

Alejandra Verde
Universidad Nacional de
Córdoba, Argentina
Universidad Torcuato Di Tella,
Buenos Aires

Formas de encubrimiento: personal y real Bases para una delimitación adecuada entre encubrimiento, lavado de activos y receptación

Sumario

-
El interés que, entre los denominados delitos de conexión o de referencia, ha generado en los últimos años el tipo penal de lavado de activos (o blanqueo de capitales) ha derivado en un cierto descuido doctrinario respecto de los delitos de encubrimiento. Aquí intento mitigar ese déficit, con propuestas conceptuales que pueden facilitar una mejor comprensión no sólo de las diferentes formas de encubrimiento (esto es: del favorecimiento real y del favorecimiento personal), sino también de la receptación y hasta del propio lavado de activos. En este artículo, entonces, tras objetar las posiciones mayoritarias en esta materia sugiero una serie de criterios que, según mi punto de vista, son más correctos que los seguidos por la opinión dominante en España y en Argentina para distinguir entre las distintas clases de encubrimiento. En esa línea, si bien creo necesarias algunas modificaciones legislativas, la concepción que sigo es preferible, a mi juicio, para lograr una mejor interpretación incluso de lege lata.

Abstract

-
Among the so-called connection or reference crimes, the criminal offence of money laundering has attracted great interest in recent years. As a consequence, the crimes of concealment and cover-up have to a certain extent been neglected in criminal doctrine. In this contribution I try to mitigate this shortcoming with conceptual proposals aiming at a better understanding not only of the different forms of concealment and cover-up, but also of other crimes like receiving stolen goods and even of money laundering itself. After objecting and criticizing the majority's position in this regard, I therefore suggest several criteria that, in my opinion, are more suitable for a distinction between the different types of cover-up than those preferred by the prevailing opinion in Spain and Argentina. Although I believe that some legislative amendments would be desirable, it seems to me that my approach also allows for a more convincing interpretation of the lex lata.

Abstract

-
Unter den sogenannten Anschlussdelikten hat in den letzten Jahren der Geldwäschetatbestand besondere Aufmerksamkeit auf sich gezogen. Dies hat zur Folge, dass die wissenschaftliche Diskussion über die Begünstigung teilweise vernachlässigt wurde. In dem vorliegenden Beitrag wird versucht, dieses Defizit mit Hilfe von begrifflichen Vorschlägen zu mildern, die ein besseres Verständnis nicht nur der verschiedenen Formen der Begünstigung sondern auch der Hehlerei und sogar der Geldwäsche selbst ermöglichen. In dem vorliegenden Beitrag wird im Anschluss an die Analyse von den vor den herrschenden Meinung formulierten Einwänden eine Reihe von Kriterien zur Unterscheidung der verschiedenen Begünstigungsformen vorgeschlagen, die meines Erachtens zutreffender sind als die Kriterien der in Spanien und Argentinien herrschenden Ansicht. Obwohl einige Gesetzesänderungen wünschenswert wären, erscheint bereits de lege lata die von mir entwickelte Konzeption vorzugswürdig, um angemessenere Auslegungsergebnisse zu erreichen.

Title: *Different forms of concealment and cover-up: Bases for and adequate delimitation between cover-up, money laundering and receiving offence*

1.2020

Recepción
30/07/2019

Aceptación
26/09/2019

Títel: *Begünstigung und Strafvereitelung: Grundlagen der Abgrenzung von Begünstigung, Strafvereitelung, Geldwäsche und Hehlerei.*

Palabras clave: encubrimiento, favorecimiento real, favorecimiento personal, receptación, blanqueo de capitales.

Keywords: *Cover-up, Concealment, Receiving Stolen Goods, Money Laundering.*

Stichworte: *Begünstigung, Strafvereitelung, Hehlerei, Geldwäsche.*

-

Índice

-

1. Introducción

2. La delimitación entre favorecimiento personal y favorecimiento real

2.1. En Argentina

2.2. En España

2.3. Toma de postura y propuesta personal

a. Introducción

b. ¿En qué consisten y en qué se diferencian el favorecimiento personal y el favorecimiento real?

3. El favorecimiento personal

3.1. Denominación y descripción como clase de conducta

3.2. El bien jurídico afectado: ¿qué daño causa el favorecimiento personal?

a. Un delito que afecta a la administración de justicia

b. La teoría de la vigencia del Derecho

3.3. Favorecimiento personal: hacia una interpretación plausible (de lege lata y de lege ferenda)

4. El favorecimiento real

4.1. Denominación y descripción como clase de conducta

4.2. El bien jurídico afectado: ¿qué daño causa el favorecimiento real?

4.3. Favorecimiento real: hacia una interpretación plausible (de lege lata y de lege ferenda)

5. La receptación en Argentina: una forma de favorecimiento

5.1. Presentación

5.2. Críticas a la idea dominante. Toma de postura

6. Los delitos de favorecimiento personal y real frente al de lavado de activos

7. Conclusiones

8. Bibliografía

1. Introducción

¿Cómo determinar el criterio correcto en función del cual corresponde precisar el concepto de una determinada clase de conducta y, a partir de ello, delimitarla de otras, todas usualmente criminalizadas? Se trata, ciertamente, de un planteamiento general, que por tanto ha de encontrar respuesta en un criterio también general. Pero si resolver adecuadamente ese interrogante tiene interés para un jurista —y un interés práctico—¹ es porque pretende contrastar esa solución general, que estimará correcta, con decisiones legislativas o propuestas interpretativas específicas ya existentes, que por algún motivo son relevantes para su ámbito de actuación y que intuye incorrectas.

A mi juicio, un punto de partida fructífero para hallar esa respuesta general es el que viene proporcionado por dos de los criterios más utilizados en los análisis que se ocupan de problemas de criminalización legítima en un Estado de derecho liberal, a saber: el daño (o bien jurídico afectado) y la ilicitud material (o incorrección moral) de la clase de conducta² de la que se trate. Ambos criterios, como es sabido, son útiles no sólo para ese examen de legitimidad, sino también para delinear con precisión el significado y la extensión de los comportamientos —en abstracto— que se analizan. De allí que, con frecuencia, se hable tanto de una función crítica como de una función descriptiva o interpretativa del concepto de bien jurídico³.

Ambas funciones, de hecho, están íntimamente relacionadas. Porque los contornos conceptuales de lo que se pretende criminalizar surgirán de tener en claro lo que es legítimo que se criminalice. De tal modo, la función descriptiva tanto del daño (o del bien jurídico afectado) como de la ilicitud material o incorrección moral de una clase de conducta (o del denominado “concepto material de delito”) tiene efectos y puede ser aprovechada no sólo en sede judicial, al momento de interpretarse la ley, sino también en sede legislativa, al momento de sancionarse un tipo penal⁴.

* Doctora en Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba (Argentina). Exbecaria doctoral del CONICET (Argentina) y del Servicio Alemán de Intercambio Académico (DAAD, Alemania). Profesora de Derecho procesal penal, Universidad Torcuato Di Tella. Email de contacto: alececvverde@gmail.com. Agradezco especialmente a José Peralta, Frank Zimmermann y Gabriel Pérez Barberá por haberse tomado el tiempo de leer algunas partes de este texto y por las discusiones que compartimos respecto de las ideas aquí expuestas, que me ayudaron a perfeccionarlas. También agradezco a las personas que evaluaron anónimamente este artículo, porque sus observaciones también contribuyeron a mejorarlo.

¹ Acerca de la diferencia central entre el interés principal del jurista (resolver problemas concretos) y el interés principal del filósofo (ofrecer respuestas a problemas más generales), véase, por todos, SELEME, «¿Deben los filósofos morales aprender de los juristas?», *Doxa*, (37), 2014, pp. 263 ss.; “interés práctico” ha de ser entendido, entonces, en ese sentido: interés en resolver problemas concretos.

² Hablo de “clase de conducta” y no de “conducta” porque me refiero a tipos generales o en abstracto de conducta que son tenidos en cuenta por el legislador al momento de decidir su posible criminalización, esto es: su inclusión en una codificación penal. No me refiero, por tanto, a conductas concretas ocurridas en el mundo, de las que se ocupa un juez, por ejemplo, al fallar en un caso penal. El destinatario de las reflexiones que siguen, entonces, es el legislador, no el juez.

³ Véase al respecto, por todos, WESSELS/BEULKE/SATZGER, *Derecho penal. Parte general*, 46ª ed., trad. PARIONA ARANA, 2018, pp. 5 y 31.

⁴ Los paréntesis empleados dan cuenta de cierta equivalencia conceptual que puede ser admitida entre las expresiones “daño” y “bien jurídico afectado”, por un lado, e “incorrección moral”, “ilicitud material” o “concepto material de delito”, por el otro. Desde luego que esa equivalencia entre términos provenientes del ámbito anglosajón y continental-europeo no es total, pero los matices que diferencian a unas

Ahora bien, si no se está ante un trabajo puramente filosófico (y este no lo es), sino ante una contribución propia de un jurista, quedó dicho ya que, por las finalidades prácticas que caracterizan a estos análisis, lo habitual es que el interés que los justifica esté ligado a la necesidad de contrastar las conclusiones que se obtienen desde un determinado nivel de generalidad conceptual con ciertas legislaciones y prácticas concretas, que es precisamente lo que pretende este artículo. Esas legislaciones y prácticas han de ser seleccionadas, por tanto, en función del interés del jurista que se ocupa del asunto⁵.

En esta ocasión tomaré en cuenta los códigos penales de Argentina, España y Alemania por una razón muy simple: Argentina es el país en el que me desempeño académicamente, mientras que España y Alemania son dos de los países en los que más abrevia la legislación y la doctrina de mi ámbito nacional tanto al legislar como al interpretar su derecho penal. No se trata, sin embargo, de un trabajo de derecho comparado. La legislación y las opiniones doctrinarias de estos países me son útiles, antes bien, como puntos de referencia para delinear lo que, a mi juicio, cabe tener, en términos generales, como una conceptualización plausible de las dos formas de encubrimiento que aquí abordaré (el favorecimiento real y el personal⁶). Esa tarea será llevada a cabo en función de los criterios rectores que mencioné antes: daño e ilicitud material de estas clases de conducta. Por lo demás, tomar en cuenta lo ocurrido en España en relación con estos tipos penales ha de tener una utilidad práctica adicional, por el solo hecho de que esta publicación tiene lugar en ese país.

Así, a los efectos de identificar los órdenes jurídicos que aquí serán considerados, cabe señalar que en España y en Argentina las conductas de favorecimiento real y de favorecimiento personal, esto es, las de encubrimiento, se encuentran tipificadas en un único artículo, concretamente en el 451 del Código penal (en adelante CP) español y en el 277 del CP argentino, dentro de los delitos contra la administración de justicia. Esto contrasta con lo que ocurre en Alemania tras la última reforma integral del StGB (1974), que se ocupa de estos tipos penales en párrafos diferentes. La postura dominante en Argentina, además, considera que en el apartado c, inciso 1.º de ese artículo 277 se tipifica el delito de receptación, y que todas las conductas allí enunciadas son formas de cometerlo⁷. En España, por el contrario —y al igual que en Alemania—, la receptación está regulada en el artículo 298 del CP como un delito contra el patrimonio.

Estas particularidades se mantienen estables en Argentina desde la sanción del Código de 1921, aún vigente. Aunque hubo algunos cambios en la letra de la ley y en su regulación, ninguno fue lo suficientemente duradero ni significativo. Llama la atención que el contenido de esa

expresiones de las otras no son relevantes para los fines de este artículo. Sobre todo esto véase, con más detalle, VERDE, *La receptación como un delito contra el mercado formal*, 2019, pp. 141 ss., 175 ss.

⁵ Esto es parte de lo que se conoce como “contexto de descubrimiento”, por lo que no necesita justificación, sino, a lo sumo, explicitación. Sobre la diferencia clásica entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación, que proviene de Hans REICHENBACH, véase ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, 1993, p. 136.

⁶ En este texto, al solo efecto de abreviar, voy a utilizar la denominación argentina de “favorecimiento real” y “favorecimiento personal” y voy a dejar de lado la española equivalente, esto es, “encubrimiento real” y “encubrimiento personal”.

⁷ Véase, entre muchos, CREUS/BUOMPADRE, *Derecho penal. Parte especial*, t. 2, 7ª ed., 2007, pp. 379 ss.; BUOMPADRE, *Derecho penal. Parte especial*, t. 3, 2003, pp. 464 ss.; DONNA, *Derecho penal. Parte especial*, t. III, 2ª ed., 2012, pp. 544 ss.; MILLÁN, *El delito de encubrimiento*, 1970, pp. 33 ss., 39, 153 s.

disposición legal haya sufrido numerosas reformas, sobre todo en los últimos años, y que sin embargo, por un lado, el legislador haya pasado por alto muchos de los problemas que se analizarán en este trabajo, y que, por el otro, casi no hayan sido publicados artículos de doctrina referidos en forma específica a esas reformas legislativas.

De lo prescripto en el artículo 277 CP argentino y en el artículo 451 CP español no es posible saber cuáles de todas las acciones que la norma prohíbe conforman la conducta típica del delito de favorecimiento real ni cuáles la del favorecimiento personal⁸. Esta tarea ha quedado en manos de la doctrina y de la jurisprudencia, las que, lamentablemente, sólo han contribuido a profundizar ese problema. Tal indeterminación en la norma, como es de suponerse, afecta el principio de legalidad, particularmente a su corolario de ley determinada.

En este trabajo, luego de exponer y criticar el punto de vista del que se vale la opinión dominante argentina y española para delimitar las diferentes formas de favorecimiento (comparando muchas veces esas soluciones con las obtenidas en la doctrina y en la praxis de Alemania), voy a presentar el criterio de delimitación entre favorecimiento real y personal que, a mi juicio, aparece como el más plausible. Hasta ahora, el análisis de estos tipos penales en la doctrina de ambos países, pero principalmente en la de Argentina, es, por un lado, un tanto superficial y, por el otro, tendencialmente casuístico. Trataré por lo tanto, aquí, de superar esos déficits.

Otro objetivo que busco alcanzar es interpretar o establecer el alcance de los tipos penales que prohíben ambas formas de favorecimiento en Argentina y en España, de modo tal que el resultado que se obtenga de esa tarea de interpretación sea consistente con el principio de legalidad (otra vez: en especial, con su corolario de ley determinada). Luego, analizaré cómo deberían ser regulados esos tipos penales en la ley, precisamente en aras de cumplir con el mandato de ley taxativa o determinada, y de modo tal, a su vez, que no queden afuera de esa norma ciertos supuestos de encubrimiento cuya criminalización sería recomendable e incluso esperable. Todo esto derivará, inevitablemente, en un análisis tanto *de lege lata* como *de lege ferenda* respecto de la legislación vigente en los países que han sido aquí seleccionados como relevantes.

Quiero aclarar, finalmente, que en esta oportunidad no llevaré a cabo un estudio detallado del delito de receptación, porque a ello he dedicado ya un estudio monográfico específico⁹. Pero vale la pena recordar que, en Argentina, lo que la doctrina denomina “receptación” constituye, en verdad, y por las razones que mencionaré brevemente más adelante, otra forma de cometer favorecimiento¹⁰. De allí que, en este trabajo, voy a ocuparme únicamente de dejar sentadas algunas bases para delimitar correctamente a la receptación tanto del favorecimiento real como del personal.

⁸ Hubo una época no muy prolongada en la que el legislador fue parte de la confusión causada por la doctrina argentina. Véase, SOLER, *Derecho penal argentino*, t. V, 4ª ed., 1992, pp. 323 ss.

⁹ Se trata de mi trabajo de tesis doctoral. Véase, VERDE, *La receptación como un delito contra el mercado formal*, 2019.

¹⁰ Estos temas fueron trabajados con mayor detalle en VERDE, *La receptación como un delito contra el mercado formal*, 2019, pp. 127 ss.; LA MISMA, «La “receptación intermedia” como forma de lavado de dinero: ¿un tipo penal redundante?», *Derecho Penal y Procesal Penal*, (8), 2016, pp. 1501 ss.

2. La delimitación entre favorecimiento persona y favorecimiento real

2.1. En Argentina

Como ya fue adelantado en la introducción, los delitos de favorecimiento real y de favorecimiento personal se encuentran tipificados de manera conjunta y un tanto desordenada en un mismo enunciado normativo: el artículo 277 del CP argentino. Por lo tanto, el texto legal de este país no es de gran ayuda para delimitarlos. En ese único enunciado normativo se prohíben diversas clases de conductas en sucesivos apartados sin seguirse, por lo menos *prima facie*, ningún orden sistemático. El criterio que delimita y diferencia las dos formas de encubrimiento o de favorecimiento no puede buscarse, entonces, en el texto legal.

Esa pauta delimitadora debería permitir determinar cuáles de todas las acciones típicas descriptas en el primer inciso del artículo 277 del CP argentino conforman cada modalidad de encubrimiento. La doctrina argentina, en forma unánime¹¹, distingue entre ambos favorecimientos por medio de un criterio que, a mi juicio, es incorrecto, porque, como se verá enseguida, gira en torno a una cuestión superficial y para nada relevante a la hora de conceptualizarlas.

Para delimitar entre el favorecimiento real y el favorecimiento personal dicha pauta toma en cuenta, únicamente, si la clase de conducta en cuestión involucra a cosas o a personas. Dicho de otro modo, los autores argentinos consideran que, si la actividad de encubrimiento impacta en algún objeto o instrumento proveniente del delito anterior o utilizado para cometerlo, será favorecimiento real; mientras que si ese favorecimiento recae (únicamente) en la persona del autor o partícipe del delito previo, será favorecimiento personal¹².

Como puede notarse, esa concepción no tiene en cuenta ni el ilícito material de cada uno de estos delitos, ni el daño que causan o el bien jurídico que afectan (a saber: la administración de justicia). Sin embargo, se verá enseguida que tanto el favorecimiento real como el personal pueden involucrar cosas, por lo que el solo hecho de que la conducta en cuestión las involucre no puede ser determinante para sostener que ese favorecimiento es real. Además, si bien es personal el favorecimiento que recae sobre el autor o partícipe del delito anterior, ese delito no se explica únicamente en función de dicho rasgo.

De acuerdo con lo expuesto hasta aquí, entonces, para la doctrina argentina el favorecimiento personal está regulado en los tipos penales prescriptos en los apartados *a* y *d* del inciso 1.º del artículo 277 del CP argentino¹³, que voy a recordar: “Será reprimido con prisión de seis meses a tres años el que, tras la comisión de un delito ejecutado por otro, en el que no hubiera participado: a) Ayudare a alguien a eludir las investigaciones de la autoridad o a sustraerse a la

¹¹ Véase, entre otros, BUOMPADRE, *Derecho penal. Parte especial*, t. 3, 2003, pp. 457, 461; DONNA, *Derecho penal. Parte especial*, t. III, 2ª ed., 2012, pp. 528 ss., 535; CREUS/BUOMPADRE, *Derecho Penal. Parte Especial*, t. 3, 7ª ed., 2007, pp. 372 ss.; NÚÑEZ, *Manual de derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., 1999, p. 472.

¹² Véase, entre muchos, BUOMPADRE, *Derecho penal. Parte especial*, t. III, 2003, p. 461; DONNA, *Derecho penal. Parte especial*, t. III, 2ª ed., 2012, p. 535.

¹³ Así, BUOMPADRE, *Derecho penal. Parte especial*, t. III, 2003, pp. 457 ss.; DONNA, *Derecho penal. Parte especial*, t. III, 2ª ed., 2012, pp. 528 ss., pp. 564 ss.; CREUS/BUOMPADRE, *Derecho Penal. Parte Especial*, t. III, 7ª ed., 2007, pp. 372 ss.

acción de ésta. d) No denunciare la perpetración de un delito o no individualizare al autor o participe de un delito ya conocido, cuando estuviere obligado a promover la persecución penal de un delito de esa índole”.

Mientras que al favorecimiento real, en Argentina, se lo entiende tipificado en los apartados *b* y *e* del mismo inciso 1.º del artículo 277 del CP argentino¹⁴, que transcribiré a continuación: “Será reprimido con prisión de seis meses a tres años el que, tras la comisión de un delito ejecutado por otro, en el que no hubiera participado: b) Ocultare, alterare o hiciere desaparecer los rastros, pruebas o instrumentos del delito, o ayudare al autor o participe a ocultarlos, alterarlos o hacerlos desaparecer. e) Asegurare o ayudare al autor o participe a asegurar el producto o provecho del delito”.

En efecto, CREUS y BUOMPADRE, por ejemplo, expresamente consideran que el favorecimiento personal sólo está prescripto en el apartado *a* del inciso 1.º del artículo 277 del CP argentino, y que el favorecimiento real se compone de las acciones típicas reguladas en los apartados *b* y *e* de ese mismo enunciado normativo. Sin embargo, no aportan ningún criterio, por lo menos explícitamente, para delimitar entre ambas formas de favorecimiento. Lo que sí explicitan es qué apartado, según ellos, conforma cada delito de encubrimiento. Tampoco brindan ejemplos que ayuden a aclarar esta situación¹⁵. BUOMPADRE, por su parte, en su monografía sobre encubrimiento mantiene la misma postura¹⁶.

Este es el criterio seguido también por NÚÑEZ, quien sostiene que en el favorecimiento personal la ayuda se presta *directamente* a la persona que ha delinquido, mientras que en el favorecimiento real se procura la desaparición, el ocultamiento o la alteración de *cosas* vinculadas al delito¹⁷. Lo mismo cabe afirmar respecto de DONNA, quien sólo incluye dentro del delito de favorecimiento personal el referido apartado *a*, y reserva los apartados *b* y *e* para describir las conductas de favorecimiento real¹⁸.

En función de dicha pauta, habría que afirmar que los autores argentinos sostendrían, por ejemplo, que ayudar a que el autor o algún participe de un delito se fugue del país para evitar ser aprehendido, o ayudarlo a escapar de la persecución policial, o a evitar que las autoridades judiciales den con su paradero, constituyen supuestos de favorecimiento personal. Mientras que, por ejemplo, esconder el arma de un homicida para que no sea descubierto, esconder y quemar las cámaras de seguridad de la vivienda en la que otra persona cometió un robo, destruir el documento falsificado por otro después de que aquel lo usara, etc., serían supuestos de favorecimiento real. Del mismo modo, según ese criterio, habría que interpretar, como de hecho se hace, que es un caso de favorecimiento real, por ejemplo, permitir, con posterioridad al delito, que una persona ajena a ese hecho resguarde el botín en su propiedad, con el único

¹⁴ Véase, entre otros, BUOMPADRE, *Derecho penal. Parte especial*, t. III, 2003, pp. 460 ss., pp. 476 s.; DONNA, *Derecho penal. Parte especial*, t. III, 2ª ed., 2012, pp. 534 ss., pp. 568 s.; CREUS/BUOMPADRE, *Derecho Penal. Parte Especial*, t. III, 7ª ed., 2007, pp. 376 ss.

¹⁵ Véase CREUS/BUOMPADRE, *Derecho Penal. Parte Especial*, t. III, 7ª ed., 2007, pp. 372 ss.

¹⁶ Véase BUOMPADRE, *Encubrimiento*, en BAIGÚN *et. al.* (dirs.), *Código Penal y normas complementarias*, t. XI, 2011, pp. 152 ss.

¹⁷ Véase NÚÑEZ, *Manual de derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., 1999, p. 472.

¹⁸ Sobre la postura de este autor, véase DONNA, *Derecho penal. Parte especial*, t. III, 2ª ed., 2012, pp. 527 ss., pp. 534 ss.

objetivo de que las autoridades judiciales o de prevención no descubran a los autores o partícipes de ese delito.

Para la doctrina argentina, entonces, el favorecimiento personal consiste únicamente en la ayuda que se dirige o recae en forma directa sobre la persona (física) de algún autor o interviniente de un delito precedente, con el objetivo de que aquel pueda evadir la investigación o la condena en su contra¹⁹. Mientras que, por el contrario, se afirma que hay favorecimiento real cuando la ayuda involucra a alguna cosa proveniente de un delito o utilizada para cometerlo²⁰, sin tenerse en cuenta si esa conducta tiene la finalidad de ayudar a que los autores o partícipes del delito previo evadan la investigación o eludan el accionar judicial o si, en cambio, es realizada para ayudarlos a asegurar el botín.

El origen de esta postura puede encontrarse en los autores españoles clásicos y, por qué no, en el legislador español anterior a 1995, que tipificó ambos comportamientos en la parte general del Código penal como formas de participación posterior en el delito previo ajeno. De hecho, y no exento esto de críticas, como se verá más adelante, tal criterio delimitador entre el favorecimiento real y el personal continúa vigente y conforma todavía hoy la postura dominante en España. GILI PASCUAL, luego de criticar esta forma de conceptualizar el encubrimiento, la describe de la siguiente manera: “la mencionada separación doctrinal obedece únicamente a las características del objeto material sobre el que recae la conducta: si ésta se realiza sobre el producto, precio, cuerpo, efectos o instrumentos del delito (cosas, en definitiva), el favorecimiento será, como su propio nombre lo indica, real; si, por el contrario, lo hace sobre los *presuntos responsables*, se tratará, obviamente, de favorecimiento personal”²¹.

Por mi parte, considero que el criterio utilizado por la doctrina argentina (y por la española, como será expuesto enseguida con más detenimiento) no es correcto, y que todos los ejemplos de favorecimiento real dados hasta aquí son casos de favorecimiento *personal*, porque en dichos supuestos la conducta del encubridor está dirigida a entorpecer la actividad policial o judicial encaminada a investigar delitos y a castigar a sus intervinientes, sin que sea o deba ser un dato definitivamente relevante que ello involucre algún objeto o instrumento proveniente del delito anterior o a la persona física de su autor o partícipe²². Más adelante especificaré el criterio que según mi opinión es el adecuado a tal efecto. A continuación, expondré con algún detalle cómo es la situación en España.

2.2. En España

Como dije más arriba, en la legislación española los delitos de encubrimiento, esto es, el favorecimiento real y el favorecimiento personal, han sido legislados en un único artículo dentro de los delitos contra la administración de justicia. Cabe recordar que en España a estas

¹⁹ Así, por todos, BUOMPADRE, *Derecho penal. Parte especial*, t. III, 2003, p. 457.

²⁰ Así, entre muchos, BUOMPADRE, *Derecho penal. Parte especial*, t. 3, 2003, p. 461; DONNA, *Derecho penal. Parte especial*, t. III, 2ª ed., 2012, pp. 535 s.

²¹ GILI PASCUAL, *El encubrimiento en el Código penal de 1995*, 1999, p. 33.

²² Este es el criterio seguido por el StGB alemán y por los autores alemanes, aunque no lo explicitan. Véase, entre muchos, ALTENHAIN, «§ 257», *NK*, 4ª ed., 2013, n° m. 20 ss., pp. 410 s.; ALTENHAIN, «§ 258», *NK*, 4ª ed., 2013, n° m. 19, p. 410. Muy similar es la crítica de Gili Pascual a sus colegas españoles, véase GILI PASCUAL, *El encubrimiento en el Código penal de 1995*, 1999, p. 33.

conductas se las denomina, respectivamente, “encubrimiento real” y “encubrimiento personal”.

El legislador español, sin embargo, no distinguió entre estas formas de encubrimiento, o por lo menos no lo hizo de manera expresa. Esta tarea, entonces, ha quedado en manos de la doctrina y de la jurisprudencia, tal como ocurre en Argentina²³. La doctrina mayoritaria en España sigue al respecto, incluso en la actualidad, la postura clásica de ese país y, por tanto, considera que el inciso 1.º del artículo 451 del Código penal español tipifica el delito de favorecimiento real, al que denomina “favorecimiento real complementario”. En esa línea, entiende que ese tipo penal es un claro e injustificado resabio del anterior artículo 17 que regulaba este comportamiento como una forma de participar en el delito anterior²⁴, y sostiene asimismo que el inciso 2.º tipifica el favorecimiento real propiamente dicho, mientras que el favorecimiento personal se encuentra regulado en el inciso 3.º²⁵.

Una postura muy minoritaria, crítica de la anterior, considera que en el artículo 451, inciso 1.º, del CP español se encuentra tipificado el delito de favorecimiento real y que el favorecimiento personal está regulado en los incisos 2.º y 3.º del mismo precepto²⁶.

Al solo efecto de contrastar las normas españolas con las argentinas y las posiciones doctrinarias desarrolladas en consecuencia, vale la pena transcribir dicho artículo. Ambos tipos penales comparten el mismo epígrafe, que reza: “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...”. Luego, como mencioné, en cada uno de los tres incisos que contiene este enunciado se detallan diferentes formas de encubrir, a saber: “1) Auxiliando a los autores o cómplices para que se beneficien del provecho, producto o precio del delito, sin ánimo de lucro propio. 2) Ocultando, alterando o inutilizando el cuerpo, los efectos o los instrumentos de un delito, para impedir su descubrimiento. 3) Ayudando a los presuntos responsables de un delito a eludir la investigación de la autoridad o de sus agentes, o a sustraerse a su busca o captura, siempre que concurra alguna de las circunstancias siguientes: (...)”.

En los artículos 452, 453 y 454 del CP español se regulan disposiciones comunes a ambas formas de encubrimiento. Lo que demuestra, una vez más, la falta de intención del legislador de regular estos tipos penales de manera separada.

²³ Este problema ha sido advertido por algunos autores españoles. Véase, por todos, GILI PASCUAL, *El encubrimiento en el Código penal de 1995*, 1999, pp. 31 ss.

²⁴ Véase, por todos, SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *El encubrimiento como delito*, 1998, p. 64.

²⁵ Así, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, «Encubrimiento o favorecimiento», en LUZÓN PEÑA (dir.), *Enciclopedia penal básica*, 2002, pp. 649 ss.; RUIZ RODRÍGUEZ, *El delito de encubrimiento*, 2001, pp. 89 ss., 95 ss., 102 ss.; SERRANO GÓMEZ/SERRANO MAÍLLO, *Derecho penal. Parte especial*, 16ª ed., 2011, pp. 882 ss. Véase, asimismo, SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *El encubrimiento como delito*, 1998, pp. 65 ss., 70 ss., 78 ss.; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 18ª ed., 2010, p. 977.

²⁶ Véase, por todos, GILI PASCUAL, *El encubrimiento en el Código penal de 1995*, 1999, pp. 33, 141. MUÑOZ CONDE, aunque sin dar mayores fundamentos, critica la postura dominante que considera que el inciso 2.º del artículo 451 del CP español, tipifica el delito de favorecimiento real, y pareciera que para este autor, tal como se afirmará en este trabajo, ese inciso tipifica una forma de favorecimiento. Véase MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 18ª ed., 2010, p. 977.

Es muy interesante destacar que en España, a diferencia de lo que ocurre en Argentina, existe una gran discusión acerca de la necesidad (o no) de distinguir entre el favorecimiento real y el personal como delitos autónomos, y así como hay posturas unitarias que consideran que el ilícito de ambas conductas es el mismo y que se trata de distintas formas de realizar un mismo delito²⁷ (esto es, el encubrimiento), otros autores consideran que son dos delitos diferentes y autónomos²⁸.

En cuanto al bien jurídico afectado, la doctrina española dominante considera que los tipos penales prescriptos en el artículo 451 del Código penal español vulneran la administración de justicia, pero que, como se trata de un bien jurídico muy genérico, éste debe concretizarse en función de cada uno de los delitos que lo afectan²⁹.

En España se observan las mismas particularidades detalladas anteriormente respecto de cómo se conceptualizan y diferencian en Argentina las dos formas de favorecimiento. Ello muestra, ante todo y como ya dije, la gran influencia española en la doctrina y en la legislación argentinas. Los autores españoles afirman que el favorecimiento real se caracteriza porque “el impedimento que se establece lo es respecto de los objetos de un *delito*, no de los autores o intervinientes”³⁰, y aclaran que quedan comprendidos dentro del concepto de “objetos de un delito” tanto los que provienen de aquel como los que se utilizaron para cometerlo³¹. También sostienen que ese delito consiste en sustraer de la administración de justicia esos objetos para impedir el descubrimiento del delito³². En cambio, consideran que estamos frente a un caso de favorecimiento personal cuando “los sujetos que reciben la ayuda son los ‘presuntos responsables de un delito’”³³. Ya he afirmado que, a mi juicio, este criterio, utilizado tanto por la doctrina española como por la argentina, no es correcto. Expondré por lo tanto, a continuación, el que considero adecuado.

2.3. Toma de postura y propuesta personal

a. Introducción

Lo que a mi juicio importa y, por tanto, debe ser tenido en cuenta para delimitar estos comportamientos típicos, es su *ilicitud material* (o incorrección moral) y el *daño* que causan al bien jurídico que vulneran³⁴. Con esto último no me refiero en general a la administración de

²⁷ Por ejemplo, en España, SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *El encubrimiento como delito*, 1998, pp. 55 ss., 69 ss. LUZÓN CUESTA, en su manual de Derecho penal, no realiza ninguna distinción entre el favorecimiento real y el personal y, al analizar el artículo 451 del CP español, se conforma con referirse al encubrimiento sin más. Véase LUZÓN CUESTA, *Compendio de Derecho Penal. Parte especial*, 15ª ed., 2008, pp. 324 s.

²⁸ Véase, por todos, GILI PASCUAL, *El encubrimiento en el Código penal de 1995*, 1999, pp. 36 s.

²⁹ En este sentido, véase GILI PASCUAL, *El encubrimiento en el Código penal de 1995*, 1999, pp. 147 ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en LUZÓN PEÑA (dir.), *Enciclopedia penal básica*, 2002, pp. 649 ss.

³⁰ SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *El encubrimiento como delito*, 1998, p. 75.

³¹ Véase, entre muchos, SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *El encubrimiento como delito*, 1998, p. 76; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en LUZÓN PEÑA (dir.), *Enciclopedia penal básica*, 2002, p. 651.

³² Véase, por todos, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en LUZÓN PEÑA (dir.), *Enciclopedia penal básica*, 2002, p. 651.

³³ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en LUZÓN PEÑA (dir.), *Enciclopedia penal básica*, 2002, p. 651. Similar SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *El encubrimiento como delito*, 1998, p. 80.

³⁴ GILI PASCUAL, en sentido similar, plantea que clasificar a los delitos como favorecimiento real y personal de acuerdo con su objeto material resulta dogmáticamente inútil y afirma que ello no recoge el contenido

justicia, sino a la actividad concreta de esa administración que se busca proteger mediante cada una de estas prohibiciones. Es imperativo, pues, entender correctamente en qué consiste, conceptualmente, cada forma de favorecimiento, para luego poder delimitarlos.

b. *¿En qué consisten y en qué se diferencian el favorecimiento personal y el favorecimiento real?*

- Los problemas de la legislación vigente

El primer interrogante que debe ser respondido aquí es por qué es necesario (o si es necesario) distinguir entre formas de favorecimiento, o si no sería mejor, antes bien, hablar de encubrimiento y tipificarlo en un único enunciado que contenga varias maneras de cometerlo. En otras palabras, podrían considerarse correctas las legislaciones argentina y española actuales tal como están redactadas, y modificarse, en todo caso, el modo en que se interpretan esas normas.

Esta posibilidad, sin embargo, debería descartarse por varias razones. En primer lugar, por mandato del principio de legalidad. En virtud de su corolario *lex certa* (mandato de determinación), es necesario que el legislador tipifique las conductas prohibidas de la forma más específica y concreta posible; en consecuencia, si es posible realizar una distinción clara entre varias conductas que afectan a un mismo bien jurídico y que no se implican entre sí, debe optarse siempre por su regulación más específica. Esto es muy característico, de hecho, en los delitos contra el patrimonio, aunque este no es el único ejemplo.

En segundo lugar, porque el favorecimiento personal y el favorecimiento real no son conductas equiparables, aunque tengan un denominador común (a saber: que consisten en una ayuda brindada a los intervinientes de un delito previo). De hecho, pueden cometerse independientemente una de la otra. Por ejemplo, es posible ayudar a fugarse a quien cometió un homicidio a sueldo y no colaborar con el escondite del pago que recibió el sicario por cometer ese delito, y también es posible resguardar en un galpón alejado de la ciudad el botín robado por otro, para que cuando aquel egrese de prisión pueda aprovecharlo, pero no ayudarlo a evitar la condena o su ejecución.

En tercer lugar, si bien aquí se concluirá que tanto el favorecimiento personal como el favorecimiento real vulneran la administración de justicia, cada clase de encubrimiento afecta específicamente tareas y funciones distintas de dicha administración, es decir, lesiona aspectos diferentes de ese interés global que las agrupa.

Finalmente, entiendo que hay otra buena razón para mantener la mentada separación entre las formas de favorecimiento, cuyo mérito no se opaca por el hecho de que se trate de una razón contingente. El legislador —y no sólo el argentino o el español, dado que esta práctica tiene sus raíces siglos atrás y en legislaciones extranjeras— está dispuesto a perdonar el castigo de las personas que componen el círculo más íntimo de los autores y partícipes de un delito para el caso de que lo ayuden a evitar la pena, en aras de proteger a “la familia”. No voy a analizar aquí por qué no son típicas las conductas de “autofavorecimiento personal” ni si es correcta esa

sustancial delictivo que los distingue. Véase GILI PASCUAL, *El encubrimiento en el Código penal de 1995*, 1999, p. 33.

decisión legislativa³⁵. Pero así como no se le exige a quien cometió un delito que se entregue a la justicia, tampoco se les exige esto a sus familiares más directos, ni a su grupo íntimo ni a las personas que le deben especial gratitud. El legislador ha puesto al valor de la familia por sobre el de la justicia en más de una oportunidad y este es un ejemplo de esta situación. Sin embargo, esto sólo rige respecto de las conductas que tienden a evitar u obstaculizar la pena, pero no incluyen la ayuda que se dirige al aseguramiento del botín, porque el fin de lucro supera ya el mal que el legislador está dispuesto a tolerar para salvaguardar a la familia³⁶.

Cabe concluir, entonces, que hay buenas razones para considerar que el favorecimiento personal y el favorecimiento real son clases de conductas diferentes y que, por tanto, deben ser tipificadas de manera separada, y que, además, ello es más útil y permite una sistematización más adecuada.

Como se ve, esta conclusión ha sido obtenida, hasta ahora, tomándose como punto de partida el daño específico que causa cada clase de conducta. Más adelante esta conceptualización ganará en precisión, cuando estas diferencias que parten del daño que se produce (o del bien jurídico que se afecta) sean abordadas con más detalle, y se les agreguen las que tienen su base en la distinta ilicitud material de cada uno de estos delitos. Pero es conveniente brindar ya mismo, en función de lo apuntado hasta aquí, una noción siquiera preliminar de aquellos, de modo tal que el lector tenga claro desde el principio hacia dónde apunta, a grandes rasgos, mi concepción. Y como ésta toma muy en cuenta la naturaleza de las cosas que pueden ser objeto de estos delitos, comenzaré por exponer esas distinciones.

- La clasificación de las cosas: “*producta sceleris*”, “*scelere quaesita*”, “*instrumenta sceleris*” y “*fructos sceleris*”

En las conductas posdelictuales, especialmente en los delitos de favorecimiento, receptación y lavado de activos, que involucran cosas provenientes de un delito anterior, utilizadas para cometerlo o las ganancias derivadas de esas cosas, resulta pertinente aclarar el significado de una serie de términos técnicos, usualmente expresados en latín, y muy utilizados por la doctrina para referirse a esta problemática. Se trata de las expresiones “*producta sceleris*”, “*scelere quaesita*”, “*instrumenta sceleris*” y “*fructos sceleris*”.

Producta sceleris son los objetos creados, fabricados o producidos por medio de un delito. Antes de ese delito, esos objetos no existían. El delito es, por lo tanto, el origen de su existencia³⁷.

³⁵ Un estudio más profundo sobre la autorreceptación y el autolavado de activos puede encontrarse, respectivamente, en VERDE, *La receptación como un delito contra el mercado formal*, 2019, pp. 245 ss.; LA MISMA, «¿Es el autolavado de dinero un delito posterior co-penado?», *En Letra Derecho Penal*, (2), 2016, pp. 55 ss. (Disponible en: <http://www.enletrapenal.com/#!blank-2/xtwa0>).

³⁶ El legislador español establece una excepción en la exención de pena prevista en el artículo 454 del CP, establecida para los familiares o personas afectivamente muy cercanas del encubridor, cuando la conducta de encubrimiento fuese la de asegurar el provecho del delito anterior, esto es, cuando se tratase de un hecho de favorecimiento real. Lo mismo ocurre en Alemania, donde esa exención de la pena está regulada sólo en el § 258, que tipifica el favorecimiento personal, pero no la incluye el § 257, que tipifica el favorecimiento real.

³⁷ Véase, entre muchos, ALTENHAIN, «§ 261», *NK*, 4ª ed., 2013, n° m. 62, p. 510; ARZT, «Geldwäsche und rechtsstaatlicher Verfall», *JZ*, 1993, p. 914; FAHL, «Anmerkung. BHG 1° StR 4/09, 18.02.2009», *JZ*, 2009, pp. 747 s.; JAHN, «§ 261», *SSW-StGB*, 2ª ed., 2014, n° m. 29, pp. 1628 s.; CÓRDOBA, *Delito de lavado de dinero*, 2015, p. 159.

Ejemplos de *producta sceleris* son el documento o la moneda falsificados, la droga producida, etc. Para hacerlo más gráfico, la conducta posdelictual de uso de documento falso o de moneda falsa involucra necesariamente esta clase de cosas: el documento o la moneda falsa que fueron creados por el delito anterior. Lo mismo cabe afirmar respecto del tráfico de estupefacientes ilícitos o prohibidos.

A diferencia de los anteriores, los *scelere quaesita* ya existen en el mundo antes de la comisión del delito a través del cual son obtenidos. En el contexto de la receptación, por ejemplo, éstos son los objetos conseguidos mediante la comisión del delito anterior, que luego se venden y adquieren en el mercado informal. En el caso del favorecimiento real ocurre lo mismo: se trata de las cosas ilegítimamente obtenidas por medio del delito previo que el favorecedor asegura al autor o partícipe de ese hecho. Así, si se trata de un hurto o de un robo, *scelere quaesita* serán los objetos hurtados o robados³⁸.

Por su parte, los *instrumenta sceleris* no son originados por el delito previo, ni se los consigue a través de su comisión, sino que son las cosas utilizadas para cometer un delito. En el caso del cohecho, por ejemplo, el dinero empleado para cometerlo será *instrumenta sceleris*³⁹. El arma de la que se vale el homicida para matar a alguien también lo será, como así también las pinzas, gánzúas, sogas, bolsos, linternas, capuchas, máscaras y todo otro objeto utilizado por el ladrón en la ejecución de un robo.

Como los *instrumenta sceleris*, en la gran mayoría de los casos, no son beneficios obtenidos por medio de la comisión de un delito anterior, no pueden ser objeto del delito de favorecimiento real. Una excepción estaría dada por la dádiva en el cohecho, por ejemplo, porque si bien es instrumento del delito, también beneficia a quien la recibe. Estas cosas, en cambio, sí pueden ser objeto del favorecimiento personal, porque una forma de ayudar a quien las utilizó para que no sea descubierto o relacionado con ese hecho es esconderlas o destruirlas. Con ello se obstaculiza a la administración de justicia, el bien afectado por ese delito.

Finalmente, los *fructos sceleris* no provienen inmediatamente del delito anterior, sino que lo hacen de manera mediata. Son las ganancias derivadas de un delito⁴⁰. Estas cosas no pueden ser objeto idóneo ni del favorecimiento ni de la receptación, porque los comportamientos que consisten en cambiar una cosa por otra afectan otros bienes jurídicos (o el mismo, pero de otra manera), y esa ilicitud mayor es captada por otras normas que se encargan de prohibir esta clase de conductas, como por ejemplo el lavado de activos.

- Una primera aproximación a conceptos más plausibles

El favorecimiento personal consiste en la ayuda prestada al autor o partícipe de un delito para obstaculizar la posible imposición de una pena o medida de seguridad, o la ejecución de las que

³⁸ Véase ALTENHAIN, «§ 261», *NK*, 4ª ed., 2013, n° m. 61, pp. 509 s.; ARZT, *JZ*, 1993, p. 914; FAHL, *JZ*, 2009, p. 747; JAHN, «§ 261», *SSW-StGB*, 2ª ed., 2014, n° m. 29, pp. 1628 s.; CÓRDOBA, *Delito de lavado de dinero*, 2015, pp. 158 s.

³⁹ Véase ALTENHAIN, «§ 261», *NK*, 4ª ed., 2013, n° m. 63, p. 510; FAHL, *JZ*, 2009, p. 748; JAHN, «§ 261», *SSW-StGB*, 2ª ed., 2014, n° m. 29, p. 1628 s.; CÓRDOBA, *Delito de lavado de dinero*, 2015, p. 159.

⁴⁰ Véase, por todos, QUINTERO OLIVARES, «De la receptación y otras conductas afines», en EL MISMO (dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, 8ª ed., 2009, p. 935.

ya fueron impuestas. Es decir, se trata de la actividad dirigida a evitar el correcto funcionamiento de los órganos de la administración de justicia que se dedican a investigar delitos y a castigar a sus intervinientes, como así también a que se cumplan las decisiones judiciales tomadas al respecto. En esto mi posición es bastante coincidente con la postura argentina prácticamente unánime, aunque ésta no defina al favorecimiento personal más allá de lo que, literalmente, establecen las normas penales que lo prohíben⁴¹.

Sin embargo, en lo que no coincido con esa concepción mayoritaria ni con la española, que es muy similar, es en lo que se dice respecto de la forma de ejecutar esta clase de conductas, en el sentido de que esa ayuda debería recaer directa, inmediata y exclusivamente en la persona física del autor o partícipe, a quien se favorece. Si bien es cierto que el objetivo final del comportamiento debe ser ese, éste puede materializarse de muchas maneras. Así, por ejemplo, el que destruye de cualquier modo rastros de la comisión del delito anterior cometido por otro no asegura a su autor los beneficios obtenidos, sino su impunidad. Mucho menos lo hace el que esconde el arma homicida, porque ésta no es parte del botín, sino *instrumenta sceleris*. Es claro, pues, que puede haber favorecimiento personal aunque el hecho involucre o recaiga sobre cosas.

Por su parte, de acuerdo con mi punto de vista, el favorecimiento real, a diferencia de lo que proponen la doctrina argentina y la española, consiste en asegurar o ayudar a asegurar a otro los beneficios obtenidos por medio de la comisión de un delito anterior, es decir, los *scelere quaesita*. Cabe aclarar que éstos no son los únicos objetos idóneos del favorecimiento real, ya que en algunos casos también lo son los *instrumenta sceleris*, como por ejemplo en el cohecho, y los *producta sceleris*, en el supuesto de cosas ilícitamente fabricadas o producidas que van a ser comercializadas o traficadas y que, por lo tanto, generan beneficios en los autores y partícipes del delito anterior. Que los beneficios que se obtengan sean ilícitos no cambia su calidad.

El autor de favorecimiento real facilita o posibilita que el delito previo sea una actividad lucrativa, evita el aislamiento del autor o partícipe de esos hechos y, así, le da sentido a su delincuencia. Y con ello evita u obstruye la actividad de los órganos de la administración de justicia dedicados a decomisar las cosas ilícitamente obtenidas. Esta es, por lo tanto, la actividad concreta de la administración de justicia que lesiona y que se busca proteger por medio de dicha prohibición.

- El criterio delimitador

Una vez definidas las conductas de favorecimiento personal y las de favorecimiento real, por lo menos desde esta aproximación inicial, es posible establecer un criterio adecuado y sistemático para diferenciarlas. Lo que sigue ya no debería sorprender al lector, porque se trata justamente de clasificar cada forma de encubrimiento en las clases de conductas detalladas.

En efecto, el criterio adecuado para distinguir y delimitar los delitos de favorecimiento personal y favorecimiento real no debe estar fundado en la cuestión de si la conducta de favorecer involucra objetos o instrumentos provenientes del delito anterior (entonces, favorecimiento

⁴¹ Así, entre otros, D'ALESSIO, *Código penal de la Nación*, t. II, 2ª ed., 2011, p. 1385; DONNA, *Derecho penal. Parte especial*, t. III, 2ª ed., 2012, p. 528; CREUS/BUOMPADRE, *Derecho Penal. Parte Especial*, t. III, 7ª ed., 2007, p. 372 s.

real), o a las personas de sus autores o partícipes (entonces, favorecimiento personal), tal como hacen la doctrina y la jurisprudencia argentinas y españolas, sino en qué es lo que se busca proteger mediante la respectiva prohibición y, por tanto, en *cómo* se afecta la administración de justicia, o qué aspecto de ésta es el que resulta afectado.

Así, la ayuda prestada por el favorecedor puede estar dirigida, por un lado, a que el favorecido no sea inculcado o condenado por ese hecho, o a frustrar o dificultar la ejecución de una pena o medida de seguridad impuesta (favorecimiento personal); o, por el otro (con total prescindencia de si los autores y/o partícipes del delito previo son investigados y condenados por ese hecho) a conservar y proteger el provecho del delito, es decir, las cosas ilícitamente adquiridas por medio del delito previo (favorecimiento real).

El favorecimiento real, según mi criterio, consiste entonces, únicamente, en la ayuda prestada a los intervinientes de un hecho anterior *dirigida a la conservación o al aseguramiento del provecho del delito*, es decir, de las cosas obtenidas por medio de la comisión de un delito previo, para que sus autores o partícipes puedan luego aprovecharlas o disfrutarlas⁴². A través de este comportamiento no se ayuda, pues, a que los intervinientes del delito anterior puedan eludir la investigación y/o el castigo penal. El favorecimiento real es un comportamiento que, en tanto tiene por finalidad última asegurar el botín, dificulta u obstaculiza el *decomiso* de las cosas ilícitamente obtenidas y, con ello, la neutralización de los efectos del delito⁴³.

Por lo tanto, esconder cosas ilícitamente obtenidas por medio de un delito ajeno, sin haber mediado promesa anterior, es una conducta respecto de la que, para que pueda ser calificada jurídico-penalmente de modo correcto, debe atenderse —además del tipo objetivo y del dolo— a la *intención ulterior* del autor de ese hecho en relación con su naturaleza⁴⁴. Este es, en el fondo, el criterio del que se valió el legislador alemán al reformar el StGB en 1974, a partir del cual los delitos de favorecimiento personal y favorecimiento real se encuentran legislados en dos párrafos diferentes y se denominan, respectivamente, “aseguramiento de los beneficios del delito” y “obstaculización de la pena”⁴⁵.

Por supuesto que puede ocurrir también que, por medio de un mismo comportamiento, el favorecedor ayude al autor o al partícipe de un delito previo a evadir la acción de la justicia que tiene por objeto la investigación de delitos y el castigo de sus intervinientes y, a la vez, asegure o ayude a asegurar el botín proveniente de ese hecho. En ese caso, la cuestión deberá ser resuelta por medio de las reglas del concurso de delitos⁴⁶.

A continuación, con el objetivo de profundizar la determinación y delimitación de ambas formas de encubrimiento en países como Argentina y España, se efectuará un análisis tanto *de lege lata* como *de lege ferenda*, por medio del cual se buscará determinar cuál es el bien jurídico

⁴² En el mismo sentido, véase, entre muchos, WALTER, «§ 257», *LK*, 12ª ed., 2010, n° m. 25, p. 493; ALTENHAIN, «§ 257», *NK*, 4ª ed., 2013, n° m. 2, p. 385.

⁴³ Así ALTENHAIN, «§ 257», *NK*, 4ª ed., 2013, n° m. 6, p. 387.

⁴⁴ En Alemania, el delito de favorecimiento personal u obstaculización de la pena (*Strafvereitelung*), a diferencia de lo que ocurre respecto al de favorecimiento real, es considerado un delito de resultado. Así, por todos, ALTENHAIN, «§ 258», *NK*, 4ª ed., 2013, n° m. 19, p. 410.

⁴⁵ En los apartados 3 y 4 de este trabajo se analizan estas cuestiones con más detalle.

⁴⁶ Así, por todos, ALTENHAIN, «§ 257», *NK*, 4ª ed., 2013, n° m. 43, p. 401.

que afectan estos comportamientos, cómo deben interpretarse los delitos de favorecimiento a partir de la letra de la legislación vigente y cómo deberían estar reguladas esas clases de conductas para satisfacer al máximo el principio de legalidad.

3. El favorecimiento personal

3.1. Denominación y descripción como clase de conducta

El delito conocido en Argentina como favorecimiento personal, y en España como encubrimiento personal, en Alemania es denominado “obstaculización de la pena” (*Strafvereitelung*), y se refiere tanto a la obstaculización de la investigación penal (*Verfolgungsvereitelung*), dirigida a la constatación de la existencia de un delito y a la individualización de sus intervinientes e imposición de una pena o medida de seguridad, como, una vez impuestas, a su ejecución (*Vollstreckungsvereitelung*).

Si bien la denominación “obstaculización de la pena” es más específica y, por tanto, más adecuada, “favorecimiento personal” no es incorrecta. Hasta la última reforma del StGB, en Alemania se utilizaba la terminología todavía vigente, entre muchos otros países, en Argentina y en España⁴⁷. Pero cabe reconocer que la sistematización alemana más actual ha delimitado mejor estas clases de comportamiento.

Es mejor, en efecto, que las conductas que captura este tipo penal sean delimitadas en función de ese posible impedimento o frustración de la actividad de los órganos judiciales tendente a satisfacer los fines del derecho penal, porque así se logra mayor precisión. En cambio, la idea de “favorecimiento personal” requiere un esfuerzo interpretativo mayor si se quiere evitar que el subconjunto de hechos puntuales que abarca exceda el ilícito propio que se busca criminalizar por medio del tipo penal en cuestión. Por lo tanto, sería preferible y esperable que, en próximas modificaciones del Código penal argentino y del español, además de corregirse la letra del tipo penal y separárselo de otros comportamientos que nada tienen que ver con esta clase de conducta, el legislador optara por denominarlo “obstaculización de la pena” y lo estructurara de conformidad con lo expuesto hasta aquí⁴⁸.

Las formas con las que se puede dificultar o frustrar el accionar de la justicia, encaminado a satisfacer los fines propios del derecho penal (esto es, castigar a los culpables y prevenir la comisión de futuros delitos) son de lo más variadas. Por ello, los textos legales que prohíben esta clase de conductas suelen caracterizarse por su vaguedad, necesaria en cierta medida para abarcar la innumerable cantidad de hechos concretos por medio de los cuales se puede obstruir o impedir la satisfacción de esos fines. Sin perjuicio de ello, basta aquí con retener que esa obstaculización no necesariamente tiene que consistir en el impedimento definitivo de la sanción penal o de su ejecución⁴⁹, sino que es suficiente con que tal comportamiento haga más difícil la búsqueda de los autores o partícipes o de la determinación del hecho; o que demore la aprehensión o el descubrimiento de los intervinientes, o de las pruebas; o que torne más

⁴⁷ Véase, entre muchos, WALTER, «§ 257», *LK*, 12ª ed., 2010. pp. 483 ss.

⁴⁸ Ninguna de estas modificaciones forman parte de los últimos proyectos de reforma de CP argentino. Con esto me refiero a los proyectos de 2011, 2014 y 2018.

⁴⁹ Véase RUB, «§ 257 ss.», *LK*, 11ª ed., 1994, n° m. 10, p. 253; ALTENHAIN, «§ 257», *NK*, 4ª ed., 2013, n° m. 48, p. 423.

trabajosa la comprobación de algunos de los extremos de la imputación, etc. Se trata, en definitiva, de cualquier ayuda prestada para obstaculizar la posible pena o medida de seguridad a imponerse o ya impuesta.

3.2. El bien jurídico afectado: ¿qué daño causa el favorecimiento personal?

a. *Un delito que afecta a la administración de justicia*

Conforme a la opinión dominante tanto en Argentina como en Alemania y España, el bien jurídico que se busca proteger mediante la prohibición del favorecimiento personal es la administración de justicia, específicamente la tarea de los órganos del Estado encargados de castigar a los autores y partícipes de un delito (o de imponerles una medida de seguridad)⁵⁰.

En efecto, el favorecedor, por medio de su acción u omisión, busca proteger al autor o al partícipe de un delito anterior de la actuación de los órganos de la administración de justicia o de prevención orientada a la investigación de ese hecho y de su participación en aquel, para frustrar o, al menos, demorar o dificultar la realización de la pretensión penal estatal dirigida a la imposición de una sanción o de una medida de seguridad⁵¹. También existe favorecimiento personal cuando la ayuda se dirige al condenado (con condena firme, o no) o a quien ya se le impuso una medida de seguridad, para imposibilitar, demorar o dificultar su ejecución.

Esta prohibición no protege, en cambio, los intereses de restitución ni de indemnización de la víctima del delito anterior⁵². No se trata, pues, de la tutela a esas pretensiones del afectado por el hecho previo, cuya protección viene asegurada ya en el tipo penal que prohíbe el comportamiento que lo dañó, aun cuando esa norma no haya logrado cumplir con su fin de prevenirlo.

Pese a que existe cierto acuerdo en que el delito de favorecimiento personal afecta a la administración de justicia, se discute cuál es exactamente el objeto de protección de la norma que lo prohíbe. Una parte de la doctrina alemana (minoritaria) critica la concepción resumida en los dos párrafos anteriores. Afirma, por un lado, que incluso si se considerase que la imposición de la pretensión estatal de sancionar a quienes cometen delitos (*Strafanspruch*) es tarea de la administración de justicia⁵³, ello no implica que el favorecimiento personal lesione esa pretensión, porque la administración de justicia no sería su titular, sino la encargada de realizarla⁵⁴. Y, por otro lado, sostiene que, de aceptarse esta postura, deberían considerarse casos de favorecimiento personal a las conductas que obstruyan o intenten obstruir la actividad de los órganos de la administración de justicia dirigidas a castigar a un inocente o que no van a culminar en la imposición de una pena o medida de seguridad⁵⁵. Sobre esto último, se considera

⁵⁰ En este sentido, RUB, «§ 258», *LK*, 11ª ed., 1994, n° m. 1, p. 249. Ver también sobre la postura dominante, entre otros, ALTENHAIN, «§ 258», *NK*, 4ª ed., 2013, n° m. 3, p. 405; WALTER, «§ 258», *LK*, 12ª ed., 2010, n° m. 4, p. 526.

⁵¹ Véase, por todos, RUB, «§ 258», *LK*, 11ª ed., 1994, n° m. 1, p. 249.

⁵² Así ALTENHAIN, «§ 258», *NK*, 4ª ed., 2013, n° m. 3, p. 405.

⁵³ Así lo explica WALTER, «§ 258», *LK*, 12ª ed., 2010, n° m. 4, p. 526.

⁵⁴ Véase ALTENHAIN, «§ 258», *NK*, 4ª ed., 2013, n° m. 3, p. 405 y s.; EL MISMO, *Das Anschlußdelikt*, 2002, pp. 161 ss., 164 ss., 257 ss.

⁵⁵ Así, ALTENHAIN, «§ 258», *NK*, 4ª ed., 2013, n° m. 4, p. 406.

que sería injusto castigar a una persona por obstaculizar una pena que el Estado no debería o que no podría imponer⁵⁶.

A partir de esas críticas, ALTENHAIN afirma que con el favorecimiento personal se afecta, en rigor, a la pretensión punitiva estatal concreta (*konkreter staatlichen Strafanspruch*), tradicionalmente denominada *ius puniendi*, y que, por tanto, el favorecimiento personal es un delito que lesiona el *ius puniendi estatal*, no la administración de justicia⁵⁷.

Esta idea, sin embargo, es pasible de críticas. Si bien es cierto que por medio del favorecimiento personal se obstaculiza o afecta la realización de dicha pretensión punitiva, no es cierto que se pueda lesionar el *ius puniendi* estatal. Por el contrario, éste se mantendrá incólume y vigente incluso cuando no pueda materializarse en un caso concreto, es decir, el Estado no perderá su *poder* de castigar. En este sentido, coincido con la postura mayoritaria en Alemania⁵⁸ (y también en Argentina)⁵⁹ que sostiene que lo que se afecta con el favorecimiento personal es la actividad desarrollada por los órganos del Estado tendente a esa materialización o al ejercicio de esa facultad-poder que está en manos del Estado.

Esto es, además, lo que permite explicar por qué hay lesión del bien jurídico incluso si el favorecido es inocente: lo que se pretende impedir es que se dificulte o imposibilite la *actividad* de la persecución penal, con independencia de su justificación última en términos de justicia material; de hecho, esa actividad persecutoria está justificada a partir de determinados grados de sospecha respecto de la culpabilidad del imputado. En consecuencia, esa actividad estatal, en tanto esté fundada en esos estándares de prueba y acate las normas constitucionales y procesales vigentes, será legítima aun cuando sea injusta y, por tanto, no podrá ser tenida ni como un mal ni como una actividad ilegítima respecto de la que puedan oponerse derechos motivados en la necesidad o en la defensa.

Por otra parte, el daño o la puesta en peligro de bienes jurídicos, a los fines de la criminalización de un comportamiento, debe ser analizado desde una perspectiva general y *ex ante*, no particular (esto es: fundada en el caso concreto) y *ex post*; y esto, en el caso del favorecimiento personal, significa que lo que debe ser tenido en cuenta es el interés que se afecta *durante* el transcurso de la investigación penal o del procedimiento penal seguido en contra de una persona, es decir, cuando aún no hay conclusiones definitivas acerca de su culpabilidad o inocencia.

Si bien los individuos no tienen, en principio, la obligación de colaborar activamente en los procedimientos encaminados a castigar a los culpables, de ello no se sigue que puedan entorpecerlos cuando, desde un lugar externo al proceso penal, creen o saben que el imputado es inocente. Tanto la inocencia como la culpabilidad son estados de cosas que, en definitiva, deben ser declarados formalmente tras un procedimiento penal jurídicamente reglado que así lo resuelva.

⁵⁶ Véase, por todos, ALTENHAIN, «§ 258», *NK*, 4ª ed., 2013, n° m. 3, p. 405.

⁵⁷ Véase ALTENHAIN, «§ 258», *NK*, 4ª ed., 2013, n° m. 4, p. 406; EL MISMO, *Anschlußdelikt*, 2002, pp. 266 ss.

⁵⁸ Véase, por todos, RUB, «§ 258», *LK*, 11ª ed., 1994, n° m. 249.

⁵⁹ Véase, por todos, D'ALESSIO, *Código penal de la Nación*, D'ALESSIO (dir.), t. II, 2ª ed., 2011, p. 1385.

El Estado, y no los individuos, es el único titular de ese poder punitivo. Por ello, no se exige a los ciudadanos que se encarguen de la investigación, persecución o ejecución penal, ni siquiera se los obliga a que colaboren con esas tareas, salvo en situaciones excepcionales. En efecto, un testigo de un delito no tiene la obligación de presentarse espontáneamente a declarar y no será castigado por no hacerlo (sin perjuicio de que, *si fuera citado* por las autoridades judiciales a tal efecto, deberá concurrir, y de que, si no lo hace, podrá obligársele a que concurra, incluso por medio del uso de la fuerza pública, y, si miente, realizará el tipo penal de falso testimonio o el de favorecimiento personal, según el caso concreto).

Por lo tanto, cabe concluir que el daño del favorecimiento personal consiste en impedir que el Estado, por medio de los órganos creados para castigar a los delincuentes, pueda realizar el fin del derecho penal y, por tanto, en obstaculizar *el ejercicio o la materialización del ius puniendi* estatal. En otras palabras, ese bien jurídico protegido es la administración de justicia y es, en consecuencia, colectivo⁶⁰ y general⁶¹. Por eso, el hecho previo tiene que ser un delito penal para el sistema jurídico del que se trate, porque sólo en ese caso existe una pretensión sancionatoria del Estado involucrado y un objeto de lesión idóneo⁶².

A continuación me ocuparé específicamente de una teoría alemana que intenta describir y explicar el bien jurídico protegido por la prohibición del favorecimiento personal. La teoría en cuestión, aunque muy minoritaria en Alemania⁶³, despierta interés porque ha tenido considerable recepción en España.

b. *La teoría de la vigencia del Derecho*

- Presentación

En Alemania, y también en España, existe una postura minoritaria bastante difundida que considera que las normas que prohíben el encubrimiento (esto es: el favorecimiento personal y el real) no protegen un bien jurídico en particular, sino que por medio de éstas se protegen todos los bienes jurídicos (ya) protegidos por los otros tipos penales⁶⁴. Conforme a este punto de vista, conocido como “teoría de la vigencia del Derecho” (*Rechtsgeltungstheorie*), creada en

⁶⁰ Se argumenta a favor de ello, por ejemplo, que el consentimiento de la víctima del delito previo no elimina el delito ni lo justifica. Véase WALTER, «§ 258», *LK*, 12ª ed., 2010, n° m. 8, p. 527.

⁶¹ En este sentido, ver WALTER, «§ 258», *LK*, 12ª ed., 2010, n° m. 4, p. 526.

⁶² Véase WALTER, «§ 258», *LK*, 12ª ed., 2010, n° m. 16, p. 529; ALTENHAIN, «§ 258», *NK*, 4ª ed., 2013, n° m. 6, p. 406.

⁶³ En Alemania han sido desarrolladas muchas otras teorías minoritarias que, sin embargo, por cuestiones de espacio y por su falta de impacto tanto en su país de origen como en otros, no serán abordadas aquí. El interesado puede encontrar un buen resumen de esas teorías en WALTER, «§ 258», *LK*, 12ª ed., 2010, pp. 525 ss.

⁶⁴ Véase WALTER, «§ 258», *LK*, 12ª ed., 2010, n° m. 5, p. 526, MIEHE, «Die Schutzfunktion der Strafdrohungen gegen Begünstigung und Hehlerei», *FS-Honig*, 1970, pp. 91 ss., 105; SCHROEDER, *Die Straftaten gegen das Strafrecht*, 1985, pp. 14 s. En España esta es la tesis que, en esencia, defiende SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *¿Encubridores o cómplices? Contribución a una teoría global de las adhesiones posesivas*, 2004, pp. 265 ss., 270 ss., 273 ss., 277 s., 280 s., 304 s. Críticamente respecto de esta postura, entre los autores españoles, véase, por todos, GILI PASCUAL, *El encubrimiento en el Código penal de 1995*, 1999, pp. 124 ss.

Alemania por MIEHE en 1970⁶⁵ y luego continuada por SCHROEDER, el derecho penal y su efectiva vigencia constituyen el bien jurídico tutelado por los tipos de encubrimiento⁶⁶. Todo lo que se analizará en este apartado es aplicable no sólo al favorecimiento personal sino también al real y, en alguna medida, a la receptación⁶⁷.

En función de esta idea se afirma que el objetivo del tipo penal que prohíbe el favorecimiento “es incrementar la fuerza preventiva de las sanciones jurídico-penales: el efecto de prevención general de la amenaza de sanción penal y el efecto de prevención especial de las sanciones penales”⁶⁸. De acuerdo con el núcleo central de esta concepción, los comportamientos de encubrimiento disminuyen la fuerza intimidatoria del Estado. Por consiguiente, para MIEHE, lo ilícito (*Unrecht, wrong*) de los delitos de favorecimiento y receptación, o lo que los torna merecedores de pena (*strafwürdig*), consiste en que despiertan en otras personas —potenciales delincuentes— la idea de que pueden ser evitadas las consecuencias jurídicas que surgen de la comisión de delitos en general e incluso obtenerse beneficios por ello, con lo que se las motiva a delinquir⁶⁹.

El encubrimiento, entendido de esta manera, motiva la comisión de futuros delitos contra el patrimonio⁷⁰ y es, por tanto, una obstaculización para la realización de los fines del derecho penal. Los partidarios de esta idea entienden, entonces, que el objetivo de las normas que prohíben los denominados delitos de conexión consiste en fortalecer el efecto de prevención general característico de toda amenaza penal⁷¹. Así, mediante la prohibición de las distintas formas de favorecimiento se protegería la vigencia del derecho *en general*, y no la de una norma en particular⁷². Con ello se quiere evitar que el autor, tras la comisión de un delito, obtenga un beneficio o alguna ayuda de otra persona⁷³.

Conforme a esto, al castigarse la ayuda prestada a un delincuente tras la comisión de su hecho, se busca aislarlo para que no sepa qué hacer con las cosas sustraídas, ni cómo deshacerse de las pruebas que lo incriminan, ni dónde podría esconderse, etc.⁷⁴ Y —se sostiene— esto repercutiría en el delincuente potencial para disuadirlo de la idea de cometer un delito. Con más claridad aún: al castigarse la solidaridad con los autores o partícipes de un delito se disminuiría la

⁶⁵ Véase MIEHE, *FS-Honig*, 1970, pp. 91 ss.

⁶⁶ Una crítica detallada a esta concepción puede encontrarse en VERDE, *La receptación como delito contra el mercado formal*, 2019, pp. 108 ss., 113 ss.

⁶⁷ Sobre ello, véase VERDE, *La receptación como delito contra el mercado formal*, 2019, pp. 108 ss.

⁶⁸ WALTER, «§ 258», *LK*, 12ª ed., 2010, n° m. 5, p. 526.

⁶⁹ Una descripción de esta teoría puede encontrarse, por ejemplo, en: ALTENHAIN, «§ 257», *NK*, 4ª ed., 2013, n° m. 5, pp. 386 y s.; EL MISMO, *Das Anschlußdelikt*, 2002, pp. 237 ss.; WALTER, «§ 257», *LK*, 12ª ed., 2010, n° m. 7, p. 486.

⁷⁰ Sobre ello, LENCKNER, «Straf- und Strafprozeßrecht», *JZ*, 1973, p. 797.

⁷¹ Así, MIEHE, *FS-Honig*, 1970, p. 105, SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *¿Encubridores o cómplices?*, 2004, pp. 264 ss., 270 ss., 273, 277 s., etc. Sobre ello, véase, por todos, ALTENHAIN, *Das Anschlußdelikt*, 2002, p. 237.

⁷² Así, MIEHE, *FS-Honig*, 1970, p. 105; MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, *Strafrecht. Besondere Teil*, t. II: *Straftaten gegen Gemeinschaftswerte*, 7ª ed., 1991, n° m. 5, p. 396, etc.

⁷³ Así, MIEHE, *FS-Honig*, 1970, pp. 104 s.; SEEL, *Begünstigung und Strafvereitelung durch Vortäter und Vortatteinehmer*, 1999, p. 22.

⁷⁴ Así, entre otros, SEEL, *Begünstigung und Strafvereitelung durch Vortäter und Vortatteinehmer*, 1999, p. 22; SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *¿Encubridores o cómplices?*, 2004, pp. 268 ss.

posibilidad de que obtuviesen ayuda tras el hecho, y eso los desmotivaría a actuar de manera contraria a derecho⁷⁵.

Para la teoría de la vigencia del Derecho, entonces, mediante la prohibición y punición de las conductas de favorecimiento no se protege *inmediatamente* ningún bien jurídico en particular, sino que sólo de manera *mediata* se resguardan todos los bienes jurídicos ya tutelados por el derecho penal⁷⁶.

Por su parte, SCHROEDER afirma que mediante estos tipos de encubrimiento se busca, por un lado, impedir la planificación y comisión de futuros delitos, así como su aprobación posterior, y, por el otro, asegurar el castigo y la ejecución de la pena de los que ya hayan sido cometidos⁷⁷. Esas finalidades son, por antonomasia, los fines del derecho penal y, por lo tanto, entiende este autor que dichos delitos se dirigen contra la tarea del derecho penal por excelencia⁷⁸. Con base en ello, SCHROEDER sostiene que “son delitos contra el derecho penal. Sus prohibiciones, por tanto, sirven para fortalecer y asegurar el efecto de los otros tipos penales existentes”⁷⁹. Según este autor, entonces, mediante la prohibición penal del encubrimiento se quiere evitar que se cometan nuevos delitos⁸⁰ y, mediante su castigo, se busca proteger los bienes jurídicos tutelados por el derecho penal a través de cualquier otro tipo penal⁸¹.

Valiéndose de esta teoría, WALTER, un autor más contemporáneo que los anteriormente mencionados, sostiene que el bien jurídico afectado por esa clase de conducta es la validez de las normas primarias o de comportamiento (*Primärnormen* o *Verhaltensnormen*), que fueron lesionadas mediante la comisión del delito previo por un tercero, distinto al favorecedor⁸². De allí que este autor entienda que “el tipo penal del favorecimiento personal asegura las medidas que surgen como reacción ante la lesión de esas normas (primarias o de comportamiento) y se realiza con ello su significado”⁸³.

En España, esta línea de pensamiento es seguida, principalmente, por SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, quien utiliza la expresión “normas de resguardo” para referirse al favorecimiento real (encubrimiento real), al favorecimiento personal (encubrimiento personal) y a la receptación. Así, de un modo muy similar a como lo hicieron MIEHE, SCHROEDER y los demás autores alemanes que de algún modo representan esta corriente, SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ

⁷⁵ Así MIEHE, *FS-Honig*, 1970, p. 105; SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *¿Encubridores o cómplices?*, 2004, pp. 268 s.

⁷⁶ Así, MIEHE, *FS-Honig*, 1970, pp. 105, 113. LENCKNER, con base en argumentos muy similares a los de MIEHE, y rechazando la teoría de la perpetuación, entiende que la receptación afecta al patrimonio en general, es decir, el de futuras víctimas de delitos contra el patrimonio. Así: LENCKNER, *JZ*, 1973, p. 797.

⁷⁷ Así, SCHROEDER, *Die Straftaten gegen das Strafrecht*, 1985, p. 11. Similar: SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *¿Encubridores o cómplices?*, 2004, pp. 263 ss.

⁷⁸ Así, SCHROEDER, *Die Straftaten gegen das Strafrecht*, 1985, p. 11.

⁷⁹ SCHROEDER, *Die Straftaten gegen das Strafrecht*, 1985, p. 11. En el mismo sentido: SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *¿Encubridores o cómplices?*, 2004, pp. 280 s.

⁸⁰ Véase, entre muchos, SCHROEDER, *Die Straftaten gegen das Strafrecht*, 1985, p. 11; HÖRNLE, «Anschlussdelikte als abstrakte Gefährdungsdelikte – Wem sind Gefahren durch verbotene Märkte zuzurechnen?», *FS-Schroeder*, 2006, p. 484.

⁸¹ Así, SCHROEDER, *Die Straftaten gegen das Strafrecht*, 1985, p. 11; SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *¿Encubridores o cómplices?*, 2004, p. 278.

⁸² En este sentido, WALTER, «§ 258», *LK*, 12ª ed., 2010, nº m. 10, p. 528.

⁸³ WALTER, «§ 258», *LK*, 12ª ed., 2010, nº m. 10, p. 528 (el paréntesis me pertenece).

considera, en primer lugar, que la función de las “normas de resguardo” consiste en “asegurar lo contenido en las normas primaria y secundaria”, y agrega que “no se trata (...) de un mero esfuerzo de intensificación de los efectos preventivos contenidos en la norma penal, sino de un elemento estructural propio de cualquier norma”⁸⁴.

SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ entiende, en efecto, que las conductas de favorecimiento real y de favorecimiento personal son formas genéricas de proteger todos los bienes jurídicos ya tutelados y en forma directa por cada tipo penal en particular, cuando hayan sido vulnerados⁸⁵. Respecto del delito de receptación, aclara expresamente que lo anterior tiene algunos matices que surgen del patrimonio como bien jurídico⁸⁶.

A mi juicio, sin embargo, esta postura debe ser rechazada en cualquiera de sus versiones, por las razones que expondré a continuación⁸⁷.

- Crítica

La teoría de la vigencia del Derecho se hace acreedora de varias objeciones, que a mi modo de ver deben ser dirigidas, principalmente, en tres direcciones, las que, conjuntamente, refutan la idea de que las distintas formas de encubrimiento deben ser castigadas porque impiden que se realicen los efectos preventivos generales del derecho penal.

En primer lugar, debe señalarse que no puede ser correcta una teoría que afirme que la finalidad de un tipo penal es la protección del derecho penal. El derecho penal, entendido como un sistema de normas, no puede tener por finalidad protegerse *a sí mismo*, como lo plantea esta teoría al afirmar que el objetivo de la criminalización de las conductas de encubrimiento es fortalecer el fin de prevención general propio del derecho penal. Esto es así porque el derecho penal no es un bien que proteger, sino, en todo caso, una herramienta *para proteger bienes*⁸⁸.

En estricto sentido, hasta es razonable ver en el derecho penal —tal como es usual decirlo respecto de la pena— un *mal* (porque impone dolor o privaciones de derechos), que en todo caso estará justificado si logra demostrarse que, previniendo otros males, protege bienes, y en esa medida *hace* un bien. Pero no es un bien, y mucho menos uno que, circularmente, deba protegerse a sí mismo a través de las normas que lo conforman.

En segundo lugar, corresponde enfatizar que esta teoría puede conducir a una legislación penal violatoria del principio de legalidad penal⁸⁹. La redacción estándar de los tipos penales muestra que están invariablemente orientados a prohibir conductas específicas y delimitadas *con*

⁸⁴ SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *¿Encubridores o cómplices?*, 2004, pp. 273 s.

⁸⁵ Así, SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, «A propósito de la relación entre el encubrimiento y la complicidad en el hecho previo», *LH-Roxin*, 2001, p. 418; SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *¿Encubridores o cómplices?*, 2004, pp. 277 s.

⁸⁶ Así, SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *LH-Roxin*, 2001, p. 418, n. 45.

⁸⁷ Un análisis más detallado sobre estas críticas puede leerle en VERDE, *La receptación como delito contra el mercado formal*, 2019, pp. 113 ss.

⁸⁸ En el mismo sentido véase GILI PASCUAL, *El encubrimiento en el Código penal de 1995*, 1999, p. 135.

⁸⁹ Similar: JANSON, *Begünstigung und Hehlerei vor dem Hintergrund des Rückerberbes von Diebesbeute*, 1992, p. 132.

precisión, que es lo que exige dicho principio. Si se sostiene, entonces, que el fin de protección de los delitos de encubrimiento es asegurar la vigencia del derecho penal en su conjunto, entonces habría que tipificar esos delitos con una redacción que sea consistente con una finalidad tan general (algo así como “el que, por favorecer, pusiese en peligro al derecho penal”), pero es precisamente ese nivel de generalidad el que, por ser contrario al mandato de determinación, no puede ser admitido en la descripción de ningún elemento de un tipo penal. Por todas esas razones es que los tipos penales de encubrimiento no han sido tipificados así. En términos *de lege lata*, entonces, sería contrario a esas buenas razones que a los tipos penales vigentes se los interpretase de este modo, inconsistente incluso con la letra de la ley; y en términos *de lege ferenda*, en virtud de esas mismas razones una reforma de los tipos de encubrimiento tendente a hacer explícita esa finalidad tan general no sería conforme con la Constitución.

Finalmente, en tercer lugar cabe advertir que esta teoría, en la medida en que pretende legitimar la prohibición de los delitos de encubrimiento motivándose exclusivamente en la idea de que con aquella se previenen daños, no logra mostrar cuál es su ilícito material específico, y en consecuencia es incompleta como fundamentación político-criminalmente liberal⁹⁰.

Para que se entienda mejor esta idea conviene tener en cuenta que hay muchas conductas que motivan a las personas a cometer delitos, pero que, sin embargo, no sería sensato prohibir, precisamente porque su prohibición se funda sólo en razones preventivas. Por ejemplo: que las personas lleven joyas valiosas en forma visible mientras caminan por el centro de la ciudad puede de hecho motivar a otras a cometer delitos contra la propiedad. Sin embargo, prohibir el uso de joyas en la vía pública y, más aún, castigar a quienes las luzcan, constituiría una injerencia estatal totalmente ilegítima. ¿Y por qué? Simplemente porque no es posible afirmar que sea materialmente ilícito lucir joyas⁹¹.

Otro ejemplo: que las personas vistan minifaldas muy cortas o ropa muy ajustada podría ser esgrimido como una motivación o incitación a que sean abusadas sexualmente. Pero ¿podría afirmarse por ello que habría que prohibir ese tipo de vestimenta? ¿Es acaso inmoral lucir una minifalda? Claramente no, al menos en nuestras sociedades. Y es sabido que, en un Estado de derecho liberal, no es legítimo criminalizar clases de conducta que no puedan ser tenidas como moralmente incorrectas (o materialmente ilícitas)⁹².

⁹⁰ Véase JANSON, *Begünstigung und Hehlerei vor dem Hintergrund des Rückerwerbes von Diebesbeute*, 1992, p. 132; GILI PASCUAL, *El encubrimiento en el Código penal de 1995*, 1999, p. 135.

⁹¹ Por lo menos en esas circunstancias. Desde un punto de vista específicamente moral podría en todo caso discutirse, por ejemplo, si es correcto exhibir joyas en un contexto en el que quienes pueden verlas son todas personas de escasos recursos económicos, pero esa es otra discusión que no interesa aquí.

⁹² Acerca de cuál es la clase de daño que legitima la intervención penal en un Estado de derecho liberal (por ejemplo: ¿es socialmente dañosa una conducta si sólo lesiona o afecta los sentimientos o las creencias de los integrantes de una comunidad religiosa?) la bibliografía (desde Mill hasta hoy) es inabarcable, y el tema es tan profuso en detalles que, de abordarlo, excedería los límites de esta investigación. Para un panorama general véase, entre otros, MILL, *On liberty*, 1859, capítulos 1 ss., párrafo 9 en internet: <http://www.philosophy.uw.edu.pl/wp-content/uploads/J.S.Mill-On-Liberty-Ch.12.pdf>; FEINBERG, *Harm to Others*, 1984, pp. 34 ss.; RIPSTEIN, «Beyond the Harm Principle», *Philosophy and Public Affairs*, (34-3), 2006, pp. 215 ss.; HUSAK, *Overcriminalization*, 2008, pp. 55 ss.; DUFF, «Repairing Harms and Answering for Wrongs», *Minnesota Legal Studies Research Paper*, (14-06), 2013, pp. 212 ss.; MOORE, *Placing Blame*, 1997, pp. 190 ss., etc.

Esos comportamientos, sin embargo, sí pueden afectar el cumplimiento del fin preventivo general propio del derecho penal, en la medida en que, de alguna manera, pueden llegar a estimular la comisión de delitos. ¿Pero sería legítimo, por ello, prohibir tales conductas? Evidentemente, no. Los ejemplos muestran con claridad por qué, en un derecho penal liberal, no funcionan, como fundamento de sus prohibiciones, argumentaciones fundadas sólo en razones preventivas. El Estado, en efecto, no puede restringir la libertad de las personas únicamente porque considera que la conducta que prohíbe motiva la comisión de delitos.

En este sentido, Hörnle advierte que “el autor del delito de conexión⁹³ no puede ser responsable de manera inmediata por futuros delitos cometidos por otros operadores en el mercado. Todavía queda por justificar por qué le son imputables a él ese tipo de riesgos. Particularmente complicado resulta ello ante peligros basados en grandes mercados ilegales utilizados por una oferta y demanda numerosa”⁹⁴.

Por todo ello, esta idea central de la teoría de la vigencia del Derecho, conforme a la cual lo que se protege con los tipos penales de encubrimiento es el propio derecho penal o su fin de prevención general, acaba siendo, a mi juicio, nada más que una estrategia para evitar responder en qué consiste la ilicitud material propia de esas conductas (o su incorrección moral), y en todo caso un modo sumamente cuestionable de reconstruir cuál es el bien jurídico que lesionan o ponen en peligro.

3.3. Favorecimiento personal: hacia una interpretación plausible (*de lege lata* y *de lege ferenda*)

Como ya se dijo, tanto en Argentina como en España la opinión dominante considera que el delito de favorecimiento personal involucra únicamente a la ayuda que recae directa e inmediatamente sobre la persona física del autor o partícipe del delito previo, para que pueda eludir las investigaciones penales o sustraerse del accionar de la justicia. En Argentina se afirma que ese delito está regulado en los tipos penales prescriptos en los apartados *a* y *d*, 1.º inciso, del artículo 277 del CP argentino⁹⁵. En España, por su parte, se considera que el favorecimiento personal se encuentra tipificado en el inciso 3.º del artículo 451 del CP español⁹⁶.

Ahora bien, de acuerdo con el criterio que aquí propongo, en Argentina el favorecimiento personal no estaría conformado únicamente por lo prescripto en el apartado *a* del artículo citado, sino también por lo previsto en el apartado *b*, es decir, el inmediatamente posterior al que se considera favorecimiento personal por antonomasia. Si bien dicho apartado *b* involucra

⁹³ En Alemania se usa la expresión “delitos de conexión” (*Anschlussdelikte*) para denominar a las conductas posdelictuales y en España, para lo mismo, se impuso la expresión “delitos de referencia”.

⁹⁴ HÖRNLE, *FS-Schroeder*, 2006, p. 480.

⁹⁵ Así, BUOMPADRE, *Derecho penal. Parte especial*, t. III, 2003, pp. 457 ss.; DONNA, *Derecho penal. Parte especial*, t. III, 2ª ed., 2012, pp. 528 ss., pp. 564 ss.; CREUS/BUOMPADRE, *Derecho Penal. Parte Especial*, t. III, 7ª ed., 2007, pp. 372 ss.

⁹⁶ Véase, entre muchos, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en LUZÓN PEÑA (dir.), *Enciclopedia penal básica*, 2002, pp. 649 ss.; RUIZ RODRÍGUEZ, *El delito de encubrimiento*, 2001, pp. 89 ss., 95 ss., 102 ss.; SERRANO GÓMEZ/ SERRANO MAÍLLO, *Derecho penal. Parte especial*, 16ª ed., 2011, pp. 882 ss. Véase, asimismo, SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *El encubrimiento como delito*, 1998, pp. 65 ss., 70 ss., 78 ss.; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 18ª ed., 2010, p. 977.

“cosas” (rastros, pruebas o instrumentos del delito), las acciones típicas (ocultare, alterare o hiciere desaparecer) indican claramente que la ayuda está dirigida, al igual que en el apartado anterior, a obstaculizar la imposición o ejecución al autor de una pena o medida de seguridad.

Entonces, dado que ni el criterio ni la clasificación que utilizan la doctrina y la jurisprudencia argentinas a estos efectos son acertados y que tampoco surgen de la letra de la ley, no existe ningún impedimento para, *de lege lata*, interpretar dicho texto vigente como aquí se propone, lo que, además de correcto, es más ordenado⁹⁷. El criterio propuesto, en primer lugar, es el resultado de una adecuada sistematización de estos comportamientos, y, en segundo lugar, se trata de una clasificación que no considera desprovista de orden a la sistematización seguida por el legislador, como lo hace la postura dominante. Sostengo, en definitiva, que en Argentina el favorecimiento personal está regulado en los apartados sucesivos *a* y *b*⁹⁸ del inciso 1.º del artículo 277 del CP argentino.

En el apartado *d* de dicho artículo se regula la omisión de denuncia, que, por ser un delito especial propio y por sus particularidades, sería conveniente regularlo en un enunciado normativo diferente al de favorecimiento personal (y, por supuesto, también diferente al de favorecimiento real y al de receptación), aunque inmediatamente a continuación. De todas formas, si la omisión de denuncia tuviera que ser tenida como una forma de encubrimiento, es claro que debería ser considerada como un supuesto de favorecimiento personal.

Ahora bien, *de lege ferenda*, en lo que respecta a la regulación argentina del favorecimiento personal, incluso si se aceptara todo lo aquí propuesto habría que efectuar algunas consideraciones. Por un lado, el apartado *b* parecería ser una norma superflua, porque no habría mayores inconvenientes en afirmar que “ocultare, alterare o hiciere desaparecer rastros, pruebas o instrumentos del delito” es o puede ser una manera de “ayudar a que alguien pueda eludir la investigación penal o a sustraerse de la acción de la justicia”. Es cierto que, a los fines del principio de legalidad, el apartado *b* juega una función importante, ya que describe una forma concreta y específica de hacer lo anteriormente detallado; de todas formas, si se derogase ese enunciado normativo entiendo que sería posible subsumir esos comportamientos en el apartado *a*.

Dicho apartado *a*, sin embargo, es bastante vago, y esa vaguedad no lograría ser salvada si se mantuviese el apartado *b* tal como hoy está redactado, porque éste simplemente ejemplifica algunas circunstancias que encuadrarían en el apartado *a*. Con esto no estoy afirmando que este último sea una norma inconstitucional, sino que sería conveniente regular los delitos de favorecimiento personal y real (y de receptación) de forma más clara. Para lograrlo, lo primero que debería hacer el legislador argentino es tipificar cada uno de los delitos mencionados, hoy previstos en un único artículo, en forma autónoma y en diferentes enunciados normativos. En segundo lugar, en vez de detallar formas específicas de obstaculizar la imposición de la pena o medida de seguridad, sería conveniente que se preocupase por diferenciar, como ocurre en

⁹⁷ A esto podría objetarse que, si bien consiste en una clasificación más ordenada, como se verá luego, “transforma” el inciso *b* en superfluo, y que a las normas se las debe interpretar de forma tal de que tengan sentido tal como han sido redactadas. Sin embargo, en este caso no es posible mantener la interpretación propuesta por la doctrina y la jurisprudencia argentinas, por las razones aquí expuestas.

⁹⁸ De acuerdo con lo que se afirmará sobre la receptación, algunos supuestos del apartado *c* también pueden serlo.

Alemania, entre los dos momentos procesales en que eso puede ocurrir, esto es, antes de que se haya impuesto la pena (o medida de seguridad) o después, cuando ésta debe ejecutarse, porque eso ofrece mucha más claridad en términos de conducta típica.

Una crítica similar cabe efectuar respecto de la legislación española sobre esta misma cuestión. En primer lugar, debería interpretarse que el favorecimiento personal está tipificado no sólo en el inciso 3.º, artículo 451, del CP español, sino también en el inciso 2.º de ese enunciado normativo, y reservar sólo el primero para el favorecimiento real. Al igual que como ya se dijo respecto a lo que ocurre en Argentina, esta forma de interpretar la ley vigente no atenta contra el principio de legalidad, porque las distinciones y delimitaciones que aquí se critican no surgen de la letra de la ley, sino que son una creación doctrinaria.

Un modelo interesante y valioso a tal fin, para ambos países, es desde mi punto de vista el § 258 StGB alemán, en el que se regula el favorecimiento personal con bastante precisión. Por ello, a continuación, se transcribirán las conductas típicas allí reguladas: “(1) El que con intención o con conocimiento obstaculizare, en todo o en parte, que otro sea castigado o que se le imponga una medida de seguridad (§ 11 Abs. 1 Nr. 8) conforme a la ley penal por un hecho antijurídico, será castigado con pena de prisión de hasta cinco años o pena de multa. (2) Del mismo modo será castigado el que con intención o conocimiento obstaculizare, en todo o en parte, la ejecución de una pena o medida impuesta contra otro”.

A modo de síntesis sobre lo expuesto en este apartado puede decirse que el análisis del favorecimiento personal tuvo dos objetivos bien diferenciados: por un lado, interpretar correctamente las legislaciones argentina y española vigentes y, por el otro, proponer una superadora. En relación con lo primero, mis mayores críticas se concentraron en la interpretación efectuada por la postura dominante argentina y española del enunciado que tipifica el favorecimiento personal y, luego, tras haber propuesto una interpretación que a mi juicio es la correcta, critiqué la falta de claridad del legislador. Una vez concluido ese análisis, sugerí que se tome como modelo la ley alemana para una futura reforma del CP.

4. El favorecimiento real

4.1. Denominación y descripción como clase de conducta

El delito conocido en Argentina como favorecimiento real, y en España como encubrimiento real, en Alemania se denomina “aseguramiento de los beneficios del delito” (*Begünstigung*), y está regulado en el § 257 StGB, de manera autónoma al favorecimiento personal y a la receptación. Respecto de su denominación cabe aclarar que, si bien la expresión “aseguramiento de los beneficios del delito” (que es, según mi opinión, la traducción más adecuada de “*Begünstigung*”) es más específica, “favorecimiento real” no es incorrecta.

Hasta la última reforma del StGB (en 1974), el término “*Begünstigung*” era utilizado en Alemania para identificar al favorecimiento en general, y se regulaba al favorecimiento personal y al real conjuntamente en un único enunciado normativo, como se lo hace todavía hoy en Argentina y en España⁹⁹. La denominación alemana más actual y su regulación legal más

⁹⁹ Véase WALTER, «§ 257», *LK*, 12ª ed., 2010, pp. 483 ss.

específica han logrado que esta clase de comportamiento haya quedado mejor delimitada y, por ello, sería deseable que el legislador argentino y el español hicieran lo propio en una futura reforma de los códigos penales de sus países¹⁰⁰.

El favorecimiento real consiste únicamente en la ayuda prestada al autor o partícipe de un delito para asegurarle o ayudarle a asegurar los beneficios (ilegítimos) que obtuvo a través de ese hecho y, por lo tanto, para impedir o tornar dificultoso su decomiso por el Estado. Con ello, ciertamente, se dificulta una de las tareas de la administración de justicia, pero, a diferencia de lo que ocurre con el favorecimiento personal, no consiste en la actividad encaminada a castigar a los que cometieron el delito, sino que es la que tiene por fin impedir el disfrute de cosas obtenidas ilícitamente.

4.2. El bien jurídico afectado: ¿qué daño causa el favorecimiento real?

Acerca de la discusión relativa al bien jurídico que protege la prohibición del favorecimiento real existe menos consenso que respecto de la que se ocupa del bien afectado por el favorecimiento personal. De hecho, se encuentra muy discutido en la doctrina alemana qué se protege o se quiere proteger mediante esta prohibición, y muchos autores propugnan teorías mixtas sobre su bien jurídico¹⁰¹. La opinión mayoritaria en la doctrina alemana sostiene, de hecho, que este tipo penal protege tanto la administración de justicia como la pretensión individual de restitución que posee el damnificado por el delito anterior¹⁰².

La jurisprudencia alemana, por su parte, sólo admite que se protege la administración de justicia¹⁰³, concretamente, la actividad tendente al logro de la restitución de los beneficios que le fueron sustraídos al damnificado por el delito anterior. Las diferencias entre estas posturas giran en torno a quién se considera que es titular de la pretensión de restitución que, según la opinión mayoritaria en ese país, se protege.

Por razones de espacio no voy a reproducir aquí todas las teorías desarrolladas en Alemania sobre esta cuestión, sino que me limitaré a comentar las características centrales de las más importantes.

¹⁰⁰ Ninguna de estas modificaciones, sin embargo, forman parte de los últimos proyectos de reforma de CP argentino. Con esto me refiero a los proyectos de 2011, 2014 y 2018.

¹⁰¹ En este sentido, véase WALTER, «§ 257», *LK*, 12^a ed., 2010, n° m. 5, p. 485 s; RUB, «§ 257», *LK*, 11^a ed., 1994, n° m. 2, p. 232; SEEL, *Begünstigung und Strafvereitelung durch Vortäter und Vortatteilnehmer*, 1999, p. 18.

¹⁰² Respecto de la doctrina dominante, sobre el bien jurídico protegido por el tipo penal de favorecimiento real, véase, entre otros, SCHRÖDER, «*Begünstigung und Hehlerei*», *FS-Rosenfeld*, 1949, pp. 161 ss.; ALTENHAIN, «§ 257», *NK*, 4^a ed., 2013, n° m. 4, p. 386; EL MISMO, *Das Anschlußdelikt*, 2002, p. 232; WEISERT, *Der Hilfeleistungsbegriff bei der Begünstigung*, 1999, p. 255; SEEL, *Begünstigung und Strafvereitelung durch Vortäter und Vortatteilnehmer*, 1999, p. 18; HÖRNLE, *FS-Schroeder*, 2006, p. 483; MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, *Strafrecht. Besondere Teil*, t. II: *Straftaten gegen Gemeinschaftswerte*, 7^a ed., 1991, n° m. 5, p. 404.

¹⁰³ Al respecto véase ALTENHAIN, «§ 257», *NK*, 4^a ed., 2013, n° m. 3, p. 385; WALTER, «§ 257», *LK*, 12^a ed., 2010, n° m. 5, p. 485. En la jurisprudencia alemana, por todos, véase BGHSt 36, pp. 280 s.; BGHSt 24, p. 167.

La tesis más aceptada considera que el favorecimiento real afecta, de forma única o junto a otro bien jurídico, a la administración de justicia¹⁰⁴. Cómo se produce esa afectación es, sin embargo, lo que genera los mayores desacuerdos. La postura mayoritaria considera que este delito impide o dificulta al damnificado del delito anterior la restitución material de los beneficios obtenidos por el delincuente como consecuencia de la comisión de ese delito¹⁰⁵. En otras palabras, por medio de la prohibición de esta conducta se quiere disuadir la obstaculización de la actividad de la administración de justicia específicamente encargada de la restitución de los beneficios provenientes de un delito¹⁰⁶.

La gran mayoría de los autores que apoyan estas ideas entienden que con la prohibición del favorecimiento real se protegen también derechos patrimoniales, es decir, derechos individuales de esa naturaleza afectados a través de la comisión del delito previo¹⁰⁷. Conforme a esta postura, como consecuencia de la comisión de un delito y de la obtención de beneficios ilegítimos nace un interés estatal de privárselos a sus autores o partícipes para poder restituírselos al damnificado y, al mismo tiempo, un interés privado del damnificado en recuperarlos¹⁰⁸. Según esto, entonces, “la actividad del favorecedor se dirige a impedir la privación de los beneficios provenientes del hecho previo; se dirige, por lo tanto, contra la imposición de la obligación compensatoria que surgió a través del delito anterior entre el damnificado y el autor, que exige el restablecimiento de la situación conforme a Derecho”¹⁰⁹.

En efecto, el Tribunal Supremo Federal alemán (en adelante BGH) describe a la naturaleza de este delito como “el impedimento de la tarea que le incumbe a la administración de justicia estatal de, en favor de la víctima, eliminar o como mínimo atenuar los efectos de los hechos punibles a través del restablecimiento del estado conforme a Derecho que fuera perturbado por (la comisión) del delito anterior”¹¹⁰. Este tribunal, con mayor detalle, ha determinado que esa obstaculización a la administración de justicia “se consigue cuando el autor impide la recuperación de la situación conforme a Derecho, la que normalmente podría ser reestablecida por medio de una intervención del damnificado o de los órganos del Estado en contra del autor del delito previo”¹¹¹.

SCHRÖDER¹¹² y HÄLSCHNER¹¹³ consideran que la naturaleza del favorecimiento real consiste en la obstaculización del interés público que existe en la restitución¹¹⁴; es decir, no la entienden

¹⁰⁴ En este sentido véase, entre muchos, ALTENHAIN, «§ 257», *NK*, 4ª ed., 2013, n° m. 3, p. 385; EL MISMO, *Das Anschlußdelikt*, 2002, p. 232; WALTER, «§ 257», *LK*, 12ª ed., 2010, n° m. 5, p. 485; SCHRÖDER, *FS-Rosenfeld*, 1949, p. 162; KOHLRAUSCH/ LANGE, «§ 257 I», en *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen und Nebengesetzen*, 42ª ed., 1959, p. 559. En la jurisprudencia alemana, véase *NStZ* 1994 (BGH sentencia del 16/11/1993, 3 StR 458/93), p. 188; BGHSt t. 36, 280 y s.; BGHSt t. 24 (BGHSt sentencia del 16/06/1971, G.A. 2 StR 191/71), p. 167; *NStZ* 1987, p. 22; *NJW* 1979, p. 2321; *NJW* 2005, p. 1734.

¹⁰⁵ Esta postura se encuentra explicada también en MIEHE, *FS-Honig*, 1970, p. 91; WEISERT, *Der Hilfeleistungsbegriff bei der Begünstigung*, 1999, p. 256, etc. Véase SCHRÖDER, *FS-Rosenfeld*, 1949, p. 161 ss.

¹⁰⁶ Véase RUB, «§ 257», *LK*, 11ª ed., 1994, n° m. 2, p. 232.

¹⁰⁷ Véase SCHRÖDER, *FS-Rosenfeld*, 1949, p. 187.

¹⁰⁸ Véase SCHRÖDER, *FS-Rosenfeld*, 1949, p. 185.

¹⁰⁹ SCHRÖDER, *FS-Rosenfeld*, 1949, p. 162.

¹¹⁰ BGHSt t. 36, p. 280.

¹¹¹ *NStZ* 1994, p. 188.

¹¹² Véase SCHRÖDER, *FS-Rosenfeld*, 1949, pp. 161 ss.

como la lesión al derecho individual del afectado por el delito, sino como la afectación a la actividad estatal que se encarga de esa restitución¹¹⁵. En conclusión, si bien para ellos lo que se protege es el derecho o la pretensión de restitución de los beneficios que surgen de la comisión de un delito, no se trata de la protección de un derecho puramente individual, sino de la protección de la exigencia estatal de restitución y de los intereses individuales lesionados mediante el hecho previo¹¹⁶.

A esta última concepción se le efectúan varias críticas. En su mayoría se basan en la idea de que, “una vez que esos beneficios ilegítimos fueron obtenidos por la lesión de intereses patrimoniales ajenos, la imposición de la restitución queda en manos del damnificado”¹¹⁷, y en que la administración de justicia, por tanto, no es titular de la pretensión de restitución de los provechos de un delito, sino el organismo que se encarga de materializarla, pero siempre y cuando el damnificado lo solicite¹¹⁸. En otras palabras, a esta teoría se le objeta que dicha supuesta pretensión de restitución *estatal* no existe¹¹⁹. Mientras que la restitución tiene que ser solicitada por el damnificado, el favorecimiento real se configura independientemente de que haya tenido lugar ese pedido de restitución. Cabría agregar, entonces, que no puede ser objeto de protección una actividad estatal puramente contingente, en tanto depende de una solicitud del damnificado.

Esto ha llevado a que algunos (pocos) autores alemanes afirmen que el favorecimiento real es un delito que afecta el proceso civil de indemnización del damnificado, que se origina a causa de los perjuicios que le fueron ocasionados mediante la comisión del delito anterior¹²⁰; es decir, que el favorecimiento real busca imposibilitar la compensación jurídico-civil¹²¹. A esta tesis, sin embargo, se le critica que, si bien la tarea del proceso civil es la custodia del ordenamiento jurídico-civil y que, constitucionalmente, la tarea del derecho procesal consiste en asegurar la

¹¹⁵ Sobre las ideas de HÄLSCHNER, véase, por todos, MIEHE, *FS-Honig*, 1970, p. 92; GREENER, *Begünstigung und Hehlerei. Historisch-dogmatischer Darstellung*, 1879, p. 88.

¹¹⁴ Véase SCHRÖDER, *FS-Rosenfeld*, 1949, p. 186; PUPPE, «§16», *NK*, 4ª ed., 2013, n° m. 28, pp. 703 s.

¹¹⁵ En efecto, la teoría de la obstaculización de la restitución (*Restitutionsvereitelungstheorie*) propone que el núcleo central de la conducta típica de favorecimiento real (y de receptación) se dirige a frustrar, impedir o evitar que, a los autores o partícipes de un delito, por medio del Estado, se les quiten las ganancias que se originaron en aquel. Ahora bien, para SCHRÖDER no se trata principalmente de la protección de los intereses patrimoniales del damnificado por el delito anterior, sino de la exigencia pública de decomisar los beneficios obtenidos a través del delito anterior. Sobre esta postura véase SCHRÖDER, *FS-Rosenfeld*, 1949, pp. 186 ss.

¹¹⁶ Sobre esta postura, véase MIEHE, *FS-Honig*, 1970, p. 102.

¹¹⁷ MIEHE, *FS-Honig*, 1970, pp. 102 s.

¹¹⁸ Véase ALTENHAIN, «§ 257», *NK*, 4ª ed., 2013, n° m. 3, p. 386; EL MISMO, *Das Anschlußdelikt*, 2002, p. 233; AMELUNG, «Vorteilssicherung und Angehörigenprivileg. Eine Studie zum Verhältnis zwischen den beiden Begünstigungstatbeständen», *JR*, 1978, p. 230; MIEHE, *FS-Honig*, 1970, p. 102.

¹¹⁹ En este sentido, niegan la existencia de una pretensión estatal de restitución de los beneficios del delito y, en consecuencia, critican las posturas que afirman que el bien jurídico del favorecimiento real es la administración de justicia en su actividad de ejercer esa pretensión estatal (inexistente), entre otros, MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, *Strafrecht. Besondere Teil*, t. II: *Straftaten gegen Gemeinschaftswerte*, 7.ª ed., 1991, p. 404; MIEHE, *FS-Honig*, 1970, p. 102; JANSON, *Begünstigung und Hehlerei vor dem Hintergrund des Rückerwerbes von Diebesbeute*, 1992, pp. 79 s.; AMELUNG, *JR*, 1978, p. 230 s.

¹²⁰ Sobre esta postura, véase JANSON, *Begünstigung und Hehlerei vor dem Hintergrund des Rückerwerbes von Diebesbeute*, 1992, p. 28; ALLFELD, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 8ª ed., 1922, p. 470.

¹²¹ LISZT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 23ª ed., 1921, p. 631.

libertad jurídico-constitucionalmente garantizada, ello no permite concluir que, mediante el favorecimiento real, se perjudique ese proceso civil, sino antes bien, los derechos individuales que aquel protege¹²².

Por su parte, un grupo de autores alemanes acuerdan con que el favorecimiento real afecta los derechos de restitución de la víctima del delito anterior, pero no consideran que se trate de una lesión a la administración de justicia, sino a los derechos individuales de los afectados¹²³. Esta postura se hace acreedora de las mismas críticas que las expuestas más arriba¹²⁴.

También hay quienes sostienen que el favorecimiento real afecta al bien jurídico lesionado por el delito previo¹²⁵. Algunos entienden que ello ocurre de manera conjunta o acumulativa con la lesión a la administración de justicia¹²⁶. Esta idea, sin embargo, ha sido criticada sobre todo porque se afirma que el bien jurídico afectado como consecuencia del delito anterior no se lesiona necesariamente por el favorecimiento real posterior¹²⁷. Entiendo que esa crítica es acertada. Retómese el ejemplo del asesinato a sueldo: un sicario comete un homicidio y un tercero, que no participó en ese delito contra la vida, días más tarde le resguarda en su caja fuerte el pago que obtuvo por matar a esa persona. No veo, pues, cómo el favorecedor, al ejecutar su conducta, haya podido lesionar la vida de una persona que para aquel entonces ya estaba muerta. Lo que aquí se lesiona es un bien jurídico que no necesariamente tiene que ser el mismo que fue afectado por el delito anterior. Por eso, estas ideas también deben ser descartadas.

Para BINDING¹²⁸, BOCKELMANN¹²⁹, WELZEL¹³⁰ y muchos otros¹³¹, el favorecimiento real es un delito contra el patrimonio, porque mediante su comisión se perpetúa la situación *patrimonial*

¹²² Sobre ello, véase ALTENHAIN, *Das Anschlußdelikt*, 2002, p. 233.

¹²³ En este sentido, entre aquellos juristas que entienden que el bien jurídico protegido por el favorecimiento real es el interés particular de la víctima del hecho anterior de que se recomponga la situación jurídico-penal perdida a causa de ese delito previo, véase, entre muchos, HÖRNLE, *FS-Schroeder*, 2006, pp. 482, 494; SAMSON, *Strafrecht II*, 5ª ed., 1985, p. 236; WITTE, *Gibt es eine Steuerhinterziehung nach einer vollendeten Steuerhinterziehung? Zugleich ein Beitrag zur Begünstigung*, 2004, p. 59, entre otros. Véase, también, AMELUNG, *JR*, 1978, p. 231.

¹²⁴ Estas críticas pueden encontrarse en ALTENHAIN, «§ 257», *NK*, 4ª ed., 2013, nº m. 4, p. 386.

¹²⁵ Considera que el bien jurídico lesionado por medio del delito anterior es el mismo que se lesiona (en forma exclusiva) a través de la comisión del aseguramiento de los beneficios del delito, entre muchos, GEERDS, «Begünstigung und Hehlerei. Zur kriminologischen Problematik der §§ 257, 259, 260 StGB und zu daraus zu ziehen strafrechtlichen Konsequenzen», *GA*, 1988, pp. 262 ss.

¹²⁶ Sostienen que esta conducta típica es pluriofensiva y que lesiona la administración de justicia y el bien jurídico protegido por el delito anterior, EISELE, *Strafrecht-Besonderer Teil II: Eigentumsdelikte, Vermögensdelikte und Urkundendelikte*, 2009, p. 354; RENGIER, *Strafrecht. Besonderer Teil I: Vermögensdelikte*, 15ª ed., 2013, p. 374; GÖSSEL/ DÖLLING, *Strafrecht. Besonderer Teil 1: Straftaten gegen Persönlichkeits- und Gemeinschaftswerte*, 2ª ed., 2004, § 68, nº m. 1, pp. 633 s.; WESSELS/HILLENKAMP, *Strafrecht. Besonderer Teil 2: Straftaten gegen Vermögenswerte*, 36ª ed., 2013, p. 435, nº m. 804; MITSCH, *Strafrecht. Besonderer Teil 2, t. 1: Vermögensdelikte*, 2ª ed., 2003, § 9, nº m. 1 y 3, p. 554 s., etc.

¹²⁷ Así, ALTENHAIN, «§ 257», *NK*, 4ª ed., 2013, nº m. 4, p. 386; WEISERT, *Der Hilfeleistungsbegriff bei der Begünstigung*, 1999, p. 265 s., etc.

¹²⁸ BINDING, *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts*, t. I, 2ª ed., 1902, pp. 382 s.; EL MISMO, *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts*, t. II, 2ª ed., 1905, pp. 642 s., 645, y 665 s.

¹²⁹ En efecto, BOCKELMANN, tras hacer un repaso de la situación en la doctrina en relación con el tratamiento del favorecimiento real, concluye que se trata de un delito contra el patrimonio, cuya naturaleza consiste precisamente en el mantenimiento de la situación patrimonial ilegítimamente creada

antijurídica originada mediante la comisión del delito anterior ajeno, y ello provoca una lesión al bien jurídico protegido (ya lesionado) por el delito anterior¹³². Esta teoría, denominada “teoría de la perpetuación”, es en Alemania postura dominante con relación al bien jurídico protegido por el delito de receptación¹³³, pero no ha logrado imponerse todavía en el ámbito del favorecimiento real.

Esta concepción también debe ser descartada. Porque el delito anterior en el favorecimiento real no necesariamente tiene que lesionar el patrimonio, y porque los beneficios que surgen de su comisión tampoco tienen que ser necesariamente patrimoniales¹³⁴. Entonces, ¿cómo va a poder perpetuarse una lesión al patrimonio que nunca ocurrió? Esta postura, en definitiva no es más que un resabio de las antiguas teorías que entendían al encubrimiento como una forma de participación en el delito anterior, y que frente a argumentos como este muestran toda su debilidad.

Algunos autores sostienen que el favorecimiento real atenta contra el interés general de restablecimiento de la situación conforme a Derecho¹³⁵. Se entiende que, mediante la prohibición penal de esta conducta, se quiere proteger a la administración de justicia, en su función de encargada de la restitución, no —o no solamente— de los beneficios obtenidos por medio de un delito a su damnificado, sino de la situación conforme a Derecho que fue lesionada a causa de la comisión de ese delito¹³⁶. Es fácilmente perceptible la presencia de las ideas hegelianas en esta corriente¹³⁷.

El BGH sostiene, en esta línea, que la naturaleza del favorecimiento real consiste en impedir la correcta administración de justicia. “Ello, en el caso del favorecimiento real, ocurre en virtud de que el autor impide el restablecimiento del estado conforme a Derecho que existía con anterioridad al delito previo”¹³⁸. Y la opinión mayoritaria contemporánea a la sanción del RStGB veía en el ilícito del favorecimiento real el impedimento de la extinción completa de la

a través del delito anterior. Así, BOCKELMANN, «Über das Verhältnis der Begünstigung zur Vortat», *NJW*, 1951, p. 620 ss., p. 621.

¹³⁰ WELZEL sostiene que el objetivo del autor de favorecimiento real es mantener la situación patrimonial antijurídica creada mediante el delito anterior, a favor del autor de ese hecho previo. Ello coincide con lo que, según la postura dominante alemana que perdura hasta nuestros días, representa el ilícito o la naturaleza jurídica del delito de receptación, lo cual, a mi entender no es correcto en ninguno de los dos casos. Véase WELZEL, *Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, 9ª ed., 1965, p. 350.

¹³¹ Véase, entre otros, OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte*, 7ª ed., 2005, § 57, nº m. 1, p. 298; GEERDS, *GA*, 1988, pp. 263, 267 s.; NAGLER, «§§ 257, 195, 1III 1», *LK*, 7ª ed., p. 401.

¹³² En este sentido, véase BINDING, *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts*, t. II, 1905, p. 665; WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 1965, p. 350; BOCKELMANN, *NJW*, 1951, p. 621.

¹³³ Ampliamente al respecto VERDE, *La receptación como delito contra el mercado formal*, 2019, pp. 74 ss., en donde rechazo esta teoría también respecto del delito de receptación.

¹³⁴ Sobre ello, véase, entre otros, ALTENHAIN, «§ 257», *NK*, 4ª ed., 2013, nº m. 3, p. 386.

¹³⁵ Véase RUB, «§ 257», *LK*, 11ª ed., 1994, nº m. 2, p. 232; KOHLRAUSCH/LANGE, «§257 I», *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen und Nebengesetzen*, 1959, p. 559. En la jurisprudencia alemana, véase BGHSt t. 2, pp. 362 ss. (sentencia del 15/05/1952, g. F. 4 StR 953/51); BHGSt t. 24, pp. 166 s. (sentencia del 16/06/1971, g. A. 2 StR 191/71).

¹³⁶ En este sentido, SEELMANN, *Grundfälle zu den Eigentums- und Vermögensdelikten*, 1988, p. 109; KOHLRAUSCH/LANGE, «§ 257 I», *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen und Nebengesetzen*, 1959, p. 559.

¹³⁷ Véase, por todos, ALTENHAIN, *Das Anschlußdelikt*, 2002, p. 234.

¹³⁸ BGHSt t. 2, p. 363; BGHSt t. 24, p. 167, entre muchos otros.

lesión al derecho producida por medio de un delito, es decir, se lo entendía como un delito que atentaba contra la compensación jurídico-penal y jurídico-civil¹³⁹.

Estas ideas fueron muy criticadas y ya prácticamente no cuentan con representantes¹⁴⁰. La diferencia entre esta forma de entender la administración de justicia como bien jurídico protegido por la prohibición del favorecimiento real y la forma en que lo hace la jurisprudencia y doctrina alemanas actualmente dominantes reside, básicamente, en que las últimas consideran que el delito en sí mismo es reparable y que esa reparación debe ser protegida para que se restablezca el orden jurídico lesionado; mientras que el otro enfoque sostiene que lo que se protege mediante esa prohibición es la pretensión de reparación de una situación jurídica-individual lesionada por un delito previo. Una postura similar a la anterior, que ya fue analizada más arriba, es la de la vigencia del Derecho, que tampoco puede ser admitida, por las razones ya detalladas allí¹⁴¹.

Finalmente, la postura a la que adhiero considera que mediante la prohibición del favorecimiento real se busca proteger la potestad estatal de decomisar los beneficios o ganancias provenientes de un delito. Las premisas de las que parte esta posición son las siguientes: 1) la administración de justicia no es titular de la pretensión de restitución de los beneficios obtenidos ilícitamente de la comisión de un delito; 2) esa titularidad recae únicamente en el perjudicado por el delito anterior¹⁴², y 3) el favorecimiento real se configura independientemente de que se haya solicitado dicha restitución. Entonces, si bien es cierto que el damnificado del delito anterior tiene derecho (y como único titular) a recuperar lo que le fue quitado por medio de un delito y de ser indemnizado por ello, estas pretensiones no son las que se protegen por medio de la punición del favorecimiento real. Lo que se tutela es, como se dijo, la pretensión *estatal* de decomisar los beneficios obtenidos ilícitamente a través de la comisión un delito.

Dicha pretensión pública no es disponible para el damnificado por el hecho anterior, como sí lo es, en cambio, la acción de indemnización o la solicitud de la restitución de aquello que le pertenece. El Estado, en efecto, *debe* decomisar los bienes, incluso de oficio. El favorecimiento real, entonces, obstaculiza o impide el correcto funcionamiento de esa actividad que la administración de justicia tiene que llevar a cabo con independencia de la voluntad del ofendido por el delito, dirigida a la quita definitiva de todo beneficio que tenga un origen delictivo.

El objetivo perseguido por el legislador a través de la punición de esta clase de conducta consiste, entonces, no tanto en garantizar a la víctima una restitución o indemnización, sino, antes bien, en impedir que el autor o partícipe del delito previo disfrute de los beneficios que obtuvo por cometerlo o por participar en su ejecución¹⁴³.

¹³⁹ Dentro de los juristas que conformaban la postura dominante de aquel entonces se encuentran, entre otros, HÄLSCHNER, MERKEL, GEYER, etc. Sobre esto, véase GRETENER, *Begünstigung und Hehlerei*, 1879, p. 88.

¹⁴⁰ Críticas a esta postura pueden encontrarse en GRETENER, *Begünstigung und Hehlerei*, 1879, pp. 88 ss.

¹⁴¹ Ver apartado 3.2.b) de este trabajo.

¹⁴² Así, ALTENHAIN, «§ 257», *NK*, 4ª ed., 2013, n° m. 6, p. 387.

¹⁴³ Ver ALTENHAIN, «§ 257», *NK*, 4ª ed., 2013, n° m. 6, p. 387.

Hay razones tanto deontológicas como consecuencialistas para avalar ese deber estatal. Desde el primer punto de vista, es injusto que el delincuente se enriquezca ilícitamente, y esa injusticia no puede ser neutralizada ni por ni la pena privativa de la libertad, ni por la de multa, ni por la indemnización al damnificado¹⁴⁴. Y desde el segundo punto de vista, es claro que el decomiso de los bienes tiene efectos disuasivos generales diferentes y en todo caso complementarios a los de otras penas, a punto tal que, muchas veces, al menos en cierta clase de autores, la posible neutralización del “negocio” que genera el delito pesa más incluso que la posible pérdida de la libertad¹⁴⁵.

A mi juicio, esta descripción del bien jurídico afectado por el favorecimiento real es la más acertada porque, como se anunció, permite no sólo reconstruir de modo consistente cuándo y por qué es legítima su criminalización, sino también conceptualizarlo con claridad, y de esa forma delimitarlo convincentemente del favorecimiento personal y de la receptación.

La doctrina alemana, sin embargo, critica esta tesis porque considera que el decomiso de los beneficios del delito es una medida de seguridad y que su obstaculización se encuentra regulada en el tipo penal de favorecimiento personal. Afirman, por tanto, que el delito de favorecimiento real, así concebido, sería redundante¹⁴⁶. Esta crítica, sin embargo, no es de recibo ni en el Derecho argentino ni en el español, porque en estas legislaciones el decomiso no es una medida de seguridad, sino una pena.

Conforme a todo esto, ambas formas de favorecimiento consisten, ciertamente, en una ayuda prestada a quien intervino en un delito previo; pero mientras que en el favorecimiento personal esa ayuda se dirige a que los autores y partícipes de un delito no sean castigados o no se pueda ejecutar el castigo ya impuesto, el favorecimiento real, de manera completamente independiente a lo que ocurra respecto de la investigación de los hechos y del castigo de sus intervinientes, consiste en la ayuda dirigida a que éstos puedan disfrutar los beneficios obtenidos por su actividad delictiva.

Cabe aclarar, además, que la tesis que aquí se considera correcta se condice, en lo esencial, con la opinión dominante tanto en Argentina como en España. En estos países, en efecto, la

¹⁴⁴ Cabe aclarar que el disfrute de beneficios provenientes de un delito, cuando son obtenidos por los autores y/o partícipes de ese delito, no configura una ilicitud en sí misma distinta a la anterior que los originó, puesto que a ese disfrute se lo considera un hecho posterior copenado mediante el castigo del delito previo (*mitbestrafte Nachtat*). Sobre estas cuestiones véase VERDE, *La receptación como delito contra el mercado formal*, 2019, pp. 256 ss.

¹⁴⁵ Esta es la idea que está en la base de los estándares internacionales referidos a la persecución de esta clase de criminalidad. Véanse, por ejemplo, las denominadas “cuestiones fundamentales” desarrolladas por el GAFI para la evaluación de la efectividad en la prevención y la persecución penal del lavado de activos: en el así llamado “resultado inmediato 8” (a saber: “los activos y los medios [sic] del delito son decomisados”) expresamente se señala que el decomiso de los bienes “provoca que el delito no sea rentable y reduce tanto los crímenes determinantes [sic: se refiere a los delitos precedentes] como el lavado de activos” (GAFI/GAFILAT, *Estándares internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos, el financiamiento del terrorismo y el financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva. Las recomendaciones del GAFI*, UIF Bolivia/OCDE/GAFI/GAFILAT, 2016, p. 250).

¹⁴⁶ En este sentido, sobre la asimilación entre ambos tipos penales, esto es, entre el favorecimiento personal y el favorecimiento real, como consecuencia de entender al primero como un delito que afecta la administración de justicia en su tarea de llevar a cabo el decomiso del provecho del delito y al segundo también como un delito contra la administración de justicia, como encargado de la persecución penal y de la ejecución de las penas o medidas de seguridad ya impuestas, véase AMELUNG, *JR*, 1978, p. 230.

doctrina es bastante homogénea en considerar que el bien jurídico protegido por la prohibición del favorecimiento real es la administración de justicia, y sostiene que ese tipo penal consiste en “quitar las cosas obtenidas por el delito que se encubre, de las posibilidades que aquellas autoridades puede tener para localizarlas y recuperarlas (sic)”¹⁴⁷. Como se ve, para la postura mayoritaria en estos países el favorecimiento real consiste en obstaculizar o dificultar que las autoridades que se encargan de la investigación, persecución y castigo de los delitos y sus intervinientes puedan dar con las cosas ilícitamente obtenidas por el delito anterior y recuperarlas, que es básicamente lo mismo que se sostiene aquí.

4.3. Favorecimiento real: hacia una interpretación plausible (*de lege lata* y *de lege ferenda*)

En Argentina, la doctrina y la jurisprudencia consideran que el delito de favorecimiento real incluye no sólo la ayuda dirigida al aseguramiento de los beneficios obtenidos por medio de un delito (apartado *b* del artículo 277 del CP, sino también ocultar, alterar y hacer desaparecer rastros, pruebas o instrumentos del delito, o ayudar a hacerlo (apartado *e*).

Ahora bien, de acuerdo con la concepción a la que adhiero, *de lege lata* habría que decir que, el favorecimiento real no está tipificado en ese apartado *b* del artículo 277 del CP argentino, porque el tipo penal allí regulado es, tal como se explicó más arriba, una forma de favorecimiento personal. En efecto, por más que esa norma involucre “cosas” (rastros, pruebas o instrumentos del delito), lo cierto es que ocultar, alterar o hacer desaparecer son formas de obstaculizar la imposición o ejecución de una pena o medida de seguridad, y no medios a través de los cuales ayudar al autor a asegurar los beneficios del delito.

Lo mismo cabe afirmar respecto de España. Allí, en efecto, la postura mayoritaria considera que este delito está regulado tanto en el inciso 1.º como en el 2.º del artículo 451 del CP español. Sin embargo, el inciso 2.º tipifica los comportamientos de ocultar, alterar e inutilizar objetos del delito, lo que, de acuerdo con el criterio aquí propuesto, no conforma un supuesto de favorecimiento real sino de favorecimiento personal.

Como ya se dijo, el criterio y la clasificación que utilizan la opinión dominante argentina y española a estos efectos no es correcta ni surge de la letra de la ley. No existe, por tanto, ningún impedimento para interpretar dichos textos correctamente y de manera más sistemática, como aquí se propone. De acuerdo con mi posición, entonces, corresponde concluir que el favorecimiento real está regulado (únicamente) en el apartado *e* del inciso 1.º del artículo 277 del CP argentino¹⁴⁸, y en el inciso 1.º del artículo 451 del CP español.

Por supuesto que, no obstante lo dicho en el párrafo anterior —y tal como fue señalado al analizarse el favorecimiento personal—, *de lege ferenda* habría que decir que los delitos regulados de manera conjunta en el artículo 277 del CP argentino y en el artículo 451 del CP

¹⁴⁷ CREUS, *Derecho Penal. Parte Especial*, t. 2, 6ª ed., 1997, p. 345. Esta idea se repite textualmente en CREUS/BUOMPADRE, *Derecho Penal. Parte Especial*, t. 2, 7ª ed., 2007, p. 379. En sustancia ésta es también la concepción dominante en España (véase, por ejemplo, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en LUZÓN PEÑA (dir.), *Enciclopedia penal básica*, 2002, p. 651).

¹⁴⁸ De acuerdo con lo que se afirmará sobre la receptación, algunos supuestos del apartado *c* también pueden serlo.

español deberían ser legislados de manera separada, independiente y en forma más clara. Así, respecto de esto último sería conveniente reemplazar los términos “provecho”, “producto” o “precio” por “beneficios”, como dice el § 257 StGB, que prohíbe el favorecimiento real en Alemania, porque ese término es más amplio que los dos anteriores y genera menos dudas respecto de lo que queda incluido en dicho concepto.

A modo de síntesis, el análisis del favorecimiento real realizado aquí tuvo dos objetivos bien diferenciados: por un lado, interpretar correctamente la legislación vigente y, por el otro, proponer una interpretación superadora. En relación con lo primero, mis mayores críticas se concentraron y dirigieron a la interpretación efectuada por la opinión dominante argentina y española al enunciado que tipifica el favorecimiento real y, luego, propuse una interpretación que, a mi juicio, sería la correcta. Una vez concluido ese análisis, sostuve cómo debería regularse este delito en aras de alcanzarse esa mayor claridad.

5. La receptación en Argentina: una forma de favorecimiento

5.1. Presentación

Para la postura argentina mayoritaria, el delito tipificado en el apartado c, inciso 1.º del artículo 277 del CP argentino, al que denomina “receptación”, consiste en adquirir, recibir u ocultar dinero, cosas o bienes provenientes de un delito, sin fines de lucro, poniendo en peligro, por lo menos abstracto, el correcto funcionamiento de la administración de la justicia, en su función específica de localizar y recuperar las cosas que fueron objeto de un delito previo.

Como se ve, el tipo penal básico de lo que en Argentina se denomina “receptación” no exige que dichas conductas hayan sido realizadas con fin de lucro. La presencia de fin de lucro, en todo caso, *agrava* los tipos penales prescriptos en el artículo 277 del CP argentino, esto es: el favorecimiento real, el favorecimiento personal, la omisión de denuncia e, incluso, lo que se comprende allí por receptación¹⁴⁹.

5.2. Críticas a la idea dominante. Toma de postura

Ahora bien, aquello que, en Argentina, la doctrina entiende por “receptación” constituye, a mi juicio, una forma de *favorecimiento*. Para ser más clara, considero correcta la interpretación que la doctrina argentina dominante lleva a cabo del apartado c, inciso 1.º del artículo 277 del CP argentino¹⁵⁰. Lo que encuentro incorrecto es que a ello se lo denomine “receptación”, y que se lo confunda con lo que en el derecho comparado, con bastante consenso, se conoce como tal.

Autores argentinos más antiguos, como por ejemplo NÚÑEZ¹⁵¹ y SOLER¹⁵², sostenían algo similar a lo planteado en el párrafo anterior, en tanto consideraban que la receptación, por lo menos

¹⁴⁹ Recuérdese que el inciso 3.º del artículo 277 CP reza: “3. La escala penal será aumentada al doble de su mínimo y máximo, cuando: (...) b) El autor actuare con ánimo de lucro”.

¹⁵⁰ Un análisis detallado y profundo sobre estas cuestiones puede encontrarse en VERDE, *La receptación como delito contra el mercado formal*, 2019, pp. 43 ss., 127 ss.

¹⁵¹ Véase NÚÑEZ, *Manual de derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., 1999, p. 458. Este autor explica el delito de receptación conforme al texto legal posterior a la última dictadura militar argentina, el cual rezaba: “Artículo 277. El que, sin promesa anterior al delito, cometiere después de su ejecución, alguno de los

conforme a la legislación argentina, era una forma de cometer favorecimiento real. SOLER, por ejemplo, decía que “la receptación es propiamente encubrimiento... [en tanto] las acciones que lo constituyen (adquirir, recibir, ocultar o intervenir en esas operaciones) son maneras de favorecimiento real”¹⁵³. Este autor refuerza dicha idea cuando, al explicar la receptación, sostiene que “la acción debe tender al entorpecimiento de la acción de la autoridad y es por ello que no resulta suficiente la conciencia de que se realiza una operación lucrativa y la duda de que tal vez la cosa provenga de un delito”¹⁵⁴.

A mi entender, sin embargo, más allá de estos casos aislados —en los que, no obstante, la fundamentación de esta idea no resulta del todo clara—, en Argentina y en la mayoría de los países de Latinoamérica la doctrina no maneja criterios adecuados ni precisos para diferenciar entre los delitos de receptación y de favorecimiento real, y entre este último y el de favorecimiento personal. Quizás por ello no se ha logrado, hasta ahora, interpretar y regular legislativamente en forma adecuada ninguno de esos delitos, en particular el de receptación¹⁵⁵.

La tipificación en la parte especial como delitos autónomos y, por tanto, diferentes del delito anterior, de los comportamientos de favorecimiento real, favorecimiento personal y receptación fue históricamente muy compleja en la mayoría de los países y, además, en sus comienzos, fue resistida por la doctrina, que durante mucho tiempo los trató como categorías de la parte general, concretamente como formas de participación en el delito previo¹⁵⁶.

siguientes hechos: 3) Guardar, esconder, vender o recibir en prenda o en cambio los efectos sustraídos”. Si bien la ley no exige expresamente fin de lucro y NÚÑEZ no se manifiesta en ningún sentido al respecto, podría pensarse que el verbo típico “vender” es una conducta que incluye este requisito.

¹⁵² Cabe aclarar que SOLER muere en el año 1980, es decir, durante la dictadura militar. Por ello, al interpretar el delito de receptación lo hace con base en un tipo diseñado por él. En efecto, en la ley de facto n.º 21.338 de 1976, que modificó el CP argentino, los comportamientos de encubrimiento y receptación estaban regulados en diferentes artículos. La base de esa reforma fue el denominado “Proyecto de Soler de 1960”: véase ZAFFARONI/ARNEDO, *Digesto de codificación penal argentina*, t. 7, 1996, p. 252. Mediante la ley 23.077, dictada en 1984 tras el restablecimiento de la democracia en Argentina, se dejó sin efecto la ley 21.338, que había modificado el CP argentino en el año 1976, y volvió a estar vigente el texto del CP de 1921 (Véase, por todos, ZAFFARONI/ARNEDO, *Digesto de codificación penal argentina*, t. 7, 1996, pp. 377 y ss.). En consecuencia, las conductas de encubrimiento y receptación volvieron a estar reguladas en un único artículo del CP (el 277), como delitos contra la administración pública.

¹⁵³ SOLER, *Derecho penal argentino*, t. V, 4ª ed., 1992, p. 348.

¹⁵⁴ SOLER, *Derecho penal argentino*, t. V, 4ª ed., 1992, p. 349. Aun así, Soler reconocía que la receptación afectaba —de algún modo— también al patrimonio (ibíd.).

¹⁵⁵ Este problema se vio agravado con la incorporación del delito de lavado de activos, dado que éste, en la mayoría de los casos, suele incluir formas de favorecimiento real y de receptación. Sólo por mostrar un ejemplo diferente a lo que ocurre en Argentina, en el artículo 1.º de la ley 9613 de Brasil, ocultar la localización de bienes provenientes de un delito configura el tipo penal de lavado de activos, el cual prevé una pena de tres a diez años de prisión y no requiere que el autor realice esa conducta para dar apariencia de legalidad a dichos bienes. La conducta descrita es una forma de favorecimiento castigada con una pena exageradamente alta. Lo mismo ocurre tanto en España como en Alemania, tal como se explicará más adelante.

¹⁵⁶ Sobre estas cuestiones véase, entre muchos otros, véase WOLFF, *Begünstigung, Strafvereitelung und Hehlerei*, 2001, pp. 37 ss.; GHAN, *Die Begünstigung. Eine strafrechtliche Studie*, 1910, pp. 11 ss.; GREENER, *Begünstigung und Hehlerei in historisch-dogmatischer Darstellung*, 1879, pp. 45 ss.; NEUMANN, *Reform der Anschlußdelikte*, 2007, pp. 51 ss.; VERDE, *La receptación como delito contra el mercado formal*, 2019, pp. 43 ss., 74 ss.

La falta de criterios claros para delimitar y definir correctamente cada uno de esos delitos tiene, entonces, razones históricas que se remontan a varios siglos anteriores, evolución que no ha sido objeto de un estudio detallado en Argentina. Por otra parte, el examen de los delitos de encubrimiento y el de receptación ha perdido el interés de los autores, que desde hace algunos años se dedican principal o exclusivamente a estudiar el delito de lavado de activos¹⁵⁷, sin advertir que ello los conduce a interpretar de manera incorrecta también a ese delito. En Alemania, por su parte, sólo en la última reforma del StGB de 1974 se logró una delimitación correcta entre las conductas en cuestión.

Para la postura argentina dominante, “recibir”, en el contexto del artículo 277 del CP argentino, significa básicamente “tomar” cosas, bienes o dinero que fueron objeto de un delito anterior, en el cual el que recibe no ha tenido ninguna clase de participación, de otro que lo entrega, envía o da¹⁵⁸, para evitar o dificultar que la autoridad las encuentre y recupere¹⁵⁹. Por su parte, los autores argentinos consideran que la conducta de “adquirir” sin fin de lucro (como lo exige el apartado c, inciso 1.º del artículo 277 del CP argentino) puede ser realizada, no obstante, a título oneroso¹⁶⁰. Ahora bien, una adquisición a título oneroso, pero sin fin de lucro, sólo podría ocurrir si el que adquiere una cosa de origen ilegal, sabiendo eso, paga el precio de mercado o incluso uno más caro. Esa, sin embargo, es una hipótesis extravagante, o en el mejor de los casos muy excepcional, y por tanto no puede configurar el supuesto paradigmático de la receptación¹⁶¹, que es el que corresponde definir en todo tipo penal básico.

Las personas, en efecto, no cometen delitos patrimoniales si no van a obtener algún beneficio económico por ello. Los que concurren al mercado negro, por ejemplo, lo hacen porque las cosas que allí se venden, como consecuencia de su origen ilícito, cuestan menos, o porque no se les exige algún requisito que les impide o dificulta adquirirlas por vía legal. Entonces, si bien es cierto que adquirir una cosa a cambio de un precio no implica *per se* o en todos los casos un fin de lucro por parte del adquirente, no obstante es muy importante recalcar que la gran mayoría de los que son considerados de receptación están acompañados y se caracterizan por ese fin de lucro. De allí que, como ya dije, dejar afuera de la tipicidad básica precisamente a los casos más usuales no parece adecuado desde un punto de vista político criminal.

Según la legislación argentina, entonces, el tipo penal básico de receptación no permite capturar a sus casos paradigmáticos, como por ejemplo la compra de algún objeto robado en el

¹⁵⁷ Algunos ejemplos de monografías que se han desarrollado en los últimos años sobre el delito de lavado de dinero en Argentina son los siguientes: BERMEJO, *Prevención y castigo del blanqueo de capitales. Un análisis jurídico-económico*, 2015; CÓRDOBA, *Delito de lavado de dinero*, 2015; BLANCO, «Luces y sombras en la nueva ley de lavado de activos», *Antecedentes Parlamentarios. Ley 26.683, Encubrimiento y lavado de activos de origen ilícito*, julio 2011, n.º 6; D'ALBORA, *Lavado de dinero*, 2ª ed., 2011.

¹⁵⁸ Así, entre otros, MILLÁN, *El delito de encubrimiento*, 1970, p. 158; CREUS/BUOMPADRE, *Derecho Penal. Parte Especial*, t. III, 7ª ed., 2007, p. 379; DONNA, *Derecho penal. Parte especial*, t. III, 2ª ed., 2012, p. 549.

¹⁵⁹ Sobre esta cuestión, véase, CREUS/BUOMPADRE, *Derecho Penal. Parte Especial*, t. III, 7ª ed., 2007, p. 379; DONNA, *Derecho penal. Parte especial*, t. III, 2ª ed., 2012, p. 553.

¹⁶⁰ Así DONNA, *Derecho penal. Parte especial*, t. III, 2ª ed., 2012, p. 549; CREUS/BUOMPADRE, *Derecho Penal. Parte Especial*, t. III, 7ª ed., 2007, p. 379, etc.

¹⁶¹ El ejemplo paradigmático de receptación consiste en comprar cosas robadas. Los que se dirigen al mercado negro para adquirir cosas provenientes de un delito, lo hacen normalmente motivados por el fin de lucro, es decir, porque quieren pagar por lo que adquieren un valor más bajo que el del mercado legal.

mercado negro a un precio más bajo que el fijado por el mercado legal. Esa conducta, en Argentina, es ya receptación agravada, lo cual no resulta convincente.

Fuera de ello, más preocupante aún es que, si se aceptase como correcta esa interpretación dominante en Argentina (que considera que este delito afecta a la administración de justicia y no al patrimonio o al mercado formal)¹⁶², entonces los casos estándares de receptación no podrían siquiera ser subsumidos en el tipo penal de receptación agravada por fin de lucro, porque ello, *per se*, no implica una afectación a la actuación de la justicia. Una consecuente aplicación de la ley de acuerdo con esta interpretación mayoritaria conduciría, pues, a que sólo podría haber receptación agravada por fin de lucro si quien adquiere en el mercado negro una cosa robada a un precio más económico ayuda al autor o partícipe del delito anterior a que no sea descubierto por la investigación o quita esas cosas de la posibilidad de que la autoridad las descubra y recupere. Y esa es otra consecuencia inaceptable. He desarrollado con detalle este y otros argumentos relativos a lo que entiendo debería ser una correcta concepción del delito de receptación en otro lugar, al que corresponde remitir¹⁶³.

6. Los delitos de favorecimiento personal y real frente al de lavado de activos

No es objeto de este artículo llevar a cabo un análisis pormenorizado del delito de lavado de activos¹⁶⁴, porque ello exigiría la redacción de un trabajo independiente. No obstante, atento la vinculación que aquel delito tiene o ha tenido, en diferentes legislaciones, con los de encubrimiento y receptación¹⁶⁵, entiendo que es importante aclarar que la concepción aquí defendida, respecto tanto del favorecimiento personal como del real, no representa un obstáculo para lograr una delimitación correcta entre estos delitos y el lavado de activos, sino todo lo contrario.

Ello no es en absoluto un problema cuando el lavado de activos, como ahora en Argentina, está regulado sin incluir en su tipicidad las acciones típicas propias de los delitos de encubrimiento, y cuando el núcleo de la tipicidad objetiva viene dado por la posibilidad de que, con las conductas señaladas por la ley, se pongan en circulación en el mercado formal bienes provenientes de un delito previo, con la consecuencia posible de que adquieran apariencia de licitud¹⁶⁶. Eso tiene la virtud de poner el foco en lo que genuinamente diferencia al lavado de

¹⁶² Véase, por todos, CREUS, *Derecho Penal. Parte Especial*, t. II, 6ª ed., 1997, p. 345; CREUS/ BUOMPADRE, *Derecho Penal. Parte Especial*, t. II, 7ª ed., 2007, p. 379.

¹⁶³ Un estudio sistemático y detallado sobre estas cuestiones puede encontrarse en VERDE, *La receptación como delito contra el mercado formal*, 2019, pp. 97 ss., 141 ss.

¹⁶⁴ Al sólo efecto de abreviar utilizaré la denominación argentina de “lavado de activos” para nombrar lo que en España se llama “blanqueo de capitales” y en Alemania “lavado de dinero”.

¹⁶⁵ Ello, por ejemplo, ocurría antes en Argentina cuando el lavado de activos estaba legislado en el viejo artículo 278 del CP como una hipótesis más de encubrimiento, aunque con notas suficientes de especificidad que tornaban sencilla su delimitación con las variantes más tradicionales del favorecimiento real y personal; y ocurre ahora tanto en España como en Alemania, atento la actual redacción de artículo 301 del CP español y del § 261 del StGB alemán, como enseguida se verá.

¹⁶⁶ Esto es, en efecto, lo que ha logrado el actual artículo 303.1 del CP argentino, al establecer que comete lavado de activos quien “convirtiere, transfiriere, administrare, vendiere, gravare, disimulare o de cualquier otro modo pusiere en circulación en el mercado bienes provenientes de un ilícito penal, con la consecuencia posible de que el origen de los bienes originarios o los subrogantes adquieran la apariencia

activos de otras clases de conductas posdelictuales que también pueden ser ilícitas, como, precisamente, las de encubrimiento y receptación, a saber: que bienes provenientes de un delito puedan adquirir apariencia de licitud por su reintroducción al mercado formal. En eso consiste el núcleo conceptual del lavado de activos¹⁶⁷, mientras que no es necesario que ocurra para que haya favorecimiento real o personal ni es un presupuesto del delito de receptación, sino todo lo contrario.

¿Pero qué sucede con legislaciones como la española o la alemana, que en la tipificación del lavado de activos incluyen elementos arquetípicos de las figuras de encubrimiento y receptación? En España, por ejemplo, el artículo 301 del CP, al describir el tipo básico de lavado de activos, incluye la acción típica “adquirir”, emparentando así a este delito con la receptación; y contiene, asimismo, la finalidad de “ocultar o encubrir su origen ilícito” y la de “ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos”. La vinculación de esta última finalidad con el delito de favorecimiento personal (conforme a lo explicado hasta aquí) es obvia. Algo similar ocurre con el § 261 StGB, que contiene la acción típica de “ocultar” los bienes provenientes de un delito y la de frustrar la investigación del origen de esos bienes, o su decomiso, o su confiscación e incautación, en cuyo caso son obvias las similitudes con el favorecimiento real. Frente a ello, bien podría pensarse que los criterios propuestos más arriba pueden ser útiles para diferenciar al favorecimiento real del personal, pero que no lo son para distinguir a cualquiera de éstos con el lavado de activos. A mi juicio, sin embargo, esa sería una conclusión un tanto apresurada.

Ante todo hay que reconocer que el legislador, en Alemania y en España, e incluso tras varias reformas, ha dejado como saldo una conceptualización legal muy confusa del lavado de activos, precisamente —y entre otras cosas— por esas inadecuadas conexiones con los elementos típicos de las distintas formas de encubrimiento y de la receptación, y que eso sin dudas dificulta la tarea de diferenciar dichos tipos penales entre sí. Al menos en relación con el lavado de activos, entonces, la regulación argentina es técnicamente preferible. Serían deseables, pues, nuevas modificaciones en esas legislaciones europeas, que tomen en cuenta lo aquí señalado. Ese desenlace, sin embargo, no es en absoluto esperable, sobre todo por la fuerte presión en contrario de organismos como el GAFI, con su comprensión excesivamente amplia del lavado de activos¹⁶⁸. Resulta pertinente, por lo tanto, proponer para España y Alemania, siquiera sintéticamente¹⁶⁹, una interpretación *de lege lata* que procure armonizar la aplicación de los tipos de favorecimiento real y personal también con el de lavado de activos.

de un origen lícito, y siempre que su valor supere la suma de pesos trescientos mil, sea en un solo acto o por la reiteración de hechos diversos vinculados entre sí”.

¹⁶⁷ Véase al respecto, entre muchos, CÓRDOBA, *Delito de lavado de dinero*, 2015, pp. 44 ss., 48 y ss.; BLANCO, *Técnicas de investigación del lavado de activos: persecución del lavado de activos desde el Poder Judicial y el Ministerio Público Fiscal*, 2013, pp. 9 ss.

¹⁶⁸ Dicha presión es ejercida, sobre todo, en los procesos de evaluación mutua que coordina el GAFI entre sus países miembros. Por sólo citar un ejemplo relacionado con esa máxima amplitud que se pretende imponer para la tipificación del lavado de activos véase GAFI/GAFILAT, *Medidas antilavado y contra la financiación del terrorismo. México: informe de evaluación mutua*, 2018, p. 139 (disponible asimismo en <http://www.fatf-gafi.org/publications/mutualevaluations/documents/mer-mexico-2018.html>).

¹⁶⁹ Es decir, al solo efecto de dotar de completitud a este artículo; ya he aclarado que un estudio pormenorizado del tipo penal de lavado de activos, en la legislación que sea, requeriría un trabajo específico. Para Alemania véase, entre muchos, ARZT, «Geldwäscherei – eine neue Masche zwischen Hehlerei, Strafvareitelung und Begünstigung», *NStZ*, 1990, pp. 1 ss., EL MISMO, *JZ*, 1993; VOGEL, «Geldwäsche – ein europaweit harmonisierter Straftatbestand?», *ZStW*, (109-2), 1997, pp. 335 ss.;

Creo, en ese sentido, que la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español (en adelante TS), en particular la sentada a partir de la sentencia STS 265/2015 del 29 de abril de 2015¹⁷⁰, va, tendencialmente, por el camino correcto, al menos en tanto procura una interpretación del tipo de lavado de activos suficientemente restrictiva como para que siquiera sea posible distinguirlo de los delitos de encubrimiento y de receptación, que es precisamente lo que interesa aquí. Si bien no puede negarse que dicha jurisprudencia apenas tiene base legal, lo cierto es que si el énfasis interpretativo se coloca no tanto en las acciones mencionadas en la ley (“ocultar o encubrir”) sino en su objeto (“su origen ilícito”), el resultado puede ser auspicioso.

Así, “lava activos” quien lleva a cabo cualquiera de las acciones indicadas en la ley que tenga por finalidad dar apariencia de licitud al origen delictivo de esos bienes¹⁷¹. En cambio, el que adquiera, oculte, encubra o ayude sin esa finalidad específica comete favorecimiento (personal o real, según el caso y en función de los criterios sentados aquí) o receptación¹⁷². De modo similar debería ser interpretado el § 261 StGB¹⁷³.

Por su parte, el disfrute del autor o partícipe del delito previo de los beneficios obtenidos por la comisión de ese hecho ilícito, en tanto no involucre una conducta de enmascaramiento del origen de dichas cosas, no es (ni debe ser) típica. Una situación diferente es la ayuda prestada por un tercero ajeno al delito previo para que su autor o partícipe disfrute del provecho que obtuvo por cometerlo. En este último caso, se tratará del delito de lavado de dinero, si la maniobra incluye la finalidad de borrar o disimular el origen delictivo de los bienes, o de favorecimiento real, si no lo hace.

TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht. Besonderer Teil*, 3ª ed., 2011, pp. 183. Para España, por su parte, véase, entre otros, DEL-CARPIO-DELGADO, «Sobre la necesaria interpretación y aplicación restrictiva del delito de blanqueo de capitales», *InDret*, (4), 2016; ABEL SOUTO, «Blanqueo, innovaciones tecnológicas, amnistía fiscal de 2012 y reforma penal», *RECPC*, 2012, (14-14), pp. 1 ss. Disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/14/recpc14-14.pdf>; BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, 4ª ed., 2015. Personalmente me he ocupado de diferentes aspectos del lavado de activos en otras publicaciones. Véase por ejemplo VERDE, *En Letra Derecho Penal*, (2), 2016, pp. 55-85 (Disponible en: <http://www.enletrapenal.com/#!blank-2/xtwa0>); LA MISMA, *Derecho Penal y Procesal Penal*, (8), 2016, pp. 1501 ss.

¹⁷⁰ Este criterio se repite y perfecciona en sentencias posteriores, como por ejemplo: STS 408/2015 del 8 de julio de 2015, STS 165/2016 del 2 de marzo de 2016 y STS 331/2017 del 10 de mayo de 2017.

¹⁷¹ Mejor sería todavía que sólo se exija que dichas acciones deban tener como *resultado posible* esa disimulación del origen ilícito de los bienes, pero el texto español, desafortunadamente, trata a dicha exigencia no como un elemento del tipo objetivo, sino como un elemento subjetivo del tipo distinto del dolo.

¹⁷² El TS, al referirse a las diferencias que, según su criterio, existen entre el lavado de activos y la receptación, lo dice, muy resumidamente, de este modo: “ambos se refieren a una intervención postdelictiva, pero la actividad que se sanciona (esto es, el lavado de activos) tiene una finalidad distinta” (sentencia STS 265/2015 del 29 de abril de 2015 –el paréntesis me corresponde). También sostiene, en este sentido, que “la característica principal del blanqueo no reside en el mero disfrute o aprovechamiento de las ganancias ilícitas, ni siquiera en darles ‘salida’, para posibilitar de modo indirecto ese disfrute, sino que se sanciona en consideración al ‘retorno’, en cuanto eslabón necesario para que la riqueza así generada pueda ser introducida en el circuito económico (sentencia STS 265/2015 del 29 de abril de 2015 y ejemplo: STS 408/2015 del 8 de julio de 2015, STS 165/2016 del 2 de marzo de 2016 y STS). Las cursivas no me pertenecen.

¹⁷³ Sobre el delito de lavado de activos en Alemania y sus diferencias con el encubrimiento y la receptación, véase, entre otros, ARZT, *NStZ*, 1990, pp. 1 ss.; WESSELS/HILLENKAMP, *Strafrecht. Besonderer Teil 2: Straftaten gegen Vermögenswerte*, 34ª ed., 2011, pp. 434 s., 439 s.

7. Conclusiones

En este trabajo se brindó una descripción sobre cuál es el daño y la ilicitud material de los comportamientos de favorecimiento personal y favorecimiento real que, a mi juicio, es la correcta, porque permite, por un lado, definirlos con mayor precisión y, por el otro, diferenciar mejor una de otra forma de encubrimiento.

En este sentido, se propuso un criterio diferente al sostenido por la opinión mayoritaria en Argentina y en España, el que permite, *de lege lata*, interpretar el alcance de las normas que regulan estas clases de conducta en ambos países de manera ordenada y correcta, y, de *lege ferenda*, torna posible una mejor comprensión de favorecimiento personal y favorecimiento real, en función de la cual puede ser pensada una reformulación de esos tipos penales que tienda a alcanzar una mayor precisión en su descripción, naturaleza y alcance.

Para ello, se expusieron las posturas alemanas más importantes desarrolladas sobre la ilicitud material de cada una de estas formas de favorecimiento y sobre el bien jurídico que protege su criminalización. También esas concepciones fueron sometidas a crítica y se tomó posición al respecto. En ese marco, se concluyó acerca de la necesidad de reformar los artículos 277 del CP argentino y 451 del CP español, que regulan los delitos de encubrimiento conjuntamente, y se expuso una propuesta sobre cómo deberían ser reguladas esas clases de conductas e, incluso, sobre cómo deberían ser denominados los tipos penales en cuestión.

Finalmente, sin perjuicio de que no se analizó en detalle el delito de receptación, se remarcó que ese delito no forma parte de los delitos de encubrimiento y que, por lo tanto, no debería estar legislado junto con aquellos, tal como de hecho ocurre en Argentina.

8. Bibliografía

ABEL SOUTO (2012), «Blanqueo, innovaciones tecnológicas, amnistía fiscal de 2012 y reforma penal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (14-14), pp. 1 ss. (Disponible en internet: <http://criminnet.ugr.es/recpc/14/recpc14-14.pdf>).

ALCHOURRÓN/Eugenio BULYGIN (1993), *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires.

ALLFELD (1922), *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 8ª ed., Lipsia.

Karsten ALTENHAIN (2013), «§ 257», en KINDHÄUSER/NEUMAN/PAEFFGEN, *Strafgesetzbuch*, 4ª ed., Nomos, Baden-Baden.

————— (2013), «§ 258», en KINDHÄUSER/NEUMAN/PAEFFGEN, *Strafgesetzbuch*, 4ª ed., Nomos, Baden-Baden.

————— (2013), «§ 261», en KINDHÄUSER/NEUMAN/PAEFFGEN, *Strafgesetzbuch*, 4ª ed., Nomos, Baden-Baden.

————— (2002), *Das Anschlußdelikt*, Tübingen.

AMELUNG (1978), «Vorteilssicherung und Angehörigenprivileg. Eine Studie zum Verhältnis zwischen den beiden Begünstigungstatbeständen», *Juristische Rundschau*, pp. 227 ss.

ARZT (1993), «Geldwäsche und rechtsstaatlicher Verfall», *Juristische Zeitung*, pp. 913 ss.

————— (1990), «Geldwäscherei – eine neue Masche zwischen Hehlerei, Strafvereitelung und Begünstigung», *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, pp. 1 ss.

BERMEJO (2015), *Prevención y castigo del blanqueo de capitales. Un análisis jurídico-económico*, Marcial Pons, Madrid.

BINDING (1905), *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts*, t. II, 2ª ed., Engelmann, Lipsia.

————— (1902), *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts*, t. I, 2ª ed., Engelmann, Lipsia.

BLANCO (2011), «Luces y sombras en la nueva ley de lavado de activos», *Antecedentes Parlamentarios. Ley 26.683, Encubrimiento y lavado de activos de origen ilícito, julio 2011, n.º 6*.

————— (2013), *Técnicas de investigación del lavado de activos: persecución del lavado de activos desde el Poder Judicial y el Ministerio Público Fiscal*, La Ley, Buenos Aires.

BLANCO CORDERO (2015), *El delito de blanqueo de capitales*, 5ª ed., Aranzadi, Navarra.

BOCKELMANN (1951), «Über das Verhältnis der Begünstigung zur Vortat», *Neue Juristische Wochenschrift*, pp. 620 ss.

BUOMPADRE (2003), *Derecho penal. Parte especial*, t. III, Corrientes, Mave.

————— (2011), «Encubrimiento», en BAIGÚN/ZAFFARONI(dirs.), *Código Penal y normas complementarias*, t. XI, Hammurabi, Buenos Aires.

NEUMANN (2007), *Reform der Anschlußdelikte*, MV Wissenschaft, Münster.

CÓRDOBA (2015), *Delito de lavado de dinero*, Hammurabi, Buenos Aires.

CREUS (1997), *Derecho Penal. Parte Especial*, t. II, 6ª ed., Astrea, Buenos Aires.

CREUS/BUOMPADRE (2007), *Derecho penal. Parte especial*, t. II, 7ª ed., Astrea, Buenos Aires.

D'ALBORA (2011), *Lavado de dinero*, 2ª ed., Ad-Hoc, Buenos Aires.

D'ALESSIO (2011), *Código penal de la Nación*, D'ALESSIO (dir.), t. II, 2ª ed., La Ley, Buenos Aires.

DEL-CARPIO-DELGADO (2016), «Sobre la necesaria interpretación y aplicación restrictiva del delito de blanqueo de capitales», *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, (4), pp. 1 ss.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (2002), «Encubrimiento o favorecimiento», en LUZÓN PEÑA (dir.), *Enciclopedia penal básica*, Comares, Granada.

DONNA (2012), *Derecho penal. Parte especial*, t. III, 2ª ed., Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires.

DUFF (2013), «Repairing Harms and Answering for Wrongs», *Legal Studies Research Paper Series*, (14-6), pp. 212 ss.

EISELE (2009), *Strafrecht-Besonderer Teil II: Eigentumsdelikte, Vermögensdelikte und Urkundendelikte*, Kohlhammer, Stuttgart.

FAHL (2009), «Anmerkung. BHG 1° StR 4/09, 18.02.2009», *Juristische Zeitung*, pp. 747 ss.

FEINBERG (1984), *Harm to Others*, Oxford University Press, Nueva York.

GAFI/GAFILAT (2016), *Estándares internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos, el financiamiento del terrorismo y el financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva. Las recomendaciones del GAFI, UIF Bolivia/OCDE/GAFI/GAFILAT*, La Paz.

GAFI/GAFILAT (2018), *Medidas antilavado y contra la financiación del terrorismo. México: informe de evaluación mutua*, París.

GEERDS (1988), «Begünstigung und Hehlerei. Zur kriminologischen Problematik der §§ 257, 259, 260 StGB und zu daraus zu ziehen strafrechtlichen Konsequenzen», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, pp. 243 ss.

GHAN (1910), *Die Begünstigung. Eine strafrechtliche Studie*, Heidelberg.

GILI PASCUAL (1999), *El encubrimiento en el Código penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia.

GÖSSEL/DÖLLING (2004), *Strafrecht. Besonderer Teil 1: Straftaten gegen Persönlichkeits- und Gemeinschaftswerte*, 2ª ed., C.F. Müller, Stuttgart.

GREENER (1879), *Begünstigung und Hehlerei. Historisch-dogmatische Darstellung*, Ackermann, München.

HÖRNLE (2006), «Anschlussdelikte als abstrakte Gefährdungsdelikte — Wem sind Gefahren durch verbotene Märkte zuzurechnen?», en HOYER/MÜLLER/PAWLIK/WOLTER (eds.), *Festschrift für Friederich-Christian Schroeder*, Müller, Heidelberg, pp. 477 ss.

HUSAK (2008), *Overcriminalization*, Oxford University Press, Nueva York.

JAHN (2014), «§ 261», en SATZGER/SCHLUCKEBIER/WIDMAIER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 2ª ed, Carl Heymanns, Colonia.

JANSON (1992), *Begünstigung und Hehlerei vor dem Hintergrund des Rückerwerbes von Diebesbeute*, Dr. Kovač, Hamburgo.

KOHLRAUSCH/LANGE (1959), «§ 257 I», *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen und Nebengesetzen*, 42^a ed., Gruyter, Berlín.

LENCKNER (1973), «Straf- und Strafprozeßrecht», *Juristische Zeitung*, pp. 781 ss.

von LISZT (1921), *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 23^a ed., Gruyter & Co., Berlín.

LUZÓN CUESTA (2008), *Compendio de Derecho Penal. Parte especial*, 15^a ed., Dykinson, Madrid.

MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD (1991), *Strafrecht. Besondere Teil*, t. II: *Straftaten gegen Gemeinschaftswerte*, 7^a ed., Müller, Heidelberg.

MIEHE (1970), «Die Schutzfunktion der Strafdrohungen gegen Begünstigung und Hehlerei», en BARTH (coord.), *Festschrift für Richard M. Hönig zum 80. Geburtstag, 3. Januar 1970*, Otto Schwartz, Gotinga, pp. 91 ss.

MILL (1859), *On liberty*, Londres (recurso de internet: <http://www.philosophy.uw.edu.pl/wp-content/uploads/J.S.Mill-On-Liberty-Ch.12.pdf>).

MILLÁN (1970), *El delito de encubrimiento*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

MITSCH (2003), *Strafrecht. Besonderer Teil 2, t. 1: Vermögensdelikte*, 2^a ed., Springer, Berlín.

MOORE (1997), *Placing Blame*, Oxford University Press, Oxford.

MUÑOZ CONDE (2010), *Derecho penal. Parte especial*, 18^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia.

NAGLER (1951), «§ 257», en LAUFHÜTTE/RIZZING-VAN SAAN/TIEDEMANN, *Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch*, 7^a ed., De Gruyter, Berlín.

NÚÑEZ (1999), *Manual de derecho penal. Parte especial*, 2^a ed., Lerner, Córdoba.

OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte*, 7^a ed., 2005, Gruyter, Berlín.

PUPPE (2013), «§ 16», en KINDHÄUSER/NEUMAN/PAEFFGEN, *Strafgesetzbuch*, 4^a ed., Nomos, Baden-Baden.

QUINTERO OLIVARES (2009), «De la receptación y otras conductas afines», en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, 8^a ed., Thomson Reuters, Madrid.

RENGIER (2013), *Strafrecht. Besonderer Teil I: Vermögensdelikte*, 15^a ed., Beck, Múnich.

RIPSTEIN (2006), *Beyond the Harm Principle*, Philosophy and Public Affairs, (34-3), pp. 215 ss.

RUIZ RODRÍGUEZ (2001), *El delito de encubrimiento*, Atelier, Barcelona.

RUB (1994), «257», en LAUFHÜTTE/RIZZING-VAN SAAN/TIEDEMANN, *Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch*, 7ª ed., De Gruyter, Berlín.

SAMSON (1985), *Strafrecht II*, 5ª ed., Alfred Metzner, Fráncfort del Meno.

SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ (2004), *¿Encubridores o cómplices? Contribución a una teoría global de las adhesiones post-ejecutivas*, Thomson-Civita, Madrid.

————— (2001), «A propósito de la relación entre el encubrimiento y la complicidad en el hecho previo», en LASCANO (dir.), *Nuevas Formulaciones en las ciencias penales. Homenaje a Claus Roxin*, Universidad de Córdoba, Córdoba, pp. 405 ss.

————— (1998), *El encubrimiento como delito*, Tirant lo Blanch, Valencia.

SCHRÖDER (1949), «Horst, "Begünstigung und Hehlerei"», en WEGNER (dir.), *Festschrift für Ernst Heinrich Rosenfeld*, De Gruyter, Berlín, pp. 161 ss.

SCHROEDER (1985), *Die Straftaten gegen das Strafrecht*, De Gruyter, Berlín.

SEEL (1999), *Begünstigung und Strafvereitelung durch Vortäter und Vortatteinehmer*, Duncker & Humblot, Berlín.

SEELMANN (1988), *Grundfälle zu den Eigentums- und Vermögensdelikten*, Beck, Múnich.

SELEME (2014), «¿Deben los filósofos morales aprender de los juristas?», *Doxa*, (37), pp. 263 ss.

SERRANO GÓMEZ/SERRANO MAÍLLO (2011), *Derecho penal. Parte especial*, 16ª ed., Dykinson, Madrid.

SOLER (1992), *Derecho penal argentino*, t. V, 4ª ed., Tea, Buenos Aires.

TIEDEMANN (2011), *Wirtschaftsstrafrecht. Besonderer Teil*, 3ª ed., Vahlen, Múnich.

VERDE (2019), *La receptación como un delito contra el mercado formal*, Marcial Pons, Madrid.

————— (2016), «La "receptación intermedia" como forma de lavado de dinero: ¿un tipo penal redundante?», *Derecho Penal y Procesal Penal*, (8), pp. 1501 ss.

————— (2016), «Subsunción alternativa en la condena (Wahlfeststellung): Examen de su legitimidad constitucional», *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, (1), pp. 1 ss.

————— (2016), «¿Es el autolavado de dinero un delito posterior co-penado?», *En Letra Derecho Penal*, (2), pp. 55 ss. (Disponible en: <http://www.enletrapenal.com/#!blank-2/xtwa0>).

————— (2015), «Discurso y praxis de la dogmática penal. Un ejemplo a partir de la dogmática de la estafa», *Revista de la Facultad* (Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba), (2), pp. 215 ss.

VOGEL (1997), «Geldwäsche - ein europaweit harmonisierter Straftatbestand?», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (109-2), pp. 335 ss.

WALTER (2010), «257», en LAUFHÜTTE/RIZZING-VAN SAAN/TIEDEMANN, *Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch*, 12ª ed., De Gruyter, Berlín.

————— (2010), «258», en LAUFHÜTTE/RIZZING-VAN SAAN/TIEDEMANN, *Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch*, 12ª ed., De Gruyter, Berlín.

WEISERT (1999), *Der Hilfeleistungsbegriff bei der Begünstigung*, Duncker & Humblot, Berlín.

WELZEL (1965), *Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, 9ª ed., Gruyter, Berlín.

WESSELS/BEULKE/SATZGER (2018), *Derecho penal. Parte general*, 46ª ed., (trad. de Raúl Pariona Arana), Instituto Pacífico, Lima.

WESSELS/HILLENKAMP (2013), *Strafrecht. Besonderer Teil 2: Straftaten gegen Vermögenswerte*, 36ª ed., C.F. Müller, Heidelberg.

————— (2011), *Strafrecht. Besonderer Teil 2: Straftaten gegen Vermögenswerte*, 34ª ed., C.F. Müller, Heidelberg.

WITTE (2004), *Gibt es eine Steuerhinterziehung nach einer vollendeten Steuerhinterziehung? Zugleich ein Beitrag zur Begünstigung*, Nomos, Baden-Baden.

WOLFF (2001), *Begünstigung, Strafvereitelung, Hehlerei*, Peter Lang, Fráncfort del Meno.

ZAFFARONI/ARNEDO (1996), *Digesto de codificación penal argentina*, t. 7, A-Z Editora, Buenos Aires.