

Acerca del encubrimiento

JUAN DEL ROSAL

Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid,
Abogado de los I. C. de Valladolid, Burgos, Zamora y Madrid

SUMARIO: 1.º Supuesto de hecho.—2.º Calificación por el Tribunal “a quo”.—3.º Impugnación de la sentencia por el Ministerio Público.—4.º Algunos aspectos del encubrimiento en el Código penal español.—5.º Breve examen del número primero del artículo 17 en relación con el artículo 18, ambos del Código penal.—6.º Doctrina jurisprudencial.—7.º Exposición del fallo de la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

1.º Supuesto de hecho

Los “hechos probados” rezan así: “Que en el mes de agosto de 1947, el procesado G. O. C., que ya ha sido condenado por hurto, atentado y otros delitos; se apoderó de una burra, cuyo propietario se desconoce, tasada en dos mil quinientas pesetas, que luego transmitió a su hermano Andrés, también procesado, recibiendo de éste cuatrocientas setenta y cinco, porque conocía la procedencia de la caballería” (S. 21 julio 1949).

2.º Calificación por el Tribunal “a quo”

La Audiencia enjuició los hechos, anteriormente narrados del modo siguiente: Condenó a G. O. C., como autor de un delito de hurto, previsto y penado en los arts. 514, núm. 1.º, y 515, núm. 3, ambos del texto punitivo vigente y absolvió a A. O. C., del mismo delito, de cuyo encubrimiento fué acusado por el Ministerio Público aduciendo como argumento decisivo que se consideraba “exento de responsabilidad conforme preceptúa el artículo 18 del Código penal vigente” (1).

(1) El artículo 18 dice: *Están exentos de las penas impuestas a los encubridores los que lo sean de su cónyuge, de sus ascendientes, descendientes, hermanos legítimos, naturales o adoptivos, o afines en los mismos grados, con sólo la excepción de los encubridores que se hallaren comprendidos en el número 1 del artículo anterior.*

3.º Impugnación de la sentencia por el Ministerio Público

De frente a la mentada decisión judicial se interpone y a su tiempo se formaliza el oportuno recurso de casación, amparado en el número primero del artículo 849 de la Ley rituarial criminal, por el Ministerio Público por entender que no se ha aplicado al procesado absuelto el número 1 del artículo 17 (2) en relación con el artículo 18, "porque el acto realizado por ese procesado, constituye, de una parte, un provecho del delito que conoce, y de otra, un auxilio al autor del mismo, lo que excluye expresamente de la excusa absolutoria de la Sala sentenciadora, por no haber tenido en cuenta la referencia del número 1 del dicho artículo 17".

4.º Algunos aspectos del encubrimiento en el Código penal español

Si exceptuamos la monografía de MOSQUETE sobre el encubrimiento (3), no disponemos de otra publicación análoga en la literatura penal española. MOSQUETE ha rendido, con ello, un buen servicio, no ya sólo porque trata las diversas dimensiones del tema, sino también porque le ha revalorizado en unos momentos de actualidad, en que se espera la promulgación de una nueva legislación de esta noción jurídicopenal, confiriéndola rango de delito independiente (4).

Acostumbran los autores patrios a desglosar los requisitos del encubrimiento, regulado en el artículo 17 del texto penal en la forma siguiente: a) *Conocimiento de la perpetración del hecho punible*; b) *Intervención con posterioridad a la ejecución del hecho penal*; c) *Que su conducta no sea de autor ni de cómplice*; d) *Participación en una de las formas taxativamente señaladas*. Y justamente la que viene a cuento es la del número primero del mentado artículo 17, que constituye la conocida expresión de la "receptación", ya que en ella el sujeto continúa, por decirlo así, la acción delictiva realizada por el actor principal, "aprovechándose por sí mismos, o auxiliando a los delincuentes para que se aprovechen, de los efectos del delito o falta" (5).

(2) El artículo 17, número 1, preceptúa: *Son encubridores los que con conocimiento de la perpetración del hecho punible, sin haber tenido participación en él como autores ni cómplices, intervienen, con posterioridad a su ejecución, de alguno de los modos siguientes:*

1.º *Aprovechándose por sí mismos, o auxiliando a los delincuentes para que se aprovechen de los efectos del delito o falta.*

(3) V. D. MOSQUETE MARTÍN: *El delito de encubrimiento*. Ed. Bosch. Barcelona, 1946.

(4) V. *Boletín de las Cortes* de 2 de julio de 1948.

(5) Nótese, en primer lugar, que se amplían en el texto reformado del año 1944 la base de la imputación a la "falta", siguiendo la línea establecida en el C. p. de 1848, y, de otro lado, se sustituye el vocablo "delito" por el de "hecho punible", con lo que igualmente se ensancha la incriminación a título de encubridores, según el profesor CASTEJÓN. V. su *Génesis y Breve comentario del Código penal de 23 de diciembre de 1944*, en el que nos expone la razón de la modificación: "Se extiende la responsabilidad criminal en las faltas a los encubridores, para evitar escandalosos casos de impunidad, de los que

En términos más concisos se traducen estos requisitos del párrafo primero del artículo citado en que la figura del encubrimiento requiere la existencia de un "hecho punible" y "conocimiento" preciso del mismo, de donde toma la fuerza constitutiva la culpabilidad del encubridor y una participación distinta en razón al "momento" de ésta, ya que la actuación del encubridor se configura tanto su naturaleza y como la finalidad de distinta manera a las de autor y cómplice.

5.º Breve examen del número primero del artículo 17 en relación con el artículo 18, ambos del Código penal

Descrita la naturaleza jurídicopenal del encubrimiento en el párrafo primero del artículo 17, el Legislador español enumera en tres apartados las varias clases de encubrimiento (6). Por lo que respecta al número primero del artículo 17 es bien fácil inferir que el texto punitivo español ha recogido la conocida figura de la "receptación", comprensiva a la par de dos modalidades. De una parte, lo que se aprovechan por sí mismo; de otro lado, los que auxilian a los delincuentes para que se aprovechen de los efectos del delito o falta. Y si bien es discutible la esfera de extensión del término de "aprovechamiento" no cabe vuelta de hoja que tanto en una como en otra de las modalidades la posición del receptor se enlaza inmediatamente con la del autor principal. El propio contexto del precepto es bien claro a este respecto, puesto que a mayor abundamiento se utilizan unos vocablos de antemano valorados, desde el punto de vista penal, tales como "delincuentes", "efectos del delito o falta", es decir, que el individuo está penalmente situado en el mismo planotípicamente antijurídico que el autor principal.

Si ahora relacionamos esta explicación del número primero del artículo 17 con el artículo 18 sin perder, por supuesto, la narración de los "hechos probados" nos hallaremos con que el hermano del autor principal "conocía la procedencia de la caballería", rezan los "hechos", con lo que dicho se está que aparecen claramente entrevistados los ingredientes del número primero del artículo 17, toda vez que su actitud psíquica es de perfecto "conocimiento" del objeto hurtado, y, por ende, habrá que afirmar la culpabilidad del hermano A., inmediatamente conectada a un "hecho punible"—en este caso, un hurto—y además se aprovecha por sí mismo del efecto material—una burra—, la cual adquiere nada más que en cuatrocientas setenta y cinco pesetas, en consideración a la procedencia ilícita, siendo así que su valor era de dos mil quinientas pesetas.

puede presentars: como ejemplo la compra habitual de frutos hurtados a los medios rurales, y de objetos de poco valor, también hurtados en las ciudades" (pág. 30).

Y en cuanto al artículo 17, "rectifica en el primer párrafo "perpetración del hecho punible", y en los números 1 y 2 "del delito o falta", por castigar el artículo 12 a los encubridores de faltas" (pág. 31).

(6) Para un examen detenido véanse, entre otras obras, la ya cit. de MOSQUETE, página 45 y sigs., y FERRER SAMA: *Comentarios*, tomo II, pág. 71 y sigs.

A la vista del anterior enjuiciamiento no deja de sorprendernos, claro está, que el Tribunal de instancia cubra la conducta del hermano A., en la llamada en uno de los "resultandos" "excusa absolutoria" del artículo 18, cuya naturaleza jurídico-penal en forma de "excusa absolutoria" proviene de SILVELA, si bien un penalista tan agudo y maestro en nuestro pensar—RODRÍGUEZ MUÑOZ—la estimó como "una causa de exclusión de la culpabilidad." "En primer término cabría, incluso en tal artículo, la referencia a la exclusión del injusto de la conducta típica. Pero, en realidad, de lo que se trata es de una verdadera causa de exclusión de la culpabilidad y más concretamente de un reconocimiento en nuestro Código del principio de la no exigibilidad. Si pasamos la vista por los Comentarios de PACHECO sobre el artículo correspondiente en los Códigos de 1848 y 1850, puede percibirse sin dificultad la verdadera naturaleza del precepto que examinamos" (7).

Con la debida cautela con que debe contemplarse la "no exigibilidad" a modo de "ratio essendi" de ciertas causas excluyentes de culpabilidad como de alguna que otra eximente, es indudable que en este particular aspecto excluyente de pena, del artículo 18, no tendrá eficacia de ninguna clase—a tenor del razonamiento de PACHECO y del fundamento político-criminal de la "no exigibilidad"—desde punto y hora en que la persona comprendida realizare alguna acción inscribible en el número primero del artículo 17, por la sencilla y elemental observación de que con ella desvirtúa por entero la "ratio" de la exculpación de pena, descrita en el artículo 18. De aquí que el texto legislativo español, con un sentido jurídico digno de encomio, en la última parte del mismo, nos dice: "*con sólo la excepción de los encubridores que se hallaren comprendidos en el número 1 del artículo anterior*", puesto que con esta salvedad el ordenamiento punitivo vigente establece rigurosamente la frontera delimitadora entre lo permitido por razón de parentesco y lo que no cubre de exención de pena, ni tan siquiera la fuerza actuante de una relación afectivo-familiar, ya que se atentaría contra el juicio y fundamento del ejercicio punitivo.

(7) V. E. MEZGER: *Tratado*, tomo I, 2.^a ed. Madrid, 1946, pág. 166. En cuanto a lo que nos dice PACHECO, bueno será recoger los pasajes siguientes: "Concluye este artículo (se referiré al artículo 14) con un nuevo e importante párrafo, eximiendo de las penas impuestas a las encubridores a varias personas, o categorías de personas, que declara. Tales son los ascendientes, descendientes, cónyuges, hermanos, o afines en los mismos grados, de los principales reos.

También era esto justo e indispensable. La Ley social no puede ni romper ni prescindir de las leyes de la naturaleza. Su deber es, por el contrario, fortificarlas. El padre tiene que destruir las cartas que comprometen a su hijo; la madre tiene que lavar la sangre que le acusa; el hermano, si es su carcelero, tiene que abrirle la puerta de la prisión. Aunque haya matado al Rey, su mujer no puede cerrarle su habitación, mucho menos delatar su presencia." V. PACHECO: *El Código penal concordado y comentado*, tomo I, Madrid, 1848, pág. 291.

Y en cuanto a la "no exigibilidad" sólo nos interesa recordar la monografía más reciente al tema, debida a SCARANO, y por nosotros comentada en este ANUARIO. Véase L. SCARANO: *La "non exigibilità" nel Diritto penale*. Casa edit. Libreria Humus. Napoli, 1948; DEL ROSAL, en ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, tomo I, fasc. II, página 317.

6.º Doctrina jurisprudencial

Entra ya en los límites de la realización práctica de los preceptos lo de fijar el alcance y medida del parentesco establecido en el artículo 18 en referencia al encubrimiento del artículo anterior. Entre las recientes sentencias vale la pena anotar la de 18 de enero de 1947, en la que se explica detalladamente la noción del encubrimiento que, “mientras no se incorpore—afirma—a la Legislación penal patria como delito autónomo, constituye el último peldaño de la escala de la codelinquencia, un grado de participación extensiva y no directa en el delito consumado sin la intervención del receptor, supone actividades que aisladamente, con abstracción del delito perpetrado, nada representan y hasta pueden entrañar actos perfectamente lícitos porque su ilicitud y punibilidad nacen cuando se ponen en relación con un hecho delictivo anteriormente ejecutado y éste es el concepto legal de esta forma de delinquir que, por decirlo así, completa y perfila la infracción mediante actos encaminados a facilitar el aprovechamiento o favorecer la impunidad”...; “el que encubre no crea el delito base de la calificación jurídica que afecta a los codelinquientes, sigue sus huellas, lo conoce y conociéndolo lo participa a “posteriori” en casos como el de autos, aprovechándose en más o en menos de sus efectos y su responsabilidad no se degrada”... Desde luego, no cabe duda de ningún género que la exención de pena, del artículo 18, no extiende su liberación al pariente que realiza una acción, subsumible—decíamos anteriormente—en el número primero del artículo 17. Pero cabría preguntar: ¿hasta dónde exculpa el lazo de parentesco?, ¿qué acciones cubre de exención, exceptuado el número expresamente señalado en el artículo 18? La respuesta nos la da, entre otras, por ejemplo, la “S. de 22 de abril de 1922”, en la que se declara exenta de pena por encubrimiento a la mujer que invirtió las cantidades sustraídas por el marido en cumplir sus obligaciones como mujer casada, no apareciendo probado que el dinero lo gastase deliberadamente para sí. Con sobrada razón ha expuesto FERRER SAMA, a propósito de esta decisión judicial, que “este criterio puede resultar justo en determinados casos, pero no puede formularse con carácter general, pues si la mujer o los hijos se benefician en realidad de los efectos del delito cometido por el padre, sabiendo el origen del dinero, o no hay razón alguna para aplicarles la exención de penalidad o si existe alguna habría de fundamentarse en la concurrencia de una situación de necesidad. Si tal situación no se da y la familia emplea conscientemente el producto del delito en mejorar sus condiciones de vida, los miembros de ella, deben ser penados como encubridores” Nos parece correcta esta opinión de FERRER (8).

Ya que con ello se está de pleno dentro de la mecánica de funcionamiento del encubrimiento, tal como parece regulado en el Código, puesto que “el concepto jurídico de encubrimiento requiere como elemento pri-

(8) V. A. FERRER SAMA, obra cit., pág. 101.

mario, según el artículo 17 del Código penal, el conocimiento previo de haberse cometido el hecho punible, sin cuyo requisito, común a las tres prevenciones del precepto, faltaría la malicia o voluntariedad de encubrir, que es nota típica de la delincuencia, respecto de todos sus partícipes" (S. de 25 de octubre de 1948) (9). Y continúa esta interesante Sentencia diciéndonos que "también puede darse el caso de una mera noticia parcial del hecho mismo, cual en el de autos, donde el comprador sabía la procedencia ilegítima de la rueda que adquirió valorada en menos de 250 pesetas, pero no consta supiese el hurto de la bicicleta entera, de precio superior a dicha cifra"; "y aunque sea regla general la de que el adquirente de algo de lo substraído incurre en la responsabilidad propia de encubrir el delito de hurto dentro de su total cuantía, quiebra el principio conforme a la definición del encubrimiento cuando quien compra ignora hurtase el autor cosas distintas, pues de admitirse otra doctrina contraería responsabilidades más extensas de las que determinan su propósito limitado de infringir la ley y su actos externos acordes con esa idea de reducidas proporciones" (10).

Con esta declaración judicial, la Sala Segunda del Tribunal Supremo reafirma, una vez más, la inexcusable existencia de la culpabilidad, vértebra esencial del hacer delictivo, radicada en el "conocimiento de la perpetración del hecho punible", con lo que asienta la naturaleza penal del encubrimiento en una firme y perdurable forma dolosa, bien consecuente con la propia expresión legislativa del artículo 17.

(9) V. JOSÉ MARÍA GONZÁLEZ SERRANO: Jurisprudencia penal correspondiente al tercer cuatrimestre de 1948, en el ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, Madrid, tomo I, pág. 549.

(10) En el resumen anteriormente citado de GONZÁLEZ SERRANO aparece una nota sumamente acertada, nacida de una aguda observación a la sentencia que transcribe en el texto. Por su interés no está de más que la recojamos. Dice así: "En nuestra técnica legislativa, el encubrimiento es un grado de participación en la responsabilidad criminal por un hecho delictivo. Así lo reconoce la citada sentencia de 20 de diciembre. Basada la responsabilidad en la condición "voluntaria" de la acción, se exige, en consecuencia, un conocimiento del hecho delictivo. Pero la responsabilidad nunca deriva de una exactitud o acierto del acto de nuestra inteligencia. Jamás lo acontecido corresponde exactamente a lo pensado. Y, sin embargo, responde de todo lo acontecido. La responsabilidad discurre por la trayectoria no de lo pensado, sino de lo que se nos puede imputar de querido, en sí o en sus consecuencias. Y surge en cuanto lo querido puede tacharse de ilegal. Pues sin duda que por análogo argumento el encubridor responde en cuanto quiere adherirse a un acto ilegal, aun cuando no sepa el alcance de tal ilegalidad. Pero llevada a la realidad esa exigencia, que resulta lógica al incrustar el encubrimiento en la participación, resulta también dura. En la Memoria de la Fiscalía del Supremo de 1947 se alude a un Fiscal que hubo de hacer uso del artículo 2.º del Código penal: un sujeto adquirió en cuantía insignificantes objetos cuya procedencia ilícita le constaba, pero ignoraba que procedían de un robo con homicidio!

La sentencia reseñada del 25 de octubre marca horizontes nuevos: salva al encubridor, según ella, sin ignorancia de que el autor hubiese hurtado otras cosas; esto es, tanto como liberarlo por su ignorancia en la cuantía del hecho delictivo, pese a la alusión que la sentencia hace respecto a esa cuantía; la cuantía de lo hurtado está no sólo en el cuanto de cada cosa hurtada, sino también en el cuanto de las cosas hurtadas. Pues si el fallo libera al encubridor por su ignorancia en la cuantía, ¿qué trato ha de merecer su ignorancia en la calidad o complejidad del delito?" (V. ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, tomo I, págs. 549-550.)

La doctrina jurisprudencial ha indicado cómo la exención de pena del artículo 18 no alcanza más que a las personas taxativamente aludidas en el precepto (11). Y siguiendo la dirección anteriormente señalada, ha subrayado la necesidad del “conocimiento” del hecho punible para llegar a la conceptualización del encubridor (12).

7. Exposición del fallo de la Sala Segunda del Tribunal Supremo

Alegada por el Ministerio Fiscal tanto en el escrito de formalización del recurso como en la vista el motivo de casación, fundado en él falta de aplicación al procesado absuelto del número primero del artículo 17, la competente Sala de casación de lo criminal, razona su fallo, acogedor de la tesis Fiscal y, por tanto, declarativo de la admisión del recurso, en la forma siguiente: “Que entre las modalidades del encubrimiento figura en el número primero del artículo 17 del Código penal, la de aprovecharse por sí de los efectos del delito como lo hizo el procesado absuelto A. O. C., quien adquirió de su hermano a bajo precio el semoviente producto del hurto, pese a conocer su procedencia ilegítima, sin que valga incluirle dentro de la excusa absolutoria del artículo 18, según mantiene de manera errónea la Sala de Instancia, porque dicho último precepto lo exceptúa de la regla general sobre irresponsabilidad de los encubridores de parientes, en atención a que deben sancionarse cuantas personas se lucren del acto punible o faciliten el lucro de otras, le unan o dejen de unirse con ella vínculos de cercano parentesco.”

En este parvo y claro “considerando” de la decisión de casación recoge la postura que desde PACHECO hasta ahora prevalece en punto a la correcta interpretación de la “no exigibilidad” del artículo 18, toda vez que esta “causa” no exculpa hasta el extremo de que el parentesco cree un fundamento de impunidad, que contradiga la finalidad de la justicia punitiva, cual sería, por ejemplo, sacrificar al vínculo familiar el aprovechamiento y lucro de los “efectos” del acontecimiento delictivo.

Así, pues, en la nueva sentencia se enjuician los “hechos probados” así: “Que el procesado A. O. C., incurrió en la forma de encubrimiento número primero del artículo 17 del Código penal, ya que “conocedor del hurto, se aprovechó personalmente de la cosa hurtada” por comprar a menos de la quinta parte de su valor y no evitar la responsabilidad común para los encubridores la circunstancia de parentesco con el autor del delito, pues “cuantos actúen de la manera que él actuó quedan fuera del beneficio” que establece el artículo 18 y deben sufrir las sanciones correspondientes” (13).

(11) V. sentencias 10 julio 1882.

(12) V. 15 noviembre 1921; 1 diciembre 1900 y 27 diciembre 1910. V. sentencias 18 enero 1947, 26 marzo 1947, 10 julio 1947 y otras.

(13) Ha sido ponente el Excmo. señor Magistrado D. Francisco Díaz Plá.