

## ***EL FAVORECIMIENTO PERSONAL HABITUAL COMO FORMA DE ENCUBRIMIENTO PUNIBLE***

### ***HABITUAL PERSONAL FAVORING AS “AFTER-THE-FACT” LIABILITY FORM***

JUAN PABLO MAÑALICH RAFFO\* \*\*

#### ***RESUMEN***

El artículo presenta una caracterización general de las variantes de encubrimiento previstas en el Código Penal chileno, que se sustenta en su comprensión como una forma de intervención post-ejecutiva, de naturaleza dependiente, pero no accesoria, en un hecho punible. Sobre esta base se analiza la especificidad del así llamado “favorecimiento personal habitual”, definido en el N° 4 de su art. 17, cuyas particularidades no logran revertir su categorización como una forma dependiente de intervención post-ejecutiva. Especial atención es prestada a la conexión interna que se da entre la exigencia de habitualidad que ha de satisfacer el comportamiento favorecedor y la modificación que experimenta el requisito general de imputación subjetiva. El trabajo se cierra con una indagación en las consecuencias que de ello se siguen para el régimen de prescripción de la acción penal.

*Palabras clave:* encubrimiento, punibilidad dependiente, habitualidad, imputación subjetiva, prescripción de la acción penal, derecho penal.

\* Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Doctor en Derecho, Universidad de Bonn. Profesor Titular y Director del Departamento de Ciencias Penales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile; Santiago, Chile. Correo electrónico: [jpmanalich@derecho.uchile.cl](mailto:jpmanalich@derecho.uchile.cl). ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4999-1469>.

\*\* Agradezco a Antonia Silva Lioi y Víctor Lobos Fabres, ayudantes *ad honorem* del Departamento de Ciencias Penales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, por su ayuda en la revisión del texto.

Artículo recibido para su evaluación el 26 de noviembre de 2019, y aprobado para su publicación el 28 de junio de 2020.

## ABSTRACT

The paper presents a general characterization of the different sorts of so called “after-the-fact” liability recognized by the Chilean Penal Code, grounded upon its understanding as a form of dependent, yet non-accessory, intervention in a criminal offense. Upon this basis, the specificity of so called “habitual personal favoring”, defined in its Art. 17 No. 4, is analyzed, the particulars of which are insufficient for reversing its categorization as an “after-the-fact” dependent mode of intervention. Special attention is paid to the internal connection that holds between the requirement of “habitualness” that needs to be satisfied by the favoring-behavior and the modification operated on the general requirement of *mens rea*. The paper closes with an inquiry into the consequences the thus presented account has for the application of the statute of limitations.

*Keywords:* after-the-fact intervention, dependent liability, habitualness, *mens rea*, statute of limitations, criminal law.

## I. LOS PRESUPUESTOS GENERALES DEL ENCUBRIMIENTO PUNIBLE

### 1.1. El encubrimiento como título de intervención dependiente

La clarificación de la naturaleza jurídica del encubrimiento sigue representando un desafío para la doctrina penal chilena. Esto queda de manifiesto en la magnitud del desacuerdo dogmático todavía existente ante un marco regulativo que, en lo fundamental, no ha sufrido modificaciones estructurales desde la entrada en vigencia del Código Penal en 1875. En un extremo del arco de posiciones se encuentra la tesis que presenta el encubrimiento como una forma de comportamiento autónomamente punible, constitutiva de un delito contra la administración de justicia.<sup>1</sup> En el otro extremo se halla la tesis según la cual aquel tendría el carácter de “una forma de *participación* en el hecho ajeno”.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Véase NOVOA, Eduardo, *Curso de Derecho Penal Chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, 3ª ed., T. II, pp. 193 y ss.; BULLEMORE, Vivian; MACKINNON, John, *Curso de Derecho Penal*, LexisNexis, Santiago, 2007, 2ª ed., t. II, p. 181. Tendencialmente en esta dirección, CURY, Enrique, *Derecho Penal. Parte General*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2005, 7ª ed., p. 631.

<sup>2</sup> ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, 3ª ed., T. II, p. 101,

El debate así cifrado parece estar aquejado por una insuficiente diferenciación de una perspectiva *de lege ferenda* y otra *de lege lata*. Pues siendo indudable que la tendencia dominante en el derecho comparado ha consistido en hacer del encubrimiento un delito autónomo contra la administración de justicia,<sup>3</sup> ello ciertamente no basta para concluir que esa también pudiera ser una descripción adecuada del derecho chileno vigente. Por otra parte, también es indudable que, en los términos de los arts. 14 y siguientes del Código Penal, el encubrimiento es explícitamente catalogado como un título de punibilidad referido a uno o más hechos punibles imputables a otra u otras personas a título de autoría o de participación, y más precisamente, según reza el inc. 1º del art. 17: como una forma de *intervención* en un hecho punible que se distingue por tener lugar “con posterioridad a su ejecución”. Pero de esto último ciertamente no se sigue que el encubrimiento también tenga el estatus de una forma de *participación*.<sup>4</sup>

La doctrina chilena, con alguna excepción destacada, parece pasar por alto una posibilidad intermedia, a saber: la de caracterizar el encubrimiento como una forma de *intervención dependiente* en un hecho punible ajeno, pero *no accesoria* a este.<sup>5</sup> Como acertadamente observara GÓMEZ BENÍTEZ en referencia al art. 17 del Código Penal español de 1944: “Contradice la más elemental lógica la consideración del encubrimiento como una forma de participación accesoria en la realización del hecho por el autor, porque el encubridor se caracteriza por actuar *después* de la ejecución del hecho

---

exceptuando de ello a la variante del N° 4, en virtud de la independencia del marco penal que bajo el art. 52 le está asignado; CURY, Enrique; MATUS, Jean Pierre, “Artículos 14 a 17”, en: POLITOFF, S.; ORTIZ, L. (Dir.), *Texto y Comentario del Código Penal Chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2009, p. 248. Véase también HERNÁNDEZ, Héctor, “Art. 14” y “Art. 17”, en: COUSO, J.; HERNÁNDEZ, H. (Dir.), *Código Penal Comentado. Libro I*, Abeledo-Perrot, Legal Publishing Chile, Santiago, 2011, pp. 367, 418 y ss.

<sup>3</sup> En cuanto a la situación del derecho español tras la entrada en vigencia del Código Penal de 1995, véase por todos: GARCÍA PÉREZ, Octavio, *El encubrimiento y su problemática en el Código Penal*, Atelier, Barcelona, 2008, pp. 17 y ss., 30 y ss.

<sup>4</sup> Para un panorama sobre la evolución histórica del problema en la legislación y la doctrina alemanas, véase ALTENHAIN, Karsten, *Das Anschlußdelikt*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2002, pp. 20 y ss., 131 y ss.; en referencia al derecho español, véase SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo, *Los delitos de encubrimiento*, Grijley, Lima, 2005, pp. 42 y ss., 85 y ss.

<sup>5</sup> Fundamental GARRIDO, Mario, *Derecho Penal. Parte General*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, 4ª ed., T. II, p. 422, caracterizando al encubridor como “un interviniente”, sin identificar ese título de intervención con una forma de participación. Con mayor precisión, SÁNCHEZ-OSTIZ concibe el encubrimiento como una adhesión post-ejecutiva, que resultaría a la vez dependiente del, mas no accesoria al, hecho punible respectivo; véase SÁNCHEZ-OSTIZ, cit. (n. 4), pp. 149 y ss., 153 y ss., 173 y ss.

principal”.<sup>6</sup> La clave para negar al encubrimiento el estatus de una forma de participación –esto es, de intervención accesoria– se encuentra, entonces, en la consideración de que aquel “no puede favorecer la realización del hecho por el autor”.<sup>7</sup> Pero GÓMEZ BENÍTEZ agregaba que la peculiaridad de su naturaleza jurídica consistiría en que “tampoco es una conducta plenamente autónoma de autoría”, a favor de lo cual hablaría decisivamente la circunstancia de que el régimen de penalidad del encubrimiento resulte ser dependiente del marco penal que la respectiva norma de sanción prevé para el autor del correspondiente hecho punible.<sup>8</sup> Que esto último no vale tratándose de la forma de encubrimiento del N° 4 del art. 17 del Código Penal chileno, sin que ello revierta su caracterización como un título de punibilidad dependiente, será considerado más abajo.

Las implicaciones de esta configuración regulativa del encubrimiento se dejan advertir con claridad si se lo contrasta con dos títulos de punibilidad independientes que muestran, no obstante, una importante proximidad con la forma de encubrimiento por aprovechamiento del N° 1 del art. 17, a saber: la receptación y el lavado de activos.<sup>9</sup> Tanto la receptación como el lavado de activos presuponen la realización antijurídica de algún tipo de *delito base*. Que ambos se encuentren tipificados como delitos autónomos –esto es, definidos como títulos de punibilidad de la “parte especial”– significa que a su respecto se vuelven aplicables las formas de punibilidad dependientes establecidas en la parte general. Por eso pueden una o más personas ser responsables como autores, como partícipes, o como encubridores de receptación o de lavado de activos, así como vienen en consideración la tentativa y la frustración a su respecto. Nada de esto puede tener lugar, en cambio, tratándose de un encubrimiento. Quien responde por el encubrimiento de algún hecho punible no es autor de un delito de encubrimiento, sino encubridor de un hecho punible imputable a otra u otras personas. Y de ahí que *de lege lata* no pueda haber participación en un encubrimiento, ni encubrimiento de un encubrimiento,<sup>10</sup> sin que asimismo

<sup>6</sup> GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, *Teoría Jurídica del Delito*, Civitas, Madrid, 1984, p. 541.

<sup>7</sup> GÓMEZ BENÍTEZ, cit. (n. 6), p. 541.

<sup>8</sup> GÓMEZ BENÍTEZ, cit. (n. 6), p. 542.

<sup>9</sup> Véase HERNÁNDEZ, cit. (n. 2), p. 423.

<sup>10</sup> A favor de lo cual habla la circunstancia de que el encabezado del art. 17 identifique el objeto del conocimiento que ha de ser atribuible al potencial encubridor con “la perpetración de un crimen o de un simple delito”, o bien con “los actos ejecutados para llevarlo a cabo”. Véase ETCHEBERRY, cit. (n. 2), pp. 103, 105; coincidentemente, GARRIDO, cit. (n. 5), p. 424.

tenga sentido diferenciar, a su respecto, los grados de la consumación, la frustración y la tentativa.<sup>11</sup>

### 1.2. El encubrimiento como intervención post-ejecutiva en el hecho punible

Sobre la base de lo sostenido en la sección precedente, cabe afirmar que bajo la regulación actualmente vigente el encubrimiento tiene el carácter de un título de punibilidad dependiente, sin que eso lo convierta en una forma de intervención accesoria. Ahora interesa poner el énfasis en la caracterización funcional del encubrimiento como una forma de intervención “post-ejecutiva” en uno o más hechos punibles ya perpetrados.

Doctrinalmente se encuentra reconocida, de manera prácticamente unánime,<sup>12</sup> la siguiente clasificación de las formas de encubrimiento establecidas en el art. 17 del Código Penal:

encubrimiento	aprovechamiento		Nº 1	
	favorecimiento	real	Nº 2	
		personal	ocasional	Nº 3
			habitual	Nº 4

Figura: Clasificación de las formas de encubrimiento según el art. 17 del Código Penal (elaboración propia).

En lo que aquí interesa, es importante apuntar cuáles son los presupuestos comunes a estas cuatro variantes, para así poder centrar el análisis en las muy significativas particularidades que exhibe la forma del Nº 4. Reproduciendo una tesis ampliamente extendida al interior del discurso doctrinal, y por sentencia de 12 de octubre de 2011,<sup>13</sup> la Corte Suprema identificaba los presupuestos generales que definirían al encubrimiento en los términos siguientes:

- “a) intervención posterior a la ejecución del crimen o simple delito;
- b) subsidiariedad; c) conocimiento de la perpetración del hecho o de los actos ejecutados para llevarlo a cabo; y d) actuación en alguna de

<sup>11</sup> Así, SÁNCHEZ-OSTIZ, cit. (n. 4), pp. 230 y ss.

<sup>12</sup> Véase ETCHEBERRY, cit. (n. 2), pp. 102 y ss.; GARRIDO, cit. (n. 5), p. 423; CURY, cit. (n. 1), p. 634; CURY y MATUS, cit. (n. 2), p. 251; HERNÁNDEZ, cit. (n. 2), pp. 419 y ss.; BULLEMORE y MACKINNON, cit. (n. 1), p. 182.

<sup>13</sup> Corte Suprema, 12 de octubre de 2011, Rol Nº 6993-2011.

las formas determinadas que señala la disposición legal” (cons. 23°).

Como habrá de mostrarse en lo que sigue, esta enunciación no es del todo exacta, siendo necesario someterla a algunas modificaciones. Por el momento basta con observar que el primero de los presupuestos comunes mencionados por la Corte consiste, según ya se sugiriera, en el carácter del encubrimiento como forma de intervención *post-ejecutiva* en uno o más hechos punibles. Esto explica que el encubrimiento *no* pueda ser entendido como una forma de participación, según lo ya explicado. Pues no es posible participar en un hecho punible, en el sentido de posibilitar o contribuir a su perpetración, una vez que ese hecho punible ha quedado definitivamente perpetrado. De esta manera, el instante a partir del cual ya no es posible participar en el respectivo crimen o simple delito es idéntico al instante a partir del cual se vuelve posible un encubrimiento a su respecto.<sup>14</sup>

Cuál sea ese instante, depende de la estructura típica del crimen o simple delito en cuestión. Aquí basta con observar, en términos generales, que tratándose de cualquier hecho punible cuyo tipo pueda verse unitariamente realizado más allá del instante de su consumación –como es el caso, por ejemplo, de un delito permanente–, será recién en el instante (posterior) de su terminación que quedará cerrada la posibilidad de una participación y abierta la posibilidad de un encubrimiento.<sup>15</sup>

### 1.3. La existencia de uno o más hechos punibles de referencia

Si bien la doctrina tradicionalmente tematiza el “conocimiento de la perpetración de un crimen o simple delito o de los actos ejecutados para llevarlo a cabo” como el primero de los presupuestos comunes a las cuatro formas de encubrimiento, ello no es afortunado, por a lo menos dos razones. Pues, por una parte, se trata de una exigencia de imputación subjetiva, cuyo análisis presupone la determinación de los presupuestos objetivos de los cuales depende que se configure un encubrimiento. A esto se añade, por otra parte, que esa exigencia de imputación subjetiva no es común a las cuatro

<sup>14</sup> Véase, a este respecto, la sentencia de la Corte Suprema, 15 de diciembre de 2015, rol N° 18595-2015, cuyo cons. 9° contrasta la estructura de la complicidad y del encubrimiento desde el punto de vista de la exigencia, propia del segundo, de que el agente intervenga “con posterioridad a la ejecución del delito”.

<sup>15</sup> Sobre esto, MAÑALICH, Juan Pablo, *Terror, pena y amnistía*, Flandes Indiano, Santiago, 2010, pp. 162 y ss.

variantes, en razón de lo establecido en el N° 4, según se explicará más abajo.<sup>16</sup> Esto no impide advertir, sin embargo, que de esa misma cláusula del inc. 1° del art. 17 es posible extraer, indirectamente, un presupuesto objetivo efectivamente común a las cuatro variantes de encubrimiento.

Este presupuesto objetivo consiste en la existencia de uno o más hechos punibles, constitutivos de crimen o simple delito, en relación con los cuales la correspondiente intervención post-ejecutiva puede adquirir la significación de un encubrimiento. Pues sólo es posible tener *conocimiento* de X, si X existe. Así, para que una persona resulte responsable como encubridora respecto de uno o más hechos punibles es imprescindible que ese o esos hechos punibles hayan sido perpetrados, siendo estos imputables a una o más personas distintas del respectivo encubridor. En los términos del inc. 1° del art. 17, el o los hechos punibles encubiertos han de contar como crímenes o simples delitos con arreglo a lo dispuesto en el art. 3° del Código Penal.

De lo anterior no se sigue, sin embargo, que la o las personas responsables, como autores o partícipes, del o de los hechos punibles encubiertos necesariamente deban llegar a ser condenadas, o siquiera enjuiciadas, por los cargos respectivos. Es perfectamente posible, por ejemplo, que algún obstáculo procesal llegue a impedir tal enjuiciamiento. De ahí que baste con que el o los respectivos hechos punibles hayan llegado a originar la responsabilidad jurídico-penal de la o las personas a quienes aquellos sean respectivamente imputables. Esto es compatible, verbigracia, con que esa misma responsabilidad haya podido quedar extinguida antes de ser ejercida la acción penal contra el o los presuntos encubridores.

En este punto es oportuno tomar nota de la asimetría que puede constatarse entre las formas de encubrimiento previstas en el art. 17 bajo la pregunta por la individuación y la cuantificación de las respectivas instancias de encubrimiento, según cuántos sean los crímenes o simples delitos a los cuales aquellas se encuentran referidas. En efecto, las variantes establecidas en los tres primeros numerales del art. 17 tienen en común estar referidas a un crimen o simple delito *singular*: bajo el N° 1, el encubrimiento por *aprovechamiento* se encuentra referido a “los efectos *del* crimen o simple delito; bajo el N° 2, el encubrimiento por *favorecimiento real* queda constituido por el ocultamiento o la inutilización del “cuerpo, los efectos o instrumentos *del* crimen o simple delito”; y bajo el N° 3, el encubrimiento

<sup>16</sup> V. infra, 3.4.

por *favorecimiento personal ocasional* queda definido como consistente en albergar, ocultar o proporcionar la fuga *al* culpable, debiendo entenderse por “el culpable”, en este contexto, a la persona responsable, como autor o partícipe, del respectivo crimen o simple delito.<sup>17</sup> Esto último se sigue de que, para determinar la pena susceptible de ser impuesta sobre quien responde como encubridor por favorecimiento, y al igual que en los dos primeros casos, deba tomarse como punto de partida la pena “que señala la ley para *el crimen o simple delito*” encubierto, según dispone el inc. 1º del art. 52 del mismo código.<sup>18</sup>

Esta vinculación con un hecho punible singular es ajena, en cambio, a la forma de encubrimiento establecida en el N° 4, que precisamente por ello suele ser etiquetada como constitutiva de un *favorecimiento personal habitual*. Esta variante consiste o bien en acoger, receptor, o proteger habitualmente a *los* malhechores, o bien en facilitarles los medios de reunirse u ocultar sus armas o efectos, o bien en suministrarles auxilios o noticias para que se guarden, precavan o salven, sin quedar referida a un crimen o simple delito en particular, sino más bien a una pluralidad de hechos punibles que han de ser imputables a las personas favorecidas por el encubrimiento respectivo.

La asimetría así detectada tiene una consecuencia de importancia de cara al problema de la eventual concurrencia de dos o más instancias de encubrimiento punible. Bajo cualquiera de las tres primeras formas de encubrimientos, la circunstancia de que un único comportamiento constitutivo de encubrimiento quede conectado con varios hechos punibles determinará que se configure un concurso (ideal) entre tantas instancias de encubrimiento según cuántos sean los crímenes o simples delitos encubiertos. Ello se traduce en que, en tal caso, el régimen de penalidad aplicable al responsable de los múltiples encubrimientos en situación de “unidad de hecho” sea el establecido en el art. 75, consistente en una regla de absorción agravada.<sup>19</sup> En contraste con ello, la existencia de una pluralidad de hechos punibles

<sup>17</sup> Sobre esto, véase CONDE-PUMPIDO, Cándido, *Encubrimiento y receptación: Ley de 9 de mayo de 1950*, Bosch, Barcelona, 1955, pp. 184 y ss., quien ofrecía un pormenorizado análisis de la exigencia de que el “objeto del favorecimiento personal” esté constituido por la o las personas responsables, como autores o partícipes, del hecho punible principal.

<sup>18</sup> Cabe advertir aquí que la regla expresada en el inc. 2º del mismo art. 52, específicamente referida a la forma de encubrimiento prevista en el N° 3 del art. 17, devino obsoleta, y así inaplicable, tras la modificación introducida a esta última disposición a través de la Ley N° 19.077, 1991.

<sup>19</sup> En general al respecto, MAÑALICH, Juan Pablo, *Estudios sobre la fundamentación y la determinación de la pena*, Thomson Reuters, Santiago, 2018, pp. 83 y ss., 146 y ss.

encubiertos no conlleva una pluralidad de instancias de encubrimiento en los términos del N° 4 del art. 17, precisamente porque esta variante se encuentra co-definida por una exigencia de *habitualidad*, exigencia que conceptualmente presupone una pluralidad de comportamientos de favorecimiento a favor de un conjunto (eventualmente: indeterminado) de personas.

#### *1.4. La falta de intervención principal o accesoria del encubridor en el o los hechos punibles de referencia*

El encabezado del art. 17 exige que quienes intervienen como encubridores de algún hecho punible no hayan “tenido participación en él como autores ni como cómplices”. En contra de lo sostenido por un sector de la doctrina, esta cláusula no admite ser interpretada en el sentido de una regla de subsidiariedad, que haga posible tratar como aparente el eventual concurso entre una intervención constitutiva de autoría o participación en un crimen o simple delito y una intervención constitutiva de encubrimiento de este.<sup>20</sup> Pues esto desconoce que hay una razón poderosa para que el auto-encubrimiento, a veces denominado “auto-favorecimiento”, no quede cubierto por el art. 17, a saber: la operatividad jurídico-penalmente sustantiva del principio de no-autoincriminación.<sup>21</sup>

Esta consideración explica, al mismo tiempo, la exclusión de una punibilidad a título de cualquiera de las variantes de encubrimiento de los tres últimos numerales del art. 17, prevista en el inc. final del mismo artículo, a favor de personas vinculadas por matrimonio, convivencia civil o parentesco de cierta índole con algún autor o partícipe del respectivo hecho punible. El principio así vehiculizado expresa un juicio según el cual ni del responsable de un hecho punible, ni de una persona estrechamente vinculada

<sup>20</sup> Así CURY, cit. (n. 1), p. 632; también CURY y MATUS, cit. (n. 2), pp. 249 y ss. Al respecto, véase ya NOVOA, cit. (n. 1), p. 194.

<sup>21</sup> Véase WILENMANN, Javier, “El tratamiento del autofavorecimiento del imputado. Sobre las consecuencias sustantivas del principio de no autoincriminación”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 2016, año 23, N° 1, pp. 114 y ss., 121 y ss., quien pasa por alto, empero, que la cláusula negativa incorporada en el encabezado del inc. 1° del art. 17 cumple una *función constitutiva* para la fijación de las condiciones de punibilidad del encubrimiento. Más allá de que, como ya se mostrara, sea incorrecta la caracterización del encubrimiento como una forma de intervención accesoria, la sugerencia de que tratándose de una intervención constitutiva de autoría o de participación “la cuestión de la accesión por encubrimiento simplemente no se plantea”, en razón de que en el encubrimiento habría “una accesión a un injusto ajeno” (p. 122), reduce el sentido de la ya referida cláusula al de una regla de subsidiariedad respecto de formas “más próximas” de intervención.

con él, cabe exigir una contribución, activa o pasiva, a su persecución.<sup>22</sup> De ahí que la cláusula negativa del inc. 1º no pueda ser interpretada como declarando, sobre la base del principio *ne bis in idem*, que una punición a título de autoría o participación resulta excluyente de una punición a título de encubrimiento respecto del mismo hecho. Antes bien, esa cláusula *co-define* el encubrimiento como una intervención post-ejecutiva en un hecho punible por parte de una persona no responsable como autor o partícipe de ese mismo hecho punible.

### 1.5. La exigencia de imputación subjetiva

Según ya se anticipara, el inc. 1º del art. 17 establece una exigencia de imputación subjetiva, expresada en la cláusula según la cual la intervención constitutiva de encubrimiento ha de tener lugar “con conocimiento de la perpetración de un crimen o de un simple delito o de los actos ejecutados para llevarlo a cabo”. Esta cláusula hace explícito, en lo inmediato, que el contenido del dolo de encubrimiento integra una referencia a la existencia del hecho punible de cuyo encubrimiento se trata. Que la ley distinga el conocimiento “de la perpetración del crimen o simple delito” como tal, por un lado, del conocimiento “de los actos ejecutados para llevarlo a cabo”, por otro, debe ser interpretado en el sentido de que es suficiente que el encubridor esté al tanto del comportamiento constitutivo del crimen o simple delito en cuestión, no siendo necesario que el encubridor se represente el carácter delictivo de ese comportamiento.<sup>23</sup> En la medida en que la función de la cláusula aquí considerada consiste en explicitar que el dolo de encubrimiento alcanza a las circunstancias constitutivas del hecho punible encubierto, no hay razón alguna para poner en duda la compatibilidad de esa misma cláusula

<sup>22</sup> Como acertadamente observa WILENMANN, cit. (n. 21), pp. 125 y ss., 132 y ss., ese juicio no debería llegar a cubrir comportamientos constitutivos de “auto-favorecimiento agresivo”, en cuanto resultantes en el menoscabo de bienes jurídicos –paradigmáticamente: individuales– distintos del correcto ejercicio de la administración de justicia. Que *de lege lata* ello pueda efectivamente traducirse en una propuesta de restricción teleológica del ámbito de aplicación de la excepción a la punibilidad por obstrucción a la investigación, prevista en el inc. final del art. 269 bis del Código Penal, no necesita ser analizado aquí.

<sup>23</sup> Véase HERNÁNDEZ, cit. (n. 2), p. 421. Ello descansa en que, en general, el objeto de referencia del dolo deba entenderse reducido a las circunstancias fácticas de cuya existencia depende la realización (antijurídica) de la correspondiente forma de comportamiento delictivo; en detalle, MAÑALICH, Juan Pablo, “El delito como injusto culpable”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, 2011, vol. XXIV, Nº 1, pp. 98 y ss., 102 y ss.

con el reconocimiento del *dolo eventual* como forma básica de dolo.<sup>24</sup>

Pero a pesar de que la cláusula en cuestión figura en el encabezado del inc. 1º, es difícil sostener que ella exprese, *stricto sensu*, un presupuesto común a las cuatro formas de encubrimiento previstas en el art. 17. Pues llamativamente, el N° 4 establece que la punibilidad de la forma de encubrimiento allí prevista no exige “conocimiento de los crímenes o simples delitos determinados que hayan cometido” los “malhechores” a quienes el encubridor presta el correspondiente favorecimiento, bastando con que este sepa “que lo son”. En términos de la explicación que será ofrecida más abajo, esta significativa relajación del requisito de imputación subjetiva es el complemento indispensable de la exigencia objetiva de habitualidad, ya mencionada, que es co-definitoria de esta variante de encubrimiento. Pues en la medida en que aquí el favorecimiento personal en el que incurre el encubridor ha de encontrarse conectado con una pluralidad potencialmente indeterminada de hechos punibles, sería enteramente contraindicado exigir, en el nivel de la imputación subjetiva, una especificación de esos mismos hechos punibles, si semejante especificación no resulta objetivamente requerida.

Esto último no quiere decir, sin embargo, que la variante de encubrimiento del N° 4 no tenga como presupuesto la perpetración (ya concluida) de los crímenes o simples delitos imputables a las personas habitualmente favorecidas por el encubridor. Pues de la efectividad de esa actividad delictiva depende que esas personas tengan el estatus de “malhechores”. Las consecuencias que de ello se siguen son importantes, según se mostrará a continuación.

## II. EL FAVORECIMIENTO PERSONAL HABITUAL

### 2.1. Las modalidades de favorecimiento relevantes

El análisis de los presupuestos comunes a las formas de encubrimiento establecidas en el art. 17 del Código Penal nos deja en posición de examinar, con mayor detenimiento, las particularidades exhibidas por la variante del

<sup>24</sup> Véase GÓMEZ BENÍTEZ, cit. (n. 6), pp. 543 y ss. En la literatura chilena: ETCHEBERRY, cit. (n. 2), p. 102; CURY, cit. (n. 1), p. 633; CURY y MATUS, cit. (n. 2), p. 250. En contra, GARRIDO, cit. (n. 5), pp. 422 y ss.

Nº 4. La primera de esas particularidades consiste en la amplitud de las modalidades que puede exhibir el comportamiento constitutivo de esta variante de encubrimiento, en conformidad con la formulación marcadamente casuística que de ellas hace la disposición legal.<sup>25</sup>

El tenor literal del numeral sugiere una clasificación de esas modalidades en dos grupos. Por un lado, el comportamiento del encubridor puede consistir en acoger, receptor o proteger habitualmente a los “malhechores”, pudiendo entenderse que el verbo “receptar” denota aquí una acción específicamente orientada al ocultamiento de las personas así favorecidas. Por otro lado, el comportamiento constitutivo de encubrimiento puede también consistir en facilitar medios para que los “malhechores” se reúnan u oculten (por sí mismos) las armas o los efectos de los hechos punibles por ellos perpetrados, o bien en prestarles ayuda material o proveerles información que contribuya a que “se guarden, precavan o salven”. El común denominador de las dos modalidades así enunciadas puede identificarse con una contribución al resguardo de los responsables, como autores o partícipes, de algún conjunto de crímenes o simples delitos frente a la eventual acción de la justicia.<sup>26</sup> Sobre esta base, la noción de *protección* (habitual) resulta ser suficientemente genérica como para cubrir toda forma de comportamiento que contribuya a ese resguardo, con independencia de que los “malhechores” favorecidos en definitiva no logren eludir la correspondiente persecución penal.

## 2.2. El círculo de personas favorecidas

Tradicionalmente, la doctrina ha discutido acerca del sentido y alcance que habría de atribuirse a la expresión “malhechores” en el contexto de la disposición legal aquí considerada. Así por ejemplo, GARRIDO observaba que “[p]or malhechor debe comprenderse a aquel que se dedica normalmente a la comisión de delitos”.<sup>27</sup> Esto parece difícil de conciliar, empero, con la interpretación jurisprudencial que consistentemente recibiera esa misma

<sup>25</sup> Véase ETCHEBERRY, cit. (n. 2), p. 106, según quien ese marcado casuismo llegaría a ser “irritante”.

<sup>26</sup> Nótese que, según NOVOA, cit. (n. 1), p. 200, aquí se encontrarían descritos “actos positivos de favorecimiento personal y de favorecimiento real”, a favor de lo cual parecería hablar que entre las modalidades del segundo grupo figura una concerniente a los instrumentos (“las armas”) y los efectos de los hechos punibles perpetrados por las personas favorecidas por el encubrimiento habitual. Pero esto no logra desvirtuar el hecho de que, a diferencia de lo que caracteriza a la forma de encubrimiento del Nº 2 del art. 17, la modalidad así perfilada de la forma de encubrimiento del Nº 4 consiste en proveer medios a los “malhechores” para que *estos* puedan, por sí mismos, ocultar esos instrumentos o efectos.

<sup>27</sup> GARRIDO, cit. (n. 5), p. 426.

expresión en el contexto del ya derogado N° 3 del art. 456 bis del Código Penal.<sup>28</sup> En su manual, en tanto, ETCHEBERRY sugiere que por “malhechores” habría que entender “a los ejecutores materiales (...) y a los cooperadores que, concertados para la ejecución del hecho, lo presencian sin tomar parte en él”, en razón de la mención que la propia disposición hace de los “delitos cometidos” y de las “armas o efectos”.<sup>29</sup> Más restrictivamente aún, CURY sostenía que “malhechores” serían quienes, “a causa de su conducta delictual sostenida, están permanentemente necesitados de albergue y protección, pudiendo (...) ser fácilmente reconocidos como tales”.<sup>30</sup>

Pero ninguna de las razones esgrimidas parece justificar las propuestas de interpretación restrictiva recién esbozadas. Jurídico-penalmente, la noción de “malhechor” sólo puede ser expresiva de la cualidad de una persona a la que es imputable un comportamiento delictivo, esto es, de una persona que, en sentido jurídico, ha delinquido.<sup>31</sup> Como acertadamente observara la Corte Suprema en una sentencia de 15 de mayo de 2006,<sup>32</sup> insistiendo así en una línea jurisprudencial suficientemente consolidada:

“si bien la ley no ha definido lo que se entiende por malhechores, en armonía con la máxima de interpretación que consagra el artículo 20 del Código Civil, debe dársele su sentido natural y obvio, cual es el correspondiente al que comete un hecho punible, sin otra consideración. Es así como, malhechor, etimológicamente, es el que hace mal, por eso, quien comete un delito es tal desde el instante mismo en que obra su reprochable designio. En suma, semejante expresión es sinónimo de delincuente, y nada tiene que ver este concepto con el otro de reincidencia, a que acude el oponente, el que presupone reiteración en el mal hacer” (cons. 9°).

A pesar de que esta observación se encuentra inmediatamente referida al sentido que debía atribuirse a la expresión “malhechores” en el contexto del antiguo N° 3 del art. 456 bis del Código Penal, ya suprimido, nada distinto ha de valer en referencia a su uso en el contexto del N° 4 del art.

<sup>28</sup> Así, CURY y MATUS, cit. (n. 2), p. 254, aun cuando mostrándose favorable a hacer suya la tesis interpretativa de GARRIDO.

<sup>29</sup> ETCHEBERRY, cit. (n. 2), p. 107.

<sup>30</sup> CURY, cit. (n. 1), p. 638. La misma propuesta interpretativa es defendida en ETCHEBERRY, *Participación Criminal*, Ed. Jurídica ConoSur, Santiago, 1988, p. 48.

<sup>31</sup> Véase ya NOVOA, cit. (n. 1), p. 200.

<sup>32</sup> Corte Suprema, 15 de mayo de 2006, Rol N° 3008-2005.

17, tal como ello fuera explícitamente advertido por la Corte Suprema, en el considerando inmediatamente siguiente del fallo recién citado, donde se lee que

“de seguirse el razonamiento expresado por el oponente se arribaría a la conclusión que no se podría aplicar por los jueces del mérito el artículo 17, N° 4°, del Código de castigos, que trata exclusivamente una de las formas de encubrimiento, cuando el encubridor habitual ha acogido, receptado o protegido criminales que no habían cometido delitos anteriormente” (cons. 10°).

Con ello, la Corte pretendía formular una reducción al absurdo de la tesis interpretativa según la cual por “malhechores” habría que entender personas que hayan delinquido más de una vez en el pasado. Pues con arreglo a esa misma tesis, no podría verse realizada la forma de encubrimiento del N° 4 del art. 17 si las personas favorecidas por el comportamiento del favorecedor habitual no fuesen, a su vez, delincuentes habituales. Y esto supondría desconocer que, en ese mismo contexto regulativo, la exigencia de habitualidad es aplicable al comportamiento que ha de ser atribuible al encubridor, y no al comportamiento de los responsables de uno o más de los hechos punibles a los cuales ha de encontrarse referido el favorecimiento.

Así, en el contexto del N° 4 del art. 17 como “malhechores” cuentan todas aquellas personas responsables, como autores o partícipes, de uno o más crímenes o simples delitos. Esto encuentra apoyo inequívoco en el hecho de que, al relajar el requisito de imputación objetiva establecido en el encabezado del inc. 1°, la misma disposición vuelva suficiente que el encubridor sepa “que lo son, aun sin conocimiento de los crímenes o simples delitos determinados que hayan cometido”.<sup>33</sup> Pues de esto se sigue que los “malhechores” favorecidos en efecto tienen que ser responsables de uno o más “crímenes o simples delitos determinados”, siendo innecesario, meramente, que el encubridor esté al tanto de cada uno de ellos.

Lo anterior no basta para tener por zanjada la controversia interpretativa. Pues todavía es necesario tomar nota de que la ley usa la frase nominal (definida) “los malhechores” para designar a quienes han de ser *habitualmente* favorecidos bajo esta variante de encubrimiento. En contra de lo sugerido por algunas de las propuestas de interpretación ya criticadas, la ley no formula la exigencia de habitualidad en relación con el

<sup>33</sup> V. *infra*, 2.4.

comportamiento delictivo de las personas favorecidas a través de la variante de encubrimiento aquí examinada, sino que *esta* queda co-definida por una exigencia de habitualidad. Pero dado que lo exigido es que “los malhechores” sean habitualmente favorecidos por quien, por esa vía, los encubre, es posible concluir que la realización de esta variante de encubrimiento depende de que se dé alguna relación de identidad entre quienes resultan favorecidos por las diferentes instancias puntuales de favorecimiento.

Debería ser claro, al mismo tiempo, que esa identidad puede, pero en ningún caso necesita, ser individual. Esto quiere decir que es posible, pero no necesario, que las personas favorecidas en diversas ocasiones por el comportamiento del encubridor sean individualmente las mismas. Pues tiene perfecto sentido asumir que esa *identidad* pueda ser, asimismo, *colectiva*, en el sentido de que las personas que cuentan como “los malhechores” favorecidos por el encubrimiento habitual sean identificadas por su pertenencia a algún grupo, sea que este se encuentre formal o informalmente constituido. Un ejemplo obvio de esto lo encontraríamos en el caso de quien brindase protección a los miembros de una organización constitutiva de una asociación ilícita, para contribuir a su impunidad respecto de los hechos punibles perpetrados en su calidad de tales. Que en los términos del art. 294 del Código Penal el comportamiento de semejante “protector” no-miembro de la organización pueda resultar punible a título de asociación ilícita,<sup>34</sup> no contradice su caracterización como constitutivo de encubrimiento en el sentido del art. 17 N° 4. Pues aquí *no* se trataría de un encubrimiento del delito de asociación ilícita respectivamente imputable a cada uno de los miembros de la organización, sino del encubrimiento de uno o más crímenes o simples delitos eventualmente perpetrados por ellos. Y en la medida en que el inc. 1° del art. 294 bis somete la asociación ilícita a una regla de penalidad autónoma en relación con los eventuales hechos punibles perpetrados en pos de la materialización de la agenda delictiva de la correspondiente organización,<sup>35</sup> la misma independencia penológica tiene que valer para quien pudiera responder como encubridor de algún conjunto de hechos punibles así perpetrados.

Pero no hay que perder de vista que el anterior es un mero ejemplo, siendo del todo concebibles casos en los cuales la identidad grupal de los

<sup>34</sup> MAÑALICH, Juan Pablo, “Terrorismo y organización”, *Ius et Praxis*, 2017, año 23, N° 1, pp. 393 y ss., 397 y ss.

<sup>35</sup> Véase MAÑALICH, cit. (n. 34), pp. 282 y ss., 399 y ss.

delinquentes habitualmente favorecidos por quien los encubre quede ligada a un criterio considerablemente más débil, constituido por algún conjunto de características compartidas, sea por esos individuos mismos, sea por los hechos punibles por ellos perpetrados.

### 2.3. *La exigencia de habitualidad*

El aspecto más sobresaliente de la variante de encubrimiento del N° 4 del art. 17 consiste en la *habitualidad* que ha de exhibir el favorecimiento prestado a quienes, en el contexto de esa disposición, cuentan como “los malhechores”, de acuerdo con la interpretación ya propuesta. Ahora interesa poner el foco en la función que desempeña la exigencia de habitualidad.

Para ello es imprescindible tener en consideración la fisonomía que, hasta la modificación introducida por la Ley 19.077, de 28 de agosto de 1991,<sup>36</sup> mostraba la variante de encubrimiento por favorecimiento personal del N° 3 del art. 17.<sup>37</sup> Según la versión original de esta última disposición, un comportamiento consistente en albergar, ocultar o proporcionar la fuga “al culpable” sólo resultaba constitutivo de encubrimiento si se cumplía alguna de las dos condiciones siguientes, a saber: “la de intervenir abuso de funciones públicas de parte del encubridor”, por un lado; y “la de ser el delincuente reo de traición, parricidio u homicidio cometido con alguna de las circunstancias agravantes que expresan los números 1.º, 2.º, 3.º, 4.º, 5.º, 6.º, 9.º y 11.º del art. 12, si estuvieren en noticia del encubridor, o cuando el delincuente fuere conocido como reo habitual de otros crímenes o simples delitos”, por otro. Lo extraordinariamente acotado del alcance de la decisión de criminalización así plasmada es indicativo de una suspicacia legislativa respecto del merecimiento de pena del favorecimiento personal.

Más allá de que esa suspicacia haya quedado superada a través de la modificación legislativa ya referida, resultante en el texto actualmente vigente del N° 3 del art. 17, el antecedente recién apuntado tiene importancia para entender, por contraste, el sentido de la exigencia de habitualidad plasmada en el N° 4. Pues una manera de dar sustento a la suspicacia originalmente mostrada por el legislador chileno en cuanto a su merecimiento de pena consiste en entender el favorecimiento personal, en

<sup>36</sup> Ley N° 19.077, 1991. Se trata de la misma ley que introdujo la tipificación, en el art. 269 bis del Código Penal, del entonces llamado “delito de obstrucción a la justicia”.

<sup>37</sup> Al respecto, véase NOVOA, cit. (n. 1), pp. 198 y ss.; ETCHEBERRY, cit. (n. 30), pp. 38 y ss.

general, como una demostración de *solidaridad* para con la persona expuesta a la persecución penal. Sobre la base de esta hipótesis interpretativa, cabe sugerir que la regulación legal original mostraba una cierta medida de “comprensión” hacia el encubrimiento constitutivo de favorecimiento personal, cuyos límites quedaban fijados o bien por la posición de funcionario público que ocupara el favorecedor,<sup>38</sup> o bien por la gravedad del hecho punible que le hubiera sido imputable (“traición”, parricidio u homicidio acompañado de una o más circunstancias determinadas), o bien por la consistencia del “compromiso delictivo” de la persona favorecida en cuanto “reo habitual”.

Esa misma hipótesis interpretativa hace posible explicar, como contrapartida, el tenor del N° 4 del art. 17, cuya particularidad consiste en que la intolerancia que la regulación muestra frente a esta forma de favorecimiento no queda vinculada –como sucedía bajo el N° 3 en su formulación original– con la posición institucional del encubridor como funcionario público, ni con la gravedad del hecho punible imputable a la persona encubierta, ni con la condición de esta como delincuente habitual. Antes bien, esa intolerancia se fundamenta en la habitualidad del propio comportamiento constitutivo de favorecimiento. Pues alguien que *habitualmente* contribuye a poner a algún círculo de personas que han delinquido a resguardo de una eventual persecución penal manifiesta, a través de semejante comportamiento reiterativo, una *solidaridad* no puntual sino *generalizada* para con el quebrantamiento del derecho atribuible a las personas de ese círculo.

Esto no necesita traducirse en la caracterización de esta forma de encubrimiento como un título de punibilidad autónomo, como ha sido sostenido, empero, por un sector relevante de la doctrina chilena.<sup>39</sup> Pues para explicar el régimen de penalidad establecido en el inc. final del art. 52, que correlaciona esta forma de encubrimiento con una pena de presidio menor en cualquiera de sus grados, es suficiente advertir que la exigencia de habitualidad da lugar a que esta variante de encubrimiento quede definida por su conexión con una *pluralidad* de crímenes o simples delitos. Esto vuelve impracticable –e inadecuado– fijar la pena susceptible de ser impuesta sobre el encubridor en atención a la pena prevista para alguno de esos crímenes o

<sup>38</sup> Lo cual se ve reflejado en la regla de penalidad establecida en el inc. 2° del art. 52 del Código Penal, que prevé una pena de inhabilitación perpetua para el caso de que el hecho punible encubierto tenga carácter de crimen, y una pena de inhabilitación temporal en cualquiera de sus grados para el caso en que tenga el carácter de simple delito.

<sup>39</sup> Véase ETCHEBERRY, cit. (n. 30), pp. 48 y ss.; CURY, cit. (n. 1), p. 637; GARRIDO, cit. (n. 5), pp. 425 s.

simples delitos. La amplitud del marco penal previsto sugiere, en cualquier caso, que la cantidad y la gravedad de los hechos punibles encubiertos por el favorecedor habitual tendría que operar como un criterio determinante para la individualización de la pena exacta dentro de ese marco.

La consideración precedente puede ser de relevancia para precisar qué ha de entenderse por “habitualidad” en el presente contexto. Desde ya, cabe dar razón a ETCHEBERRY en cuanto a que “no parece que la ley haya querido exigir que esta forma de encubrimiento constituya una actividad profesional, fuente de lucro para quien la practica”.<sup>40</sup> En su sentido natural y obvio, el término parece no exigir más que una “repetición continuada”.<sup>41</sup> Es claro, con ello, que para tener por realizada esta variante de encubrimiento es indispensable constatar la ejecución de acciones de favorecimiento por parte del presunto encubridor, en cualquiera de las modalidades ya analizadas, en más de una ocasión, siendo necesario, asimismo, que en cada una de esas dos o más ocasiones sean favorecidas una o más personas pertenecientes al correspondiente círculo de “malhechores”.

Lo anterior vuelve enteramente superfluo apelar a una “cierta tendencia o actitud interna” de parte del presunto encubridor como un aspecto de la noción de habitualidad.<sup>42</sup> Pues ello supondría pasar por alto la posibilidad de distinguir, siguiendo a CONDE-PUMPIDO, las nociones de habitualidad “por costumbre” y habitualidad “por tendencia”.<sup>43</sup> Mientras la segunda sería predicable de individuos que exhibirían una determinada “predisposición psicológica o incluso instintiva”, la primera lo sería de individuos en quienes la predisposición manifestada en su comportamiento se correspondería con una

“costumbre adquirida por la repetición de actos delictivos originadora de una facilidad para el delito que nace de la existencia en el sujeto de los ‘reflejos condicionados’ creados por los actos anteriores”.<sup>44</sup>

Si en esta última formulación la expresión “delito” es reemplazada por “encubrimiento”, obtenemos una especificación suficientemente

<sup>40</sup> ETCHEBERRY, cit. (n. 2), p. 106.

<sup>41</sup> Véase NOVOA, cit. (n. 1), p. 200.

<sup>42</sup> Así empero CURY, cit. (n. 1), p. 638. Nótese que cuando GARRIDO, cit. (n. 5), p. 426, otorga relevancia a “la predisposición de hacerlo como una actividad corriente”, lo sugiere para sostener que puede haber habitualidad aun si el potencial encubridor “por lo menos lo ha hecho una vez”.

<sup>43</sup> CONDE-PUMPIDO, cit. (n. 17), pp. 138 y ss.

<sup>44</sup> CONDE-PUMPIDO, cit. (n. 17), p. 139.

plausible de la exigencia formulada en el N° 4 del art. 17. Y debería ser claro, ulteriormente, que esta exigencia no se corresponde en lo absoluto con un requisito de reincidencia, desde ya porque, a diferencia de esta, para la habitualidad es del todo irrelevante que el potencial encubridor haya sido judicialmente condenado en el pasado.<sup>45</sup>

#### 2.4. La relajación del requisito de imputación subjetiva

Ya fue sugerido cómo la particular fisonomía objetiva del encubrimiento por favorecimiento personal habitual va aparejada de una modificación de la exigencia de imputación subjetiva formulada en el encabezado del inc. 1° del art. 17. En efecto, la exigencia (objetiva) de habitualidad del favorecimiento prestado por el encubridor se ve compensada por la renuncia a condicionar la punibilidad de ese favorecimiento al “conocimiento de los crímenes o simples delitos determinados que [los malhechores] hayan cometido”, bastando, en cambio, con que el encubridor sepa “que [los malhechores] lo son”.

Dado que, según ya se mostrara, por “malhechores” hay que entender personas responsables de algún conjunto de hechos punibles, la cláusula aquí relevante exige un conocimiento de que cada una de las personas favorecidas es responsable, como autor o partícipe, de *algún* hecho punible que objetivamente sea constitutivo de crimen o simple delito, sin que el encubridor necesite estar al tanto de las circunstancias constitutivas de cada uno de esos hechos punibles. En la medida en que, como asimismo ya se mostrara, la exigencia (más intensa) de imputación subjetiva que rige para las otras tres variantes de encubrimiento es compatible con el dolo eventual, lo mismo ha de valer, *a fortiori*, para la exigencia *menos intensa* plasmada en el N° 4. Esto quiere decir que no es absoluto necesario que el encubridor tenga certeza en cuanto a la condición de responsable de uno o más hechos punibles de cada una de las personas por él favorecidas. Antes bien, basta que él se represente como suficientemente seria la posibilidad de que las personas por él habitualmente favorecidas sean responsables de algún hecho punible, sin que esa representación necesite extenderse a las circunstancias que pudieran ser constitutivas de uno o más hechos punibles en particular. Así se deja interpretar la tesis, enteramente hegemónica en la doctrina, de que aquí “no es necesario que el encubridor conozca los delitos

<sup>45</sup> Véase CONDE-PUMPIDO, cit. (n. 17), pp. 139 y ss.

determinados que haya cometido el individuo encubierto”, bastando “que sepa que son delincuentes”.<sup>46</sup>

### III. LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL POR ENCUBRIMIENTO

#### 3.1. La determinación del plazo de prescripción

La singularidad que en general exhibe el encubrimiento como forma de intervención dependiente, mas no accesoria, en uno o más hechos punibles ajenos vuelve necesario precisar las consecuencias que se siguen de su estructura para la determinación tanto del plazo de prescripción de la acción penal referida al encubrimiento, por un lado, como del momento en el cual ese mismo plazo empieza a correr, por otro.

En los términos del art. 94 del Código Penal, el plazo de prescripción de la acción penal queda fijado según cuál sea la pena asignada al respectivo hecho punible. Como ha observado GUZMÁN DALBORA, el tenor literal de la disposición no zanja la disyuntiva entre dos posibles métodos para determinar cómo habría de ser fijada “la base del cómputo”.<sup>47</sup> De acuerdo con el “método abstracto”, la base en cuestión tendría que identificarse –valga la redundancia– con el marco penal abstractamente previsto para la especie de crimen, simple delito o falta en la respectiva norma de sanción.<sup>48</sup> Esto significa que para tal propósito habría que prescindir del factor del “grado de ejecución” del delito, concerniente a la distinción legal entre consumación, frustración y tentativa, por un lado, así como del factor de la “clase de intervención” del responsable, concerniente a la distinción legal entre autoría, complicidad y encubrimiento, por otro. En contraste con ello, GUZMÁN DALBORA se inclina por favorecer una versión moderada del “método concreto”, que supondría tomar en consideración los dos factores ya mencionados, así como las circunstancias agravantes o atenuantes “ya acreditad[a]s en la investigación”.<sup>49</sup>

<sup>46</sup> NOVOA, cit. (n. 1), p. 200. Coincidentemente, entre otros, ETCHEBERRY, cit. (n. 1), pp. 106 y ss.; GARRIDO, cit. (n. 5), p. 425.

<sup>47</sup> GUZMÁN DALBORA, José Luis, “Artículos 93 a 105”, en: POLITOFF, S.; ORTIZ, L. (Dirs.), *Texto y Comentario del Código Penal Chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2009, pp. 466 y ss.

<sup>48</sup> Así NOVOA, cit. (n. 1), p. 403; CURY, cit. (n. 1), p. 800; GARRIDO, Mario, *Derecho Penal. Parte General*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, 2ª ed., T. I, p. 390.

<sup>49</sup> GUZMÁN DALBORA, cit. (n. 47), p. 467.

Más allá de su improbable compatibilidad con un modelo procesal acusatorio como el establecido por el Código Procesal Penal, la consideración de la concurrencia de circunstancias atenuantes y agravantes presenta el inconveniente capital de que, a lo menos tratándose de circunstancias modificatorias “de eficacia ordinaria”,<sup>50</sup> su incidencia en la alteración o concreción del respectivo marco penal resulta, en los términos de los arts. 65 y siguientes del Código Penal, marcadamente variable. De ahí que, de seguirse la línea sugerida por GUZMÁN DALBORA, la “concreción” del marco penal abstractamente fijado por la respectiva norma de sanción sólo deba operar con cargo a los dos factores indicados en el art. 50 del Código Penal, según las reglas formuladas en los artículos inmediatamente siguientes a este. Y eso determinará que, respecto de las formas de encubrimiento establecidas en los primeros tres numerales del art. 17, el marco penal previsto en la correspondiente norma de sanción experimentará en todo caso una rebaja de dos grados, a la cual podrá añadirse una rebaja de uno o dos grados más, en caso de que el delito encubierto hubiera quedado en grado de frustrado o tentado, respectivamente. Y será el marco así concretado el que determinará el plazo de prescripción de la acción penal referida al encubrimiento en cuestión.

Tratándose, en cambio, de un encubrimiento previsto en el N° 4 del art. 17, tal operación de concreción no viene en consideración, en razón de que, como ya se apuntara, el inc. final del art. 52 le asigna directamente una pena de presidio menor en cualquiera de sus grados. Puesto que, bajo la escala general del art. 21, aquella es una pena de simple delito, el plazo de prescripción de la acción penal referida a esta forma de encubrimiento será, con arreglo al art. 94, de cinco años.

### *3.2. El cómputo del plazo de prescripción*

De acuerdo con el art. 95 del Código Penal, el plazo de prescripción de la acción penal transcurre “desde el día en que se hubiere cometido el delito”. No obstante el desacuerdo aún existente sobre la materia,<sup>51</sup> debería ser claro que lo que cuenta como el momento de “comisión” del delito varía según la estructura del hecho punible al cual se encuentre referida la correspondiente acción penal.

<sup>50</sup> Véase MAÑALICH, cit. (n. 19), pp. 218 y ss., 222 y ss.

<sup>51</sup> Véase sólo GUZMÁN DALBORA, cit. (n. 47), pp. 469 ss.

En la discusión doctrinal parece existir un consenso amplio en cuanto a que, tratándose de la acción penal susceptible de ser dirigida contra quienes tienen responsabilidad, como autores o partícipes, por el respectivo hecho punible, el plazo de prescripción empezaría a correr en un mismo instante en relación con cada uno de ellos.<sup>52</sup> En conformidad con el punto de vista aquí favorecido, ello significa que el plazo de prescripción tendría que empezar a correr, unitariamente, en el instante en que queda consumado el delito en cuestión, a menos que la realización del tipo respectivo se extienda, en “unidad de acción”, más allá de ese momento, en cuyo caso el plazo empezará a correr en el instante en que tenga lugar su terminación.<sup>53</sup> Correctamente se ha advertido, sin embargo, que ello no vale para la acción penal susceptible de ser ejercida contra el encubridor, “cuya actuación posterior al delito fija para él solo el momento en que comienza a correr su prescripción”.<sup>54</sup> La razón para ello radica en que, “de lo contrario, el plazo empezaría a correr antes de la intervención del encubridor”,<sup>55</sup> lo cual podría redundar en el absurdo político-criminal de que, por la vía de prolongar su contribución a la falta de detección del hecho punible respectivo durante todo el transcurso del plazo de prescripción de la acción penal dirigible contra sus autores o partícipes, el encubridor pudiera estar asegurando, *de iure*, su propia inmunidad a la persecución penal.

Tratándose de la variante de encubrimiento del N° 4 del art. 17, cabe observar que la circunstancia de que ella quede definida por la ya examinada exigencia de habitualidad determina, en lo que ahora importa, que el plazo de prescripción de la acción penal sólo empiece a correr una vez que queda concluido el comportamiento que se corresponde con la última instancia de favorecimiento de los “malhechores” habitualmente favorecidos.

El argumento ya ofrecido para mostrar la independencia del cómputo del plazo de prescripción de la acción penal susceptible de ser dirigida contra

<sup>52</sup> GUZMÁN DALBORA, cit. (n. 47), pp. 471 y ss.; también POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, 2ª ed., p. 584.

<sup>53</sup> Como es obvio, ello sólo vale respecto de hechos punibles que alcancen la consumación. Tratándose de una tentativa o un delito frustrado, el plazo tendría que empezar a correr –de manera unitaria para todos los autores o partícipes– en el momento en que quede concluido el comportamiento “ejecutivo” del autor o los coautores, según corresponda.

<sup>54</sup> POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ, cit. (n. 52), p. 584. El problema es enteramente pasado por alto por YUSEFF; véase YUSEFF, Gonzalo, *La prescripción penal*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2013, 3ª ed., pp. 83 y ss.

<sup>55</sup> GUZMÁN DALBORA, cit. (n. 47), p. 472.

el encubridor sirve como premisa para concluir que la eventual extinción de la responsabilidad de los autores de, o los partícipes en, uno o más de los hechos punibles encubiertos, en virtud del transcurso íntegro del plazo de prescripción de la acción penal dirigible en contra de ellos, no condiciona en lo absoluto el ejercicio de la acción penal en contra del encubridor. Pues aun siendo improbable, es ciertamente posible que un comportamiento constitutivo de encubrimiento por favorecimiento personal habitual pudiera extenderse por un lapso que exceda el trascurso del plazo de prescripción de la acción penal referida a cada uno de los hechos punibles imputables a los respectivos “malhechores”. En un caso tal, el plazo para el ejercicio de la acción penal contra el encubridor empezaría a correr una vez extinguida la responsabilidad de “los malhechores”. La única manera de evitar el absurdo de asumir que el encubridor habría al mismo tiempo logrado fabricar, *de iure*, su propia impunidad, consiste en reconocer la irrelevancia de la extinción de la eventual responsabilidad de los autores o partícipes para la persecución penal del encubridor.

#### IV. CONCLUSIONES

Para cerrar la presente contribución puede ser conveniente enunciar las conclusiones alcanzadas, en la forma de once tesis:

1) Bajo el art. 17 del Código Penal chileno, el encubrimiento representa un título de intervención dependiente, mas no accesorio, en un hecho punible. *De lege lata*, su conceptualización como un delito autónomo contra la administración de justicia carece de plausibilidad dogmática.

2) La especificidad del encubrimiento consiste en que este, en todas sus formas, exhibe el carácter de una intervención post-ejecutiva en el o los hechos punibles que aparecen como su objeto de referencia.

3) La exigencia de su falta de intervención principal o accesorio, como autor o partícipe, en el o los hechos punibles en los cuales el encubridor interviene post-ejecutivamente no se corresponde con una mera regla de subsidiariedad, sino con una consecuencia de la implementación sustantiva del principio de no-autoincriminación.

4) El dolo eventual es suficiente como criterio de imputación subjetiva para una atribución de responsabilidad a título de encubrimiento. El contenido del dolo de encubrimiento queda especificado por la fisonomía objetiva de la respectiva forma de encubrimiento.

5) Las particularidades que exhibe el favorecimiento personal habitual no obstan a su conceptualización como un título de intervención dependiente, en los mismos términos que las restantes tres formas de encubrimiento punible. Su correlación con una pena disociada de la penalidad de los hechos punibles imputables a las personas (habitualmente) favorecidas por el encubridor no es más que un reflejo de la técnica legislativa empleada para su definición.

6) El tenor del N° 4 del art. 17 determina que las personas habitualmente favorecidas hayan de ser individual o colectivamente identificables. Su caracterización como “malhechores” no expresa más que la exigencia de que se trate de personas responsables como autores de, o partícipes en, los hechos punibles de referencia.

7) La habitualidad del respectivo favorecimiento personal debe entenderse como un indicador de la solidaridad generalizada que el comportamiento constitutivo de encubrimiento ha de manifestar hacia el círculo de personas (habitualmente) favorecidas en cuanto responsables de los hechos punibles que les son imputables.

8) La particular fisonomía del favorecimiento personal habitual trae aparejada una relajación comparativa de los presupuestos de su imputación a título de dolo (eventual), en consideración al objeto de referencia de este.

9) Tratándose de las formas de encubrimiento previstas en los tres primeros numerales del art. 17, el plazo de prescripción de la acción penal debe determinarse a partir de la alteración del marco penal previsto para el autor del respectivo hecho punible consumado que la regulación asocia al encubrimiento, debiendo ser considerada, además, la eventual alteración asociada al carácter frustrado o tentado del hecho punible de referencia, según corresponda. Este método no viene en consideración tratándose del favorecimiento personal habitual, dado su sometimiento a un marco penal *sui generis*.

10) Respecto de las cuatro formas de encubrimiento punible, el transcurso del plazo de prescripción de la acción penal debe computarse autónomamente, en consideración al momento en que haya quedado concluida la correspondiente variante de intervención post-ejecutiva. Tratándose del favorecimiento personal habitual, ello se traduce en que el plazo de prescripción empieza a correr una vez que queda concluida la última de las acciones favorecedoras desplegadas por el encubridor.

11) Una eventual extinción de la responsabilidad de los autores de, o los partícipes en, uno o más de los hechos punibles encubiertos carece de impacto en la posibilidad de que la respectiva acción penal sea ejercida contra el encubridor.

## BIBLIOGRAFIA CITADA

### a) Doctrina

ALTENHAIN, Karsten, *Das Anschlußdelikt*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2002.

BULLEMORE, Vivian; Mackinnon, John, *Curso de Derecho Penal*, LexisNexis, Santiago, 2007, 2ª ed., tomo II.

CONDE-PUMPIDO, Cándido, *Encubrimiento y receptación: Ley de 9 de mayo de 1950*, Bosch, Barcelona, 1955.

CURY, Enrique, *Derecho Penal. Parte General*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2005, 7ª ed.

CURY, Enrique; MATUS, Jean Pierre, “Artículos 14 a 17”, en: POLITOFF, Sergio; ORTIZ, Luis (Dir.), *Texto y Comentario del Código Penal Chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2009.

ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, 3ª ed., tomo II.

ETCHEBERRY, Alfredo, *Participación Criminal*, Ed. Jurídica ConoSur, Santiago, 1988.

GARCÍA PÉREZ, Octavio, *El encubrimiento y su problemática en el Código penal*, Atelier, Barcelona, 2008.

GARRIDO, Mario, *Derecho Penal Parte General*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, 2ª ed., tomo I.

GARRIDO, Mario, *Derecho Penal Parte General*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, 4ª ed., tomo II.

GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, *Teoría Jurídica del Delito*, Civitas, Madrid, 1984.

GUZMÁN DALBORA, José Luis, “Artículos 93 a 105”, en: POLITOFF, Sergio; ORTIZ, Luis (Dir.), *Texto y Comentario del Código Penal Chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2009.

HERNÁNDEZ, Héctor, “Art. 14” y “Art. 17”, en COUSO, J.; HERNÁNDEZ, H. (Dir.), *Código Penal Comentado. Libro I*, Abeledo-Perrot, Legal Publishing Chile, Santiago, 2011.

MAÑALICH, Juan Pablo, *Terror, pena y amnistía*, Flandes Indiano, Santiago, 2010.

MAÑALICH, Juan Pablo, “El delito como injusto culpable”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, 2011, vol. XXIV, N° 1, pp. 87-115.

MAÑALICH, Juan Pablo, “Terrorismo y organización”, *Ius et Praxis*, 2017, año 23, N° 1, pp. 367-418.

MAÑALICH, Juan Pablo, *Estudios sobre la fundamentación y la determinación de la pena*, Thomson Reuters, Santiago, 2018.

NOVOA, Eduardo, *Curso de Derecho Penal Chileno*, Editorial Jurídica de

Chile, Santiago, 2005, 3ª ed., tomo II.

POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, 2ª ed.

SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo, *Los delitos de encubrimiento*, Grijley, Lima, 2005.

WILENMANN, Javier, “El tratamiento del autofavorecimiento del imputado. Sobre las consecuencias sustantivas del principio de no autoincriminación”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 2016, año 23, N° 1, pp. 111-139.

YUSEFF, Gonzalo, *La prescripción penal*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2013, 3ª ed.

#### *b) Normativa*

Código Penal de la República de Chile

Código Penal de España, de 1944.

Ley 19.077, que introduce modificaciones al código de procedimiento penal en lo relativo a los delitos de robo y hurto, 1991.

#### *c) Jurisprudencia*

Corte Suprema, 30 de junio de 2006, Rol N° 3008-2005.

Corte Suprema, 13 de octubre de 2011, Rol N° 6993-2011.

Corte Suprema, 15 de diciembre de 2015, rol N° 18595-2015.