículo 17 del Código Penal de 1874, cabe el favorecimiento, como encubrimiento, y la receptación residual del mismo artículo.

En segundo lugar, se discute si puede ser sujeto activo del delito de receptación el propietario de la especie hurtada o robada.

En Chile niega esta posibilidad Guzmán Dálbora, considerando que el bien jurídico es la propiedad, y que “no puede una persona ocupar posiciones contrapuestas en la misma relación jurídica”.<sup>612</sup> En esto, ya he anticipado mi punto de vista al tratar el problema del bien jurídico en la receptación -que no es la propiedad, sino la correcta administración de justicia-, y al hacer una resumida crítica al antiguo concepto civilista de propiedad en el hurto. El bien jurídico no tiene identidad con el concepto de derecho subjetivo ni con el concepto de propiedad comúnmente aceptado en la doctrina civilista. Se lesiona por la sustracción de la especie de la esfera de resguardo en que se encuentre, mientras que el derecho de propiedad

---

<sup>612</sup> Guzman Dalbora, Luz y sombras...,ob. cit., p. 82.

subsiste, aunque se limite el poder de señorío “civil” del propietario. En cuanto la especie haya sido hurtada, no a él, sino a un tercero, respecto del cual no concurra la causal de atipicidad -o justificación, según el punto de vista del intérprete- del consentimiento, lesiona el bien jurídico correcta Administración de Justicia, y el propietario es sujeto activo del delito de receptación, ya que la especie proviene de un hurto o robo, y en tanto se cumplan los demás requisitos del ilícito.

En tercer lugar, y esto es lo más interesante, se discute la posibilidad de la receptación del autor y los partícipes del delito de hurto o robo del que provienen las especies.

Bajo el imperio de la antigua norma del artículo 17, la receptación, como forma especial del encubrimiento genérico, contemplaba entre sus requisitos que el receptor no hubiese participado en el delito “en referencia”.

Sin embargo, el texto del artículo 456 bis A no reproduce la fórmula en la institución autónoma de la receptación. En España, en cambio, la nueva redacción del texto legal reformado de 1995, requiere, en su artículo 298,1, respecto del sujeto activo, “que no haya intervenido ni como autor ni como cómplice”. Muñoz Conde señala que con esto “quedan solucionados los problemas que podían presentarse con la regulación anterior, cuando el autor del delito del que procedían los efectos realizaba conductas que podían ser constitutivas de receptación”.<sup>613</sup>

Indudablemente, resultaría casi imposible concebir un hurto o robo, sin la intención de aprovecharse de sus efectos, y por ello es exigido el ánimo de lucro, pero hay otras razones más, y de mayor peso, señaladas por la doctrina. Guzmán Dálbora excluye como posibles sujetos activos en la receptación al autor y los partícipes del delito “en referencia” por tres razones: “el bien jurídico tutelado y la especie de delito encubierto; el hecho de que el ladrón que se convierta en receptor de su delito sólo agotaría el

---

<sup>613</sup> Muñoz Conde, Derecho Penal, Parte Especial, 11ª Ed., 1996, ob. cit., p. 472.

*animus lucrandi* que desde el principio lo animó y guió sus actos, y, por fin, que la receptación-participación del artículo 17 no admite el autoencubrimiento, y ya se sabe que la autonomía de la receptación del 456 bis A es, por decir lo menos, sospechosa”.<sup>614</sup>

De sus argumentos, descarto primero sus consideraciones sobre el bien jurídico tutelado, que no es la propiedad, sino la correcta Administración de Justicia, por lo que no hay identidad posible ni confusión entre ambos.

Sobre las consideraciones acerca de “lo sospechoso” que ve Guzmán Dálbora en la receptación, baste señalar que al negarse a incluir la “prohibición de participación”, el legislador ha reforzado su autonomía, y en este sentido fue dictada la norma, así como también ésa era la idea que animó a los destacados profesores que prestaron su asesoría al Poder Legislativo.

Respecto del *animus lucrandi*, es cierto que la posibilidad de realizarlo se encuentra en disponer del bien obteniendo un beneficio, de carácter económico, al menos, en la comercialización de éste. Pero, no es menos cierto que el avance de la ciencia del Derecho, normalmente, se debe a la creación de sutiles distinciones que permiten precisar sus normas. Es necesario indagar cuándo prima el *animus lucrandi* del hurto, y cuándo podemos sostener, y si esto es posible, que la realización de la conducta receptatoria cabe contemplarla como independiente de éste y, aplicarle, en consecuencia, las normas del concurso real.

En primer lugar, hay que descartar cualquier argumento que permita sostener a la figura de la receptación como un delito “por sospecha”, como un receptáculo alternativo<sup>615</sup> de conductas penadas en subsidio del hurto o robo. El mero “tener” la cosa no basta para cumplir con los requisitos del

---

<sup>614</sup> Guzmán Dalbora, Luz y sombras..., ob. cit., p. 82, Nota 35.

<sup>615</sup> Muñoz Conde (Derecho Penal, Parte Especial, 11ª Ed, ob. cit., p. 471.), considera que “A efectos de prueba, la receptación puede aplicarse de forma alternativa con el delito de referencia: por ej., si al sujeto se le ocupan (debe querer decir : se le encuentran) objetos robados, pero no puede demostrarse que los robó él, siempre cabe la posibilidad de castigarlo por delito de receptación (cfr STS 29 de marzo 1988).”

ilícito en estudio, como señalé al tratar de los verbos rectores o conductas en el tipo objetivo -debe adquirirse la especie para “tenerla” y poder aprovecharla, aunque sea sólo un goce estético o afectivo-. Debe descartarse entonces como sujeto activo de una receptación, como consecuencia de no realizar hecho posterior alguno, el que hurta para “tener” la cosa, ya sea por un placer estético u otro fin similar.

También debe descartarse la compra de la especie, imposible por quien la hurta y la tiene,<sup>616</sup> a no ser, que haya un tercero involucrado, al que se venda y compre posteriormente, figura artificiosa, caso en el cual debe aceptarse la receptación y la calidad de sujeto activo en ésta de quien había hurtado o robado la misma -habría una relación comercial triangular o con mayor número de intervinientes, manteniéndose la línea de comercialización que lesiona el bien jurídico-.

Con esto, se limita el problema sólo a los supuestos de venta o permuta de la especie hurtada o robada. Esto es, cuando quien hurtó o robó vende o permuta la especie para procurarse el provecho de su ilícito, y cuándo la comercializa en calidad de reductor o receptor.

En primer lugar, como criterio delimitador, agrego una consideración de carácter positivo. Cuando el ladrón realiza habitualmente conductas receptatorias -me remito a lo señalado, supra, sobre la habitualidad-, o cuando se dedica al comercio como actividad u oficio habitual e introduce la especie en su establecimiento, local, o lugar de venta para su comercialización, cabe aplicar la norma del artículo 456 bis A, en concurso real con el hurto o robo. -En este último caso, de el que se dedica al comercio, no por aplicación ni analogía con el inciso tercero, sino por aplicación del inciso primero.- Lesiona el bien jurídico como correcta Administración de Justicia al poner él mismo la especie en el comercio.

---

<sup>616</sup> No debe confundirse este caso con los supuestos de consentimiento del sujeto pasivo, o con los problemas que surgen por la posterior adquisición de la cosa, a su propietario, por quien la hurtó.

Se incluye también, como conducta receptadora, la oferta privada de las especies por quien las ha hurtado o robado, que se realiza a personas que no tengan la calidad propia de receptadores, y que implique la comercialización directa de las especies a terceros como consumidores finales. Además deben considerarse los casos de oferta pública, en los que hay un ejercicio principal de una actividad comercial que lesiona el bien jurídico protegido como correcta Administración de Justicia, haciéndole también aplicables las reglas del concurso real.

Queda por analizar, por ende, la posibilidad de que quien hurtó o robó, entregue las especies a un tercero con el objeto de que las consuma, por ejemplo, a su mujer, dueña de casa, o a esta última dinero producto de un hurto o robo para la adquisición de alimentos, o, como pago por servicios prestados, por ejemplo, a su abogado, y el caso de estos terceros como posibles sujetos activos de la receptación.

En primer lugar, cabe recordar lo señalado,<sup>617</sup> respecto de la receptación sustitutiva, y los casos en que el objeto material del delito esté constituido por cosas consumibles, y especialmente en el caso del dinero hurtado o robado. Conforme a lo que sostengo respecto de la sustitución, esta es atípica en el contexto de la actual disposición legal y el bien jurídico protegido.

En segundo lugar debemos descartar el aprovechamiento o disfrute conjunto. De acuerdo en esto, y siguiendo a la doctrina alemana, de la Mata señala que “el consumo o disfrute de lo sustraído conjuntamente con el autor previo (*Mitverzehren* o *Mitverpressen*), parece que no supone una adquisición (*Ansichbringen* -conforme a la antigua redacción del párrafo 259- o *Sichverschaffen* -conforme a la nueva-) y, por tanto, no encajaría ya en la redacción dada al tipo de receptación. Pero no es sólo éste el argumento empleado, sino que...se recurre al contenido de injusto de nuestra figura. El delito de receptación exige que el receptor tenga un poder autónomo de disposición sobre la cosa, lo cual de ninguna manera



sucede aquí, aunque se participe de las ventajas del hecho delictivo previo; es siempre el que invita, el que hace partícipe al otro, quien tiene el dominio de actuación sobre lo apropiado.”<sup>618</sup>

También señala de la Mata, que en contra de esta postura, otro sector, aunque minoritario, considera que el acto de consumo o gasto es adquisición.<sup>619</sup>

La verdad es que en ninguno de estos casos hay participación, y es por eso que toco el tema en esta sede, ya que todos estos supuestos de hecho son atípicos. Para algunos de los sostenedores de las teorías patrimoniales del bien jurídico en la receptación, es atípico por no percibir que estas conductas supongan una contribución al perjuicio del bien lesionado.<sup>620</sup>

Lo cierto es que desde el punto de vista de la teoría de la autoría, que aquí es aceptada, éstos, en primer lugar, y de aceptar que hubiera receptación -que no la hay frente al bien jurídico correcta administración de justicia-, no tienen dominio del hecho. Sostengo que no hay delito de receptación, y en esto no han reparado los autores españoles y alemanes que han tratado el tema, porque sencillamente al consumir la cosa, la destruyen.

Por esta misma razón, cuando se entrega la cosa fungible, en el ejemplo (el dinero hurtado), a la mujer para que realice la compra de alimentos para las necesidades domésticas, o cuando el ladrón paga los honorarios del abogado, ya no existe “la especie”, que perece dentro del género para su entrega. El hecho de estos terceros es, por lo tanto, atípico.

En todas las demás hipótesis, por cierto, el tercero adquirente, sin distinción, cumpliendo los requisitos del tipo, y no estando justificado, encuadra su conducta en el delito de receptación.

---

<sup>617</sup> Ver, supra, Cap. 9, A, 1, e.

<sup>618</sup> de la Mata, Límites..., ob. cit., p. 89, citando a Russ, Lackner, Otto, Rudolphi y Samson.

## **B. La participación en la criminalidad organizada y la receptación**

**La organización criminal.** En cuanto al problema de la determinación del concepto de organización criminal, no basta, como ha señalado la Corte de Apelaciones de Santiago, en Fallo de 31 de enero de 2000,<sup>621</sup> la

---

<sup>619</sup> de la Mata, Límites..., ob. cit., p. 90, citando a Maurach/Schröder, Wessels y Stree.

<sup>620</sup> Cfr. de la Mata, ...Límites, ob. cit., p. 92.

<sup>621</sup> Gaceta Jurídica, Año 2000, enero, N° 235. Fallo redactado por el Ministro Sr. Haroldo Brito Cruz.

En los considerandos:

“1º.-Que con el propósito de resolver acerca de la ocurrencia del delito de asociación ilícita para el tráfico de estupefacientes que ha sido materia de las acusaciones fiscal y particular, a cuyo respecto obran las peticiones de absolución formuladas por las defensas de los enjuiciados, resulta necesario razonar teniendo en consideración el bien jurídico protegido en la norma del artículo 22 de la Ley N° 19.366 porque sólo desde esa posición podrá advertirse el sentido que debe darse a la conducta típica “asociarse u organizarse con el objeto de traficar las referidas sustancias” y distinguir el mencionado delito de la coparticipación en las restantes figuras de dicha ley.

2º.-Que la doctrina de los autores, a excepción de aquella que estima que con estos tipos se “protegen bienes jurídicos singulares” (entre otros la vida y la propiedad) que son puestos en situación de riesgo por la existencia del programa criminal de la organización, y que resulta ser minoritaria entre otras razones debido a que implica aceptar la superposición de tutelas jurídicas para un mismo bien, señala que lo protegido dice relación con la estructura y funcionamiento del Estado, con un bien jurídico independiente de aquellos que se lesionan en caso de obtenerse los objetivos propuestos, lo que se expresa mediante las fórmulas “recto ejercicio del derecho de asociación”, “orden público”, y, últimamente, “autotutela del poder del Estado”.

3º.-Que todas las explicaciones discurren en torno a la existencia de un grupo gestado con finalidades delictivas de cualesquier tipo, que funciona de manera planificada y sistemática mediante actos de numerosas personas.

Al respecto, Antonio García-Pablos de Molina teniendo en cuenta que el Estado “ostenta el monopolio del orden jurídico” (penal) señala que con esta clase de figuras se trata “de proteger la propia institución estatal, su hegemonía y poder, frente a cualquier otra organización que persiga fines contrarios y antitéticos a los de aquella”, porque “la mera existencia de una pluralidad de personas que, de forma organizada (asociativamente), intentan unos objetivos opuestos a las leyes penales pone ya en entredicho a la supremacía del poder del Estado”, autor que de paso también entrega elementos que permiten alcanzar el sentido que debe darse a las voces “asociación” y “organización”. (Antonio García-Pablos de Molina, “Asociaciones ilícitas en el Código Penal”. Ed. Bosch, Barcelona, Pág. 142).

4º.-Que a objeto de lograr una caracterización del delito de asociación ilícita resulta de mucha utilidad tener en cuenta la opinión de la Comisión del Presidente para la Investigación de la Criminalidad Organizada, la que señala tres componentes para este tipo de actividades, a saber “un colectivo estructurado y estable de personas que se sirven del crimen, de la violencia y de la corrupción para obtener y mantener poder y beneficios económicos”, “funcionarios corruptos, abogados y comerciantes que solos o juntos apoyan al grupo delictivo a través del abuso de su posición y/o de sus privilegios y de la violación de la ley” y de “individuos (del cuerpo social) y enteras entidades los que prestan ayuda social, los que proveen al crimen organizado...de una apariencia de legalidad” (President Commissions On Organized Crime: The Impact ; Organized Crime Today, Washington D.C.,

circunstancia de constatarse la existencia de un grupo de personas que actúa planificadamente en la comisión de delitos que afectan bienes jurídicos singulares. Son solamente formas de coparticipación, ya que para inculpar a título de la figura de asociación ilícita, deben poner en peligro la estructura y funcionamiento del Estado.

Las conductas receptatorias en la organización criminal, generalmente darán lugar a complejos problemas de concurso si el receptor es parte de la organización. La tenencia o comercialización de las especies de los ilícitos de hurto o robo realizados por miembros de la organización debe considerarse, en general, de acuerdo a los criterios que expuse, supra, respecto de los problemas de la participación. En lo particular, cabe señalar que aquí es mucho más patente el carácter de bien jurídico colectivo de la correcta Administración de Justicia, aunque no hay que confundir el interés especial de la sociedad en este tipo ataques al bien jurídico con este último.

---

1986, citado en Revista de Derecho Penal y Criminología, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1993, pág. 724).

También es conveniente citar algunas de entre las numerosas opiniones recogidas en la misma publicación. La de Francis A. J. Ianni y Elizabeth Reuss-Ianni, quienes afirman que la organización criminal establece estrechas dependencias entre las actividades legales y las ilegales para poder encubrir y ocultar sus negocios ilícitos; la de George B. Vold y Thomas J. Bernard en cuanto a la necesidad de contar con “protectores, consejeros y patrocinadores en la policía, justicia, política y economía”.

5º.-Que, entonces, atribuyendo sentido a los giros “asociarse” y “organizarse” que emplea la norma, debe concluirse que la ocurrencia del delito en cuestión dice relación con la existencia de una estructura antijurídica que por concurrir las características anotadas lesionan de manera concreta el referido bien jurídico poder o función del Estado. Esto es, dicho de otro modo, tal conducta se sanciona sin perjuicio de hacerlo respecto de aquella que siendo también delictiva constituye la finalidad de la organización por afectar a otros bienes jurídicos.

Así, entonces, la sola circunstancia de constatarse la existencia de un grupo de personas más o menos numeroso que actúa planificadamente en la comisión de delitos que afectan bienes jurídicos singulares no autoriza a inculpar la figura de asociación ilícita, porque tales actuaciones constituyen únicamente formas de coparticipación.

6º.-Que de la apreciación de los elementos de prueba reseñados en el fundamento 16º de la sentencia que se revisa conforme a las reglas de la sana crítica, esto es de acuerdo con los principios lógicos y las máximas de experiencia que deben entenderse como “un criterio objetivo, interpersonal o social...que son patrimonio del grupo social...de la psicología, de la física y de otras ciencias experimentales” como lo precisa Hernando Davis Echandía, no resulta establecido que los acusados hubieren conformado una asociación para el tráfico ilícito de sustancias estupefacientes sino que, como ya está dicho en el fallo aludido, únicamente fue perpetrado un delito de tráfico ilícito de drogas en el que participaron varias personas que desarrollaron diferentes actos conducentes a la adquisición y venta, por cuanto ninguna de las probanzas dice relación con las condiciones que se acaba de resaltar y que en concepto de esta Corte otorgan contenido a los verbos del tipo.

## **Capítulo 13**

### **Breves consideraciones sobre el Iter Criminis**

#### **A. Generalidades**

Considerando que los fines del Derecho Penal sirven como presupuesto para la construcción sistemática, el análisis en este nivel no escapa a la toma de postura respecto de éstos. Es necesario, por ello, que me refiera a algunos conceptos básicos antes de abordar la problemática central de este capítulo.

El fundamento esbozado, tanto en la Introducción, como en los capítulos anteriores, se encuentra en el modelo de protección de bienes jurídicos, por contraposición a la concepción con la que pugna hoy día, que se funda en el quebrantamiento de la vigencia del ordenamiento jurídico. Esta última postura, que rechaza el concepto de bien jurídico como objeto de protección, y que encuentra los fundamentos de la punición en las acciones susceptibles de debilitar la vigencia de los valores ético-sociales protegidos por la norma, o “lesión de deber”, es la que se conoce hoy como “teoría de la prevención general positiva”.<sup>622</sup> El más destacado exponente de esta corriente, Jakobs, fundamenta la punición de la tentativa en que la sanción penal contradice la contradicción del ordenamiento que supone el delito, confirmando contrafácticamente la vigencia de la norma puesta en duda.<sup>623</sup> Por ello, se sanciona “el hacerse expresivo un quebrantamiento de la

---

<sup>622</sup> Cfr. Alcácer Guirao, Rafael, La tentativa inidónea, Fundamento de punición y configuración del injusto, Editorial Comares, Granada, España, 2000, pp. 321 y ss., 333 y ss.

<sup>623</sup> Cfr. Alcácer, ob. cit., p. 302; Jakobs, AT (Parte General), ob. cit., 1/4 ss. (Cfr. Jakobs Derecho Penal, trad. por José Cuello Contreras y José Luis Serrano González, ob. cit, pp. 9 y ss. )

norma”,<sup>624</sup> en que “el fundamento de la punición de la tentativa es exactamente el mismo de la consumación”.<sup>625, 626</sup>

Básicamente, este último punto de vista corresponde a la evolución que el pensamiento de este discípulo de Welzel experimentó a partir de las ideas de su maestro. Al igual que éste, rechaza fundamentar la punición de la tentativa en el peligro para el bien jurídico.<sup>627</sup>

La diferencia estriba en que para Jakobs, el único desvalor está en el “quebrantamiento de la norma, la defraudación de la expectativa normativa, el cual está presente ya en la tentativa inidónea”.<sup>628</sup> Pero, para Welzel, “la afirmación de que “la conducta prohibida contraria a la ética social (y no la lesión de un bien jurídico) es el contenido genérico de desvalor de toda norma”, no puede justificarse en la concepción ontológica de la acción, sino en la finalidad que el autor alemán atribuye al Derecho penal”,<sup>629</sup> que es “el aseguramiento de la vigencia de los valores ético-sociales del acto en la conciencia ético-jurídica de la comunidad. Y este fin se lleva a cabo, sobre todo, a través de la imposición retributiva de la pena”.<sup>630</sup> Así se demarca la concepción Welzeliana sobre el fundamento de la punición de la tentativa, la que él caracteriza por ser una figura punible en la que no existe un desvalor

---

<sup>624</sup> Cfr. Alcácer, ob. cit., p. 303; Jakobs, AT (Parte General), ob. cit., 25/21. Cfr. Jakobs, Derecho Penal, ob. cit., pp. 863 y ss.

<sup>625</sup> Cfr. Alcácer, ob. cit., p. 304; Jakobs, AT (Parte General), ob. cit., 25/15. Cfr. Jakobs, Derecho Penal, ob. cit., pp. 860 y ss.

<sup>626</sup> Un punto de vista similar al de Jakobs, en lengua castellana, es el que expone el argentino Marcelo Sancinetti (aunque este último se manifiesta también cercano a otra vertiente contemporánea de la escuela de Bonn, que tiene entre sus defensores a Zielinsky y Struensee): “Sí es cierto que, para el juicio normativo sobre “el comienzo de ejecución”, es decisiva *la base fáctica que se representa el autor*: si él cree que la pastilla que pone en el café de su tía es el medio tóxico que compró especialmente asesorado para deshacerse de esta pariente, él habrá quebrantado ya la norma que prohíbe comenzar a ejecutar un homicidio, aún cuando, objetivamente, la cantidad aplicada fuera inocua o incluso favorable para el estado de salud de la tía. Por el hecho de que una tentativa sea “objetivamente” inidónea no se deriva ninguna atenuación del juicio de disvalor; el quebrantamiento de la norma sigue siendo perfecto.” Sancinetti, Marcelo A., *Ilícito Personal y Participación*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina, 1997, p. 36. (el subrayado es mío)

<sup>627</sup> Alcácer, ob. cit., p. 303.

<sup>628</sup> Alcácer, ob. cit., p. 304.

<sup>629</sup> Alcácer, ob. cit., pp. 54 y ss., citando a Cuello Contreras, en este sentido, PG, pág. 381: “La punición de la tentativa inidónea...se puede fundamentar en la concepción político-criminal de Hans Welzel, de fomento de los valores ético-sociales de la acción”

<sup>630</sup> Alcácer, ob. cit., p. 58.

de resultado, por contraposición a su existencia en la figura consumada.

Este punto de vista -a diferencia del fundamentado en el quebrantamiento de la vigencia del ordenamiento jurídico, de Jakobs<sup>631</sup>-, se enmarca en la evolución tradicional de las distintas corrientes que basan la punición de la tentativa en la voluntad manifiesta, contraria al derecho, malamente llamadas “subjetivas”.<sup>632</sup>

Frente a estos, y otros disímiles puntos de vista, producto de otras tantas concepciones del delito, cabe señalar, siguiendo a Alcácer Guirao, que “el criterio determinante para establecer la existencia de una tentativa punible es el *peligro* para el bien jurídico, ya que ese es el fundamento de punición de las acciones que no producen el resultado lesivo hacia el que se dirigen.”<sup>633</sup> La diferencia fundamental entre éste y otros criterios es el grado de anticipación en la punición; es mucho mayor en las teorías “subjetivas” y en las teorías que tienen como fin genérico la protección del ordenamiento jurídico -como la de la protección de la función ético-social de Welzel, la de la impresión,<sup>634</sup> y la de Jakobs<sup>635</sup>-, y más restringido desde un

---

<sup>631</sup> Uno de los grandes problemas sistemáticos en la estructura de Jakobs, es que no puede explicarse satisfactoriamente, a partir de los puntos de vista de este autor y sus discípulos - quienes conciben la tentativa como una lesión perfecta de los valores contenidos en las normas-, la razón de la atenuación de la pena en la tentativa (facultativa en el caso del StGB alemán, y obligatorio en otros ordenamientos, como es el caso del Código Penal chileno, conforme a los artículos 50 a 54).

<sup>632</sup> Un segundo punto de vista aún vigente, entre las posiciones doctrinales que fundamentan la punición de la tentativa en la voluntad, se encuentra marcada por una tendencia a su objetivización, en un intento de separar de la punición las tentativas irreales y las llamadas “tentativas supersticiosas”. Esta es la posición, entre otros, de Struensee (Struensee, Eberhard, Dolo, tentativa y delito putativo, Trad. de Marcelo Sancinetti, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1992. Para Struensee (ob. cit., pp. 43 y ss), “a la tentativa la caracteriza la no realización del tipo objetivo con una realización incompleta (comenzar directamente el hecho) o con una realización completa (ejecución acabada) del tipo subjetivo.” Hay que entender, también, este punto de vista, en el marco de la legislación alemana. El Código Penal Alemán (StGB), señala en el § 22 “Intenta un hecho punible quien, según su representación del hecho, comienza directamente la realización del tipo.” Cfr. Struensee, ob. cit., Apéndice legislativo, p. 110.)

<sup>633</sup> Alcácer, ob. cit., p. 341.

<sup>634</sup> Cfr. Jescheck, ob. cit., pp. 465 y ss. Cfr. Alcácer, ob. cit., pp. 251 y sigs. Doctrina mayoritaria en Alemania, cuenta entre sus partidarios más destacados a Roxin y a Jescheck. Este último señala que “el verdadero fundamento de la punición de la tentativa es la voluntad contraria a una norma de conducta, pero sólo se afirma el merecimiento de pena de la exteriorización de la voluntad dirigida al hecho cuando ello pueda perturbar profundamente la confianza de la colectividad en la vigencia del ordenamiento jurídico, así como el sentimiento de seguridad jurídica, y, en consecuencia, resultar menoscabada la paz

punto de vista material basado en el “riesgo” para el bien jurídico. Sobre la crítica a las teorías de protección del ordenamiento jurídico y a la teoría de la impresión, Alcácer se apoya en Stratenwerth, cuyas conclusiones sobre esta última “son asimismo aplicables a la concepción formal del delito de Jakobs: “Las exigencias de prevención general -y de eso se trata en la “impresión” conmovedora del Derecho- no pueden ser convertidas directamente en reglas de valoración penal... La teoría de la impresión no contiene más que una relativamente obvia afirmación de que sólo un ataque serio al

---

jurídica” (Jescheck, ob. cit., p. 465) “Procede seguir, en principio, la teoría subjetiva, puesto que en la tentativa se castiga la voluntad criminal actuada. Sin embargo, este criterio ha de completarse mediante el pensamiento de la impresión del hecho sobre la colectividad, porque sólo merece pena la manifestación de voluntad que puede conmover la confianza de la colectividad en la vigencia del orden jurídico.” (Jescheck, ob. cit., p. 466) Según Alcácer, “las bondades de la teoría de la impresión se infieren -al amparo del auge reciente de la prevención general positiva- a partir de una determinada misión del Derecho Penal, caracterizada por la defensa, junto -o en lugar de- a la de los bienes jurídicos, de la vigencia del ordenamiento jurídico como tal.” (Alcácer. ob. cit., p. 253). Señala también que (p. 258) “a pesar de no haber faltado voces críticas contra dicha regulación positiva (la nueva regulación positiva de la tentativa desde la reforma al StGB de 1975), lo cierto es que en la ciencia penal alemana reina acuerdo en el merecimiento de pena de la tentativa no peligrosa ex-ante, habiéndose afirmado incluso que la introducción de dicha regulación no fue otra cosa que la “legalización del Derecho que se ha convertido en usual”. Pero para ello se ven obligados a considerar su punición como una “excepción” en un sistema del hecho punible construido primordialmente sobre bases objetivas en relación al peligro de los bienes jurídicos, como es quizá el mayoritario actualmente.” Las críticas a esta concepción teórica se han centrado en la posible infracción del principio de legalidad, y de carecer de un sustento garantístico mínimo sobre la base de éste. Pero, la más certera es la señalada por Alcácer, en cuanto “el carácter (potencialmente) quebrantador de la paz jurídica es una cualidad que ha de exigirse, si se quiere, *como requisito mínimo* a toda conducta de ser susceptible de ser penalmente relevante, pero ello no quiere decir que tal característica sea *suficiente* para someterla a una pena, sino que dicha conducta ha de resultar, como ulterior requisito –mejor: como requisito previo, esencial-, incisivamente lesiva en los intereses más esenciales de los ciudadanos, y no simplemente capaz de causar *alarma social*.” (Alcácer, ob. cit., pp. 260 y ss.) En Chile es principalmente defendida por Cury, Derecho Penal, Parte General, T. II, ob. cit., pp. 225 y ss., y el mismo, en Cury Urzúa, Enrique, Tentativa y delito frustrado, Ed. Jurídica de Chile, pp. 175 y ss.

<sup>635</sup> No deben confundirse las subjetivizaciones extremas de los puntos de vista señalados, especialmente de otras concepciones similares basadas en la prevención general positiva, con el criterio desarrollado por Jakobs, más formal, objetivo y limitador, que llega a consecuencias similares a las teorías hoy dominantes, basadas en la protección de bienes jurídicos, sobre todo en materia de idoneidad de la tentativa. Así lo pone de manifiesto Alcácer, al señalar que “el fundamento de su punición, desde su concepción simbólica de lo penalmente relevante, no podrá venir dado por *el hecho* del peligro al bien jurídico, aspecto perteneciente a lo empírico-causal, a lo “naturalista”, si bien la relevancia típica sí podría venir determinada por la afección causal potencial de la acción *en tanto interpretada* como factor del quebrantamiento de la vigencia de la norma, realidad perteneciente al mundo de lo simbólico. En suma, desde la concepción teleológica que informa el sistema de imputación de Jakobs, consistente en el fin de protección de la vigencia de la norma, pero también en una exigencia de respeto a un ámbito de organización privado, los márgenes de punición no serían muy diferentes de los que han de derivarse del fin clásico de protección de bienes jurídicos” (Alcácer, ob. cit., p. 349)

ordenamiento jurídicamente protegido debe conllevar una sanción. Cualquier conclusión ulterior es problemática”.<sup>636</sup>

Para superar las deficiencias dogmáticas de los puntos de vista esbozados, que se manifiestan en la construcción sistemática de la tentativa, Alcácer señala cuatro ventajas de la noción del delito como lesión de bien jurídico.

En primer lugar, punto de vista que no comparto plenamente, señala que el peligro, criterio que deriva del fin de protección de bienes jurídicos, “imprime un componente de racionalidad y seguridad jurídica en el enjuiciamiento de las acciones, por remitirse la desvaloración de las mismas a un elemento fáctico, perteneciente a ese mundo exterior causal-naturalístico, susceptible de una suficiente determinación y contrastación fáctica en cada caso concreto.”<sup>637</sup>

Ya me referí extensamente, al tratar del bien jurídico en la receptación,<sup>638</sup> a los problemas de la falacia causal. Si bien Alcácer tiene razón en lo que respecta al componente de seguridad jurídica y garantía que significa el utilizar el criterio de riesgo, éste no debe ser entendido como perteneciente al mundo exterior causal-naturalístico, sino como un criterio abierto, descriptivo, construido valorativamente a partir del bien jurídico.

En segundo lugar, Alcácer, al distinguir en el injusto un desvalor de acción y un desvalor de resultado basados en el peligro y la lesión del bien jurídico, destaca el carácter graduable del concepto de peligro, que permite diferenciar distintos niveles de lesividad y determinar un contenido del injusto

---

<sup>636</sup> Alcácer, ob. cit., p. 353 (citando a Stratenwerth, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1981, 3ª ed., p. 192.)

<sup>637</sup> Alcácer, ob. cit., p. 353, en donde cita a Paredes Castañón, *El riesgo permitido en Derecho Penal. Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas*, 1995, p. 165, nota 26, quien, en similar sentido, resalta que “la función primordial que ha de cumplir la configuración del deber de conducta es la de protección de bienes jurídicos. Y, para lograrlo, es preciso que la valoración y la determinación jurídica de conductas parta de una base fáctica: del conocimiento de la eficacia causal potencial de las posibles conductas respecto del resultado disvalioso. Pues otra base distinta de ésta no garantizaría que el contenido finalmente atribuido al deber satisficiera esta función de protección.”

<sup>638</sup> Ver, supra, Cap. 8.



gradual.<sup>639</sup>

En tercer lugar, señala que “posibilita delimitar un diferente grado cualitativo de la desvaloración entre las acciones que quedan en el estadio de la tentativa y las que producen el resultado.”<sup>640</sup>

Señala también, en lo que no estoy de acuerdo, que “desde un punto de vista liberal, el prototipo de lo injusto, de lo contrario a Derecho, habrá de ser el resultado lesivo de intereses esenciales para la persona.”<sup>641</sup> Para mí, desde un punto de vista liberal, el concepto de bien jurídico tiene un contenido distinto al señalado por este autor. El resultado lesivo se configura en tanto el bien se encuentra valorado socialmente, de acuerdo a las pautas señaladas previamente.<sup>642</sup> El bien jurídico, en “roce” con el ordenamiento jurídico positivo, “invade” con valoraciones sociales al tipo, por los cauces limitados por los principios garantísticos. En este contexto, los intereses esenciales “de una persona” podrían ser mayores o menores que “lo injusto”. La expresión jurídico-penal de la concepción liberal, y en esto es donde yerra Alcácer, no tiene que ver con el individuo directamente, sino con una ordenación de la vida social destinada a proteger a los individuos, a un “entorno garantístico”.

Finalmente, Alcácer destaca, y esta es la consecuencia más importante de la aceptación del modelo de protección de bienes jurídicos, que la exigencia de peligrosidad conllevará, por lo general, un menor adelantamiento de punición que otras posturas que se basan en el fin de protección del ordenamiento.<sup>643</sup>

---

<sup>639</sup> Cfr. Alcácer, ob. cit., pp. 353 y ss.

<sup>640</sup> Alcácer, ob. cit., p. 354.

<sup>641</sup> Alcácer, ob. cit., p. 354.

## **B. La tentativa: idoneidad y peligro**

Tras la tipificación autónoma del delito de receptación, como consecuencia necesaria se hace punible la tentativa. No es necesaria, por tanto, la consumación de la receptación para que ésta sea sancionada. Según señala Muñoz Conde, “la consumación se produce con la simple adquisición, bastando sólo que en el caso del receptor éste tenga la “libre disponibilidad” sobre los objetos receptados, aunque no llegue a lucrarse efectivamente con ellos”.<sup>644</sup>

Con ello surgen los problemas propios de la tentativa, esbozados previamente en las generalidades de este mismo capítulo. Al delimitar el ámbito de la punición, de acuerdo al criterio del juicio de peligro, éste se debe realizar desde una perspectiva *ex ante*. Como señala acertadamente Silva Sánchez, “cualquier consideración sobre el ámbito de las tentativas punibles, así como sobre la relación entre éstas y las tentativas “peligrosas”, debe partir de la idea de que todas las tentativas son, desde un juicio *ex post*, que tome como referencia la producción o no producción del resultado, plenamente inidóneas.... En cambio, desde un punto de vista *ex ante* en el que se prescindiera del baremo del espectador omnisciente, evidentemente sí cabe apreciar la existencia de tentativas peligrosas. De este modo se percibe con gran claridad que la formulación de “juicios de peligro” refleja directamente el desconocimiento humano y es, por tanto, expresión de un problema epistemológico más que de una realidad ontológica.”<sup>645</sup>

Claro está, que Silva Sánchez, como también lo señala desde muy cerca, aunque con matices, Alcácer, reconduce el problema de la punición de la tentativa a un doble fin preventivo, tanto de protección de bienes

---

<sup>642</sup> Ver, *supra*, Cap. 8.

<sup>643</sup> Alcácer, *ob. cit.*, pp. 354 y ss.

<sup>644</sup> Muñoz Conde, *Derecho Penal, Parte Especial*, 11ª Ed., *ob. cit.*, p. 474.

<sup>645</sup> Silva Sánchez, Jesús-María, *La regulación del iter criminis*, en *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, Ed. Bosch, Barcelona, 1997, p. 125.

jurídicos como de vigencia de la norma.<sup>646</sup> Alcácer, en cambio, pone decididamente el acento en la protección de bienes jurídicos, aunque señala que se identifica con éste el fin de protección de la vigencia de la norma, y que al ponerse en duda su vigencia en la tentativa, lo es porque “el contenido de la expectativa plasmada en la norma no es otro que la seguridad de que los intereses de los ciudadanos (bienes jurídicos) no serán lesionados.”

Así planteado el tema, cabría preguntarse por la tentativa inidónea, y si en ésta concurre, considerado ex ante, una peligrosidad para el bien jurídico.

La verdad es que el concepto de idoneidad, y por ende, de inidoneidad, como lesión de un bien jurídico, se establece desde un punto de vista ex post. La punibilidad, en cambio, sobre la base de criterios de peligro, se determina ex ante. Esta es la posición que aquí se sostiene. Como señala Mir Puig, “un Derecho Penal ...sólo puede conminar con pena la realización de conductas que en el momento de ser llevadas a cabo aparezcan como peligrosas para bienes jurídicos para el observador objetivo situado en el lugar del autor.”<sup>647</sup> Con esto quiero significar, que una tentativa que ex post, aparece como inidónea, al aparecer como peligrosa para el bien jurídico, ex ante, es punible. Así también, la tentativa que desde una perspectiva ex ante, es inidónea, no es punible. Con ello, también se excluyen las tentativas irreales y el delito putativo, o error de prohibición al revés.

Así, pues, no cabe hablar de tentativas inidóneas punibles, puesto

---

<sup>646</sup> Cfr. Silva Sánchez, La regulación del iter criminis, ob. cit., p. 130 “En efecto, hechos de ese carácter comprometen el sentimiento subjetivo de seguridad en el uso y disfrute de los bienes”. Cfr. Alcácer, ob. cit., pp. 365 y ss. “En realidad, estos autores (Silva Sánchez y Baldó Lavilla, Francisco -Estado de necesidad y legítima defensa, 1994, pp. 117 y ss, p. 117, nota 250, cit. por Alcácer-) vienen a establecer esa identificación de los márgenes mínimos de relevancia penal derivados de ambos fines preventivos, puesto que se sirven precisamente del juicio de peligrosidad ex ante para establecer el margen del quebrantamiento de la confianza en las expectativas normativas...(y) pretenden reconducir su postura al fin de protección de bienes jurídicos, afirmando que la punición de las tentativas sólo ex ante peligrosas ha de sancionarse como un delito contra la libertad y seguridad de las personas, entendido como un bien jurídico colectivo” (Cfr. Alcácer, ob. cit., p. 366. Cfr. Silva Sánchez, La regulación del iter criminis, ob. cit., p. 131)

<sup>647</sup> Mir Puig, Derecho Penal, ob. cit., p. 346 y p. 348.

que esta inidoneidad ha sido calificada ex post, sino de tentativas punibles de acuerdo al mayor o menor grado de peligro para el bien jurídico, calificado ex ante.

### **C. La tentativa en la receptación**

Cabe ahora realizar un último ejercicio de aplicación de los conceptos esbozados al tipo penal de la receptación. Conforme a lo señalado, es posible sancionar la tentativa de receptación, aún en los casos de tentativa considerada desde un punto de vista ex post, inidónea, cuando ex ante es posible observar un peligro concreto para el bien jurídico protegido, la correcta Administración de Justicia. Ello implica, entre otras cosas, admitir la existencia de un injusto (aparentemente) carente de desvalor de resultado,<sup>648</sup> tomando en consideración que “un Derecho penal que pretenda un grado razonable de eficacia preventiva, no puede dejar impunes acciones que desde una contemplación social de la misma y en el momento que van a realizarse, conlleven una peligrosidad objetiva para los bienes jurídicos”.<sup>649</sup>

Es decir, de acuerdo a los fines del Derecho penal, se justifica la anticipación de la punición cuando el hecho significa un aumento cualitativo del peligro para el bien jurídico protegido.

El marco de esta anticipación viene dado, en su margen más cercano al ilícito consumado, por la tentativa acabada, mientras que el margen más lejano, de acuerdo a criterios descriptivos de riesgo emanados del bien jurídico. Estos criterios descriptivos vienen comprendidos, en concepto de Alcácer, en el mínimo de relevancia penal que toda acción debe poseer para caer bajo las redes del ius puniendi.<sup>650</sup>

---

<sup>648</sup> Cfr. Alcácer, ob. cit., p. 451

<sup>649</sup> Alcácer, ob. cit., p. 451.

<sup>650</sup> Alcácer, ob. cit., p. 451.

Finalmente, debo referirme a un aspecto señalado varias veces. Cuando se menciona a un observador imparcial, como Mir Puig,<sup>651</sup> o Alcácer se refiere a un mínimo de relevancia penal,<sup>652</sup> lo que en verdad se hace es una remisión, en forma inexacta, a criterios sociales que traspasan el permeable límite de lo ilícito a través del bien jurídico.

O, para todo lo anteriormente dicho, y de otra manera, la gradación del injusto, sobre la base de criterios materiales, admite la punición en estos casos. De ello se deriva que lo que el sujeto conozca y crea conocer, y la apariencia, son relevantes, pero la medida de esta relevancia es un problema de valoración político-criminal.

---

<sup>651</sup> Mir Puig, ob. cit., p. 348.

<sup>652</sup> Alcácer, ob. cit., p. 451.

## **Capítulo 14**

### **Problemas de concurso en la receptación**

Dados los fundamentos de que el bien jurídico en el delito de receptación es la correcta Administración de Justicia, corresponde ahora indagar una de sus importantes consecuencias prácticas. Al ser el bien jurídico la correcta Administración de Justicia, con independencia del bien jurídico del llamado “delito en referencia”, cobra gran relevancia este aspecto.

#### **A. Generalidades**

De la cuestión previa de la unidad de hecho (o de acción) depende la clase de concurso de delitos. “Cuando concurren varios hechos que dan lugar a varios delitos se habla de concurso real, mientras que cuando un solo hecho constituye dos o más delitos tenemos un concurso ideal”.<sup>653</sup> Para ser más específicos, “si una conducta encuadra en más de un tipo penal, no por ello pasa a ser más de un delito, en tanto que cuando hay varias conductas que caen dentro del mismo o diferentes tipos penales, habrá varios delitos”.<sup>654</sup> O, como lo señala Cury, el concurso real o material de delitos consiste “en la ejecución de dos o más hechos jurídica y fácticamente independientes”,<sup>655</sup> el concurso ideal, “cuando con un solo hecho se realizan las exigencias de dos o más tipos delictivos o de uno mismo varias veces”,<sup>656</sup> y el concurso aparente “cuando un hecho parece satisfacer las

---

<sup>653</sup> Mir Puig, Derecho Penal, ob. cit., p. 661.

<sup>654</sup> Zaffaroni, Eugenio Raul, Manual de Derecho Penal, Parte General, 5ª Ed., Ed. Ediar, Buenos Aires, 1987, p. 617

<sup>655</sup> Cury, Derecho Penal, T. II, ob. cit., p. 280.

<sup>656</sup> Cury, Derecho Penal, T. II, ob. cit., p. 285.

exigencias de dos o más tipos diversos, pero, en definitiva, sólo será regulado por uno de ellos, en tanto que los demás serán desplazados por causas lógicas o valorativas”.<sup>657</sup>

El problema central en esta materia es la relevancia penal del hecho. Esto presupone un juicio valorativo para calificar la unidad.

Hay fundamentalmente, siguiendo en esto a Mir, dos puntos de vista en la doctrina:

- a. El criterio de la concepción natural de la vida (El punto de vista de la sociedad, según usos normales). Dos elementos serían importantes al respecto: la unidad de propósito y la conexión espacio-temporal.<sup>658</sup>
- b. Más preciso que el anterior, según Mir Puig, es el considerar como criterio unitario uno jurídico, según se desprende del sentido del tipo correspondiente.<sup>659</sup> Entonces, lo que se busca son unidades valorativas decisivas para la presencia de un hecho típico.<sup>660</sup> Hablamos en esto de unidad de hecho -en lugar de unidad de acción, porque el tipo también puede describir varias acciones-, que es lo decisivo para delimitar el concurso real y el concurso ideal.

## **B. El concurso aparente de normas penales y el concurso de delitos**

Es necesario referirse al concurso aparente, en primer lugar, al ser la forma contemplada, por la mayoría de los autores, para solucionar los problemas de concurso entre la receptación y el delito “en referencia”. Éstos consideran que existe identidad entre el bien jurídico en la receptación con el

---

<sup>657</sup> Cury, Derecho Penal, T. II, ob. cit., p. 290.

<sup>658</sup> Cfr. Mir Puig, Derecho Penal, ob. cit., p. 662.

<sup>659</sup> Jescheck, ob. cit., p. 997.

del “delito en referencia”, para solucionar problemas de concurso entre el delito contra el patrimonio o la propiedad y la receptación.

Además, suelen ser tratados por la doctrina, al referirse al concurso, una serie de problemas relacionados con la receptación. Así, principalmente, los problemas de concurso con el favorecimiento, que la verdad es que, de realizarse en un mismo acto, la receptación, por su especificidad, excluye al favorecimiento. También suelen comentarse casos como el del que recibe una cosa hurtada en depósito y luego se aprovecha, como señala Millán, citando a Manzini.<sup>661</sup> Esto último no es problema ante la figura de receptación del Código Penal chileno. Basta que le aproveche la tenencia de la cosa. También se menciona por Millán, citando a Manzini, un caso de verdadero concurso, cuando el receptor destina la cosa a la perpetración de un nuevo delito, por ejemplo, “si endosa falsamente un título de crédito transmisible por endoso, que ha recibido del que lo robó o se lo apropió”.<sup>662</sup>

La interpretación de los casos en que parecen concurrir varios tipos penales, pero que uno de ellos excluye a los otros da lugar a la categoría de concursos aparentes de normas penales, que Zaffaroni denomina, al tratar estos casos, como “concurso aparente de tipos”.<sup>663</sup>

Para Stratenwerth,<sup>664</sup> el concurso “aparente” es un *verdadero* concurso, en el sentido de que la conducta del autor se subsume bajo varios supuestos de hecho típico penales.

El concurso aparente de leyes penales, en definición de Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée, “se da cuando un hecho determinado lógica o formalmente, aparece contenido en varios tipos legales, pero su contenido

---

<sup>660</sup> Mir Puig, Derecho Penal, ob. cit., p. 662.

<sup>661</sup> Millán, ob. cit., pp. 180 y ss. (Manzini, *Trattato*, t. IX, p. 847)

<sup>662</sup> Millán, ob. cit., p. 181. (Manzini, *Trattato*, t. IX, p. 853)

<sup>663</sup> Zaffaroni, ob. cit., pp. 626 y ss.

<sup>664</sup> Stratenwerth, Günter, Derecho Penal, Parte General, Tomo I, El hecho punible, traducción de la 2ª Ed. alemana (1976) por Gladys Romero, Ed. Edersa, Madrid, 1982, pp. 343 y ss.



de injusto es determinado completamente por uno solo de ellos”.<sup>665</sup>

Según estos últimos, “en la doctrina se señalan diferentes principios de resolución -el de especialidad, el de subsidiariedad, el de consunción y el de alternatividad-, que se pueden reducir sólo a dos: el de especialidad y el de consunción”.<sup>666</sup>

Según Jescheck,<sup>667</sup> quien se refiere al tema bajo el concepto de “unidad de la ley”, los criterios para la delimitación, según la doctrina mayoritaria son especialidad, subsidiariedad y consunción. Para él, “la acción típica que subsiga al delito y únicamente pretenda asegurar, aprovechar o materializar la ganancia obtenida por el primer hecho, queda consumida cuando no se lesiona ningún otro bien jurídico y el daño no se amplía cuantitativamente por encima del ya ocasionado (hecho posterior impune o, mejor, penado simultáneamente)”.<sup>668</sup> Incluye como ejemplo la impunidad del hecho posterior “cuando el hecho previo se encuentra conminado con mayor pena, como, por ejemplo, la apropiación indebida respecto a la inducción a la receptación..., pues el tipo penal comprensivo del hecho anterior constituye en estos casos la base *exclusiva* para valorar la totalidad del suceso. Para los *terceros*, por el contrario, el hecho posterior continúa siendo la base pertinente para su propia responsabilidad por *participación, receptación y favorecimiento*, ya que no falta la tipicidad del hecho posterior, sino tan sólo la punibilidad de su autor.”<sup>669</sup>

Stratenwerth, quien incluye una cuarta categoría o criterio delimitador, que denomina “del hecho posterior no punible (co-penado)”, señala que “los meros delitos de seguridad y aprovechamiento retroceden frente al delito de enriquecimiento como el punto propiamente neurálgico de la agresión criminal, en la medida en que no ocasionen al afectado un daño totalmente nuevo o se dirijan contra un nuevo bien jurídico. El hecho posterior no

<sup>665</sup> Bustos Ramírez, Juan, y Hormazábal Malarée, Hernán, Lecciones de Derecho Penal, Volumen I, Ed. Trotta, Madrid, 1997, p. 99.

<sup>666</sup> Bustos y Hormazábal, Lecciones ...V. I, ob. cit., p. 99.

<sup>667</sup> Jescheck, Tratado..., ob. cit., pp. 671 y ss.

<sup>668</sup> Jescheck, Tratado..., ob. cit., p. 674.

necesita ser un delito acompañante característico; lo decisivo es que este hecho, en relación con la lesión primaria de bienes jurídicos ajenos, carece de un peso propio”.<sup>670</sup> Pone un ejemplo, para reafirmar esta clasificación, que fundamenta en la función de los delitos de provecho, señalando que “únicamente se puede hablar de un hecho posterior cuando, junto al delito de enriquecimiento, se realiza en todo sentido otro supuesto de hecho típico. Esto es precisamente lo que falta, por ejemplo, en la venta de cosa hurtada a un reductor (no hay una nueva apropiación, § 246, de la cosa apropiada), pero no en el caso de su destrucción (§ 303).”<sup>671</sup> (el subrayado es mío)

Bustos y Hormazábal se refieren al principio de consunción en forma similar, señalando que “un tipo legal comprende también el desvalor delictivo de otro. En general, se trata de actos posteriores propios al acto delictivo que quedan consumidos; los que signifiquen un agotamiento, pero no una nueva actividad delictiva.”<sup>672</sup> (el subrayado es mío)

Es claro que los autores citados, y de los que he tomado algunos ejemplos, como consideran que el bien jurídico en la receptación es el mismo que el lesionado en el delito “en referencia” tratan erradamente los problemas concursales entre la receptación y los delitos “en referencia”.

Teniendo claro que en ambos supuestos (hurto y receptación) los bienes jurídicos son distintos (propiedad y administración de justicia), y que uno para realizarse requiere el estado de consumación del otro, debo plantear que en estos casos no se puede hablar de concurso aparente. Si quien hurtó o robó, comercializa las especies, en todo caso nos encontramos ante un concurso real de delitos -hay independencia fáctica y jurídica-, pero en ningún caso en un concurso aparente, y me remito en esto a lo señalado respecto de los problemas de la participación en la receptación.<sup>673</sup>

---

<sup>669</sup> Jescheck, Tratado..., ob. cit., pp. 674 y ss.

<sup>670</sup> Stratenwerth, ob. cit., p. 347.

<sup>671</sup> Stratenwerth, ob. cit., p. 347.

## **Capítulo 15**

### **LA PENALIDAD**

#### **-Factores para la determinación de la pena-**

La pena señalada por el artículo 456 bis A para el delito de receptación es de presidio menor en cualquiera de sus grados y multa de cinco a veinte unidades tributarias mensuales.

Esta pena es, en primer lugar, copulativa, ya que el tribunal debe imponer ambas, la de presidio y la multa, conjuntamente. En segundo lugar, desde el punto de vista de su autonomía, es principal, no dependiendo para su aplicación de ninguna otra. En tercer lugar, de acuerdo a su gravedad, es una pena de las señaladas por la ley como de simple delito.

Además de la pena señalada en el inciso primero, el artículo 456 bis A contempla reglas especiales, en primer lugar, una relacionada con el valor de las especies y la gravedad del delito en que se obtuvieron. “Para la determinación de la pena aplicable el tribunal tendrá especialmente en cuenta el valor de las especies, así como la gravedad del delito en que se obtuvieron, si éste era conocido por el autor.” Cabe recordar la afirmación, supra, Cap. 9, sobre la aceptación del dolo eventual basándose en la expresión “si éste era conocido por el autor” de la receptación.

El inciso final del artículo 456 bis A contempla una fórmula especial. “Se impondrá el grado máximo de la pena establecida en el inciso primero, cuando el autor haya incurrido en reiteración de esos hechos o sea reincidente en ellos.” La disposición, con ello, se aleja tanto del concepto de

---

<sup>672</sup> Bustos y Hormazábal, Lecciones...V. I, ob. cit., p. 100.

<sup>673</sup> Ver, Supra, Capítulo 12, pp. 221 y sigs.

receptación habitual, sociológico, y del concepto de receptación profesional, ligada al oficio o cargo directivo, o propiedad de un establecimiento relacionado con el comercio. A mi juicio, establece una fórmula más amplia de penalización que estas dos últimas, lo que, dado los límites fijados por las garantías y principios propios de un Estado liberal y democrático de Derecho, obligan a contemplarla con recelo y afanes restrictivos.

Si bien ha sido sostenido que esta figura es una agravante especial,<sup>674</sup> no cabe confundirse sobre su naturaleza, ya que se trata de un tipo calificado,<sup>675</sup> que, para colmo de desgracias, rompe con toda regla de proporcionalidad en las penas aplicables, que atienda al bien jurídico protegido.

Al respecto, supra, Caps. 4 y 9, me extendí en las consideraciones sobre el correcto sentido y alcance de la expresión “reiteración”, como dos o más hechos constitutivos del delito de receptación. La expresión reincidencia, en cambio, señala como requisito la existencia de sentencia condenatoria por el delito de receptación. No es necesario reiterar mi desagrado por esta expresión, impropia en un sistema de Derecho Penal del hecho.

---

<sup>674</sup> Cfr. Leiva Martínez, Héctor, Últimas modificaciones a los delitos de hurto y robo, Tesis, Universidad de Concepción, 1997, pp. 29 y ss.

<sup>675</sup> Cfr. Guzmán Dalbora, Luz y sombras..., ob. cit., p. 87.

## Capítulo 16

### El lavado de dinero como figura relacionada con la receptación en la legislación chilena

Los autores que abordan el tema del lavado de dinero, suelen relatar, como anécdota, la historia de unos “gángsteres” de Chicago, de la década de 1920. Ellos agregaban, cada día, a las utilidades de su cadena de lavanderías, las provenientes de sus negocios ilícitos. De allí vendría, entonces, el origen de la expresión “money laundering”. Claro es que estaríamos hablando de operaciones de “sepultación de dinero”, de haberlo hecho en una empresa de pompas fúnebres, o de “engorda de dinero”, de haberlo hecho en una empresa enlatadora de carne porcina, pero cualquiera sea el origen, es indudable que resulta ser una expresión poco afortunada.

Para Guzmán Dálbora, “el lavado de dinero, reserva hecha de su filiación respecto del encubrimiento, apenas mide en dos lustros su existencia, no ha ganado todavía plaza uniforme en las leyes.”<sup>676</sup> Según el mismo, citando a Cervini, “cuando el legislador corre a regular éste al compás de las realidades económicas que yacen tras él, éstas ya no se encuentran en el estadio para el que se pretendió dar la regulación”.<sup>677</sup>

La dictación en Chile de la Ley 19.366, dio cumplimiento a las obligaciones contraídas al ratificar la Convención de las Naciones Unidas de Viena de 1988. Una de las nuevas figuras penales introducidas fue el aprovechamiento de los beneficios obtenidos con la comisión de diversos delitos, en particular con el tráfico ilícito. Esta disposición sancionó el lavado

---

<sup>676</sup> Guzmán Dálbora, José Luis, Del Bien Jurídico a la necesidad de la pena en los delitos de asociaciones ilícita y lavado de dinero, en Anuario 1999, Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad de Antofagasta, Sección I, pp. 39 y ss.

<sup>677</sup> Guzmán Dálbora, Del bien jurídico ... ob. cit., p. 41. *Lei de lavagem de capitais*, por Raúl Cervini, William Terra de Oliveira y Luiz Flávio Gomes. *Revista dos Tribunais, São Paulo*, 1998, cfr. pág. 62.

de dinero en forma amplia, ya sea el lugar de comisión del delito en referencia en Chile o en el extranjero.

El artículo 12 de la Ley 19.366 señala: “El que, a sabiendas que determinados bienes, valores, dineros, utilidad, provecho o beneficio se han obtenido o provienen de la perpetración, en Chile o en el extranjero, de hechos constitutivos de alguno de los delitos contemplados en esta ley, participe o colabore en su uso, aprovechamiento o destino, será castigado con presidio mayor en sus grados mínimo a medio y multa de 200 a 1000 Unidades Tributarias Mensuales.

Se entiende por uso, aprovechamiento o destino de los bienes aludidos precedentemente todo acto, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, que importe o haya importado tenencia, posesión o dominio de los mismos, sea de manera directa o indirecta, originaria, simulada, oculta o encubierta.”

En nuestro país, Guzmán Dálbora define el lavado de dinero como “el conjunto de actos de favorecimiento, por ocultación, conversión o transferencia, y de aprovechamiento, para sí o para otro, de bienes de significación económica y que proceden de delitos graves”.<sup>678</sup>

Para Labarca Mewes, siguiendo con esto al autor español Blanco Cordero<sup>679</sup> el bien jurídico protegido en el lavado de dinero, de acuerdo a la naturaleza del delito, es la Administración de Justicia.<sup>680</sup> Sostiene esto al considerarlo una tipificación autónoma del encubrimiento.

Guzmán Dálbora, quien critica cuanto punto de vista hay al respecto,

---

<sup>678</sup> Guzmán Dálbora, Del Bien... ob. cit.p. 43.

<sup>679</sup> Blanco Cordero, El delito de blanqueo...ob. cit., pp. 180 y ss. Éste, sin embargo, tomando postura respecto al bien jurídico, concluye que “frente a una interpretación del blanqueo de capitales acorde con su naturaleza jurídica, que lo configuraría como un delito contra la administración de justicia, consideramos más acertado proceder a una interpretación teleológica del mismo.”(p. 185) Concluye que “el menoscabo de intereses de carácter supraindividual por el blanqueo de capitales nos inclina a considerar que se trata de un delito contra el orden económico.”(p. 199)

<sup>680</sup> Labarca Mewes, Javiera Pamela, El lavado de dinero, Tesis, Universidad de Chile, 1999, Profesor guía, Juan Bustos Ramírez, pp. 158 y ss.

sostiene, sobre la Administración de Justicia como bien jurídico, que “aunque esta teoría no acierte a caracterizarlo, tiene cuando menos el mérito de acercarnos al sujeto que se siente tocado por semejantes conductas y a sus motivos para reprimirlas.”<sup>681</sup>

Sobre la relación entre el lavado de dinero y la receptación, con respecto al bien jurídico, es, al parecer, unánime en la doctrina nacional y comparada, criterio cuyos fundamentos no comparto, el que ambos tipos penales otorgan protección a bienes jurídicos diferentes. Mientras que mayoritariamente se considera la receptación como un delito contra el patrimonio -y así lo vimos, supra, Cap. 9, como por ejemplo en España de la Mata, Martos Núñez, Muñoz Conde, Bajo Fernández y Pérez Manzano, quienes señalan que el bien jurídico es el mismo que el del delito previo sobre el que se proyecta, y en Chile Bustos Ramírez-, hay algo más de discusión sobre el lavado de dinero. Para Politoff y Matus,<sup>682</sup> así como para nuestros tribunales,<sup>683</sup> el bien jurídico en el lavado de dinero es la salud pública.<sup>684</sup>

Analizando los elementos típicos, el núcleo del tipo guarda similitud,

---

<sup>681</sup> Guzmán Dálbora, ob. cit., p. 39 .

<sup>682</sup> Politoff L., Sergio, El agente encubierto y el informante infiltrado en el marco de la ley N° 19.366 sobre tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, en Tratamiento penal del tráfico ilícito de estupefacientes, Estudios de dogmática y jurisprudencia, Ed. Jurídica Cono Sur, Santiago, 1998. pp. 73 y ss.

<sup>683</sup> Fallo de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, del 25 de enero de 2000, en la Gaceta Jurídica, año 2000, enero, N° 235. Doctrina: “La sola circunstancia de operarse con una cantidad pequeña de estupefacientes, no alcanza a lesionar el bien jurídico protegido en el delito de tráfico de estupefacientes, cual es la salud pública, más aún si dicha sustancia arroja una baja pureza, no se trata de delito flagrante y está acreditada la condición de adicto del procesado, lo que permite presumir que la poseía para su consumo personal y no para comercializarla.” Y en los considerandos señala: “Que de los elementos de juicio mencionados en el fundamento 1° del fallo que se revisa no se logra configurar alguno de los ilícitos que el ordenamiento jurídico describe y sanciona a través de las leyes N°s. 18.403 y 19.366, uno de los cuales ha sido motivo de la acusación. Lo que se pretende amparar con dicha legislación es el bien jurídico de la salud pública, expuesto al consumo de sustancias que van produciendo daño orgánico. Entienden estos jueces que la sola circunstancia de operarse con una cantidad pequeña de estupefacientes no alcanza a lesionar el referido bien protegido, más aún cuando la dicha sustancia arroja una baja pureza, y adicionalmente, en el caso de autos, no se trata precisamente de un delito flagrante.” Dictado por los ministros Carlos Cerda Fernández y Cornelio Villarroel Ramírez y Abogado Integrante señor Oscar Herrera Valdivia.

siendo el aprovechamiento, el elemento común principal. Sin embargo, en el caso de la ley 19.366, éste está construido como un concepto mucho más amplio. Aparentemente hay una superposición con el favorecimiento real de la parte general, que se solucionaría por la vía de la especialidad del precepto de la ley 19.366.

En lo referente al objeto material del delito, las diferencias son grandes. Ya no se trata simplemente de cosas corporales muebles, ya que se incluyen también las “ganancias”, al referirse a la utilidad, provecho o beneficio del delito. Con esto, se recoge la discusión doctrinaria sobre la receptación sustitutiva, en que se recepta un objeto que no es el que procede directamente del delito previo cometido, sino producto de una operación intermedia de carácter comercial. En la receptación propia, se ha pretendido obviar el problema aludiendo, en primer lugar, a una interpretación restrictiva del término “especies”, haciéndola sinónimo de “directamente” obtenida del delito. En segundo lugar, basada en la ya analizada y personalmente rechazada teoría del mantenimiento, como fundamento de la receptación, se exigiría al receptor añadir un nuevo obstáculo para el titular de los objetos, es decir, estar en una relación directa, con la tenencia de la “cosa”, en su más puro sentido privatista. Ya analicé,<sup>685</sup> in extenso, las razones para rechazar la posibilidad de sustitución en la receptación “propia”.

Respecto a la receptación en “cadena”, comportamiento que es fácil de imaginar en el lavado de dinero, al ser normalmente la segunda o tercera receptación la relevante en el “blanqueo”, no parece haber problema, habida consideración que normalmente se trata de dinero, divisas o bienes de alto valor económico. Si bien es posible, aunque hay discusión en la doctrina,<sup>686</sup> considerar punible la receptación en cadena, de acuerdo al 456 bis A, no parece haber conflicto respecto de la norma de la ley 19.366, al tenor de la

---

<sup>684</sup> Politoff L., Sergio, y Matus, Jean Pierre, Objeto jurídico y objeto material en los delitos de tráfico ilícito de estupefacientes, en Tratamiento penal del tráfico ilícito de estupefacientes, Estudios de dogmática y jurisprudencia, Ed. Jurídica Cono Sur, Santiago, 1988, pp. 15 y ss.

<sup>685</sup> Ver, supra, Cap. 9.

<sup>686</sup> Ibid.



expresión “o provienen de la perpetración”. A este respecto cabe recordar que el problema se centra en si la receptación ha de estar referida a la receptación anterior o al hecho principal.

Por último, y como nota disonante en el tratamiento de la receptación en el lavado de dinero, el principio de la proporcionalidad, característico de la evolución de la receptación, no rige, pudiendo imponerse penas superiores a las de quienes cometieron los delitos de los tipos básicos o “en referencia”.

Todos los problemas que menciono en esta última institución, son producto del afán legislativo contemporáneo de “expansión penal”, sin la debida consideración a la protección de las garantías penales, como uno de los fines del Estado liberal y democrático de Derecho.

## **Capítulo 17**

### **Conclusiones**

1. Las instituciones estudiadas corresponden a un proceso de desarrollo de las garantías penales en el marco de un Estado liberal y democrático de Derecho. Este proceso se desarrolla en conflicto permanente con tendencias conservadoras, de antiguo y nuevo cuño, que hacen sentir su influencia frente a la perspectiva liberal y garantista en el Derecho Penal.

2. Frente a la postura tradicional, conservadora, de la dogmática nacional, he propuesto tomar el conjunto de principios de garantía, elaborados por la moderna doctrina penal, como base fundamentadora de un sistema abierto de la teoría del delito.

3. Apoyado en estos conceptos, concibo el delito desde un punto de vista material, como lesión de bienes jurídicos, con primacía sobre la concepción normativa, de protección del ordenamiento, como lesión de deber.

4. La “orientación a los fines” de esta sistemática, incluye una concepción material del bien jurídico que traspasa el marco dogmático con las valoraciones garantistas, cambiantes y crecientes en una sociedad democrática. Expuesto de esta forma, el bien jurídico adquiere significación en su función de elemento interpretativo, como conducente de las valoraciones sociales a la sistemática penal por el cauce de los filtros de los principios garantistas.

Se le reconoce así, al bien jurídico, la tarea de elemento rector en la búsqueda de los sentidos posibles permitidos en el tenor literal del texto legal.

5. La consecuencia con estas afirmaciones, y su aplicación a las instituciones estudiadas, permite incluirlas en una nueva interpretación delimitadora en materias de autoría, participación, favorecimiento, y el delito de receptación.

6. Al plantear así el problema, se entiende que los criterios delimitadores entre la autoría y la participación deben garantizar los derechos fundamentales reflejados en los principios básicos del Derecho Penal. Las interpretaciones que los vulneren deben, consecuentemente, ser desechadas.

## **A. Estructura de la participación en el Código Penal**

1. En primer lugar, es concluyente la necesidad de realizar una interpretación estricta del artículo 15 del Código Penal de 1874, basada en los principios fundamentales del Derecho penal contemporáneo, de carácter garantista. El punto de vista sostenido actualmente por la doctrina chilena, que soslaya la fundamentación de los sentidos posibles del texto legal sobre la base de los fines del Derecho Penal, abre la puerta para interpretaciones que sobrepasan los límites de un Derecho Penal propio de un Estado liberal y democrático de Derecho.

La evolución histórica de las instituciones estudiadas, señala el innegable camino de separación y gradación de las categorías y penalidades aplicables en el ámbito de la autoría y participación, y la consideración, en las legislaciones más modernas, de los ilícitos de favorecimiento y receptación con el carácter de autónomos.

2. En segundo lugar, considero que los tipos de delitos de la Parte Especial de un Código Penal no se refieren a un sujeto único, como autor, sino que son descripciones de lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, que contienen una remisión a las valoraciones jurídicas de autoría y participación de la Parte General. Estas valoraciones configuran un concepto jurídico-penal de autoría y participación, cuya interpretación más certera lo centra en el dominio del hecho del autor.

3. Con ello afirmo que el criterio delimitador más logrado, en materias de participación, es la teoría del dominio del hecho. Así el concepto de autor se configura descriptivamente, junto a criterios orientativos o regulativos, que posibilitan, a diferencia de las interpretaciones previas de la doctrina nacional, soluciones más justas respecto del caso concreto.

4. Previo a la aplicación de criterios de riesgo para el encuadramiento de las conductas en las diversas formas de autoría y participación, es necesario, de acuerdo a los fines del Derecho Penal, y a los principios que lo informan, reconocer la necesaria proporcionalidad de las sanciones aplicables al correspondiente desvalor de la conducta realizada.<sup>687</sup> De acuerdo con esto, es intolerable la postura de quienes sostienen la necesidad de aplicación de idénticas penas a los autores y a una categoría de partícipes, los instigadores, y absolutamente incomprensible que, tanto éstos, como quienes no comparten tal punto de vista, no hayan reparado en la grosera vulneración a los principios básicos del Derecho Penal que esto implica, ni los riesgos sistemáticos y prácticos que genera.

5. Consecuentemente, concluyo que, respecto del artículo 15 del Código Penal de 1874, que señala las distintas formas de autoría, sólo es posible incluir en su interpretación las formas de la autoría inmediata, la autoría mediata y la coautoría.

---

<sup>687</sup> Entendido esto en un sentido genérico, y no exclusivamente como desvalor de acción, sino incluyendo el desvalor de resultado.

6. Por lo mismo, interpreto el texto del N° 2 del artículo 15 -en lo que se refiere a la inducción directa- como un contenido, exclusivamente, de casos de autoría mediata, incluyendo los casos de concreción en dominio de las conductas de instigación y los propios de la criminalidad organizada.

Esto es así, porque una interpretación estricta, además de limitar el artículo 15 y sus penas a casos de auténtica autoría por dominio del hecho, permite delimitar claramente la inducción directa de la instigación. Esta última es una forma de participación que excluye la posibilidad de dominio del instigador. De tenerla, se configura una de las hipótesis de autoría mediata, o, en todo caso, de coautoría. El instigador, como partícipe, deja la caracterización concreta del hecho en manos del autor, único que tiene dominio del hecho. De no ser así, entra en juego la autoría mediata o la coautoría con dominio funcional.

Habiéndose reconocido unánimemente por la doctrina que la instigación es una forma de participación, faltaba fundamentar su ubicación sistemática y legal acorde a los fines del Derecho Penal, y a la función de garantía que éste debe cumplir. Es así como la extraigo del ámbito punitivo de la autoría, y la reconduzco al artículo 16 del Código Penal, con la sanción propia del partícipe.

Si bien concluyo que tanto la autoría mediata (inducción directa), como la instigación, tienen, desde el punto de vista dogmático una estructura, en algunos casos común, de verticalidad en el ámbito genérico de la participación, es posible distinguirlas tanto en la ínter cambiabilidad de roles como en la posibilidad de control automático, y fundamentalmente, la posibilidad de dominio del hecho, que sólo cabe en la autoría mediata. Así concluyo que la expresión "inducción directa", utilizada en el N° 2 del artículo 15 del Código Penal de 1874, tiene un sentido puramente descriptivo, que no corresponde al concepto de instigación, sino al de autoría mediata. Lo directo es aquello que va de un punto a otro, o a un fin, sin detenerse en lo intermedio.

7. Respecto a la complicidad, también es necesario exigir la aplicación de un concepto material, no causal, basado en el aumento del riesgo, en un sentido estricto, en la posibilidad de realización del hecho principal.

8. Respecto de los tipos penales de favorecimiento y receptación contemplados en el artículo 17, es inaceptable su consideración como forma de participación. No existe la participación en un hecho anterior, y toda intervención posterior, con relación a los partícipes o a los efectos del delito debe ser tipificada independientemente.

9. Por la misma razón, la forma de receptación denominada “residual”, tras la reforma de la Ley 19.413, y que aun está contemplada en el artículo 17, debe ser sancionada en forma autónoma, reformándose el texto legal. Esta reforma debe incluirse junto a la del actual artículo 456 bis A, ampliando las hipótesis “en referencia”, a lo menos, a todos los delitos de carácter patrimonial, y preferiblemente, al aprovechamiento de cualquier delito, en general.

10. En todos los casos de favorecimiento, contemplados en el artículo 17 -que requiere una urgente reforma que reconozca la autonomía de estos ilícitos-, el bien jurídico protegido es “la correcta Administración de Justicia”, a partir del cual se deben delimitar, descriptivamente, las conductas que lo lesionen. Entre éstas, de contemplarse la posibilidad de su comisión por omisión, en el caso de agentes del Estado, éstos han de estar obligados por una posición de garante. En el texto actual, no cabe considerar la posibilidad de un favorecimiento omisivo, para el que se requeriría, además del resultado, y por parte del autor, que existiera una posición de garante, que desapareció de nuestra legislación tras la reforma de la Ley 19.077.

11. La delimitación de las conductas de favorecimiento -de las conductas normales de la vida social-, debe realizarse de acuerdo a criterios de riesgo elaborados descriptivamente a partir del bien jurídico protegido, la correcta Administración de Justicia, y en el marco de la teoría de la imputación objetiva.

12. Respecto a la forma de favorecimiento señalada en el artículo 17 como “inutilizar”, no debe ser entendida como sinónimo de destrucción, sino que, de acuerdo al bien jurídico protegido -la correcta Administración de Justicia-, en relación con el resultado frente al objeto de protección, es decir, con eludir la persecución de la Justicia.

13. Respecto del favorecimiento habitual, no es aceptable que se utilice como criterio delimitador del concepto un elemento propio del tipo subjetivo. El fundamento del desvalor del comportamiento debe estar en sus cualidades materiales, y no en la intención con que se realiza. El tipo objetivo se delimita por la realización de, a lo menos, dos veces del hecho ilícito, portador del riesgo desaprobado que se pueda imputar objetivamente a su autor. Con ello se “objetiviza” la mención a la habitualidad, acercándonos a un Derecho Penal “del hecho”, por contraposición a un Derecho Penal “de autor”.

14. Concluyo también, que en los casos de favorecimiento, al igual que en el delito de receptación, la penalidad debe estar establecida sin relación directa a las penas del delito en referencia, y sólo limitada al máximo aplicable en éste.

## **B. Análisis de la reforma**

1. Con respecto al artículo 456 bis A, reformado por la Ley 19.413 de 1995, que consagra en forma autónoma el delito de receptación concluyo, en primer lugar, que la redacción final fue, por decir lo menos, poco afortunada.

El texto obliga a realizar numerosos esfuerzos interpretativos para encuadrarlo debidamente en las exigencias propias de un Derecho Penal

garantista, propio de un Estado liberal y democrático de Derecho.

2. A pesar de lo señalado, ya no cabe dudar que tras esta reforma se reconoce el carácter autónomo del delito de receptación.

3. Éste se manifiesta, en primer lugar, en que el bien jurídico protegido es “la correcta Administración de Justicia”, y no el bien jurídico del llamado “delito en referencia”.

Tal concepción es consecuente con que los bienes jurídicos, además de ser tangentes con el marco dogmático, están “en roce” con él. Esto no se refiere solamente a la cualidad de producir “ruido” en el contacto, sino también a la influencia recíproca, a los grados de tensión dinámica, de riesgo de agresión presentes en una relación. Esto se debe a que los bienes jurídicos son portadores de las valoraciones garantistas, por esencia cambiantes, y siempre crecientes, en una sociedad democrática. Con ellas traspasan el marco dogmático, lo permeabilizan en el roce, actualizándolo con la materialidad que contienen.

4. Hay quienes, erradamente, consideran que el bien jurídico en la receptación es la propiedad o el patrimonio. Pero yerran, en primer lugar, al considerar a la receptación como un delito con un bien jurídico “en referencia”. La verdad es que el texto legal hace mención a delitos “en referencia”. De ser de otra manera, la receptación se convertiría en un delito de bien jurídico múltiple y alternativo, de margen ilícito elástico. En segundo lugar, confunden la lesión del bien jurídico en el delito de hurto o robo con el menoscabo al poder de señorío que implica un antiguo concepto civilista de propiedad. El bien jurídico en el hurto es lesionado por el alejamiento de una cosa de su esfera de resguardo, lo que constituye un concepto muy distante del clásico civilista, anclado en antiguas tradiciones ya superadas por el proceso natural de evolución del Derecho Penal.

5. Tampoco es sostenible que el bien jurídico en la receptación sea la propiedad o el patrimonio, basándose en una prolongación del ánimo de lucro del delito “en referencia”. Lo sancionable es la realización del hecho en



procura de este elemento subjetivo del tipo, que se refiere al bien jurídico del hurto, y que debe abarcarse por el dolo, pero concurriendo al momento de la consumación. En esta sede no interesa su ulterior persecución. Es importante también señalar, en relación con esto último, que el bien jurídico en el hurto no se protege por haber un enriquecimiento ilícito, ni por un empobrecimiento ilícito, sino en razón de un modo ilícito de hacerse con una cosa. Y este modo se agota en la consumación, equivalente a la sustracción de la cosa de su esfera de resguardo.

6. Por lo tanto, el bien jurídico es la correcta Administración de Justicia. Este bien jurídico colectivo es producto de la evolución garantista del Estado liberal y democrático de Derecho, y en él no puede verse implícita una relación con referencia a la persona, sino una relación social. Por esto no es aceptable la consideración de éste como un bien jurídico difundido o difuso, de carácter formal, tanto porque lleva implícito el peligro de un aumento de punición, como por su cercanía al concepto de derechos subjetivos. Es necesario precisar su contenido, en una consideración material, fundamentada en lo social, y en el sentido que tiene la intervención del Estado.

7. En el delito de receptación, el bien jurídico de la correcta Administración de Justicia se lesiona al tener o poner en el comercio un efecto proveniente de un delito, y éste es un bien jurídico colectivo, que responde a la necesidad propia de la vida social de garantizar las relaciones individuales conforme a derecho. Por ello, se legitima la intervención estatal ante el aprovechamiento de bienes provenientes de determinada categoría de hechos ilícitos penales, que produce un entorpecimiento que burla los medios de restablecimiento de las relaciones sociales conforme a derecho.

8. El objeto material en el delito de receptación, tras la reforma de la Ley 19.413, está limitado a las especies del delito “en referencia”. La restricción a los delitos de hurto y robo, como “referencia”, es mezquina y excesivamente restrictiva. Como consecuencia de una necesaria reforma, también deberá ampliarse a los bienes provenientes de los nuevos ilícitos

“en referencia”, aunque cuidando las limitaciones a la sustitución contempladas actualmente respecto de las especies provenientes de un hurto o robo, al menos en el tipo base, el llamado delito de receptación “propia”, al mismo tiempo que se elimina la receptación “residual” del artículo 17 del Código Penal de 1874. La correcta Administración de Justicia es un bien jurídico merecedor y necesitado de protección, tanto se trate de objetos materiales provenientes de otros ilícitos de contenido patrimonial como del aprovechamiento de cualquier otro delito.

9. La sustitución, o receptación de ganancias, no es aceptable en la redacción del texto legal introducido por la ley 19.413. Sí lo es, por la relación de “verticalidad” y la naturaleza del bien jurídico, la receptación “en cadena”, o de efectos.

10. Como consecuencia de la autonomía del delito de receptación, no cabe hablar de accesoriedad. Éste es un fenómeno propio de la participación, no de la relación entre dos ilícitos autónomos.

11. Las modalidades del comportamiento típico sólo aceptan la realización dolosa de la receptación, entre las que incluyo el dolo eventual, al no requerirse un conocimiento exacto del ilícito del que provienen las especies, sino sólo la representación de la probable ilicitud de éstas. Manifestaciones claras de este principio, se encuentran en la posibilidad de graduar la pena estando a la gravedad del delito, de acuerdo al conocimiento del autor de la receptación, y en el reconocimiento, incluso jurisprudencial, del papel que juega la representación del valor del objeto en su comercialización.<sup>688</sup>

12. El conocimiento del origen ilícito de las especies es un elemento normativo que debe ser abarcado por el dolo, con lo que su exclusión elimina la tipicidad de la conducta.

---

<sup>688</sup> Esta es una nueva manifestación de la relevancia, para el Derecho Penal, de lo que el sujeto conozca, y de los conocimientos especiales que éste tenga, al referirnos al tema de la imputación objetiva. En qué medida lo es, pasa a ser una valoración político-criminal.

El aprovechamiento de las especies provenientes de un ilícito está configurado en sentido genérico, posibilitando interpretar la expresión “tenga en su poder”, en el sentido de un beneficio de carácter amplio, incluso de carácter estético o afectivo. Con ello descarto cualquier posibilidad de interpretar el tipo del artículo 456 bis A como un delito “por sospecha” o que contenga una presunción objetiva de responsabilidad penal. Por esto también rechazo la posibilidad de que sea utilizado como tipo “de recogida”, ante dificultades probatorias en otros ilícitos penales de mayor gravedad, o que acarreen una pena mayor.

13. Es posible concebir la realización del tipo de receptación amparado en una causal de justificación, tanto por el estado de necesidad justificante, como por obrar en cumplimiento de un deber.

14. También es posible exculpar la realización del ilícito de la receptación, tanto por el exceso en una causal de justificación como por inexigibilidad de otra conducta ajustada a derecho.

15. Al ser el delito de receptación, autónomo, cabe sancionar la participación, así como también la etapa de tentativa de su ejecución y la participación en ésta. Con respecto a la tentativa, concebida la idoneidad como un juicio ex ante basado en criterios de riesgo para el bien jurídico -por contraposición de un criterio de lesión estrictamente normativo-, es posible sostener la punición de tentativas que, valoradas ex post, no sean peligrosas, y por lo tanto, sean inidóneas para lesionarlo.

16. En los casos normalmente tratados por la doctrina comparada como casos de concurso aparente de normas penales -basados en las teorías patrimoniales del bien jurídico en la receptación-, y respecto de la conducta receptatoria por partícipes en el ilícito “en referencia”, no cabe la posibilidad de hablar de concurso aparente de normas penales. Cuando el autor o partícipe del delito de robo o hurto, del cual provienen las especies, actúa también como receptor, y debido a los distintos bienes jurídicos comprometidos, sólo nos encontramos con hipótesis de concurso de delitos.

# **BIBLIOGRAFÍA**

## **1. Bibliografía nacional**

- Abudaye Soto, Víctor** Jurisprudencia sobre el encubrimiento. Tesis, Universidad de Chile, Santiago, Chile, 1976.  
Profesor guía, Jaime Vivanco Sepúlveda.
- Avilés Hernández, Víctor Manuel** Orden Público económico y Derecho Penal. Ed. Cono Sur, Santiago, Chile, 1998.
- Badani Montenegro, Enrique** La Participación Penal del Encubridor. Tesis, Universidad de Chile, Santiago, Chile, 1985.  
Profesor guía Ricardo Berstein.
- Bustos Ramírez, Juan**
1. Bases críticas de un nuevo Derecho Penal. Ed. Temis, Bogotá, Colombia, 1982.
  2. Los bienes jurídicos colectivos. Repercusiones de la labor legislativa de Jiménez de Asúa en el Código Penal de 1932. En Estudios en homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa, Monográfico II, Revista de la Universidad Complutense de Madrid, España, 1986.
  3. Manual de Derecho Penal, Parte Especial. Ed. Ariel, Barcelona, España, 1986.
  4. Control Social y Sistema Penal. Ed. PPU, Barcelona, España, 1987.
  5. Manual de Derecho Penal, Parte General, 3ª Ed. Ed. Ariel, Barcelona, España, 1989.
  6. El delito Culposo. Ed. Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1995.
- Bustos Ramírez, Juan y Larrauri, Elena** La Imputación Objetiva. Ed. Temis, Bogotá, Colombia, 1989.
- Bustos Ramírez, Juan y Hormazábal Malarée, Hernán**, Lecciones de Derecho Penal. Ed. Trotta, Madrid, España, V. I, 1997, V. II, 1999.
- Cárcamo Olmos, Juan Carlos** Informe del Instituto de Ciencias Penales, respecto del Proyecto de Ley que tipifica el delito de receptación. Inédito, Santiago, Chile, 1995.
- Ceballos Díaz, Lavinia** Distinción entre autoría y participación en el

Código Penal chileno. Tesis, Universidad Católica de Valparaíso, Chile, 1987. Profesor guía, Hernán Rodríguez Collao.

- Cousiño MacIver, Luis.** 1. La interpretación de la ley penal en la dogmática chilena. En Revista de Ciencias Penales, Tercera Época, Tomo XX, N° 2, Santiago, Chile, 1961.  
2. Derecho Penal Chileno. Ed. Jurídica Andrés Bello, Santiago, Chile, Tomo I, 1975, Tomo II, 1979, Tomo III, 1992.
- Cury Urzúa, Enrique** Derecho Penal, Parte general. Ed. Jurídica de Chile, Santiago, Chile, Tomo I y Tomo II, 1985, 2ª Ed., 1992.
- Etcheberry Orthústeguy, Alfredo** 1. El encubrimiento como forma de participación. En Actas de las Jornadas Internacionales de Derecho Penal, en Celebración del Centenario del Código Penal chileno. Valparaíso, Chile, 1975.  
2. Participación criminal. Ed. Ediar-Cono Sur, Santiago, Chile, 1988.  
3. Derecho Penal. Parte general, Tomos I y II. Parte Especial, Tomos III y IV. 3ª Edición. Santiago, Chile, 1998.
- Fuenzalida, Alejandro** Concordancias I Comentarios del Código Penal Chileno, Tomo I. Imprenta Comercial Calle del Huallaga N° 139, Lima, Perú, 1883.
- Garrido Montt, Mario** 1. Etapas de ejecución del delito, autoría y participación. Ed. Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1984.  
2. Derecho Penal, Parte General, Tomo II. Ed. Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1997.  
3. Derecho Penal, Parte Especial, Tomo III. Ed. Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2000.
- Guzmán Dálbora, José Luis** 1. Luz y sombras en la nueva disciplina de la receptación en el Código Penal chileno. En Gaceta Jurídica N° 188, Santiago, Chile, 1996.  
2. Del bien jurídico a la necesidad de la pena en los delitos de asociaciones ilícitas y lavado de dinero. En Anuario, Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad de Antofagasta, Chile, 1999.

- Hormazábal Malarée, Hernán** Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho. El objeto protegido por la norma penal. Ed. Jurídica Cono Sur, Santiago, Chile, 1990.
- Huidobro, Vicente** Mio Cid Campeador. Hazaña. Ed. Andrés Bello. 5ª Ed. 1975.
- Izzo Lira, Milena y Karelovic Ríos, Branco** El delito de receptación: análisis en el derecho comparado y revisión crítica de su tipificación en la ley chilena. Tesis, Universidad de Chile, Santiago, Chile, 1999. Profesor guía Eduardo Sepúlveda.
- Labarca Mewes, Javiera Pamela** El lavado de dinero. Tesis, Universidad de Chile, Santiago, Chile, 1999. Profesor guía Juan Bustos Ramírez,
- Labatut Glenda, Gustavo** Derecho Penal. 9ª Edición actualizada por Julio Zenteno V. Ed. Jurídica Andrés Bello, Santiago, Chile, 1990.
- Leiva Martínez, Héctor A.** Ultimas modificaciones a los delitos de hurto y robo. Tesis, Universidad de Concepción, Concepción, Chile, 1997.
- Matus Acuña, Jean Pierre** La ley penal y su interpretación. Ed. Jurídica Congreso, Santiago, Chile, 1994.
- Mera Figueroa, Jorge** 1. Hurto y Robo. Ed. Jurídica ConoSur, Santiago, Chile, 1995.  
2. Derechos Humanos en el Derecho Penal chileno. Ed. Jurídica ConoSur, Santiago, Chile, 1998.
- Meza Castro, Omar** Delito de obstrucción a la justicia. Tesis, Universidad de Chile, Santiago, Chile, 2000. Profesor guía Eduardo Sepúlveda.
- Novoa Monreal, Eduardo** Curso de Derecho Penal chileno. 1ª Ed., 1966; 2ª Ed., Ediar-Cono Sur, Santiago, Chile, 1984.
- Politoff L., Sergio y Matus A., Jean Pierre** El objeto jurídico y objeto material en los delitos de tráfico ilícito de estupefacientes. En Tratamiento Penal del Tráfico Ilícito de Estupefacientes. Estudios de dogmática y jurisprudencia. Ed. Jurídica ConoSur, Santiago, Chile, 1998.

- Retamal Herrera, Jaime** Análisis jurisprudencial sobre el bien jurídico protegido en los delitos patrimoniales. Tesis, Universidad de Chile, Santiago, Chile, 1994. Profesor guía, Mario Garrido Montt.
- de Rivacoba y Rivacoba, Manuel** 1. Código Penal de la República de Chile y Actas de las sesiones de la Comisión Redactora, con un estudio preliminar. Valparaíso, Chile, 1974.  
2. Evolución histórica del Derecho Penal chileno. Ed. Edeval, Valparaíso, Chile, 1991.  
3. Tentaciones, principios y perspectivas para una política criminal en Chile a la altura de los tiempos. En Política Criminal y Reforma penal, Valparaíso, Chile, 1996.
- Soto Piñero, Miguel** 1. La noción de autor en el Código Penal chileno. En Gaceta Jurídica, Año XI, N° 68, Santiago, Chile, 1986.  
2. Presupuestos para la determinación de la objetividad jurídica de los llamados delitos económicos. En Revista Derecho y Sociedad, N° 1, Mayo-Junio, Santiago, Chile, 1988.  
3. La apropiación indebida. Acción, autor y resultado típico. Ed. Cono Sur, Santiago, Chile, 1994.
- Verdugo Marinkovic, Mario** Código Penal. Concordancias, antecedentes históricos, doctrina, jurisprudencia. Ed. Ediar-ConoSur, Santiago, Chile, 2ª Edición, 1986.
- Yáñez Pérez, Sergio** Problemas básicos de la autoría y la participación en el Código Penal chileno. En Jornadas Internacionales de Derecho penal. En celebración del centenario del Código Penal, Valparaíso, Chile, 1975.
- Zaldívar Peralta, José Ignacio** Delitos Económicos: consideraciones acerca del bien jurídico. Tesis, Universidad de Chile, Santiago, Chile, 1988. Profesor guía, Vivian Bullemore Gallardo.
- Zuckermann Undurraga, Felipe** Literatura jurídica Indiana: Manuel de Lardizábal y Uribe, su "Discurso sobre las penas contrahido (sic) a las leyes criminales de España, para facilitar su reforma". Tesis, Universidad de Chile, Santiago, Chile, 1995. Profesor guía, Antonio Dougnac Rodríguez.

## **2. Bibliografía extranjera**

- Achenbach, Hans** 1. Imputación individual, responsabilidad, culpabilidad. Trad. de Jesús-María Silva Sánchez. En El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales. Bernd Schünemann (compilador), Ed. Tecnos, Madrid, España, 1991.  
2. Sanciones con las que se puede castigar a las empresas y a las personas que actúan en su nombre en el derecho alemán. Trad. Uxala Joshi Jubert. En Fundamentos de un sistema europeo de derecho penal, Libro homenaje a Claus Roxin. Ed. Bosch, Barcelona, España, 1995.
- Alcácer Guirao, Rafael** La tentativa Inidónea. Fundamento de punición y configuración del injusto. Ed. Comares, Granada, España, 2000.
- Ambos, Kai** Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder. Trad. de Manuel Cancio Meliá. Universidad Externado de Colombia, Colombia, 1998.
- Amelung, Knut** 1. Contribución a la crítica del sistema jurídico-penal de orientación político-criminal de Roxin. Trad. de Jesús-María Silva Sánchez. En “El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales”. Bernd Schünemann (compilador). Ed. Tecnos, Madrid, España, 1991.  
2. Sobre el baremo de la responsabilidad en los supuestos de autoría mediata por dominio sobre un sujeto responsable que se autolesiona. Trad. de Felipe Saborit. En Fundamentos de un sistema europeo de derecho penal, Libro Homenaje a Claus Roxin, Ed. Bosch, Barcelona, España, 1995.
- Anarte Borrallo, Enrique** Conjeturas sobre la criminalidad organizada. En Delincuencia organizada, Ed. Juan Carlos Ferré Olivé. Ed. U. de Huelva, Huelva, España, 1999.
- Bacigalupo Zapater, Enrique** 1. La noción de autor en el Código penal. Buenos Aires, Argentina, 1965.  
2. La distinción entre autoría y participación en la jurisprudencia de los tribunales alemanes y en el nuevo Código Penal alemán. En Libro-Homenaje a Antón Oneca, Madrid, España, 1982.



3. Delitos impropios de omisión. Ed. Temis, Bogotá, Colombia, 1983.
4. Lineamientos de la Teoría del Delito. 2ª Edición. Ed. Temis, Bogotá, Colombia, 1986.
5. Manual de Derecho Penal. Parte General. Ed. Temis, Bogotá, Colombia, 1989 (reimpresión de la edición de 1983).
6. Estudios de Derecho Penal y Política Criminal. Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor, Ciudad de México, México, 1989.

**Bajo Fernández, Miguel** Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Ed. Ceura, Madrid, España, 1987.

**Bajo Fernández, Miguel y Pérez Manzano, Mercedes**, Manual de Derecho Penal. Parte Especial. 2ª Edición. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, España, 1993.

**Baldó Lavilla, Francisco**

1. Algunos aspectos conceptuales de la Inducción. En Comentarios a la Jurisprudencia Penal del Tribunal Supremo. Ed. Bosch, Barcelona, España, 1992.
2. Observaciones metodológicas sobre la construcción de la teoría del delito. En Política criminal y nuevo Derecho Penal (libro-homenaje a Claus Roxin), Ed. Bosch, Barcelona, España, 1997.

**Barón Quintero, Susana** Trabajos adicionales, preparados por el Grupo de investigación "Criminalidad organizada" dirigido por Juan Carlos Ferré Olivé. En Delincuencia Organizada, Ed. Universidad de Huelva, Huelva, España, 1999.

**Beccaria, Cesare Bohesana, Marqués de**, Tratado de los delitos y de las penas. Traducción del italiano por Juan Antonio de las Casas, Madrid, 1774. Edición facsímil. Centro de publicaciones del Ministerio de Justicia y de la Biblioteca Nacional, del Ministerio de Cultura, Madrid, España, 1993.

**Berlin Stuchiner, Theresa** Delitos y Penas en los Estados Unidos. Ed. Bosch, Barcelona, España, 1959.

**Blanco Cordero, Isidoro**

1. El Delito de Blanqueo de Capitales. Ed. Aranzadi, Pamplona, España, 1997.
2. El encubrimiento personal: contribución a la delimitación del tipo del artículo 451 N° 3 del

Código penal. En RDPC, 2ª época, Julio, Nº2  
Madrid, España, 1998.

- Bockelmann, Paul** Relaciones entre autoría y participación. Trad. de Carlos Fontán Balestra y Eduardo Friker a la Ed. de 1957 de Göttingen. Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1960.
- Bottke, Wilfried** Estructura de la autoría en la comisión y en la omisión como requisito para la construcción de un sistema de derecho penal de la Comunidad Europea (Trad. Corcoy Bidasolo). En Fundamentos de un sistema europeo de Derecho Penal, Libro Homenaje a Claus Roxin. Ed. Bosch, Barcelona, España, 1995.
- Breglia Arias, Omar, y Gauna, Omar R.** Código Penal y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado. Ed. Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1985.
- Cancio Meliá, Manuel** 1. Dogmática y política criminal en una teoría funcional del delito. En Conferencias sobre temas penales, Universidad Nacional del Litoral, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, Argentina, 2000.  
2. La teoría de la Imputación Objetiva y la normativización del tipo objetivo. En ¿Más Derecho? Año I, Nº 1, Noviembre de 2000, Buenos Aires, Argentina.
- del Carpio Delgado, Juana** El delito de blanqueo de capitales. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, España, 1997.
- Cerezo Mir, José** 1. La polémica en torno al concepto finalista de autor. En La Ciencia del Derecho Penal Española, 1982.  
2. Autoría y Participación en el Código penal vigente y en el Futuro Código penal. En La Reforma del Derecho Penal, Universidad Autónoma de Barcelona, Bellaterra, España, 1980.
- Conde-Pumpido Ferreiro, Cándido** Encubrimiento y Receptación. Ed. Bosch, Barcelona, España, 1955.
- Córdoba Roda, Juan y Rodríguez Mourullo, Gonzalo** Comentarios al Código penal. Ed. Ariel, Barcelona, España, 1976.

- Creus, Carlos** 1. Reformas al Código Penal. Parte Especial. Ed. Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1985.  
2. Ideas penales contemporáneas. Ed. Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1985.
- Cuello Calón, Eugenio** 1. Derecho Penal, Tomo I, Parte General. 15ª Edición, adaptada y puesta al día por César Camargo Hernández. Ed. Bosch, Barcelona, España, 1968.  
2. Derecho Penal, Tomo II, Parte Especial, 9ª Edición. Ed. Bosch, Barcelona, España, 1955.
- Cuerda Riezu, Antonio** Estructura de la autoría en los delitos dolosos, imprudentes, y de omisión. En ADPCP, Madrid, España, 1992.
- de la Cuesta Aguado, Paz M.** Tipicidad e imputación objetiva -Según el nuevo Código Penal de 1995-, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, España, 1996.
- Díaz y García Conlledo, Miguel** 1. La autoría en Derecho Penal, Ed. PPU, Barcelona, España, 1991.  
2. Coautoría alternativa y coautoría aditiva: ¿autoría o participación? En Política criminal y nuevo Derecho Penal, Libro homenaje a Claus Roxin. Ed. Bosch, Barcelona, España, 1997.
- Díez Ripollés, José Luis** Una interpretación provisional del concepto de autor en el nuevo Código Penal. En RDPyC, 2ª época, nº 1, Madrid, España, 1998.
- Donna, Edgardo Alberto** La imputación objetiva. En RDPyC, 2ª época, Nº 2, Julio, Madrid, España, 1998.
- Eiranova Encinas, Emilio** (Coordinador), Código Penal Alemán StGB, Código Procesal Penal Alemán StPO. Instituto Español de Derecho Comparado, Ed. Marcial Pons, Madrid, España, 2000.
- Eser, Albin y Burkhardt, Björn** Derecho Penal. Cuestiones fundamentales de la Teoría del Delito sobre la base de casos de sentencias. Ed. Colex, Madrid, España, 1995.
- Farré Trepát, Helena** Casos límite entre el encubrimiento y la receptación (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1987). En Comentarios a la Jurisprudencia penal del Tribunal Supremo. Ed. Bosch, Barcelona,

España, 1992.

**Feijóo Sánchez, Bernardo J.** Límites de la participación criminal. ¿Existe una “prohibición de regreso” como límite general del tipo en derecho penal? Ed. Comares, Granada, España, 1999.

**Ferrajoli, Luigi** Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal. Ed. Trotta, Madrid, España, 1995.

**de Figueiredo Dias, Jorge** 1. Autoría y Participación en el dominio de la criminalidad organizada: el “dominio de la organización”. En Delincuencia organizada, Ed. Juan Carlos Ferré Olivé, Ed. Universidad de Huelva, Huelva, España, 1999.  
2. Resultados y problemas en la construcción de un sistema de Derecho Penal funcional y racionalmente final. En Fundamentos de un sistema europeo de Derecho Penal, libro-homenaje a Claus Roxin, Ed. Bosch, Barcelona, España, 1995.

**Fletcher, George P.** Conceptos básicos de Derecho Penal. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, España, 1997.

**Frigola Vallina, J. - Ganzenmüller Roig, C. - Escudero Moratalla, J. Francisco** Delitos societarios, de la receptación, y contra la hacienda pública. Ed. Bosch. Barcelona.

**Frisch, Wolfgang** 1. Tipo penal e imputación objetiva -Ciclo de cuatro conferencias dictadas en la Universidad San Pablo-. Dir. Enrique Bacigalupo Zapater, Coord. Arturo Ventura Puschel, Trad. de Manuel Cancio Meliá, Beatriz de la Gándara Vallejo, Manuel Jaén Vallejo y Yesid Reyes Alvarado. Ed. Colex, Madrid, España, 1995.  
2. La imputación objetiva: estado de la cuestión. En Sobre el estado de la teoría del delito (Seminario en la Universidad Pompeu Fabra). Trad. de Ricardo Robles Planas. Ed. Jesús-María Silva Sánchez. Ed. Civitas, Madrid, España, 2000

**García Agudelo, Ernesto** Código Penal y Código de Procedimiento Penal. 2ª Edición. Ed. Librería Jurídica Wilches, Bogotá, Colombia, 1991.

**García Caverro, Percy** Tendencias modernas en la dogmática jurídico-penal alemana. En Revista de Ciencias Jurídicas

¿Más Derecho?, Año 1, Nº 1, Nov. 2000, Ed. Fabián de Plácido, Buenos Aires, Argentina.

- García-Pablos de Molina, Antonio** 1. Manual de Criminología: Introducción y Teorías de la criminalidad. Ed. Espasa, Madrid, España, 1988.  
2. Tratado de Criminología. 2ª Edición. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, España, 1999.
- Giles, F. T.** El Derecho Penal inglés y su procedimiento. Versión española anotada por Enrique Jardí. Ed. Bosch, Barcelona, España, 1957.
- Gimbernat Ordeig, José Antonio** 1. Autor y cómplice en Derecho penal. Ed. Universidad de Madrid, Madrid, España, 1966.  
2. Crítica a la doctrina jurisprudencial del acuerdo previo. En ADPCP, Madrid, España, 1966.  
3. Por la reforma de los delitos sexuales, doc. Electrónico, Bolsa de Mujeres, Ed. Nº 40, 1999.
- Gómez Benítez, José Manuel** El dominio del hecho en la autoría (validez y límites). En Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo XXXVII, Madrid, España, 1984.
- Gómez Colomer, Juan Luis** Diccionario Jurídico Procesal Penal Alemán-Español -Anexo-. En El Proceso Penal Alemán, Introducción y normas básicas. Ed. Bosch, Barcelona, España, 1985.
- González Rus, Juan José** Protección penal de sistemas, elementos, datos, documentos y programas informáticos. En RECPC 01-14 (1999). [www.criminet.ugr.es](http://www.criminet.ugr.es) (24/01/01)
- Günther, Klaus** De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber. ¿Un “cambio de paradigma” en el Derecho Penal? Trad. de Jesús-María Silva Sánchez. En La insostenible situación del Derecho Penal, Ed. Comares, Granada, España, 2000.
- Haffke, Bernhard** El significado de la distinción entre norma de conducta y norma de sanción para la imputación jurídico-penal. En Fundamentos de un sistema europeo de Derecho Penal, libro-homenaje a Claus Roxin. Ed. Bosch, Barcelona, España, 1995.

- Hassemer, Winfried** Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico. En *Doctrina Penal*, Año 12, Abril-Septiembre, Nº 46/47. Ed. Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1989.
- Hassemer, Winfried y Muñoz Conde, Francisco** Introducción a la Criminología y el Derecho Penal. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, España, 1988.
- Hernández Plasencia, José Ulises** La autoría mediata en Derecho Penal. Ed. Comares, Granada, España, 1996.
- Herrero Herrero, César** Infracciones penales patrimoniales. Ed. Dykinson, Madrid, España, 2000.
- Higuera Gimerá, Juan Felipe** Iniciación a la práctica del Derecho Penal: casos prácticos. Ed. Bosch, Barcelona, España, 1986.
- Hirsch, Hans**
1. Acerca de los límites de la autoría mediata. Trad. de Esteban Sola Reche. En *Presupuestos para la reforma penal*, La Laguna, España, 1992.
  2. La cuestión de la responsabilidad de las asociaciones de personas. Trad. de Patricia Ziffer. En *ADPCP*, Madrid, España, 1993.
- Hruschka, Joachim** Reglas de comportamiento y reglas de imputación. En *Causas de Justificación y de Atipicidad en Derecho Penal*. Diego Manuel Luzón Peña y Santiago Mir Puig -Coordinadores-. Trad. de Francisco Baldó Lavilla. Ed. Aranzadi, Pamplona, España, 1995.
- Huerta Tocildo, Susana** Protección penal del patrimonio inmobiliario. Ed. Civitas, Madrid, España, 1980.
- Jakobs, Günther**
1. Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación. Traducción de José Cuello Contreras y José Luis Serrano González Murillo. Ed. Pons, Madrid, España, 1995.
  2. Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional. Ed. Civitas, Madrid, España, 1996.
  3. La omisión: estado de la cuestión. En *Sobre el estado de la teoría del delito* (Seminario en la Universidad Pompeu Fabra). Trad. de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. Ed. Jesús-María Silva Sánchez. Ed. Civitas, Madrid, España, 2000.

4. El ocaso del dominio del hecho. En Conferencias sobre temas penales. Universidad Nacional del Litoral. Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, Argentina, 2000.

**Jescheck, Hans-Heinrich** Tratado de Derecho Penal, Parte General. Traducción a la 4ª Ed. por José Luis Manzanares Samaniego. Ed. Comares, Granada, España, 1993.

**Jiménez de Asúa, Luis** Tratado de Derecho Penal. Tomo I. 3ª Edición. Ed. Losada, Buenos Aires, 1964.

**Kaufmann, Armin** Teoría de las Normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna. Trad. de Enrique Bacigalupo y Ernesto Garzón Valdés. Ed. Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1977.

**Köhler, Michael** La imputación subjetiva: estado de la cuestión. En Sobre el estado de la teoría del delito (Seminario en la Universidad Pompeu Fabra). Trad. de Pablo Sánchez-Ostiz Gutiérrez. Ed. Jesús-María Silva Sánchez. Ed. Civitas, Madrid, España, 2000.

**Lascuraín Sánchez, Juan Antonio** Bien Jurídico y legitimidad de la intervención penal. En Revista Chilena de Derecho, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, V. 22, Nº 2, Mayo-Agosto, Santiago, Chile, 1995.

**von Liszt, Franz** Tratado de Derecho Penal. Traducción de la 20ª Ed. alemana por Luis Jiménez de Asúa, con adiciones del Derecho Penal español por Quintiliano Saldaña. 2ª Edición. Ed. Reus, Madrid, España, 1929.

**López Barja, Jacobo, Rodríguez Ramos, Luis, y Ruiz de Gordejuela López, Lourdes** Códigos Penales Españoles. Recopilación y concordancias. Ed. Akal, Madrid, España, 1988.

**Luhmann, Niklas** Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica. Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, 1983.

**Luzón Peña, Diego Manuel** La determinación objetiva del hecho. Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado. En ADPCP, Madrid, España, 1989.

- Magaldi, María José y García Arán, Mercedes** Los delitos contra la Administración de Justicia ante la Reforma Penal. En Documentación Jurídica, Monográfico dedicado a la propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal, V. 2, Enero/Diciembre, 1983, Nº 37/40, Gabinete de Documentación y Publicaciones, Ministerio de Justicia, Madrid, España, 1983.
- Manzanares Samaniego, José Luis y Albácar López, José Luis**, Código Penal (Comentarios y jurisprudencia). Madrid, España, 1990.
- Marinucci, Giorgio** El Delito como “acción”. Crítica de un dogma. Trad. de José Eduardo Sáinz-Cantero Caparrós. Ed. Marcial Pons, Madrid, España, 1998.
- Martos Núñez, Juan Antonio**, 1. La receptación profesional, CPC Nº 32, Madrid, España, 1985.  
2. El delito de receptación. Ed. Montecorvo, Madrid, España, 1985.
- de la Mata Barranco, Norberto José**, 1. Límites de la sanción en el delito de receptación: La receptación sustitutiva y la teoría del mantenimiento. El artículo 546 bis f) del Código Penal. Ed. Ministerio de Justicia, Madrid, España, 1989.  
2. Observaciones para una discusión sobre el concepto funcional de propiedad y patrimonio. En Hacia un Derecho Penal Económico Europeo, jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann. Ed. Boletín Oficial del Estado, Madrid, España, 1995.
- Maurach, Reinhart** Tratado de Derecho Penal. Trad. de Juan Córdoba Roda. Ed. Ariel, Barcelona, España, 1962.
- Mezger, Edmund** 1. Derecho Penal, Parte General, Libro de Estudio. Trad. de la 6ª. Ed. alemana (de 1955) por Conrado Finzi. Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, Argentina, 1958.  
2. Derecho Penal, Parte Especial, Libro de Estudio. Trad. de la 4ª Ed. alemana (de 1954) por Conrado Finzi. Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, Argentina, 1959.



- Millán, Alberto S.** El delito de Encubrimiento. Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1970.
- Mir Puig, Santiago** Derecho Penal. Parte General. 5ª Edición. Ed. Reppertor, Barcelona, España, 1998.
- Mommsen, Teodoro** Derecho Penal Romano. Versión castellana de P. Dorado a la edición alemana de Leipzig, de 1889. Ed. Temis, Bogotá, Colombia, 1991.
- Mosquete Martín, Diego** El delito de encubrimiento. Ed. Bosch, Barcelona, España, 1946.
- Muñoz Conde, Francisco** 1. Derecho Penal, Parte General. 3ª Edición. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, España, 1998.  
2. Derecho Penal, Parte Especial. 8ª Edición, 1991. 11ª Edición. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, España, 1996.  
3. Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada. En Delincuencia organizada. Ed. Universidad de Huelva, Huelva, España, 1999.
- Nino, Carlos Santiago** Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito. Ed. Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1980.
- Octavio de Toledo y Ubieta, Emilio** Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. En Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo XLIII, Fascículo Enero-Abril. Ed. Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, España.
- Octavio de Toledo y Ubieta, Emilio y Huerta Tocildo, Susana** Derecho Penal. Parte General. 2ª Edición. Ed. Rafael Castellanos, Madrid, España, 1986.
- Pacheco, Joaquín Francisco** El Código Penal concordado y comentado. Quinta edición, corregida y aumentada. Imprenta y Fundación de Manuel Tello, Madrid, España, 1881.
- Palazzo, Francesco** La mafia hoy: evolución criminológica y legislativa. En Delincuencia organizada. Ed. Universidad de Huelva, Huelva, España, 1999.

- Paredes Castañón, José Manuel** El riesgo permitido en Derecho Penal. Ed. Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia e Interior, Secretaría General Técnica, Madrid, España, 1995.
- Peñaranda Ramos, Enrique** Concurso de leyes, error y participación en el delito. Ed. Civitas, Madrid, España, 1991.
- Pessina, Enrique** Elementos de Derecho Penal. Traducción del italiano por Hilarión González del Castillo, prologado y adicionado con arreglo al Derecho español de entonces por Félix de Aramburu y Zuloaga. 4ª Edición, anotada y adicionada por Eugenio Cuello Calón. Ed. Reus, Madrid, España, 1936.
- Pizarro Beleza, Teresa** La estructura de la autoría en los delitos consistentes en la infracción de un deber. ¿Titularidad versus dominio del hecho? En Fundamentos de un sistema europeo de derecho penal. Libro Homenaje a Claus Roxin, Ed. Bosch, Barcelona, España, 1995.
- Polaino Navarrete, Miguel** El bien jurídico en el Derecho Penal. Ed. Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, España, 1974.
- Portilla Contreras, Guillermo** Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos. En Derecho Penal y Criminología, V. XIII, Nº 43, Enero/Abril, Colombia, 1991.
- Puppe, Ingeborg** Causalidad. En Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, T. XLV, Fasc. II, Mayo-Agosto, Madrid, España, 1992.
- Quintero Olivares, Gonzalo** 1. Curso de Derecho Penal. Parte General. Ed. Cedecs, Barcelona, 1996.  
2. La criminalidad organizada y la función del delito de asociación ilícita. En Delincuencia organizada. Ed. Universidad de Huelva, Huelva, España, 1999.
- Reyes Alvarado, Yesid** 1. Fundamentos teóricos de la imputación objetiva. En Derecho Penal y Criminología, V. XIII, Nº 45, Septiembre-Diciembre, 1991, Universidad Externado de Colombia, Colombia.

2. La Imputación Objetiva. Ed. Temis, Bogotá, Colombia, 1994.

- Rodríguez Mourullo, Gonzalo** 1. El autor mediato en Derecho Penal Español. En Problemas actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho, Libro en homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa. Ed. Pannedille, Buenos Aires, Argentina, 1970.  
2. Directrices Político-criminales del anteproyecto de Código Penal. En Política criminal y reforma del derecho penal. Ed. Temis, Bogotá, Colombia, 1982.
- Romero, Gladys** La problemática de los autores inidóneos y el delito putativo. En Libro homenaje a Luis Jiménez de Asúa. Ed. Pannedille, Buenos Aires, Argentina, 1970.
- Roxin, Claus** 1. Sobre la autoría y participación en el derecho penal. En Problemas actuales de las ciencias penales, en homenaje a Jiménez de Asúa. Ed. Pannedille, Buenos Aires, Argentina, 1970.  
2. Política criminal y sistema de derecho penal. Trad. de Francisco Muñoz Conde. Ed. Bosch, Barcelona, España, 1972.  
3. Problemas básicos del Derecho Penal. Trad. de Diego Luzón Peña. Ed. Reus, Madrid, España, 1976.  
4. Teoría del tipo penal, tipos abiertos y elementos del deber jurídico. Trad. de Enrique Bacigalupo. Ed. Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1979.  
5. El desarrollo de la política criminal desde el proyecto alternativo. En Política criminal y reforma del derecho penal. Ed. Temis, Bogotá, Colombia, 1982.  
6. Política Criminal y estructura del delito, Elementos del delito en base a la Política Criminal. Trad. de Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée. Ed. PPU, Barcelona, España, 1992.  
7. Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad. En Determinación judicial de la pena. Ed. del Puerto, Buenos Aires, Argentina, 1993.  
8. Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal. Trad. de la sexta edición alemana (de 1994), por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano

González de Murillo. Ed. Marcial Pons, Madrid, España, 1998.

9. Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada. En Delincuencia organizada. Ed. Universidad de Huelva, Huelva, España, 1999.

10. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Trad. de la 2ª Ed. alemana por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Ed Civitas, Madrid, España. 1ª Edición, 1997. Reimpresión, 1999.

11. Las formas de intervención en el delito: estado de la cuestión. En Sobre el estado de la teoría del delito (Seminario en la Universidad Pompeu Fabra). Trad. de María Teresa Castiñeira Palou. Ed. Jesús-María Silva Sánchez. Ed. Civitas, Madrid, España, 2000.

**Rudolphi, Hans-Joachim** El fin del Derecho penal del Estado y las formas de imputación jurídico-penal. En El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales. Trad. de Jesús-María Silva Sánchez. Bernd Schünemann (compilador). Ed. Tecnos, Madrid, España, 1991.

**Sancinetti, Marcelo A.** Ilícito Personal y participación. Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina, 1997.

**Schünemann, Bernd** 1. Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal. En El Sistema moderno del Derecho Penal: cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50º aniversario. Traducción de Jesús María Silva-Sánchez, (a la Ed. de Walter de Gruyter, Berlín, 1984). Ed. Tecnos, Madrid, España, 1991.

2. Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana. Trad. de Manuel Cancio Meliá. En Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, T. XLIX, Fasc. I, Enero-Abril, Madrid, España, 1996.

3. La culpabilidad: estado de la cuestión. En Sobre el estado de la teoría del delito (Seminario en la Universidad Pompeu Fabra). Trad. de David Felip I Saborit y Ramón Ragués y Vallés. Ed. Jesús-María Silva Sánchez. Ed. Civitas, Madrid, España, 2000.

- Silva Sánchez, Jesús-María**
1. El delito de omisión. Concepto y sistema. Ed. Bosch, Barcelona, España, 1986.
  2. Aspectos de la comisión por omisión. CPC Nº 38, 1989.
  3. Introducción a “El sistema moderno del Derecho Penal: cuestiones fundamentales”. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50º Aniversario. Ed. Tecnos, Madrid, España, 1991.
  4. Aproximación al Derecho Penal contemporáneo Ed. Bosch, Barcelona, España, 1992.
  5. Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en el Derecho español. En Fundamentos de un sistema europeo de derecho penal, libro Homenaje a Claus Roxin, Ed. Bosch, Barcelona, España, 1995.
  6. Política criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites. En Política criminal y nuevo Derecho Penal. Libro homenaje a Claus Roxin. Ed. Bosch, Barcelona, España, 1997.
  7. El nuevo Código Penal. Cinco cuestiones fundamentales. Ed. Bosch, Barcelona, España, 1997.
  8. Consideraciones sobre la Teoría del Delito. Ed. AD-HOC, Buenos Aires, Argentina, 1998.
  9. La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Ed. Civitas, Madrid, España, 1999.
  10. Informe sobre las discusiones. (Seminario en la Universidad Pompeu Fabra, “Presente y futuro de la dogmática penal europea. La aportación alemana”. Celebrado los días 28 y 29 de mayo de 1998). En Sobre el estado de la teoría del delito. Ed. Jesús-María Silva Sánchez. Ed. Civitas, Madrid, España, 2000.
  11. Política Criminal y Persona. Ed. AD-HOC, Buenos Aires, Argentina, 2000.

**Silva Sánchez, Jesús-María, Baldó Lavilla, Francisco y Corcoy**

**Bidasolo, Mirentxu** Casos de la Jurisprudencia Penal con comentarios doctrinales. 2ª Edición. Ed. Bosch, Barcelona, España, 1997.

**Sola Reche, Esteban**

La llamada “tentativa inidónea” de delito. Aspectos básicos. Ed. Comares, Granada, España, 1996.

**Stratenwerth, Günter**

Derecho Penal. Parte General. Tomo I. El hecho

punible. Trad. de la 2ª Ed. alemana (de 1976) de Gladys Romero. Ed. Edersa, Madrid, España, 1982.

- Struensee, Eberhard** Dolo, tentativa y delito putativo. Trad. de Marcelo Sancinetti. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 1992.
- Vives Antón, T. S., Boix Reig, J., Orts Berenguer, E., Carbonell Mateu, J. C., y González Cussac, J. L.,** Derecho Penal. Parte Especial. 2ª Ed. revisada y actualizada conforme al Código Penal de 1995. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, España, 1996.
- Vives Antón, Tomás Salvador** -Coordinador-, Comentarios al Código Penal de 1995. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, España, 1996.
- Welzel, Hans**
1. Derecho Penal Alemán. Traducción a la 11ª edición alemana por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. 2ª Edición. Ed. Jurídica Andrés Bello, Santiago, Chile, 1976.
  2. Introducción a la filosofía del Derecho. Derecho Natural y Justicia material. Traducción de Felipe González Vicen. 2ª Edición. 3ª Reimpresión. Ed. Aguilar, Madrid, España, 1979.
- Wessels, Johannes** Derecho Penal. Parte General. Trad. de la 6ª edición alemana por Conrado Finzi. Ed. De Palma, Buenos Aires, Argentina, 1980.
- Wolter, Jürgen** Imputación objetiva y personal a título de injusto, a la vez, una contribución al estudio de la *aberratio ictus*. Trad. de Jesús-María Silva Sánchez. En El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales. Bernd Schünemann (compilador). Ed. Tecnos, Madrid, España, 1991.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl** Manual de Derecho Penal. Parte General. Ed. Ediar, Buenos Aires, Argentina, 1987.
- Zavala Barquerizo, Jorge** Delitos contra la propiedad. Tomo III. Defraudaciones. Ed. Edino, Guayaquil, Ecuador, 1992.
- Zugaldía Espinar, José Miguel** Delitos contra la propiedad y el patrimonio. Ed. Akal, Madrid, España, 1988.

### **3. Actas, documentos, proyectos, revistas y otros materiales**

**Actas de las sesiones de la Comisión Redactora del Código Penal chileno.** Imprenta de la República, de Jacinto Núñez, Santiago, Chile, 1873.

**Model Penal Code** American Law Institute. Ed. American Law Institute, Philadelphia, Pa., U.S.A., 1962.

**Proyecto de ley que modifica el Código Penal con el objeto de tipificar y sancionar de manera autónoma el delito de receptación.** Moción. Cámara de Diputados. Valparaíso, Chile, 13 de Septiembre de 1994.

**Boletín N° 1.363-07, Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado de la República de Chile,** recaído en el Proyecto de Ley, en segundo trámite constitucional, que modifica el Código Penal con el objeto de sancionar de manera autónoma el delito de receptación. Valparaíso, Chile, 1º de agosto de 1995.

**Historia de la Ley 19.413** Compilación de textos oficiales del debate parlamentario. Biblioteca del Congreso Nacional, Santiago, Chile, 1997.

**Los Desafíos de la Reforma Penal** Entrevista al Profesor Claus Roxin. Por Antonio Bascañán Rodríguez y Jorge Bofill Genzsch. Diario El Mercurio, Santiago, Chile, 8 de septiembre de 1996, pp. E 14 y ss.

**Conversaciones: Dr. Santiago Mir Puig** Entrevista por Jesús Barquín Sanz. En RECPC 01-c1 (1999). [www. criminet. ugr. es](http://www.criminet.ugr.es) (10/03/2001).

**Conversaciones: Dr. Jesús-María Silva Sánchez** Entrevista por Jesús Barquín Sanz. En RECPC 02-c2 (2000). [www. criminet. ugr. es](http://www.criminet.ugr.es) (10/03/2001)

**La Gaceta Jurídica** Editorial Jurídica ConoSur, Santiago, Chile.

**Revista de Derecho y Jurisprudencia** Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile.