

ALEJANDRA VERDE

**LA RECEPCIÓN
COMO DELITO
CONTRA EL MERCADO
FORMAL**

**Delimitación con el encubrimiento.
Delito posterior copenado**

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2019

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
PALABRAS PREVIAS	17
AGRADECIMIENTOS	19
INTRODUCCIÓN	23
1. PLAN DE LA OBRA	23
1.1. La primera parte.....	23
1.2. La segunda parte	26
1.3. Recapitulación	29
2. LA REGULACIÓN POSITIVA ACTUAL DEL ENCUBRIMIENTO Y DE LA RECEPCIÓN EN ALEMANIA, ESPAÑA Y ARGENTINA.....	30
2.1. La regulación positiva actual del encubrimiento y de la recepción en Alemania	30
2.2. La regulación positiva actual del encubrimiento y de la recepción en España.....	32
2.3. La regulación positiva actual del encubrimiento y de la recepción en Argentina	34

PRIMERA PARTE

EL ESTADO DE LA CUESTIÓN. EXPOSICIÓN Y CRÍTICA

PRECISIONES GENERALES, IMPORTANCIA Y OBJETIVOS	41
CAPÍTULO I. EL TRATAMIENTO LEGISLATIVO DEL ENCUBRIMIENTO Y DE LA RECEPCIÓN COMO DELITOS	43
1. EL TRATAMIENTO DEL ENCUBRIMIENTO Y DE LA RECEPCIÓN EN LAS LEGISLACIONES ALEMANA, ESPAÑOLA Y ARGENTINA DESDE FINALES DEL SIGLO XIX.....	43

	Pág.
1.1. En Alemania	43
1.1.1. El Código Penal para los estados prusianos de 1851: el delito de receptación	43
1.1.2. El Código Penal del Imperio alemán de 1871 (RStGB): los delitos de conexión.....	47
1.1.3. La reforma del RStGB alemán: el Código Penal alemán de 1974 (StGB).....	50
1.2. En España.....	51
1.2.1. Consideraciones preliminares	51
1.2.2. El Código Penal español de 1950: el delito de receptación.....	52
1.2.3. La reforma del Código Penal español de 1995: el delito de encubrimiento	54
1.3. En Argentina.....	55
1.3.1. Hasta la sanción del Código Penal del 1921	55
1.3.2. El Código Penal argentino de 1921: los delitos de encubrimiento	56
1.3.3. Argentina: las muy numerosas reformas legislativas ..	57
2. ALGUNAS DIFERENCIAS BÁSICAS ENTRE LOS TIPOS PENALES VIGENTES DE RECEPTACIÓN EN ALEMANIA, ESPAÑA Y ARGENTINA	61
CAPÍTULO II. EL DELITO DE RECEPTACIÓN EN LA DOCTRINA CONTEMPORÁNEA	65
1. INTRODUCCIÓN. PANORAMA GENERAL EN ALEMANIA, ESPAÑA Y ARGENTINA.....	65
2. LA TEORÍA DE LA PERPETUACIÓN	74
2.1. Aspectos generales.....	74
2.1.1. Los mismos argumentos para sostener lo opuesto	75
2.1.2. Receptación como una forma de participación: argumentos.....	76
2.1.2.1. Beling: la teoría de la autoría posterior.....	77
2.1.2.2. Bauer: la teoría de la participación subsiguiente.....	77
2.1.2.3. Von Buri: la teoría de la lesión al Derecho .	78
2.1.3. La infranqueable objeción de la causalidad	81
2.2. Diferentes versiones de la teoría de la perpetuación.....	83
2.2.1. La perpetuación como una nueva lesión del patrimonio de la víctima del delito previo.....	86

	Pág.
2.2.2. La perpetuación como una lesión que acentúa el daño al patrimonio de la víctima del delito previo.....	93
2.2.3. La receptación como la creación de un riesgo abstracto de no recuperar la cosa	97
2.2.3.1. ¿Cómo repercute de hecho la receptación respecto de las posibilidades reales de la víctima del delito anterior de recuperar la cosa?	101
2.2.3.2. La existencia del mercado negro, ¿disminuye la posibilidad real de la víctima del delito anterior de recuperar la cosa?	104
2.2.3.3. Acerca de la pretensión de restitución: la receptación como un delito contra la administración de justicia o como un delito contra el patrimonio	106
2.2.4. Conclusión	107
3. LA TEORÍA DE LA VIGENCIA DEL DERECHO (<i>RECHTS-GELTUNGSTHEORIE</i>)	108
3.1. Críticas a la teoría de la vigencia del Derecho.....	113
3.1.1. ¿Protección del Derecho penal?	113
3.1.2. Violación del principio de legalidad	114
3.1.3. Legitimación únicamente por razones preventivas	115
4. TEORÍAS MIXTAS	117
5. TEORÍA DEL APROVECHAMIENTO (<i>NUTZNIESSUNGSTHEORIE</i>)	120
6. LA RECEPTACIÓN COMO UN DELITO CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.....	123
6.1. En Alemania	123
6.2. En España	125
6.3. En Argentina.....	127
6.3.1. La delimitación entre el favorecimiento personal y el favorecimiento real	132
6.3.2. Una crítica a la tesis argentina	135
6.4. Conclusión	137
7. CONCLUSIÓN	138

SEGUNDA PARTE
**FUNDAMENTOS DE LEGE FERENDA
 PARA ALGUNAS REFORMAS NECESARIAS**

INTRODUCCIÓN	141
CAPÍTULO I. EL DAÑO DE LA RECEPCIÓN	147
1. INTRODUCCIÓN Y RECAPITULACIÓN.....	147
2. ¿LA RECEPCIÓN COMO DELITO CONTRA EL PATRIMONIO INDIVIDUAL DE LOS COMERCIANTES LEGALES?.....	153
3. EL DAÑO QUE PRODUCE LA RECEPCIÓN.....	156
3.1. Mercados formales y expectativas legítimas de venta.....	156
3.2. El daño propio de la recepción: ¿lesión o puesta en peligro de un mercado formal?.....	164
3.2.1. ¿Lesión efectiva? Diferencias entre lesionar un interés colectivo y uno individual.....	164
3.2.2. ¿Puesta en peligro concreta?.....	169
3.2.3. Puesta en peligro abstracta.....	170
3.3. Vulneración a los derechos de los participantes en el mercado formal.....	172
4. CONCLUSIÓN.....	173
CAPÍTULO II. LA ILICITUD MATERIAL O INCORRECCIÓN MORAL DE LA RECEPCIÓN	175
1. BREVE CONSIDERACIÓN METODOLÓGICA.....	175
2. IDENTIFICACIÓN DEL PRINCIPIO MORAL QUE VULNERA LA RECEPCIÓN.....	177
2.1. Algunas intuiciones iniciales.....	177
2.1.1. Consideración preliminar.....	177
2.1.2. ¿La recepción como trampa?.....	179
2.1.3. ¿La recepción como enriquecimiento ilícito?.....	181
2.2. Posible desvinculación entre daño e incorrección moral en la recepción.....	182
2.3. Introducción al «principio (moral) S»: patrimonio y sufrimiento. Personas físicas y jurídicas.....	184
2.4. Formulación del principio S. Fundamentación de su consistencia moral.....	188
2.5. Críticas y consideraciones acerca del principio S.....	193
2.6. Recepción de cosas que no fueron objeto del delito previo: evasión tributaria como delito precedente.....	198
2.7. El principio R.....	203

	Pág.
3. LA INCORRECCIÓN MORAL DE LA VENTA DE COSAS PROVENIENTES DE UN DELITO.....	204
4. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO R. QUÉ PUEDE Y QUÉ NO PUEDE SER CONSIDERADO «RECEPTACIÓN».....	206
4.1. Los presupuestos objetivos y subjetivos del aprovechamiento inmoral.....	206
CAPÍTULO III. EL OBJETO MATERIAL DE LA RECEPTACIÓN	211
1. INTRODUCCIÓN	211
2. UN BREVE ANÁLISIS <i>DE LEGE LATA</i>	212
3. LA OPINIÓN DE LA DOCTRINA Y DE LA JURISPRUDENCIA.....	214
3.1. Cosas, dinero o efectos	214
3.1.1. Alemania: «cosas»	214
3.1.2. España: «efectos»	215
3.1.3. Argentina: «cosas, dinero o efectos»	221
3.2. La relación del objeto material de la receptación con el delito previo. Los requisitos de identidad e inmediatez.....	225
3.3. La procedencia del objeto material de la receptación de un delito previo.....	232
4. VALORACIÓN CRÍTICA Y PROPUESTA <i>DE LEGE FERENDA</i> .	235
4.1. El objeto material de la receptación: cosas dentro del comercio provenientes de un hecho antijurídico.....	236
4.2. El dinero: ¿objeto material de la receptación?	238
4.3. El subrogante: ¿objeto material de la receptación?	242
CAPÍTULO IV. LA IMPUNIDAD DE LA AUTORRECEPTACIÓN.....	245
1. INTRODUCCIÓN	245
2. ARGUMENTOS FORMALES A FAVOR DE LA IMPUNIDAD DE LA AUTORRECEPTACIÓN: «PORQUE LO DICE LA LEY».....	246
3. ARGUMENTOS MATERIALES	251
3.1. La autonomía de la receptación respecto del delito anterior... ..	251
3.2. ¿Es impune la autorreceptación por ser un delito posterior copenado?.....	254
3.2.1. Introducción	254
3.2.2. El delito posterior copenado.....	256
3.2.2.1. Nociones básicas	256

	Pág.
3.2.2.2. Naturaleza jurídica	259
3.2.2.3. Algunas precisiones sobre los requisitos conceptuales del delito posterior copenado.	275
3.2.2.4. Ejemplos de casos de delitos posteriores copenados.....	287
4. LA RECEPCIÓN DE LOS AUTORES Y PARTÍCIPES DEL DELITO ANTERIOR, ¿UN DELITO POSTERIOR COPENADO?...	291
4.1. Aclaraciones preliminares sobre algunas acciones típicas de receptación en Alemania: «venta y ayuda en la venta»	292
4.2. La receptación cometida por el autor del delito anterior	295
4.3. La receptación cometida por el coautor del delito anterior	299
4.4. La receptación cometida por el partícipe del delito anterior....	305
 CAPÍTULO V. VENTA O ENTREGA DE COSAS PROVENIENTES DE UN DELITO.....	 309
 CAPÍTULO VI. LA NECESIDAD DE FIN DE LUCRO EN LA RECEPCIÓN Y EN LA VENTA O ENTREGA DE COSAS PROVENIENTES DE UN DELITO.....	 315
 CONCLUSIONES	 317
1. ACERCA DE LA PRIMERA PARTE DE LA INVESTIGACIÓN.	317
1.1. Sobre algunas cuestiones metodológicas	317
1.2. Sobre las doctrinas más antiguas	318
1.3. Sobre las «teorías de la perpetuación»	319
1.4. Sobre las teorías de la peligrosidad y de la vigencia del Derecho	321
1.5. Sobre las teorías de la afectación a la administración de justicia.....	322
2. ACERCA DE LA SEGUNDA PARTE DE LA INVESTIGACIÓN.	323
2.1. Sobre la distinción entre daño e ilicitud material (o incorrección moral).....	323
2.2. Sobre el daño de la receptación y el bien jurídico al que daña	324
2.3. Sobre la ilicitud material (o incorrección moral) de la receptación.....	326
2.4. Sobre el objeto del delito de receptación	327
2.5. Sobre la atipicidad (e impunidad) de la autorreceptación.....	327
2.6. Sobre la atipicidad de la venta de cosas provenientes de un delito	328
2.7. Sobre el fin de lucro como elemento del tipo básico de receptación.....	329

	<u>Pág.</u>
BIBLIOGRAFÍA	331
1. LIBROS, CAPÍTULO DE LIBROS Y ARTÍCULOS DE REVISTAS.....	331
2. JURISPRUDENCIA ALEMANA.....	343
3. PÁGINAS WEB	346

INTRODUCCIÓN

1. PLAN DE LA OBRA

1.1. La primera parte

Este trabajo se divide en dos partes, las cuales a su vez se subdividen en capítulos. En la primera se analiza brevemente el estado actual de la cuestión en Alemania, España y Argentina. Se aborda allí, concretamente, la regulación legislativa y el tratamiento dogmático y jurisprudencial del delito de receptación. Ahora bien, en esa primera parte, dicho análisis no se limita exclusivamente a la conducta de receptación, sino que, en algunas oportunidades y en la medida en que ello es indispensable, incluye también a las de favorecimiento real y favorecimiento personal o, en otras palabras, a todas las conductas típicas que hoy son abarcadas por los denominados «delitos de conexión» (Alemania), «delitos de referencia» (España) o «delitos de encubrimiento» (Argentina).

Una de las particularidades del comportamiento delictivo que aquí se estudia es su constante asociación y confusión con las conductas de encubrimiento. Ello se debe a que, durante siglos, la receptación fue considerada, precisamente, un delito de conexión, de referencia o de encubrimiento, al igual que el favorecimiento real y el favorecimiento personal. De hecho, en Argentina la receptación continúa siendo regulada y entendida como un delito de encubrimiento hasta hoy. Y en la Europa continental, por su parte, las delimitaciones más finas entre estas tres conductas delictivas se produjeron solo en el último siglo y medio.

Antes de eso, estos tipos penales fueron tratados como formas de participación en un delito cometido por otro, más específicamente como una participación ulterior en un delito ajeno previo. Esta otra particularidad relativa a la receptación (y al encubrimiento), junto con la mencionada en el párrafo anterior, ha marcado también el desarrollo dogmático de este tipo penal y ha dificultado su caracterización y distinción respecto de las conductas de favorecimiento real y personal. Ese tratamiento de la receptación como una forma de participación criminal puede verificarse ya desde pe-

riodos muy antiguos, como durante el Derecho romano¹, y en lo que se conoce como tradición continental europea, esa consideración se mantuvo en esos términos hasta mediados del siglo XIX², llegando incluso, en España, hasta finales del XX³.

Consecuentemente, estas modalidades delictivas estaban legisladas en la parte general, en el título relativo a la participación criminal, y no, como delitos autónomos, en la parte especial de los Códigos Penales⁴. Ello provocó que, más allá de los avances legislativos logrados en la última etapa de la evolución, incluso hoy continúen siendo muy complejas algunas cuestiones centrales de delimitación entre estos tres comportamientos típicos, producto en parte de la falta de claridad conceptual que, a mi juicio, todavía subsiste respecto de lo que cabe entender por receptación. De ahí que el trabajo se centre en este delito.

El objetivo de esta primera parte es, por un lado, mostrar las inconsistencias internas de las teorías contemporáneas más importantes elaboradas en Alemania, España y Argentina sobre el delito de receptación, y, por el otro, demostrar cuán apegadas están esas doctrinas a los presupuestos teóricos de las más antiguas, pese a que declaman haberlas superado. El ejemplo más impactante de esta peculiaridad es, sin duda, el de la «teoría de la

¹ *Vid.*, sobre el tratamiento de estos comportamientos en el Derecho romano, Frank WILBERT, *Begünstigung und Hehlerei. Die Zwecke der Strafdrohungen und ihr Einfluss auf die Auslegung ausgewählter Tatbestandsmerkmale*, Hamburg, Dr. Kovač, 2007, p. 14; Karsten ALTENHAIN, *Das Anschlußdelikt*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2002, p. 1; Xaver GRETENER, *Begünstigung und Hehlerei. Historisch-dogmatische Darstellung*, München, Ackermann, 1879, p. 5.

² A modo de ejemplo *vid.*, sobre su tratamiento en el Derecho germano medieval, Britta WOLFF, *Begünstigung, Strafvereitelung, Hehlerei*, Frankfurt am Main-Berlin-Bern-Bruxelles-New York-Oxford-Wien, Peter Lang, 2001, p. 19; Daniel WEISERT, *Der Hilfeleistungsbegriff bei der Begünstigung*, Berlin, Duncker & Humblot, 1999, pp. 104 y ss.; Xaver GRETENER, *Begünstigung und Hehlerei...*, *op. cit.*, pp. 13 y s., y en relación con los prácticos italianos, Xaver GRETENER, *Begünstigung und Hehlerei...*, *op. cit.*, p. 23; Frank WILBERT, *Begünstigung und Hehlerei...*, *op. cit.*, p. 16.

³ *Vid.*, sobre estas cuestiones, epígrafe 1.2, «En España», del capítulo 1, primera parte, de este trabajo.

⁴ Como ejemplos alemanes más recientes cabe mencionar a la *Constitutio criminalis Carolina* de 1532 (Britta WOLFF, *Begünstigung, Strafvereitelung...*, *op. cit.*, p. 22; Frank WILBERT, *Begünstigung und Hehlerei...*, *op. cit.*, p. 18); al *Códex juris Bavarici criminalis* de 1751 (Ulrich PLÜMER, *Das Verhältnis zwischen Strafvereitelung und Beihilfe zur Vortat*, Bonn, Selbstverlag, 1979, p. 23; Daniel WEISERT, *Der Hilfeleistungsbegriff...*, *op. cit.*, p. 111; Christian NEUMANN, *Reform der Anschlußdelikte*, Münster, MV Wissenschaft, 2007, p. 8; Xaver GRETENER, *Begünstigung und Hehlerei...*, *op. cit.*, pp. 43 y s.), y al «Código Penal de Baviera» de 1813, conocido como «Código de Feuerbach» (Britta WOLFF, *Begünstigung, Strafvereitelung...*, *op. cit.*, pp. 39 y ss.; Christian NEUMANN, *Reform...*, *op. cit.*, p. 11). Respecto de España cabe mencionar «La Novísima Recopilación española de 1805» (Juan DEL ROSAL, «Reciente modificación del encubrimiento en la legislación penal española», en *Estratto de Studi in memoria di Arturo Rocco*, Milano, Mvta Pavcis AG, 1952, p. 286; Juan Antonio MARTOS NÚÑEZ, *El delito de receptación*, Madrid, Montecorvo, 1985, p. 32); el primer Código Penal español dictado en 1822 (Juan DEL ROSAL, «Reciente modificación del encubrimiento...», *op. cit.*, p. 290), y a todas sus reformas hasta 1950 (respecto de la receptación) y 1995 (respecto del encubrimiento).

perpetuación», hoy dominante en Alemania y bastante aceptada en España. Pues, pese a haber sido erigida con el objeto de fundamentar la receptación como delito autónomo, lo cierto es que el núcleo central de su argumentación coincide con el de doctrinas anteriores muy criticadas por esta, que consideraban a esa conducta como un caso de participación criminal.

En este punto es necesario explicar por qué, al momento de llevar a cabo algunos análisis de Derecho comparado, me detengo principalmente en el Derecho penal de Alemania y de España, además, por supuesto, del Derecho penal argentino, incluido por el hecho de ser mi país de origen. Seleccionar a Alemania y a España obedece a dos razones que detallo a continuación.

En primer lugar, porque tanto España como Alemania fueron, y todavía son, muy influyentes para la legislación y la dogmática penal argentinas. Ignorarlos como fuentes en lo que respecta al delito de receptación sería, por tanto, inadecuado. Sobre todo si se tiene en cuenta que la mayor parte de los errores de la doctrina argentina respecto a lo que cabe entender por receptación se explican por cierta reproducción acrítica de los yerros de esa índole cometidos ya en esos países.

Y en segundo lugar, porque, en contraste con lo ocurrido en Argentina, tanto en Alemania como en España el delito de receptación ha sido objeto de numerosos y muy profundos estudios monográficos en el marco de la tradición jurídico-penal a la que principalmente se acoplan tanto la legislación como la producción interpretativa argentinas. De acuerdo con esa vinculación histórica, que esos antecedentes sean ignorados casi por completo por la más reciente producción en parte especial del Derecho penal argentino es, por tanto, injustificable. Este trabajo procura llenar ese vacío.

Por otra parte, es incluso muy dudoso que el tipo penal del Código Penal vigente en Argentina, que, según la doctrina y la jurisprudencia de ese país, prohíbe la receptación, coincida con lo que se entiende por ese delito en la legislación, doctrina y jurisprudencia de los países con los que comparo al Derecho argentino. En Argentina, como ya dije, se considera la receptación como una forma de encubrimiento, junto con el favorecimiento real y el favorecimiento personal, entre los delitos contra la administración de justicia. Tanto en Alemania como en España, en cambio, la receptación está legislada como un delito contra el patrimonio.

Fuera de ello, lo cierto es que existen sobrados motivos para afirmar que la conducta típica que en Argentina se identifica con la de un delito de receptación se corresponde, en rigor, con la de un delito de favorecimiento. Pero, a su vez, no como —erróneamente— se conceptualiza a este último delito en dicho país, sino como se lo comprende (a mi juicio correctamente) en Alemania. La comparación con los derechos de Alemania y España ayu-

da, pues, a percibir estas dificultades, y en tal sentido resulta útil para el objetivo central de este trabajo, que es justamente tratar de precisar qué cabe entender realmente por «receptación».

Esto, sin embargo, no implica asumir que los desarrollos alemanes y españoles son esencialmente correctos. Como ya dije, esta primera parte del trabajo es muy crítica también con estos. Y concluirá, de hecho, en que ninguna de las posturas hasta ahora desarrolladas en Alemania y en España (y por supuesto tampoco las elaboradas en Argentina) ha podido describir con precisión en qué consiste la ilicitud material o incorrección moral de la receptación ni en qué consiste el daño que genera o cuál es el bien jurídico que afecta.

1.2. La segunda parte

Es precisamente este último el objetivo principal de la segunda parte de esta investigación, que se subdivide a su vez en seis capítulos. El principal objetivo del primer capítulo es analizar si la receptación produce alguna clase de daño a un bien jurídico concreto y, en su caso, cuál es ese daño y cuál es ese bien, mientras que en el segundo capítulo se busca explicar, precisamente, en qué consiste, a mi juicio, lo ilícito material o la incorrección moral de la receptación. Es en estos dos capítulos, por tanto, donde se concentra la discusión acerca de las razones que legitiman la prohibición jurídico-penal de la receptación, es decir, su criminalización.

Tanto en esos dos primeros capítulos de la segunda parte como en los que le siguen se procuran —y obtienen—, sobre todo, conclusiones *de lege ferenda*. El lector no debe, por tanto, tener la expectativa de que allí encontrará, a modo de manual, una detallada explicación *de lege lata* del tipo penal argentino (ni del español ni del alemán) que, supuestamente, prohíbe lo que en el Derecho continental europeo se conoce como receptación. De lo que se trata en esta parte, por el contrario, es de determinar cómo debería ser, idealmente, el tipo penal que prohíbe esa conducta en cualquier Código Penal.

Para precisar un poco más el contenido del primer capítulo de esta segunda parte cabe adelantar que allí examino lo relativo al daño de la receptación; cuestiono ante todo la actitud de la dogmática en general respecto de este delito, que da por supuesto que se trata de una conducta dañosa, pero no brinda mayor fundamentación para ello, y de ese modo pasa por alto numerosas discusiones relevantes. Por lo pronto, cabe indicar aquí que está lejos de ser obvio que conductas como la receptación, aunque sean inmorales, causen realmente un daño, y que, por tanto, es necesario dotar de mayor precisión al análisis a través del cual se busca identificar ese daño. Concluiré, de hecho, que la receptación causa una determinada clase de daño, pero que

este no consiste en lo que, por lo general y hasta ahora, la doctrina dominante en los tres países examinados afirma al respecto.

En el capítulo siguiente brindo una explicación sobre qué consiste, a mi juicio, lo materialmente ilícito o moralmente incorrecto de la receptación. De la mano de esa explicación intento, asimismo, delimitar esa conducta de otras que generan tal vez el mismo daño que la receptación (o uno muy similar), pero que, conceptualmente, no son equiparables a ella. En algunos casos, porque directamente no son inmorales; en otros, porque no lo son en grado suficiente como para merecer una amenaza penal, y, en otros, porque esas conductas violan además otros principios morales más graves. Lo que analizo, en suma, es qué diferencia a los casos genuinos de receptación de otros que, aunque consisten también en la adquisición o entrega de cosas que provienen de situaciones ilegales, no obstante, no corresponde que sean prohibidos penalmente como receptación.

Resueltos los dos primeros interrogantes a favor de la tesis de que la receptación es una conducta que causa daño y que es, además, moralmente incorrecta, de ahí en adelante me ocupo, en esta segunda parte del trabajo, de cómo deberían ser legislados e interpretados distintos elementos constitutivos de este tipo penal, especialmente problemáticos, para que sean consistentes con aquellos requisitos relativos a la legitimidad de su inclusión entre las conductas amenazadas con pena. A mi modo de ver, una respuesta adecuada a los interrogantes que aparecen en los capítulos siguientes exige partir siempre de las conclusiones relativas al daño y a la ilicitud material de la receptación. De ahí la fuerte conexión interna que el lector podrá advertir entre estos capítulos y los dos primeros de la segunda parte.

Así, en el tercer capítulo analizo, en primer lugar, qué puede ser objeto material de la receptación o, mejor dicho, qué es lo que debe receptarse para que dicho delito se consume. ¿Solo objetos materiales? ¿O también objetos inmateriales? ¿Qué puede considerarse «cosa» o «efecto» en torno a este delito? ¿También el dinero en efectivo, por ejemplo? En segundo lugar, en torno a este problema relacionado con el objeto de la receptación analizo si debe haber identidad entre el objeto material del delito previo y el objeto receptado, y si entre la receptación y el delito previo debe darse, o no, una relación de inmediatez. El objetivo central de este análisis gira alrededor de un problema específico, denominado en la doctrina «receptación del (objeto) subrogante». Y en tercer lugar examino qué debe entenderse, en el contexto de la receptación, por «delito previo». Un objeto que no provenga de un delito previo en los términos en que aquí se especifica no será, pues, un objeto idóneo de receptación.

El cuarto capítulo de la segunda parte está dedicado al análisis de la justificación usual de la impunidad (o, en rigor, de la atipicidad) de la autorreceptación. *De lege lata* la situación es bastante sencilla, en la medida en que

esa atipicidad está establecida expresamente, de una manera u otra, por todos los ordenamientos penales examinados en este trabajo. Pero, como ya dije, lo que me interesa en esta investigación no es llevar adelante una mera exégesis de la ley vigente, sino más bien un examen minucioso de las razones subyacentes de esa legislación con el objetivo de determinar si esta es correcta o incorrecta. Ahí me ocupo entonces, especialmente, de examinar si es acertada la idea que fundamenta esa impunidad en función de un argumento de concurso de leyes, en particular de lo que se conoce como «delito posterior copenado».

Como en el capítulo cuarto llego a la conclusión de que el rol central que cumplen las cláusulas de atipicidad de la autorreceptación no consiste tanto en consagrar esa atipicidad (que ya vendría dada por las reglas de la autoría y de la coautoría) como en establecer la atipicidad de la *venta* de cosas provenientes de un delito, en el capítulo quinto de esta segunda parte me ocupo específicamente de este último problema. Para ello lo examino en función de mis conclusiones acerca de la ilicitud material o incorrección moral de la receptación, a partir de las cuales asumo dicha atipicidad como injustificada. Por eso señalo aquí que llama (o debería llamar) la atención que solo se castigue al que recibe, adquiere o compra una cosa proveniente de un delito, y no al que la vende o entrega.

Este será, por tanto, otro de los muchos lugares de esta parte del trabajo en los que podrá apreciarse la utilidad de la primera parte de la investigación, pues podrá advertirse con facilidad que la idea que está detrás de la atipicidad de la venta o entrega de cosas provenientes de un ilícito es, en rigor, otro resabio de la equivocada forma de entender y legislar la receptación durante siglos, que es precisamente lo que se muestra en esa primera parte.

Finalmente, el sexto y último capítulo de esta segunda parte está dedicado al análisis de si el fin de lucro debe ser un requisito esencial del tipo básico de receptación o venta de cosas provenientes de un delito anterior y, en su caso, de por qué ello debe ser así. Las respuestas a estos interrogantes se derivan, una vez más, de las conclusiones obtenidas en el primer capítulo de esta parte acerca de la ilicitud material o incorrección moral de la receptación.

En efecto, en función del principio moral identificado en ese segundo capítulo, sostengo aquí que la finalidad de lucro debe estar presente para que se esté ante un caso de receptación que esté justificado castigar jurídicamente. Y con base en ello concluyo que es incorrecta una legislación penal como la argentina, que considera el fin de lucro como un elemento que agrava la receptación, en lugar de exigirlo para su tipo básico.

1.3. Recapitulación

Esta investigación, en suma, no pretende ser ni un trabajo *de lege lata* acerca del delito de receptación en una legislación determinada ni un estudio de Derecho comparado. Se trata, antes bien, de un trabajo *de lege ferenda*, en el cual, en todo caso, ciertos exámenes puntuales de Derecho comparado sirven como recursos argumentales para llevar a cabo una reconstrucción conceptual tendente a mostrar qué debería entenderse por «receptación» en cualquier legislación. Para ello se intentará brindar una comprensión más exacta que la actualmente disponible tanto del ilícito material o incorrección moral de este delito como del daño que realmente genera. Ello, con todo, no tendrá consecuencias solo explicativas, sino también normativas. Porque si puede mostrarse que la receptación es moralmente incorrecta y que, además, causa un daño, entonces podrá concluirse que es legítima su punición.

Esto, ciertamente, presume tomar partido por una concepción acerca de lo que cabe entender por incriminación legítima en un Estado de Derecho liberal que considere necesario tanto el requisito del daño a terceros como el de la incorrección moral de la conducta de la que se trate. No se me escapa que ello no es obvio y que se discute en la literatura si realmente la incorrección moral de una conducta tiene que ser considerada una condición necesaria de la legitimidad de su prohibición penal. Tampoco ignoro que lo que aquí entenderé comprendido en lo que denomino «incorrección moral» o «ilicitud material» es considerado, por algunos autores, como parte de lo que, para ellos, abarca el principio del daño (en la bibliografía anglosajona) o la teoría del bien jurídico (en la bibliografía continental europea de base germánica). Pero como este no es un trabajo de filosofía (ni siquiera de filosofía del Derecho penal), sino de dogmática jurídico-penal, me limitaré a dar unas breves razones que justifiquen esa toma de postura.

Es, a su vez, precisamente el hecho de que no pretendo llevar a cabo una investigación filosófica, sino de dogmática jurídica, lo que justifica que, cuando explicito lo que a mi juicio constituye el ilícito material o incorrección moral del delito de receptación, y en qué consiste el daño que genera (o cuál es el bien jurídico que afecta), no fundamente mis conclusiones en previas investigaciones exhaustivas de filosofía moral y del principio del daño o de la teoría del bien jurídico. Del mismo modo que el examen histórico y de Derecho comparado, ciertas asunciones de filosofía moral y de teoría del bien jurídico o del principio del daño operan aquí como recursos argumentales en el marco de la metodología propia del análisis conceptual, cuyo objetivo central en este trabajo es, en primer lugar, reconstruir el concepto actualmente disponible de «receptación» y, en segundo lugar, reemplazarlo por uno más exacto.

2. LA REGULACIÓN POSITIVA ACTUAL DEL ENCUBRIMIENTO Y DE LA RECEPCIÓN EN ALEMANIA, ESPAÑA Y ARGENTINA

En la actualidad, tanto en Alemania como en España y en Argentina, los comportamientos englobados dentro del concepto general de encubrimiento (delitos de conexión o delitos de referencia) se encuentran tipificados como delitos en la parte especial de sus respectivos Códigos Penales. La aclaración no es ociosa porque, como ya se dijo, durante mucho tiempo el encubrimiento⁵ fue considerado en la parte general como una forma de participación.

2.1. La regulación positiva actual del encubrimiento y de la receptación en Alemania

En Alemania las conductas de encubrimiento, desde la reforma de 1974, se encuentran reguladas en diferentes párrafos dentro de la parte especial del Código Penal alemán [Strafgesetzbuch (en adelante StGB)], todos ellos dentro del capítulo referido a los delitos contra el patrimonio. En lo que sigue se transcribirán las partes pertinentes de *todos* esos delitos. Porque, si bien objeto de estudio aquí es únicamente la receptación, debe recordarse que lo que justifica incluir la regulación actual de estos delitos es facilitar la comprensión del desarrollo histórico de la receptación, y que en ese desarrollo histórico los distintos tipos penales de *encubrimiento* estaban regulados no en forma independiente unos de otros, como en la actualidad, sino de manera entrelazada y confusa.

a) En el § 257 StGB se tipifica el delito de «aseguramiento de los beneficios del delito» (*Begünstigung*), anteriormente llamado «favorecimiento real» (*sachliche Begünstigung*). Dicho párrafo, en lo que aquí interesa, reza: «Aseguramiento de los beneficios del delito. 1) El que prestase ayuda a quien cometió un hecho antijurídico con la intención de asegurarle los beneficios de ese hecho será castigado con pena de prisión de hasta cinco años o con pena de multa. 2) La pena no podrá ser mayor a la pena prevista para el hecho previo. 3) No será castigado por aseguramiento quien fuera puni-

⁵ Muchas veces voy a valerme del término «encubrimiento» (y en ocasiones entre comillas, adrede) como una denominación general que incluye a los comportamientos de favorecimiento personal, favorecimiento real y receptación. Esto ocurrirá principalmente en este capítulo por la falta de claridad con la que, antiguamente, se abordaban a estas cuestiones. Sin embargo, no se trata de una denominación feliz. Por el contrario, como se concluirá en este trabajo, las conductas de favorecimiento son las que conforman al encubrimiento, mientras que la receptación no lo hace y se trata, en cambio, de una categoría completamente diferente. La única particularidad similar que tienen es que los tres son comportamientos posdelictuales.

ble por participar en el hecho previo. Ello no es válido para los partícipes del delito previo que instigasen a quien no haya participado en aquel a que aseguren el botín».

b) La figura simple del delito de «obstaculización de la pena» (*Strafvereitelung*), anteriormente considerado «favorecimiento personal» o, incluso antes, «receptación personal» (*personalische Begünstigung/Personenhehlerei*), se encuentra tipificada en el § 258 StGB y reza: «Obstaculización de la pena. 1) El que obstaculizare intencional o conscientemente que alguien sea total o parcialmente castigado por un hecho penalmente antijurídico o que sea sometido a una medida (§ 11, párr. 1, núm. 8) será castigado con pena de prisión de hasta cinco años o con pena de multa. 2) De igual manera será penado el que obstaculizare intencional o conscientemente la ejecución total o parcial de una pena o medida impuesta contra otro. 3) La pena no podrá ser mayor a la pena prevista para el hecho previo. 4) La tentativa es punible. 5) No será castigado por obstaculización de la pena quien, a través de un hecho, quiera frustrar al mismo tiempo, total o parcialmente, que él mismo sea castigado o que se le imponga una medida, o que se ejecute una pena o medida ya impuesta contra él. 6) El que comete este hecho a favor de un pariente está exento de pena».

En el § 258.a) StGB, por su parte, se tipifica esa misma conducta, pero se impone una pena más grave para el caso de que el favorecedor sea un funcionario público que tenga a su cargo la tarea de imponer o ejecutar la pena o medida que se quiere obstaculizar.

c) El tipo básico del delito de receptación, venta y ayuda en la venta (*Hehlerei*)⁶ se encuentra prescrito en el § 259 StGB de la siguiente manera: «Receptación, venta y ayuda en la venta. 1) El que comprare u obtuviere para sí o para un tercero, o vendiere o ayudare a vender una cosa hurtada por otro, o conseguida por medio de un hecho antijurídico ejecutado por otro, dirigido contra el patrimonio ajeno, con el objetivo de obtener un beneficio económico para sí o para un tercero, será castigado con pena de prisión de hasta cinco años o con pena de multa (...). 3) La tentativa es punible».

En el § 260 StGB se prevé una pena más grave para el caso de que los receptadores se dedicasen profesionalmente a realizar esa conducta o para el caso de que ellos fueran miembros de una banda que se dedicase a hurtar, robar o receptar. Dicho parágrafo reza: «Receptación profesional. Recepta-

⁶ Se traduce «*Hehlerei*» como «receptación, venta y ayuda en la venta», porque esas son las conductas típicas involucradas por dicho tipo penal. No obstante, de ahora en adelante, y para simplificar, se hablará solamente de «receptación», salvo cuando sean necesarias especificaciones ulteriores. Para evitar malentendidos desde un comienzo quisiera aclarar que en Alemania la venta de cosas provenientes de un delito no es un comportamiento típico, sino únicamente lo son diferentes formas de vender para otro (por ejemplo, comisionistas o intermediarios) o de ayudar a que el autor del delito anterior lleve a cabo la venta.

ción en banda. 1) Será castigado con pena de prisión de seis meses a diez años el que cometa receptación: 1) en forma profesional o 2) como miembro de una banda cuyos miembros se hayan asociado para la comisión continuada de robos, hurtos o receptaciones. 2) La tentativa es punible».

En el § 260.a) StGB se eleva la pena mínima prevista en el § 260 para el caso de que se den en el autor de la receptación, conjuntamente, las dos características anteriormente mencionadas, esto es, que sea miembro de una banda que se dedique a efectuar esos tipos penales y que, además, dichas actividades sean su medio de vida.

2.2. La regulación positiva actual del encubrimiento y de la receptación en España

En España la regulación positiva de las conductas de encubrimiento difiere de la alemana. En la legislación española el delito de receptación es el único (de los delitos generalmente considerados de encubrimiento) regulado entre los delitos contra el patrimonio. El favorecimiento real y el favorecimiento personal, en cambio, han sido legislados en un único artículo dentro de los delitos contra la administración de justicia. Cabe recordar que en España a estas dos últimas conductas se las denomina, respectivamente, «encubrimiento real» y «encubrimiento personal».

a) En el art. 451, inciso 1.º, del Código Penal español, se regula el tipo del favorecimiento real de la siguiente manera: «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: 1) auxiliando a los autores o cómplices para que se beneficien del provecho, producto o precio del delito, sin ánimo de lucro propio».

b) El delito de favorecimiento personal se encuentra tipificado en el art. 451, incisos 2.º y 3.º, del Código Penal español. Dichas disposiciones rezan: «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 (...): 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: a) Que el hecho encubierto sea constitutivo de traición, homicidio del rey, de cualquiera de sus ascendientes o descendientes, de la reina consorte o del consorte de la reina, del regente o de algún miembro de

la Regencia, o del príncipe heredero de la Corona, genocidio, delito de lesa humanidad, delito contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, rebelión, terrorismo, homicidio, piratería, trata de seres humanos o tráfico ilegal de órganos. *b)* Que el favorecedor haya obrado con abuso de funciones públicas. En este caso se impondrá, además de la pena de privación de libertad, la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a cuatro años si el delito encubierto fuere menos grave, y la de inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años si aquel fuera grave».

En los arts. 452, 453 y 454 del Código Penal español se regulan disposiciones comunes a ambas formas de encubrimiento, esto es, al favorecimiento real y al favorecimiento personal. En el art. 452 se establecen conexiones entre las penas del delito previo y del delito de encubrimiento de la siguiente manera: «En ningún caso podrá imponerse pena privativa de libertad que exceda de la señalada al delito encubierto. Si este estuviera castigado con pena de otra naturaleza, la pena privativa de libertad será sustituida por la de multa de seis a veinticuatro meses, salvo que el delito encubierto tenga asignada pena igual o inferior a esta, en cuyo caso se impondrá al culpable la pena de aquel delito en su mitad inferior».

El art. 453 reza: «Las disposiciones de este capítulo se aplicarán aun cuando el autor del hecho encubierto sea irresponsable o esté personalmente exento de pena». Y el art. 454 prescribe lo siguiente: «Están exentos de las penas impuestas a los encubridores los que lo sean de su cónyuge o de persona a quien se hallen ligados de forma estable por análoga relación de afectividad, de sus ascendientes, descendientes, hermanos, por naturaleza, por adopción o afines en los mismos grados, con la sola excepción de los encubridores que se hallen comprendidos en el supuesto del número 1) del art. 451».

c) El delito de receptación se encuentra tipificado en el capítulo XIV, denominado «De la receptación y el blanqueo de capitales», más precisamente en el art. 298 del Código Penal español. La figura básica de la receptación está prescrita en el primer párrafo del primer inciso de dicho artículo: «1) El que, con ánimo de lucro y con conocimiento de la comisión de un delito contra el patrimonio o el orden socioeconómico en el que no haya intervenido ni como autor ni como cómplice, ayude a los responsables a aprovecharse de los efectos del mismo o reciba, adquiera u oculte tales efectos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años».

En el segundo párrafo del inciso 1.º se agrava la pena en función de alguna característica relativa a la cosa que se recepta o al delito anterior. Así, este precepto reza: «Se impondrá una pena de uno a tres años de prisión en los siguientes supuestos: *a)* Cuando se trate de cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico. *b)* Cuando se trate de cosas de primera necesidad,

conducciones, cableado, equipos o componentes de infraestructuras de suministro eléctrico o de servicios de telecomunicaciones, o de otras cosas destinadas a la prestación de servicios de interés general, productos agrarios o ganaderos o de los instrumentos o medios que se utilizan para su obtención. c) Cuando los hechos revistan especial gravedad, atendiendo al valor de los efectos receptados o a los perjuicios que previsiblemente hubiera causado su sustracción».

En el segundo inciso de ese artículo se agrava la pena del delito de receptación cuando la finalidad de dicha conducta haya sido el tráfico de la cosa receptada. En este sentido, el referido segundo párrafo reza: «2) Estas penas se impondrán en su mitad superior a quien reciba, adquiera u oculte los efectos del delito para traficar con ellos. Si el tráfico se realizase utilizando un establecimiento o local comercial o industrial, se impondrá, además, la pena de multa de doce a veinticuatro meses. En estos casos los jueces o tribunales, atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del delincuente, podrán imponer también a este la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión o industria, por tiempo de dos a cinco años, y acordar la medida de clausura temporal o definitiva del establecimiento o local. Si la clausura fuese temporal, su duración no podrá exceder de cinco años».

En el tercer inciso se regulan disposiciones comunes a los dos anteriores que muestran explícitas dependencias (aunque solo positivas) entre el delito anterior y el de receptación posterior. Este reza: «3) En ningún caso podrá imponerse pena privativa de libertad que exceda de la señalada al delito encubierto. Si este estuviese castigado con pena de otra naturaleza, la pena privativa de libertad será sustituida por la de multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el delito encubierto tenga asignada pena igual o inferior a esta; en tal caso, se impondrá al culpable la pena de aquel delito en su mitad inferior».

2.3. La regulación positiva actual del encubrimiento y de la receptación en Argentina

En Argentina la tipificación de estas tres conductas presenta diferencias con respecto a las dos legislaciones anteriormente detalladas. Desde la sanción del primer Código Penal argentino estos tres comportamientos fueron regulados en un único artículo (el 277), dentro de los delitos contra la administración de justicia. No se mantiene invariable, sin embargo, el contenido de esa disposición legal, la cual ha sufrido numerosas reformas, sobre todo en los últimos años⁷.

⁷ *Vid.* en este trabajo el epígrafe 1.3.3 de la primera parte.