

345 02
E 5272
1774
P. 24
43 2

11280

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
Y CIENCIAS SOCIALES

EL ENCUBRIMIENTO COMO
DELITO AUTONOMO

TESIS DOCTORAL

PRESENTADA POR

ROBERTO GIRON FLORES

PREVIA A LA OPCION DEL TITULO DE

DOCTOR

EN

JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

NOVIEMBRE 1974



A U T O R I D A D E S

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

Rector en Funciones

Doctor Carlos Alfaro Castillo

Secretario General

Doctor Manuel Atilio Hasbun

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

Decano

Doctor Luis Domínguez Parada

Secretario

Doctor Pedro Francisco Vanegas Caballero

T R I B U N A L E SMATERIAS PROCESALES Y LEYES ADMINISTRATIVAS

Presidente Doctor Napoleón Rodríguez Ruíz
1er. Vocal Doctor Julio César Oliva
2do. Vocal Doctor Ulises Ayala Pino

MATERIAS CIVILES PENALES Y MERCANTILES

Presidente Doctor José Napoleón Rodríguez Ruíz
1er. Vocal Doctor José Enrique Silva
2do. Vocal Doctor Mauricio Ungo Bustamante

CIENCIAS SOCIALES, CONSTITUCION Y LEGISLACION LABORAL

Presidente Doctor Francisco Bertrand Galindo
1er. Vocal Doctor Mario Antonio Solano
2do. Vocal Doctor René Iván Castro

TRIBUNAL EXAMINADOR DE TESIS

PRESIDENTE Doctor Arturo Argumedo h.
1er. VOCAL Doctor Juan Portillo Hidalgo
2do. VOCAL Doctor Francisco Vega Gómez h.

ASESOR DE TESIS

Doctor Manuel Arrieta Gallegos

A DIOS

A MIS PADRES: Juan Miguel Girón
Emma Flores de Girón

A MI ESPOSA: Dinora Ivania Espinoza de Girón

A MIS HIJOS: Enma Dinora
Roberto
Sandra Guadalupe
Miguel Arturo, y
Juan Carlo

A MIS HERMANOS: Oscar René
Juan Balmore
Flora
Lilian Dolores
Rodolfo
Rolando
María Elsy, y
Blanca Doris

A MIS PADRES POLITICOS: Miguel Angel Espinoza Moreno
Amalia Perla

A MIS CUÑADOS: Mario Andrés García
Erla Azucena Espinoza Moreno
Francs y Olga de Girón

A MIS AMIGOS: Mario Alberto Ramírez
Benito Mixco
Jorge Angulo
Juan José Rugamas

y a todos aquellos que sinceramente me ayudaron al esfuerzo realizado.

EL ENCUBRIMIENTO COMO DELITO

AUTONOMO

I N D I C E

PALABRAS PRELIMINARES

- CAPITULO I Cuestiones Generales sobre la Participación Criminal.
- CAPITULO II Breve Recorrido Histórico sobre la Participación
- a) Doctrina Romano-Francesa "In Solidum"
 - b) Doctrina "Clásica"
 - c) Doctrina "Positiva"
 - I.- De la Equivalencia de Condiciones
 - II.- Propiamente Positiva
- CAPITULO III La Figura Jurídica del "Encubrimiento"
- a) Generalidades
 - b) Teorías:
 - I.- Como Forma de Participación Accesorias o Coparticipación.
 - II.- Como Delito Autónomo.
 - III.- Teorías Mixtas.
- CAPITULO IV. Encuadramiento de esta Figura en el Código Penal Salvadoreño.
- CAPITULO V Receptación
- Concepto
 - Características
 - Alcances en el Código Penal Salvadoreño
- CAPITULO VI Encubrimiento Real
- Concepto
 - Características
 - Alcances en el Código Penal Salvadoreño
- CAPITULO VII Encubrimiento Personal
- Concepto
 - Características
 - Alcances en el Código Penal Salvadoreño

San Salvador, 24 de Octubre de 1974.-

Señor Decano de la Facultad de
Jurisprudencia y Ciencias Sociales.
P R E S E N T E.-

Señor Decano:

He sido nombrado por la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, asesor de la tesis que presenta el Doctor Infiere Roberto Girón Flores, que ha desarrollado el tema: "El encubrimiento como delito autónomo".

En tal concepto me permito emitir a usted un dictamen favorable sobre el trabajo de tesis desarrollado, el cual me fue presentado por partes y capítulos correlativos, tal como lo ordena la reglamentación respectiva.


Mi modesta opinión es favorable porque los once capítulos que integran dicha tesis, en términos generales, han sido tratados a satisfacción mía y en forma que, puede decirse, es completa. El título del tema desarrollado, por sí solo indica la importancia del mismo, sobre todo si se tiene en cuenta el cambio fundamental que en la nueva legislación se ha operado con relación al encubrimiento en materia penal. En efecto, de simple participación en el delito, ha pasado a ser delito autónomo. Por ello, principia el futuro colega por hacer consideraciones generales sobre la participación criminal y un recorrido teórico e histórico de la misma. Luego después enfoca la figura jurídica del encubrimiento, exponiendo teorías, hasta llegar a las "mixtas". A continuación, se esfuerza acertadamente en encuadrar esta figura en el Código Penal salvadoreño, escudriñando su concepto, características y alcances; trata del encubrimiento "real" y del "personal", y previamente de la "receptación", determinando los elementos subjetivos y objetivos que integran tales figuras delictivas, para concluir con los excepcionales casos en los cuales puede estimarse que estamos en la "no exigibilidad de otra conducta" o si se trata de una "excusa absolutoria", como hecho no punible. Concluye con citas de la jurisprudencia nacional y el examen crítico que a su juicio estima hacer, como también sobre el derecho comparado, su análisis y conclusiones.

A mi juicio, el trabajo de Girón Flores, no sólo es aceptable en el amplio campo de la ciencia del Derecho Penal y de la legisla-

ción salvadoreña en esta materia, sino que, además, es encomiable y bastante completo en su relativa extensión. Por otra parte, son suficientes las citas bibliográficas que trae a cuento y que le han servido para forjarse criterios sobre los puntos que sostiene a través del análisis que hace de los mismos.

Así, reitero mi dictamen favorable.

Atentamente.



Manuel Arrieta Gallegos.

PALABRAS PRELIMINARES

Es meritoria la intención de las Autoridades de nuestra Facultad, al tratar de que los temas que se desarrollan en las tesis doctorales, vengan a resolver en parte, el problema que constituye la carencia o escasés de libros de consulta. Por ello considero acertada la idea que los anima, al buscar el desarrollo de asuntos nuevos, o ya conocidos, pero poco comentados, con el objeto de que sean expuestos por los que pretenden optar a un grado académico. Pero debe de tomarse en cuenta, que al desarrollar estos trabajos, se hacen con la estrechez que nuestro medio nos impone, y por ello, no siempre resulta lo querido o deseado.

No es, pues, nuestra pretensión, al abordar este tema, venir a establecer los nuevos cimientos de una doctrina sobre la figura jurídica que se estudiará, ni mucho menos; no podemos transformar en un instante, lo que ha tardado siglos en madurar; no, nuestras intenciones son otras; son, aglutinar en un todo, lo aparentemente desordenado y disperso; recopilar en algo unitario, de lo mucho que sobre el Encubrimiento, se ha dicho y escrito.

Valga la aclaración entonces, no somos creadores. Si acaso se encuentre una idea nueva o una que otra opinión muy particular nuestra, así debe de entenderse y comprenderse. Es muy posible aún, que sobre lo que aquí se escribe, no se esté de acuerdo en forma absoluta; pero por eso precisamente es una tesis; porque puede ser algo de no general aceptación; una opinión personal o enfoque, sobre determinada situación. Y así considero que debe tomarse; si equivocados estamos, sírvanos de disculpa, la poca experiencia en la materia, pero siempre respetando los criterios, por particulares que estos parezcan; porque considero, que esa es una de las finalidades que lleva consigo la ejecución de un trabajo de esta naturaleza; que quien lo hace, lo exponga en la forma que lo considera más acertado, o más acorde con su modo especial de pensar.

Sírvan estas palabras, pues, como introducción al tema.

CAPITULO I

CUESTIONES GENERALES SOBRE LA PARTICIPACION

El hombre es un ser social por naturaleza y su misión es vivir en sociedad, buscando a sus semejantes para compartir con ellos, trunfos, esperanzas y frustraciones. No lo podemos concebir aislado del grupo; el Robinson Crusoe de la novela, es una fantasía, un ser que no puede darse en la realidad porque, para no vivir en so-
ciedad se tendría que ser "o un bruto o un Dios" como lo dijera A-
ristóteles. Es, pues, el hombre un "zoon politicom", un animal po-
lítico, y lo es así, porque su misma naturaleza se lo dicta, y por
no poder bastarse física y espiritualmente por sí mismo para la sa
tisfacción de sus fines. Dos son entonces los rasgos que distin-
guen al hombre de los irracionales; el uso de la palabra y la ten-
dencia a la asociación con sus semejantes. Una de estas caracterís-
ticas, la de ser eminentemente social, lo ha llevado, no sólo a a-
poyarse en aquellos para resolver sus necesidades fundamentales,
sino aún, para llevar a cabo empresas que en una u otra forma es-
tán reñidas con la moral, la justicia y el derecho. Es así que en-
contramos, con harta frecuencia, agrupaciones de personas que ope-
ran no sólo al margen de la ley, sino precisamente viviendo del de
lito.

Por ello resulta un hecho tan común que, al indagar sobre la
génesis de una infracción penal, encontramos que en ella han parti-
cipado en más de una ocasión, varias personas; ante tal situación,
el hombre se ha planteado desde hace mucho tiempo esta interrogan-
te: ¿Cómo tratar al delincuente cuando éste ha buscado para causar
un daño, el auxilio o la ayuda de un tercero?; o para ser más
concretos, ¿Qué delincuente es más peligroso? el que trata de eje-
cutar por sí mismo y sin ayuda de nadie el delito, o el que busca
en el auxilio de otro, la seguridad y la certeza del cumplimiento
del fin buscado y la impunidad? Y es que resulta inquietante com-
parar la conducta del delincuente que obra por sí mismo, sin nece-
sidad de ayuda, con el que para delinquir busca la ayuda de otro.
Sin mayor análisis sentimos o vemos, mayor peligrosidad en el se-

gundo; así lo entiende Cuello Calón, (1) al afirmar lo anterior: "Que de los estudios hechos, se ha desprendido que los delincuentes que se asocian, son los más temibles: los reincidentes y los profesionales". Razones como ésta, han impulsado a los penalistas para en primer lugar, clasificar al delincuente por su modo de operar, y en segundo lugar, establecer con justicia la responsabilidad que cabe a cada uno según su participación.

De lo anterior resulta que, el estudio de la participación criminal, tiene gran importancia dentro de los problemas del Derecho en general.

¿Qué entendemos entonces por Participación Criminal? Dice Sebastián Soler: "La participación sea cual fuere su forma, no es un mero conocimiento del hecho, sino una contribución a producirlo" (2). Entonces, tomando como acertada la opinión anterior, concluimos en consecuencia que, en un delito, para poder sostener que un individuo ha sido partícipe en su ejecución, tenemos que encontrar en él una actividad, una comisión del agente en el resultado. Claro que, aparentemente, podría sostenerse que la participación es, como corolario lógico de lo anteriormente expresado, el hacer positivo en un delito. Y no es ésta una conclusión peregrina que surge por el desconocimiento o por la manera superficial como se trate el tema. Comentarista tan conocido como Eugenio Cuello Calón, sostiene: "La inacción o sea el no hacer (llamado concurso negativo) no constituye codelincuencia, pues ésta, es cooperación para un fin delictuoso y no se puede cooperar no obrando" (3)

Vemos en la opinión anterior, que se considera la participación, sólo cuando objetivamente encontramos una acción que nos determina la intervención del agente, en el hecho delictuoso.

Pero como bien lo sostiene Sebastián Soler, (4) no es un contrasentido sostener que el acto de participación, puede estar constituido por una omisión, como el caso aquel, cuando el partícipe tenía la obligación jurídica de obrar y no lo hizo, tal como el "agente de policía", que permanece inactivo, asintiendo con ello, al delito que actualmente se consuma en su presencia,

si no actúa, se convierte por su omisión en cooperador del delito. Por ello, la participación puede ser negativa, puede consistir en un no obrar, cuando el sujeto tenía el deber jurídico de hacer algo y no lo hizo, permitiendo con tal omisión, la ejecución del delito.

Entonces, de la idea que sobre la participación se ha dado, podemos colegir, que características aparecen en ella que nos pueden servir de guía, para analizar y juzgar concienzudamente si las acciones de dos o más personas las podemos considerar como un todo, como algo que constituye una sola unidad y tratar a los partícipes como tales; o si por el contrario, no existe entre ellos conexión alguna y por ende, pueden encuadrarse sus conductas como figuras independientes. Tales características son:

a) IDENTIDAD DEL DELITO: Al respecto dice Sebastián Soler:(5) "La obra de varios partícipes para que pueda ser atribuida a todos ellos, tiene que consistir en algo jurídicamente unitario. El caso normal de participación estará constituido por acciones diversas de los varios partícipes; el uno por ejemplo penetrará en la casa; el otro llevará la bolsa con lo robado; el otro vigilará; el otro en fin, se encargará del transporte. Todas estas acciones dispares, si se les considera objetivamente, deben tener un sentido de convergencia jurídica hacia una misma figura jurídica delictiva".

De lo anterior se establece también lo siguiente: que en el estudio de la participación tenemos que considerar, si no queremos llegar a conclusiones erradas, no sólo el aspecto objetivo de la acción, sino urgar, buscar en el interior del que ejecuta la acción, la situación anímica de éste; el sentido que quiso darle su ejecutor a la acción. Necesario es que estos dos elementos existan, vayan juntos; sólo así, teniendo la convicción que ambos existen, la acción y la intención, podemos concluir que la actividad, converge hacia un mismo fin, cual es el hecho delictual.

Surge en consecuencia la otra característica.

b) COMUNIDAD DE ACCION: Aquí, sigamos a Sebastián Soler(6)

Esa identidad jurídica -

se hace indispensable, porque sin ella no puede hablarse de participación, que es esencialmente la producción de una obra en común. Este principio asume tal importancia que la responsabilidad depende absolutamente de la comunidad. Para que haya participación en un delito "Hay que tomar parte o cooperar en su producción". Pero la parte que cada coautor, instigador, o cómplice, toma, debe objetivamente y subjetivamente constituir la parte de un todo que es el delito". O sea que debe existir en el partícipe, la acción y la intención; pero además, conciencia, convencimiento y certeza, que su acción no es en sí y por sí sola suficiente, que es incompleta para formar un delito y es por ello que como tal debe tomarse, como una fracción, como parte de un todo donde él interviene, pero donde también están interviniendo otros o ya intervinieron, con actos concomitantes o anteriores a todos ellos, y con la misma idea de que, sólo las actuaciones en su conjunto constituyen una unidad en la ejecución del hecho criminal que se propone ejecutar. Este sentimiento que mueve a dos o más personas a reunirse es entonces y el de que por sí sola, la acción criminal puede no ser posible, el que los impulsa para que, junto con otro u otros, traten de lograr el fin criminoso que se proponen. Se busca, pues, en el conjunto, lo que se estima que no se puede hacer por sí mismo. Es un sentir que, en la comunidad se encuentra la solución que les permite resolver el problema, de como ejecutar su acción. Al llevar a cabo ésta, la orientan de tal forma que se complementen con otras para que en su conjunto, produzcan un solo resultado, una unidad.

Esta comunidad de acción es también, y sobre todo esto, la convicción de que el acto ejecutado, es un acontecer parcial que como pieza de un rompecabezas, sólo toma forma y sentido, al unirse a otro u otros, formando así un resultado que es el pensado por todos los participantes.

Si esto no fuera así y cada uno de ellos que participan en el hecho, o por lo menos alguno de ellos, conciente está, de que su acción es autónoma, y no converge con otras para llegar al fin,

y éste se produce; podría tenerse al que así piensa y siente, como un autor, si con su acción puede realizar el delito, pero jamás como partícipe. Por ello se concluye que lo fundamental en la participación criminal, es la Unidad de Propósito Criminal; la voluntad común expresa o tácita, previa o concomitante; la conciencia común de que la actuación de todos ellos, converge a un mismo fin, o como lo dice el Doctor Manuel Arrieta Gallegos(6A) "que sea uno el propósito", y por lo que continúa expresando "copiosa es la jurisprudencia española y salvadoreña que tiende a poner de relieve la importancia del aspecto subjetivo de la codelincuencia, cual es el mutuo acuerdo o propósito común entre los autores mediatos, siendo hasta cierto punto episódico los aspectos o actuaciones objetivas que a cada uno de los correos le ha tocado hacer".

Es obvio entonces, la importancia que tiene el aspecto subjetivo de la cuestión, a tal grado que los tratadistas han visto en este aspecto, la característica medular de la coparticipación, dándole un carácter secundario, a la parte objetiva de la misma.

Para considerar que alguien ha participado, es suficiente que se considere que su acción, forma parte de una unidad" y no es necesario un pacto "SCELERIS" formal, al que le dan un valor exagerado algunos teóricos" (7). Esta es la doctrina que ha imperado en la mayoría de sistemas penales. Pero opuesta a la anterior, surge una nueva tesis llamada PLURALISTA o MODERNA, sosteniendo que en los casos donde varias personas participan en la consecución de un hecho delictivo, deben distinguirse tantos delitos, distintos y autónomos, como acciones se ejecutan.(8) Se toma como fundamento de esta teoría y para rebatir la teoría tradicional, que hay diversidad de delitos; pues cuando varias personas participan con un solo resultado en una infracción penal y uno de los que intervienen es un loco, él no comete delito y los otros sí; si fuera un solo delito, al no cometer uno de ellos el delito con la acción ejecutada, los otros estarían en iguales circunstancias, ya que todas las acciones convergen en un resultado, olvidándose, que estas causas que excluyen de responsabili-

dad criminal, son personales, y el hecho de que le quitan la responsabilidad a uno de ellos, no desaparece por esa razón el delito y por lo tanto, tienen los otros que responder por su participación. El Código Noruego, ha incorporado esta teoría. Vistas así las cosas, surgen las siguientes interrogantes:

a) ¿Puede darse el fenómeno de la Participación en los delitos tentados; o sea, en aquellos que no llegaron a consumarse, tales como la tentativa y el delito frustrado?

Como lo importante es establecer si existe una unidad en el resultado; si todos tratan de converger al mismo fin, y si éste queda parcialmente ejecutado, cabe la participación, y por ende la responsabilidad, de todos aquellos que en una u otra forma han intervenido.

b) ¿Puede darse la Participación en el delito culposo?

Partiendo de lo ya establecido vemos que, se necesita intención, deseo común, hacia un fin determinado; concurrencia de voluntades y de acción, para que haya participación; pues ya vimos que es fundamental no sólo el aspecto objetivo, sino la intención de los partícipes en el fin buscado. ¿Cómo operaría en el Delito Culposo, si en éste no hay intención; si cuando se comienza a ejecutar la acción que perfila el delito, el agente no ha ideado este resultado y mucho menos querido? Surge a primera vista que no puede haber participación en el Delito Culposo, porque carece o falta uno de los elementos, cual es la intención.

Contra este modo de pensar que es el común denominador, Sebastián Soler, replica (9): "La restricción al principio de convergencia ha hecho que a veces se considere como posible la complicidad solamente en los delitos dolosos, afirmándose que en las hipótesis culposas faltaría la voluntad común. Es sin embargo, intuitivo que la coincidencia intencional puede producirse dentro del ámbito de una figura culposa, de manera que varios partícipes estén de acuerdo en el hecho antireglamentario o imprudente que da origen al resultado delictivo. Así por ejemplo: si dos amigos resuelven ir a velocidad excesiva y cada uno de ellos presta su

colaboración, los dos resultan culpables".

Sobre el mismo tema, Labatut Glens dice: (10) "El delicado problema de la coparticipación en el cuasi delito se resuelve atendiendo a la exigencia del doble concurso de acción y de voluntades, indispensable para que exista codelincuencia. Si un automovilista, por ejemplo, requerido por el amigo que lo acompaña a que corra a una altísima velocidad, atropella a alguien y lo mata, no podría afirmarse que entre el conductor y su amigo hubo coparticipación en el cuasi delito, porque en la acción culpable el resultado típicamente antijurídico, representado o no, es involuntario. En el ejemplo propuesto sólo hubo acuerdo para realizar la acción (exceso de velocidad). En el cuasi delito por lo tanto, puede existir concurso de acción pero jamás por la razón apuntada con concurso de voluntades para producir el resultado punible".

Así mismo opina, Cuello Calón: (11) "En los hechos no intencionales, en los culposos (negligencia) no hay codelincuencia".

Vemos pues, que ante este problema se presentan soluciones tan discrepantes y donde necesariamente, se tiene que optar por una u otra solución.

Vale la pena espigar sobre el delito culposo o cuasi delito como lo llama Labatut Glens.

En estos delitos, el hombre actúa voluntariamente, claro está, pero su actuar no lleva como finalidad cometer una infracción penal tan grave; puede surgir por violación de reglamento, por infracción, negligencia, y su acción en sí no está matizada más que por esa modalidad. Pero se puede pensar: el que maneja a excesiva velocidad, su intención no es cometer delito, pero si violar un reglamento; claro que al hacerlo no prevé que pueda ocurrir algo más que la violación, y esa imprevisión es la que se castiga. Por ello, si dos al mismo tiempo ejecutan la misma acción que acarrea un solo resultado, ambos son responsables en la misma medida en el resultado.

Si dos personas imprudentemente hacen una fogata y provocan un incendio que causa a "X" la muerte, ¿Por qué no pensar que am-

bos son partícipes de un homicidio culposo?

Es aceptable y nada ilógica la tesis sostenida por Sebastián Soler. Pero nuestro Código Penal vigente en su artículo cuarenta y cuatro, inciso segundo, sostiene que cada uno responde de su propio hecho, siguiendo de cerca, en consecuencia, la primera teoría y excluyendo la participación en el delito culposo.

LA COPARTICIPACION Y CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DEL DELITO

Se plantea la cuestión de si se da la comunicabilidad de las circunstancias que modifican la responsabilidad y de aquellas circunstancias que siendo personales, forman parte o constituyen elementos de un delito.

Sebastián Soler, (12) plantea así el problema:

"a) Se aplican a todos los partícipes si son circunstancias constitutivas de la figura que no pueden ser calificadas como personales, y que por lo tanto podrían ser calificadas como Fácticas; como pertenecientes al hecho mismo, aún cuando se trate de hechos subjetivos.

b) "Por circunstancias personales que influyen en la calificación del hecho o que lo constituye (calidad de funcionario, calidad de hijo).

c) Circunstancias personales que alteran en más o menos o excluyen la penalidad (calidad de reincidente)"

Las primeras aunque subjetivas, si forman parte de la figura; si constituyen o son elementos del tipo, todos los que participen, si conocen lo que el principal va a hacer y seben sus intenciones, responden por el mismo delito (caso del que mata a su hijo para ocultar su deshonra).

Sobre las personales, si viene a constituir la figura, si forma parte del tipo, si es conocida, se transmite la responsabilidad; si no forma parte de la figura y es nada más modificativa de responsabilidad del que la tiene, en el sentido de que excluye o atenúa la responsabilidad, no se comunica. Si es agravante, se comunica cuando es conocida.

La confusión a que lleva la anterior solución se basa en que

no se ha distinguido cuándo el delito constituye delito tipo o cuando es una variante de éste.

En el caso de ser un delito cometido por un funcionario, ej. una malversación, sí se transmite la responsabilidad, cuando es conocida por éstos la condición; pero por ejemplo en el parricidio que es una modalidad del homicidio (homicidio agravado) la condición de ser hijo, agrava la figura que es el homicidio; luego, aunque sea conocido el vínculo por el copartícipe, el delito en el que interviene él, es el de la figura tipo: homicidio y no parricidio, homicidio agravado; así lo sostiene Sebastián Soler(13). Nuestro Código, siguiendo de cerca la primera teoría, en su artículo cincuenta Pn., hace responsable del mismo delito agravado, cuando el partícipe conocía la agravante del autor principal.

Todos estos problemas surgen, naturalmente, al referirnos a la participación voluntaria o sea "aquella en la cual es precisamente por la voluntad o consentimiento de varios, que todos intervienen en la comisión de un delito, que no necesita de la concurrencia de varios para su tipificación" (14)

Ya que en la necesaria, "que es la que ocurre cuando necesariamente tienen que intervenir dos o más personas en la comisión de un delito (15) " y por lo tanto en este tipo de delito no se puede pensar en la figura sin imaginarnos dos personas por lo menos (adulterio) y en ésta no podemos hablar de grados de participación, pues los dos son necesarios para consumir el delito.

LOS DISTINTOS TIPOS DE PARTICIPACION EN EL

DELITO

Ha sido fundamental para clasificar a los partícipes, la teoría de la Causa.

Podemos considerar autores todos aquellos que contribuyen o que son causa para la comisión del hecho; y cómplices a los que participan con una condición en el mismo. ¿Y los encubridores?. Como veremos más adelante, este fue el quid del problema, ¿dónde ubicar a los encubridores, dentro de la escala de participación?

Si ya dimos como cierto que es necesario que haya identidad

de delito y comunidad de acción y que dentro de la conciencia de cada uno de los que participan debe haber la intención de cometer un delito, esto nos lleva a pensar en lo siguiente: ¿Cómo puede haber el encubridor en los grados de participación. si cuando este interviene el delito ya se consumó? Si no ha participado en él, no es causa del delito y por lógica sabemos que la causa siempre precede al efecto. Consecuentemente, no podemos hablar del encubridor, como partícipe del delito, como persona que interviene en su formación; si ésta, ya está en la realidad cuando interviene el encubridor.

Carrara, hacía la siguiente clasificación:

- a) Motores, que dan el impulso moral sobre el ánimo del ejecutor.
- b) Autores, que intervienen personalmente en los momentos de consumación del delito.
- c) Auxiliares o concurrentes.
- d) Continuadores
- e) Receptores
- f) Encubridores.

Sebastián Soler, los clasificó así: I- Autores y Coautores:

Mediatos: El que ejecuta la acción por medio de otro sujeto que no es culpable o no es imputable, pero es autor.

a) Autores

Inmediatos: El sujeto que ejecuta la acción expresada por el verbo típico de la figura delictiva.

b) Coautores

El que interviene en igualdad de situación, con otro a la producción de un hecho común. El coautor, no es, pues, un autor mediatos, sino un autor inmediato

II.- Instigador

El que determina directamente a otro a cometer un delito

III-Complices

Primario El que presta una colaboración sin la cual el hecho no había podido cometerse, sujeto a quien la ley, o los fines de la pena, lo equipara al autor, aún cuando subjetiva y jurídicamente, se distingue de él

Secundario No lo define el autor

Nuestro Código Penal, en su artículo cuarenta y cinco y siguientes, establece la siguiente clasificación:

AUTORES INMEDIATOS

Art. 45.- Son autores inmediatos todos los que con su acción u omisión realizan directamente el hecho delictivo.

AUTORES MEDIATOS

Art. 46.- Se consideran autores mediatos:

1o.- Los que por medio de fuerza física constriñen a otro a ejecutar el delito;

2o.- Los que determinen a otro a cometer el delito;

3o.- Los que dieren la orden ilegal en el caso previsto en el ordinal 3o. del artículo 40; y

4o.- Los que presten su cooperación de tal modo necesaria que sin ella no hubiere podido realizarse el delito .

AUTORES PRESUNTOS

Art. 47.- En los delitos contra el honor, cometidos con abuso de la libertad de expresión, se consideran autores el dueño o empresario de la imprenta o el director o encargado del órgano periodístico o el propietario, gerente o administrador de la empresa televisora, o radial o los encargados de los programas, en su caso:

1o.- Si se niega a declarar en el juicio a que tales delitos dan lugar o si en su declaración se niega a mencionar al responsable directo del escrito o del programa;

2o.- Si la persona señalada como autora del escrito o del programa fuere desconocida o no fuere posible su identificación;

3o.- Si la persona señalada como autora del escrito o programa fuere inimputable.

No tendrán responsabilidad alguna quienes, en razón del trabajo que desempeñen, participen materialmente en la elaboración o difusión del escrito o programa.

COMPLICES

Art. 48.- Son cómplices los que intervienen con actos de auxilio, no necesarios pero sí útiles para la más fácil realización del delito, cuando dichos actos sean anteriores o simultáneos a la eje

cición del mismo.

Serán considerados cómplices los que previo concierto prometen asistencia o ayuda al delincuente para después de cometido el delito.

También se consideran cómplices quienes excitan o refuerzan la determinación de los autores materiales del delito. Esta clase de complicidad será apreciada por el juez según la gravedad del delito, la mayor o menor intensidad de la excitación y demás circunstancias que rodeen al hecho.

CAPITULO II

BREVE RECORRIDO HISTORICO SOBRE LA PARTICIPACION

La coparticipación, tal como actualmente se le conoce es completamente distinta al concepto que de ella se ha tenido en distintas épocas. Y no nos estamos refiriendo a la forma o al concepto que de los partícipes se ha tenido, sino al tratamiento que se les ha dado a cada uno de ellos en la aplicación de las penas; a la pena aplicable a todos los que participan en un delito. El resultado de este tratamiento es el reflejo del pensar del momento, de los medios que ha tenido cada núcleo social para combatir el delito, y sobre todo, en los últimos períodos, de los principios doctrinarios donde han abrevado las legislaciones para cimentar sus leyes.

A estos distintos períodos se le conoce según la severidad con la que ha sido tratado el codelincuente, Al respecto, seguimos de cerca al Doctor Manuel Arrieta Gallegos (17) sobre el ordenamiento que hace de estos períodos.

a) Doctrina Romano Francesa - "In Solidum".

Según su nombre lo indica, el enfoque que se le da a la responsabilidad que cabe a los codelincuentes, es que todos los que intervienen o participan en la ejecución de un hecho delictivo responden por él con la misma pena, no hay gradación de responsabilidad, todos participaron en un delito, a todos se les castiga por igual.

Este modo de resolver la responsabilidad surge precisamente en la Legislación Romana, por el hecho de no tener o desconocer, éstos, los distintos grados de participación. Sobre este sistema dice el Doctor Arrieta: "El sistema Romano-Francés, adolece de un gran defecto, el de suponer que todos los participantes de un delito no obran más que al dictado de una voluntad única lo que en realidad no es así, pues cada uno actúa por voluntad propia y distinta y precisamente la responsabilidad radica en el grado más o menos intenso de la voluntad en relación estrecha con lo actuado por cada cual" y claro que partían de un fundamento falso, que

todos los que participan, llevan dentro de sí un mismo deseo, se han representado la idea total del delito y como tal actúan, consiguientemente, una sola debe ser la pena para todos ellos.

Siguiendo esta idea, los Romanos formularon el siguiente criterio en el Edicto Pretorio "U N U M - F A C T U M , U N U M - D E L I C T U M", sancionando así como un sólo hecho, el delito cometido por varios esclavos pertenecientes a un mismo dueño y con su consentimiento (18).

Esta misma situación impera en el Derecho Medieval y no siempre por desconocimiento de los diferentes tipos de partícipes, sino que, siguiendo el criterio Romano, los derechos bárbaros como el Alemán (y tal vez influido por aquél), aplican igual pena a todos los que participan en el delito, motivados también como lo sostiene Guídice (19) "En el deber que incumbe a todos los miembros de la comunidad de cooperar activamente a la reintegración de la paz perdida por el delito, en la mayoría de los casos aparecía el encubridor y receptor equiparado al autor" naturalmente en la aplicación de la pena.

Esta misma tradición Germana imperaba también en la Legislación medieval española, así: el Fuero juzgo establecía expresamente la equiparación de penas de todos los codelincuentes al declarar "non deben ser dichos ladrones tan solamente los que facen el furto, más lo que consienten e los que reciben las cosas del furto sabiéndolo" (20)

Esta orientación traída desde tiempos de los romanos, de establecer la unidad del delito e identidad de pena para todos los partícipes, se manifiesta también en las siete partidas. Y en el derecho canónico quien con la noción de "pecado" introduce al derecho, estableció el criterio de que se puede participar en el hecho punible aún con actos ajenos a su comisión y posteriores a él, pero aplicándoles a todos ellos la misma pena:

Aún en el siglo XIX, los Códigos Franceses de 1791 y de 1810, sostienen la igualdad de la pena para todos los partícipes, incluso los cómplices, y por eso se le llama a esta corriente "Ro

mano Francesa".

En igual situación, pero por motivos o fundamentos distintos a los anteriores, como lo veremos más adelante, el Código Noruego de 1902 sostiene igual criterio.

Vemos entonces, que al través del tiempo, por causas disímiles y variadas, distintas legislaciones han tratado a los copartícipes con una misma pena. Pero como reacción, aparece al par de este sistema, la llamada Doctrina Clásica, que aún escasamente hará unos meses era aplicada en nuestro sistema legal represivo.

b) DOCTRINA CLASICA

Concibe que, en el delito, pueden existir varias personas que participen en él, y que esta participación, en muchos casos no es decisiva por sí sola, y por ello, necesita de otra u otras, para que tenga consumación el delito. Este razonamiento trae como consecuencia que puede gradarse la responsabilidad, según que haya sido o no decisiva la actuación del copartícipe.

Tiene asimismo un avance sobre la doctrina anterior, porque distingue gradación en la pena, según sea la mayor o menor intervención en el acto delictual. Pero también tiene como fundamento, y éste es el talón de Aquiles, por así decirlo, de la teoría, que fundamenta la responsabilidad en el resultado. De ahí resulta la gran incongruencia que como lo destaca muy bien el maestro Manuel Arrieta Gallegos (21) esta teoría "Es vulnerable si se tiene en cuenta, por ejemplo, el caso del inductor que ya concluyó por así decirlo su labor, y que en cambio quedaría impune si el ejecutor no realiza el acto delictivo, o que sólo respondería de tentativa o de frustración". Si el delito no se consuma.

Como toda transformación, todo cambio, la Escuela Clásica dió un paso más en la modernización y aplicación de la justicia, por efectos del derecho, y solamente el hecho fundamental de haber fraccionado la responsabilidad de los codelincuentes, según la participación que estos hayan tenido en el delito, nos da una idea de los beneficios que trajo el cambio de pensamiento. Claro

está, que esto a su vez acarreó problemas como ya le dejamos planteado, pero fueron superados y aún lo están siendo, con los nuevos conceptos que surgen y que van transformando la mentalidad de los pueblos, y por ende, el enfoque de las Legislaciones.

Así replantean la cuestión de la responsabilidad, las Escuelas positivas, y ¡vaya paradoja! buscando mejorar el sistema, teniendo la Escuela Positiva un enfoque más humano del delito, viendo más al hombre delincuente "que su acción", llega a conclusiones que habían sido superados por la Doctrina Clásica.

De las Doctrinas Positivistas tenemos: I) La de la equivalencia de condiciones y II) La propiamente Positiva.

I) Doctrina de la equivalencia de condiciones.

Como fundamentos comunes y siguiendo al Doctor Manuel Arrieta Gallegos (22) tenemos los siguientes "En ambas se aplica esencialmente el aspecto subjetivo y no exclusivamente el objetivo, pues parten de la base de la temibilidad que en mayor grado demuestran los sujetos cuando se asocian y concierten sus voluntades".

También establece que los delincuentes que se asocian, son los delincuentes por tendencia instintiva, tales como los habituales y profesionales y casi nunca se da en los ocasionales y los pasionales.

Lo anterior no es un argumento que tenga únicamente un fundamento teórico o hipotético, sino que son conclusiones surgidas de la realidad misma de la vida, y que claramente establece Cuello Calón, (23). "Actualmente se concede a la codelinquencia extraordinaria importancia, pues el estudio de las estadísticas criminales, prueba su gran frecuencia en los delitos más graves y que ordinariamente se asocian con otros para realizar sus empresas criminales son los más temibles, los reincidentes y los profesionales."

Sin ser un Positivista, acepta la realidad que amerita estudiarla a fondo y darle la solución más adecuada.

II) La Teoría de la equivalencia de condiciones.

Uno de sus más conocidos exponentes, Von Buri, al respecto analiza la participación, partiendo de que prácticamente es impo-

sible establecer en una forma objetiva, el valor causal de las distintas condiciones de un hecho; y por ello afirma que, el único criterio válido para distinguir las formas de participación en un delito, es el criterio subjetivo.(24).

Planteado así la cuestión, surge como consecuencia lógica que, la única forma de establecer la verdadera participación en un hecho común a varios, es buscar en la intención, en el pensar de cada uno de los copartícipes, y sostenía: "Partícipes son todos los sujetos que ponen una condición del resultado, y objetivamente entre ellos no hay distinción, la única diferencia posible sólo se halla en el ánimo con que el sujeto procede, ya que es muy distinto obfar con la intención de realizar un hecho típico, que constituye el acto de ejecuciones, (ánimos actores), o con la intención de ayudar a que otro lo haga (ánimos soci) " (24).

Vemos entonces que el meollo de esta teoría no consiste en el estudio del hecho realizado por el agente (aspecto objetivo) que es lo que llevó a los de la Escuela Clásica a establecer la diferencia entre participantes Principales y Secundarios y como consecuencia la aplicación de penas distintas. En este planteamiento no.

Si "X" ejecuta un acto que por sí mismo no es suficiente para consumar el delito pero lo realice con ayuda de otros, si su intención era al llevar a cabo su acción, el de ser autor, si su fin era la consumación y no solamente la participación Secundaria, eso no lo sabe la ley, eso no se concluye del acto; pero el delito se consumó aunque no sólo por la acción, del agente, sino por la ayuda que otros le prestaron. Por ello es que, el estudio objetivo de cada una de las acciones, no da la pauta necesaria, para conocer la verdadera intención del agente; pero como ya se tiene como fundamento común de estas teorías, que la asociación es un signo de temibilidad en el delincuente; como una agravante en su actuar delictivo; se tiene que cortar por lo sano, ante la imposibilidad de conocer la intención, sobre el grado de participación y también como al asociarse varios delincuentes para cometer

un hecho ilegal, el resultado de todas sus acciones, no es matemáticamente equivalente la suma de todas ellas, sino que subjetivamente, en lo que a cada uno respecta, y socialmente, en lo que respecta al daño que la sociedad recibe, el resultado es mayor y equivalente a un producto superior al de la simple adición o suma de actividades; sobre la base de estas dos realidades subjetivas y objetivas desaparece ya la calidad de autores y cómplices, quedando en igual plano todos los participantes, pero considerándose la acción realizada por cada co-reo, como una infracción de la cual cada uno debe responder en forma equivalente (25).

Von Buri, no extrajo esta última consecuencia de la teoría apuntada, pero dados los elementos, no otra consecuencia podía resultar de la equiparación de las conductas de todos los copartícipes, sean estos autores o cómplices, pues para él, no podía haber distinción y al no existir la distinción en la participación, no había distinción en la pena. Notamos así que por caminos distintos y con fundamentos y finalidades diferentes y aún opuestos se llega a la misma solución que le habían dado los Romanos, a la Participación; pero éstos, con la atenuante que en aquellas pretéritas épocas no se tenía una idea clara y precisa de la clasificación o diferente participación, que pueden tener los copartícipes en el delito, atenuante que no cabe a los positivistas. Es así como en el Código Noruego de 1902, lo mismo que en el Código Brasileño y en el Italiano, fundándose en la Escuela Positiva citada, resuelven el problema de la codelinquencia, con un criterio superado hacía muchos años.

II) La Doctrina propiamente positiva

La característica específica de esta Escuela es que, busca en la peligrosidad de los sujetos, la diferencia para la adecuación de las penas; así mide el grado de peligrosidad del delincuente y conforme resulta éste, determina su responsabilidad; como consecuencia, la sanción que se le impone es por su peligrosidad, vista al través de su participación: Sienta el principio "a cada uno según su peligrosidad parodiando el principio de la Escuela Clásica

"a cada uno según sus obras".

Aquí resulta que la pena no va a ser el reflejo de la acción cometida, pues aún puede darse la paradoja de que, se impone una sanción más grave a un copartícipe que haya ejecutado una acción menos relevante que la de otro, al ejecutar un delito, si de su acción se infiere más temibilidad. Es más, como corolario de esta doctrina, resulta que la clasificación o graduación que se hace entre los delincuentes de autor, cómplices, etc. no tiene importancia alguna, ya que ésta tiene como fundamento, aplicar penas diferentes según el concepto o carácter que se le da a la participación, y siendo el fundamento principal de esta teoría, la temibilidad, para aplicar la pena, la clasificación tradicional de delincuentes carece de valor y de importancia.

CAPITULO III

LA FIGURA JURIDICA DEL "ENCUBRIMIENTO".-GENERALIDADES

ENCUBRIMIENTO: El Diccionario lo define así: "acción y efecto de encubrir". Veemos entonces que entendemos por ENCUBRIR. Encubrir es ocultar una cosa o no manifestarla, tapar, esconder o fingir". Si trasladamos esta idea al Derecho Penal, encontramos entonces que, "encubrir" es ocultar un hecho considerado por la Ley Penal como Delito o Falta, con la finalidad de evitar el castigo del delincuente. Pero en esta palabra "ENCUBRIR", a través del tiempo, se han ido incluyendo una serie de conductas tan disímiles, que lo único que tienen en común es que son acciones cometidas con posterioridad a la comisión de una infracción penal. Esta circunstancia es la que ha obstaculizado la definición de esta figura y su ubicación dentro de las legislaciones, dando como resultado también, que los conceptos que sobre ella se han verificado, sean por lo general de carácter descriptivo de los distintos casos que se incluyen en el "ENCUBRIMIENTO".

Decía Carrara: (26) "Es un acto externo, idóneo, mediante el cual, con conocimiento y después de la consumación del delito, pero sin acuerdo anterior y sin llevar el delito mismo a consecuencias ulteriores, se ayuda a sus autores para asegurar el provecho criminal resultante o eludir las investigaciones de la justicia."

Merkel, lo describe así: (27) "Acto posterior a la consumación (y en su caso a la tentativa) del delito, y tiene por objeto mantener y conservar en favor del culpable la situación de cosas creadas por el delito y que es contraria al Derecho, impidiendo que la acción realizada lleve consigo la correspondiente compensación jurídica".

Castejón: "Los que intervienen después de realizado el hecho punible, para ayudar a los autores y cómplices a eludir la persecución de la justicia o asegurar el provecho criminal".(28)

Puig Peña: "Intervención de un tercero en un delito ya cometido; bien para aprovecharse el mismo de los efectos de la in-

fracción (crimen Receptatinis"), bien para auxiliar al delincuente en el goce de los frutos del hecho punible o eludir la acción de la justicia (Auxilium Post Delictum) (29).

Cuello Calón: "Consiste en la ocultación de los culpables del delito o del cuerpo o de los efectos de éste, o de los instrumentos con que se cometió, o de sus huellas, con el fin de eludir la acción de la justicia, o en auxiliar a los delincuentes para que se aprovechen de los efectos del delito o de las ventajas económicas que éste les hubiera proporcionado o en aprovecharse el propio encubridor de aquéllos beneficios".(30).

De los conceptos arriba vertidos, vemos en ellos, que para definir el "Encubrimiento", todos los autores relacionados, han tenido que echar mano de diferentes situaciones y conductas, que lo único que tienen en común es el tiempo en que fueron ejecutadas.

Este problema conceptual tiene su origen en los expositores de la Escuela Clásica, que, interesados en agotar los términos de la clasificación de los delincuentes, según la participación que estos hubiesen tenido en el delito, y fundando toda su atención en forma exclusiva, en la época en que fué ejecutada la acción delictuosa, ya hubiese sido esta participación anterior, coetánea o posterior al delito, clasificaron a los partícipes en instigadores, autores, cómplices y encubridores, incluyendo en los últimos, todos aquéllos que han realizado actos con posterioridad al delito, y que sean ajenos a la comisión de la infracción Penal Primaria o Principal.

Así Carmignani, (31) al hacer la clasificación de delincuentes según su "Participación", distingue: la que se produce antes del delito (Coacción, orden, mandato, consejo), al tiempo del delito, (cómplices, co-reos, consocios), y la que se produce después del delito (Apología, Aprobación y Encubrimiento).

Deducimos también, que de toda esta gama de hechos delictivos contenidos en el "Encubrimiento", resaltan como características comunes en ellos las siguientes:

la.- Característica.- Que haya ocurrido un delito, anterior a la conducta encubridora, pero que el encubridor no haya tenido participación en él.

Al respecto se pregunta en qué forma podría influir en el encubridor, la clase de Delito que encubre, cuando es delito común o delito especial. Cuando es delito común, no encontramos ningún tipo de problema, excepto aquellos que surgen por las condiciones especiales del autor principal, condiciones que no modifican la naturaleza del delito, como en el parricidio, situaciones que ya se analizaron en el capítulo I. ¿Y cuando el delito es especial? veamos un ejemplo que se ha dado con cierta frecuencia en nuestros Tribunales: siendo el alcohol en nuestro medio un producto estancado, para poder ser utilizado por las distintas destilerías, es conducido del Recinto Fiscal al lugar de consumo por vehículos que son custodiados por agentes de la Policía de Aduana. Ha ocurrido en ocasiones, que ciertos agentes, en connivencia con particulares, extraen de los vehículos, cierta cantidad de alcohol, para venderlo a los interesados. Se pregunta: qué delito se comete? Conforme nuestro Código Penal, el agente comete el delito de Peculado. Art., 438 Pn. y los demás? el motorista, el mozo y el comprador? todos ellos son en consecuencia autores o cómplices en el delito cometido por el agente. De ahí vemos y contestando la cuestión, que se puede encubrir aún aquéllos delitos en los que no se podría ser autor por carecer de una de las características del tipo: ser funcionario, empleado, etc. como son los delitos especiales que exigen una calidad especial al autor.

Se puede hacer esta interrogante: ¿Es posible encubrir un delito privado? claro que sí, lo único que en estos casos, hay que esperar que se le dé el impulso inicial a la acción por parte del interesado para, en consecuencia, proceder contra el "ENCUBRIDOR".

La razón es que se debe respetar el carácter privado de esta acción, y no descubrir el secreto, que, en muchas ocasiones, prefiere guardar el ofendido, al no iniciar la acción (32).

¿Y SI SE ENCUBRE UN DELITO PRESCRITO?

Algunos sostienen, que en estos casos, como en cualquier otro, el encubrimiento existe, pues se han dado los elementos necesarios (anterioridad del delito encubierto, no participación del encubridor, conocimiento de éste de que está encubriendo el delito e inexistencia de acuerdo previo); otros sostienen que, aunque la acción ya está prescrita, puede surgir el delito de encubrimiento si el encubridor ejecuta actos tendientes a obstruir la acción de la justicia a favor del encubierto, toda vez que hayan actos positivos de persecución. Y no se comete este delito, si solamente se tiene conocimiento del delito cometido por el autor y no se hace nada por ponerlo en conocimiento de la justicia.

Por último, hay quienes sostienen que este delito no surge en este caso, porque la acción ya prescribió y consecuentemente desapareció la acción criminal principal y no hay delito que ocultar.

De estas encontradas opiniones, busquemos la solución que sea más adecuada, o que satisfaga plenamente el principio de la equidad.

Veamos qué entendemos por prescripción: consideramos que es una consecuencia jurídica que surge por el no ejercicio de un derecho durante un período determinado; consecuencia que puede ser, o la pérdida o la adquisición de un derecho, según sea adquisitiva o extintiva. Refiriéndose a la prescripción penal, dice el Doctor Manuel Arrieta Gallegos: "consiste en la causa que extingue la acción penal y la pena, en virtud del tiempo transcurrido ininterrumpido de un período de años determinado por el legislador, durante el cual no se ha iniciado o ha quedado en suspenso la acción penal que surge del delito, o bien no se ha ejecutado la pena impuesta por sentencia definitiva a un delincuente". (32A).

En el campo civil, esta circunstancia debe alegarse por el interesado para que pueda operar, para que surta sus efectos; es

pues, mientras no se haga, una mera expectativa de derecho.

Así lo establece el Artículo 2232C. que a tenor dice "El que quiera aprovecharse de la prescripción, debe alegarla, el Juez no puede declararla de oficio".

Se comprende el anterior principio, porque imbuído nuestro antiguo Código Civil de la corriente tradicional, que considera que la carga de la prueba, corre por cuenta del que pretende el derecho, por lo que nada puede hacerse, si éste no lo pide en tiempo y forma. De ahí que la prescripción opera, sólo cuando el interesado la alega.

Pero en el campo penal el enfoque es distinto; siendo el Derecho Penal de orden público, el impulso procesal no corresponde exclusivamente a las partes (salvo las excepciones que corresponden a los delitos privados). El juez, debe de oficio, buscar todos aquellos medios que establezcan la existencia del delito y la participación delincuencia, pero también, todos aquellos elementos que en una u otra forma favorezcan al imputado. Lo anterior, no quiere decir que la prescripción, no pueda alegarse como excepción. Pero es, pues, obligación del juez, al captar jurídicamente en el procedimiento judicial que opera la prescripción, declarar extinguida la acción penal o la pena, según el caso, cuando se den los presupuestos establecidos por la ley, porque en ese momento cesa la facultad del Estado, por ministerio de ley, de perseguir al delincuente, por razón de "utilitatis causa", vale decir, que conviene a la sociedad y al imputado, ponerle fin a una situación de hecho, para convertirla en situación de derecho. Desde ese momento pues, deja de ser perseguido como autor de un delito. Cualquier intento en tales condiciones, por parte del Estado o de sus órganos, carece de fundamento en el orden natural y legal, porque el mismo Estado se ha autolimitado la función jurisdiccional que le corresponde, autolimitación con fundamento constitucional, de acuerdo al Art. 168 de nuestra Carta Fundamental, que prohíbe las penas perpetuas, y por ende, la persecución perpetua del delincuente.

Esta circunstancia a todas luces favorece al delincuente, pero no se crea que se dá porque considere el legislador que el favorecido por la prescripción lo es, porque haya pagado su deuda con la sociedad o como lo dice el Doctor Manuel Arrieta Galle^gos: "Y no porque el tiempo se encargue de cicatrizar las heridas y borrar las ofensas, ni porque a través de los años, se suponga la enmienda, es que prescribe la responsabilidad del delincuente; el fundamento es otro; es, como lo dice Ferrer Sama la necesidad social de eliminar un estado de incertidumbre en las relaciones jurídico penales entre el delincuente y el Estado" (32B).

En consecuencia, el que en tales circunstancias, ayuda a un perseguido, no comete, pensamos nosotros, un delito, puesto que ya no hay acción perseguible por el hecho punible, sino que por el contrario, evita que se cometa una posible infracción penal, cual sería una detención ilegal, por parte de aquellos que deben ser los garantes de la ley y el orden público. En estos casos, se concluye, que no hay encubrimiento que sancionar.

Si analizamos provisoriamente las disposiciones que regulan las conductas encubridoras, ya que posteriormente lo haremos más extensamente, encontramos en ellas las que regulan el encubrimiento; la intención que considera el legislador, que impulsa a los encubridores es el "tratar de ayudar a evadir la acción de la autoridad" y a los receptadores buscar el beneficio propio o ajeno del delito cometido por otro. ¿Cuándo se evade la acción de la autoridad si el delito ya está prescrito? No hay evasión a la "acción de la autoridad pues ésta, ya no tiene acción alguna en contra del delincuente"; y en el caso de la Receptación, el que trata de obtener beneficio de los objetos que han sido producto de un delito anterior, ya no pueden considerarse tales objetos como ilícitos, y en consecuencia, desaparece la calidad de receptor y el matiz ilegal de su acción, por haber dejado de ser idóneo el objeto, para constituir el delito,

Notamos entonces, que la legislación vigente, robustece nuestra posición al respecto.

Y si el autor principal es absuelto con posterioridad al inicio de la acción penal seguida contra el encubridor ¿qué suerte corre éste?

Si consideramos que el ENCUBRIMIENTO es forma de participación, claro que no hay responsabilidad para él; pero si tomamos el delito como autónomo, sí puede subsistir, aunque el principal haya sido perdonado o absuelto.

2a. Característica. Que los encubridores, tengan conocimiento del delito cometido por el encubierto, cuando ellos ejecutan la acción encubridora.

3a. Característica. Que no haya acuerdo previo al delito entre el o los autores del delito y el encubridor, sobre la conducta que va a tomar éste a fin de ayudar al autor.

Si hay un acuerdo anterior a la comisión del delito, entre la persona que lo va a ejecutar y el que le ayudará en su fuga, por ejemplo, éste no sería encubridor, sino un partícipe, que podría adquirir la calidad de cómplice al menos, ya que el autor principal se arriesgó a infringir la ley por el conocimiento previo que tenía de la ayuda que se le iba a prestar.

Es procedente aclarar, visto lo anterior, que no puede pensarse en que uno se encubra a sí mismo, debido a que el Encubrimiento tiene que ser, dada la naturaleza específica de este delito, el ocultamiento de una conducta antijurídica de un tercero.

También puede surgir la siguiente cuestión: ¿influye el lugar de ejecución del encubrimiento en la responsabilidad? aclarando, siendo una acción criminal accesoria, para su comisión, ¿tiene que llevarse a cabo en el lugar donde se ejecutó el principal? No. por lógica se colige que el lugar de comisión, no implica en absoluto cambio de responsabilidad; si el delito accesorio se comete en lugar distinto del principal, esta circunstancia no cambia su naturaleza. Y por último, ¿Hasta cuánto tiempo después de cometido el delito principal pueden ejecutarse las acciones encubridoras? Esta pregunta tiene su solución, según se entiende la responsabilidad al prescribir la acción principal, pues

incide también en su respuesta, los problemas de la prescripción.

Estas son las consecuencias que se pueden deducir de las conductas consideradas como encubridoras. Pero de eso, a tener un concepto o una figura homogénea del encubrimiento, hay un gran abismo que nunca pudo ser salvado por los clásicos, en vista de su "falta de nacimiento" al considerar en un sólo concepto, un sin número de conductas.

Siguiendo esta directriz y haciendo derroche de ingenio, Carrara (33) distingue los distintos tipos de encubridores así: a) Continuadores. "Los que tomando pretexto de un delito ya consumado por otro continúan de cualquier manera repitiendo la violación del derecho mismo ofendido antes por el delito consumado".- b) Receptadores, "Los que habitualmente prestan auxilio al delincuente u ocultan los objetos procedentes del crimen".- c) Encubridores, "Los que sin repetir la ofensa del derecho violado con el delito, y sin previo acuerdo con los delincuentes, les prestan asistencia de cualquier modo para impedir el descubrimiento del uno y el castigo de los otros".

Colegimos entonces de todo lo dicho, que dentro del Encubrimiento, encontramos muchas circunstancias y conductas delictivas que tenemos que individualizar, si queremos tener una idea exacta, del contenido del Encubrimiento.

Conde, (34) trae una enumeración exhaustiva y completa de las distintas figuras post delictuales que han sido encuadrados en la figura Encubrimiento.- Dice:

"a) Las actuaciones que partiendo de un delito ya consumado, pretenden obtener un beneficio del mismo, aprovechándose de sus efectos. Obedecen estas conductas a un esencial ánimo de lucro; atacan al bien jurídicamente protegido de la propiedad y son ajenas a toda consideración favorecedora de la seguridad del autor del delito principal. La ocultación del delito realizado, cuando existe, surge no del deseo de la impunidad de sus autores, sino del deseo de la propia impunidad y para el logro del lucro buscado. Tales conductas constituyen la receptación.

b) Las actuaciones dirigidas a conseguir la impunidad de un delito preexistente o de su autor, ocultando las pruebas, efectos o instrumentos de aquél, o la persona de éste, o favoreciendo su fuga. Se presentan con un específico fin de burlar la acción judicial; atacan el bien jurídico de la Administración de Justicia, y representan una infracción de los deberes sociales de solidaridad y protección del ordenamiento jurídico, constituyen tales conductas El Favorecimiento.

c) Las actuaciones que se presentan como una prolongación del delito cometido, auxiliando al autor del mismo para que obtenga todas las consecuencias por él buscadas al realizar el hecho. Representan un acto de solidaridad con el delito por otro cometido y una identidad de fin; atacan el mismo bien jurídico que aquél; y también aquí, cuando indirectamente se oculta el delito principal se hace como lo oculta su propio autor; por imperativo de defensa. Denominaremos a esta figura complemento, puesto que se adhiere al delito principal para hacerlo íntegro y perfecto".

¿COMO SE HA CONSIDERADO EL ENCUBRIMIENTO DENTRO DE LA PARTICIPACION CRIMINAL?

El enfoque que se le ha dado ha sido variado y contradictorio.

Iniciamos el estudio con aquellos que sostienen, que es "Forma de Participación de un delito principal".

Se toma como fundamentos principales los siguientes: a) El encubrimiento es una forma de codelincuencia; b) La pena aplicable al encubridor está subordinada a la del autor principal (puede variar según la corriente: Romano Francés, Clásica, Positiva).

Lo que impulsó a considerar el encubrimiento como forma de participación, fue su accesoriedad, el de estar ligado a un delito preexistente y por lo tanto tenía que formar parte del principal y correr la misma suerte que éste.

Hay discusión si en el Derecho Romano, se consideró este tema y si el encubrimiento fue tomado como forma de participación y en consecuencia castigado como tal. Algunos como Momsen, (35)

sostiene que era considerado, no como forma de participación, sino como delito propio.

Ferrini, (26) por el contrario sostuvo que era considerado como forma de participación, y otros, siendo este el criterio generalizado, que en este aspecto los Romanos, siguieron una conducta errática sin tener un criterio firme, con soluciones distintas a los diversos casos que se les presentaron.

Esta misma situación se traslada al derecho medieval, donde se tomaba ora como delito especial, ora como forma de coparticipación.

Es a los Glosadores, a quienes les cabe el mérito de comenzar la teoría del concurso de delincuentes y también la diferencia de penas que cabía a cada reo según su participación; clasificación que fue recogida por la Escuela Clásica, e incorporado a todos los Códigos que surgieron amparados en esta doctrina. Primero en forma vacilante como las leyes Napolitanas, que distinguieron entre los "Socci-criminis" a los que se les ponía una misma pena y los "Socci in Crimnis" a los que se les ponía una pena menos severa que a los primeros, hasta llegar al Código Penal Francés de 1810, que aceptó dentro de su contexto las distintas formas de participación, aunque las impuso a todos los coparticipes la misma pena.

Llegamos así al siglo XIX, donde el encubrimiento como forma de coparticipación ha tomado carta de ciudadanía y sólo varía el enfoque sobre la manera de castigarlo y así vemos:

- a) Las Legislaciones que reconocen los distintos grados de participación pero que castigan por igual a todos ellos; ejemplo: el Código Francés, el Derecho Inglés y el de Estados Unidos.
- b) Los que penan en distintas formas a los autores; cómplices y encubridores, etc. ejemplo: antiguos Estados Alemanes, Suiza, Países Bajos.

Los fundamentos teóricos para justificar la gradación en la participación y en la pena, también no siempre han sido los mismos. Inicialmente se dieron como argumentos válidos algunos que tienen al decir de Conde (36) un cierto candor filosófico y

que están más cerca del buen sentido, que de la dogmática jurídica. Con este enfoque Montesquieu, refiriéndose al encubrimiento y al autor dice: "El uno impide el conocimiento de un crimen cometido ya, el otro lo comete; todo es pasivo en el uno; hay una acción en el otro" (37). Por ello es menester imponerle una pena menor al encubridor que al autor.

Rossi decía (38): "Conviene hacer para todos iguales los riesgos de la empresa criminal? Diríase que esta es una ley surgida por los malhechores. Efectivamente, mientras mayor es el peligro a que se exponen los hombres asociados para cometer un crimen, más procuran que este peligro sea el mismo para todos. Es menester, pues, distinguir entre los diferentes grados de participación del crimen".

Pero estos argumentos aunque ciertos, no daban precisamente, mayor basamento jurídico, para poder sostener la diversidad de participantes.

Fue necesario remitirse a la teoría de la causalidad y buscar en ella, el asidero que le diera base científica a aquel modo de pensar y fue así como argumentando en este orden de ideas dijeron: "El hombre es penado porque su obrar causó un delito. Cuando varios colaboran para la realización de un hecho ilícito, deben ser penados en cuanto su acción sea causa de ese delito y en proporción a la trascendencia de esa causa en el resultado final: plenamente, si la causa fue necesaria para que el delito se produjera; degradadamente, si su obrar fue una mera condición del resultado, esto es una concausa accidental y no necesaria a dicho resultado" (39).

Aceptado esto como cierto, establecieron, luego, la gradación de delincuentes y de la pena, castigando en forma más rigurosa aquellos que aparecían en el delito como causa para su formación, y en menor circunstancias, los que intervenían con una mera condición al resultado delictivo. Si los encubridores son los que menos influían en la ejecución del delito, lógico resultaba, aplicarles una pena menor que a los otros partícipes.

Un poco vacilantes al principio, tomada en forma parcial, al incidir en las Legislaciones Clásicas; es aceptada, luego, como una verdad incontrovertible, a tal grado que Carrara refiriéndose a la gradación que al respecto él establecía manifestó: "Abrigo tan firme convicción acerca de la justicia y exactitud de esta distribución de nociones y grados, que tengo confianza absoluta de verla realizada en alguna legislación penal, no porque yo crea suficiente a conseguirlo mi pobre voz, sino porque la fuerza poderosísima de la verdad, tarde o temprano, se abre camino por su propia virtud".(40).

En esta forma abierta y sin embages, se plegan todos, al sistema de la coparticipación y se buscan argumentos que abonen esta teoría travéndose casos a guisa de ejemplo, como éste: "Cuando se arrebató algo por la violencia, cuando se sustrae por la maña, la acción no tiene por definitivo objeto al arrebatar o sustraer, se quita para gozar, se delinque para aprovecharse, no puede decirse completamente extraño a la obra. El hace cuanto puede por concurrir a ella, el concurre a su consumación" (41).

Y hay muchos delitos los cuales no se cometieran con tanta frecuencia si no supiera de antemano el autor (caso del robo) que no faltará más de alguno dispuesto a comprar el objeto robado, aún a sabiendas el origen irregular de éste. Por lo tanto hay una especie de acuerdo tácito entre el ladrón y el que compra el objeto robado.

Así Beling, enfocaba el encubrimiento como "Acto principal posterior creado por aquél."

Resumiendo la argumentación de los clásicos, se puede reunir en los siguientes numerales:

- 1) El encubridor participa del delito al tomar parte, aunque sea posterior (42).
- 2) "La actividad del Encubridor es una especie de reiteración del acto del autor" una continuación del delito que se lleva a sus últimas consecuencias permitiendo al autor conseguir la finalidad práctica buscada (43).

- 3) La necesidad de conectar el acto encubridor con el delito principal surge de la mera consideración de que la actividad encubridora (comprar, guardar) es en sí lícita y solamente adquiere relevancia penal, al colocarla en conexión con el delito encubierto (44).
- 4) La relación causal entre el encubrimiento y el delito encubierto puede establecerse idealmente si pensamos que muchas veces el hecho se realiza por la seguridad de auxilio que representa la mera existencia de los encubridores (en el favorecimiento) o la esperanza de obtener un lucro (en la Receptación) (45).
- 5) La conducta del encubridor no adopta una gravedad uniforme. Su gravedad y por ende su responsabilidad, está en relación con el delito encubierto; de ahí que sea un absurdo penarlo con independencia de esa gravedad. (46)
- 6) Dentro de esta teoría se explica mejor el porqué se pena el aprovechamiento de los efectos de un delito, cuando lo realiza un extraño al delito y no cuando lo obtiene el propio autor. Si fuera un delito distinto ese aprovechamiento (Receptación), lo lógico sería que los partícipes principales responderían por hurto y Receptación a la vez siempre que se aprovecharen de las cosas hurtadas (47).

Para terminar concluimos que el planteamiento de todo lo anterior tenía una base al parecer lógica; que los clásicos consideraban que el autor y el encubridor atacaban, el mismo bien jurídico protegido por la ley, y por ello, según la intensidad como uno y otro habían burlado este principio, así era su responsabilidad. Por eso es que todos resultaban partícipes del mismo hecho.

II-EL ENCUBRIMIENTO CONSIDERADO COMO DELITO AUTONOMO

No obstante que con la clasificación de los copartícipes ideada por los clásicos, se creyó solucionar en una forma absoluta y permanente la aplicación justa de la ley, pronto la práctica vino a demostrar lo contrario. Comenzaron a surgir situaciones cuya solución chocaba con el principio racional de justicia. Tal cosa ocurría, cuando se tenía la certeza de que un delincuente había ocultado un objeto robado y no se tenía la identificación

del delincuente principal. Siendo el encubrimiento una forma accesoria de participación, corría la suerte del principal y en consecuencia no se castigaba al culpable del encubrimiento.

Surgía también otro tipo de problema desde el punto de vista de la aplicación de la ley en el espacio así:

Tenemos como principio reconocido internacionalmente, que la ley penal es por regla general, de aplicación territorial. De ahí resultaron dificultades para castigar a un encubridor que ayudaba a otro delincuente, encubriéndolo naturalmente, cuando el delito principal había sido cometido en otro país.

Todos estos escollos, surgidos de la aplicación de la doctrina arriba expuesta, que a los problemas daba soluciones dejando un vacío de justicia y de equidad, movilizaron las conciencias de los juristas lanzándose a la búsqueda y solución, no sólo del aspecto objetivo y práctico de la cuestión, sino que van al meollo del mismo, a analizar nuevamente los fundamentos lógicos en que se basó la teoría de la Coparticipación, para establecer si realmente correspondían las soluciones dadas por los clásicos, a la realidad existente, y si los fundamentos de esta teoría eran lo suficiente razonables y firmes como para resistir un análisis de ellos.

Siendo el fundamento lógico, como ya se vió de la doctrina de la coparticipación, la teoría de la causa, se había establecido que para ser copartícipe en un delito era necesario: o haber contribuido con una causa a la realización de éste o con una condición. Pero el Encubrimiento surge después de realizada la infracción penal. Entonces, cómo podía ser causa o condición, si para que se lleve a cabo el resultado, es de la esencia de éstos, tener que preceder al efecto, ser anteriores al resultado, ya que ésta es la base fundamental para que pueda considerarse como partícipe?

Si la causa o la condición tienen que ser anteriores al delito, y el encubrimiento es posterior a él, no puede en consecuencia, considerarse al encubridor como partícipe del delito, pues

cuando aparece, el delito está realizado, no es consecuentemente, ni causa, ni condición. Por lo tanto, no es tal copartícipe, como reiteradamente lo repetían los clásicos.

Como resultado de este nuevo enfoque del problema, tratadistas como Rossi, argumentaba contra el concepto tradicional del encubrimiento así: "Un hecho cualquiera posterior al delito, no puede ser un hecho de codevincuencia ni de complicidad. Había patente contradicción en las palabras. Es imposible cooperar o tomar una parte cualquiera en un acto consumado ya". (48).

Pessina, (49) manifiesta la imposibilidad de que exista un concurso posterior al delito, porque la esencia de la causa está en preceder al efecto.

Y Silvela, (50) en una forma más clara y precisa establece la independencia del encubrimiento argumentado que sólo puede considerarse codevincuentes", los que han participado en más o en menos, en la resolución y que lo sean todos los que hayan tomado parte en ella de una manera más o menos directa y principal. Por ello los encubridores y Receptadores no son partícipes de la resolución aunque auxiliien a aprovecharse o se aprovechan por sí mismos de los efectos del delito que saben se ha cometido o impiden su descubrimiento o el de los autores "No son codevincuentes con éstos, sino reos de un delito especial y propio".

Así abriéndose paso en forma lenta pero constante esta idea va enraizando en el sentir y pensar de los pueblos y discutida en el congreso de Roma 1885, en el de San Petesburgo de 1890, en el de París, de 1895, toma carta de ciudadanía en el de Budapest de 1905 donde se acuerda:

- 1) Considerar el encubrimiento como un delito especial.
- 2) Considerar que el encubrimiento subsiste como delito aún cuando el delito originario no sea castigado por la ley a causa de ciertas consideraciones o circunstancias concernientes al autor de la infracción.

- 3) El delito de encubrimiento, como constituye una violación de la ley del Estado en cuyo territorio tuvo lugar, debe ser

castigado con arreglo a la ley de este país.

A partir de entonces, ya no hubo discusión ni dudas sobre las verdaderas dimensiones jurídicas de esta figura delictiva, y su ubicación dentro de la problemática general del Derecho Penal.

Los argumentos que sirven de base, a esta forma de apreciación del encubrimiento, las podemos enumerar así:

- 1) El encubrimiento, por ser un hecho posterior al delito principal, no puede considerarse como forma de participar en éste.
- 2) El interés jurídico violado por el encubridor es siempre el mismo y no siempre coincide con el violado por el autor, mientras el principal puede cometer delitos contra las personas, el estado, etc., el encubridor siempre viola el mismo interés jurídicamente protegido (ya sea considerando delito contra la administración pública o contra la administración de justicia o la propiedad).
- 3) El móvil que impulsa al autor principal no es siempre el mismo; uno puede delinquir por venganza y el otro por lucro.
- 4) Se logra una mejor aplicación de la justicia, ya que el encubridor es penado en su justa responsabilidad.
- 5) Desde el punto de vista de la política criminal, resuelve más fácilmente los problemas que surgen en la aplicación de la ley, aplicando esta tesis, que la anterior; tal era el caso cuando el autor principal no era identificado, con la teoría anterior, quedaba impune el encubridor, con ésta no.
- 6) Lo mismo resulta cuando el delito principal es cometido en un país y el encubrimiento en otro, aplicando esta tesis, cada país castiga el delito en él cometido.
- 7) El castigo de la tentativa y frustración, del encubrimiento, que puede darse, solamente considerando el encubrimiento como delito; lo mismo que el castigo de los cómplices de un delito de encubrimiento.

Como toda idea nueva trae aparejada dificultades, inmediatamente surgen los problemas sobre la nominación que debía darse a esta figura jurídica.

Silvele, se pronuncia por la denominación siguiente:

Encubrimiento: Delito Especial. Resulta sugestiva la denominación, pero surge esta interrogante...¿Por qué especial? Si el delito especial es el que está penado en leyes especiales y el en cubrimiento está dentro de la Legislación General Penal, no puede dársele este nombre, pues el significado que la ley le dá a esto de especial es otro. (50)

Saldaña, (51) lo denomina Encubrimiento Delito Propio: Pero se le argumenta: de quién es propio el delito... ¿del encubridor? ...nada se agrega, pues si todo delito es propio de su autor, y el encubridor es autor del delito de encubrimiento, resulta redundante la aclaración de que es Delito Propio. Esta denominación se le podría dar a todo delito si se utiliza la palabra como ac- epción que indica características de toda persona o cosa.

Las mismas objeciones le hicieron a la siguiente: "Delitos Sui Generis", pues todos los delitos tienen sus características y elementos propios.

Otros lo llaman "Delitos Distintos", pero ¿distintos a qué? y lo mismo resulta a los que lo llaman Delito Diverso, o delito Diferente.

Algunos por salvar la dificultad lo llamaron Delito Indepen- diente: pero esto es precisamente lo que no es el encubrimiento, un delito independiente; pues como veremos más adelante, es un de lito accesorio que para que exista, necesita que se haya cometido otro delito.

Esto mismo se puede decir de la denominación de Delito Autó- nomo, pero es la frase que más se ha generalizado y por eso la a- plicamos.

Es así como después de muchas discusiones surge a la vida jurídica el encubrimiento, esta vez con nuevas vestiduras y con fisonomía propia..

Emerge inmediatamente este otro problema? ¿Cuál es la tipi- ficación del delito? ¿Dónde ubicarlo?

La solución es diferente según el enfoque que se le dé al delito. Aquéllos que lo consideran como una sola figura jurídica lo encuadran generalmente dentro de los delitos contra la Administración de Justicia, tal como lo hace el Código Penal de Austria de 1802 que consideraba a todos los actos encubridores constitutivos de un solo delito.

Delitos contra la Administración Pública, lo califican algunos (Código Penal Argentino de 1921) incluyendo todas las formas encubridoras dentro de este capítulo del Código.

Otros consideran, y esta solución es de los italianos, que aún en el delito de encubrimiento, existen infracciones de distinta naturaleza y por lo tanto deben acomodarse en la Legislación, según el interés jurídico que atacan, así: la Receptación, que es forma de encubrimiento, debe incluirse entre los delitos contra la propiedad, o como también lo denominan, contra el patrimonio, y el favorecimiento o encubrimiento, incluirlo en los delitos contra la Administración de Justicia. Este es el sistema que más aceptación ha tenido, siendo adoptado por nuestro nuevo Código Penal como luego lo veremos.

DE LAS TEORIAS MIXTAS

Notando en el encubrimiento no una forma unitaria del delito, sino una serie de actividades distintas entre sí, que en algunos casos se veía con claridad, que la conducta encubridora difería notablemente de la acción criminal principal, pero que en otros, esta conducta, aparecía como una prolongación de la acción iniciada en el delito principal, llegóse por ello a encontrar con ciertas incongruencias en el planteamiento de las doctrinas arriba expuestas, y se comenzó a hacer esta interrogante: ¿En el afán de cambiar en forma radical con el sistema clásico de división de codefines, ¿no se habrían excedido, al tratar de excluir en forma completa de la coparticipación, a determinadas conductas encubridoras? Nada menos que Carrara, es quien comienza a plantearse esta duda, pues en aquellos casos donde la conducta encubrido-

ra lleva el delito principal a sus últimas consecuencias, el agotamiento del mismo, en este caso, tendríamos que tal conducta no es más que la continuación del primer delito, como el del Receptor, que vende el objeto del hurto a sabiendas, éste no es un simple encubridor, sino partícipe real del delito del hurto, porque con sus actos agota una violación anterior del derecho de propiedad y consume su delito.

Resumiendo este planteamiento se colige: que cuando el encubridor infrige la misma norma que el autor principal, no es más que un continuador del delito, es decir, un partícipe del delito principal; pero cuando el encubridor viola una norma distinta del principal está cometiendo un delito nuevo.

La razón por la que se ha llegado a esta conclusión es por la tendencia de querer hacer del encubrimiento un todo unitario, al no poder identificar en el encubrimiento Receptación, el ánimo de proteger a los culpables del delito principal, se llega a la conclusión, de que no son formas distintas de participación, sino continuadores de aquéllas.

Si se siguiera con el criterio aludido, tendríamos que el favorecimiento sería participación, y no delito, cuando éste infringiera la misma norma que el principal; ejemplo: hurto Receptación; y delito, cuando infringiera otra; ejemplo: homicidio y receptación; encontrándose entonces con una anarquía en la clasificación, en la que resultaría prácticamente imposible llegar a una solución del problema.

Encontrando carente de base firme la posición anterior, otros autores, buscan en la teoría de la causa, un asidero firme para afianzar en ésta, la figura híbrida del encubrimiento-delito y Encubrimiento-Participación.

Así se establece: hay delitos como en el caso común en que una persona por motivos especiales oculta a un delincuente o se aprovecha de los efectos del delito, pero que no vuelve a ejecutar actos de esta naturaleza. En estos casos su conducta delictiva

necesariamente tiene que tomarse como un delito distinto al delito principal.

Pero en determinados casos surgen delincuentes que hacen un hábito el ocultamiento de criminales, como es el caso de los "asiladores" o los que hacen profesión de la compra y venta de cosas hurtadas o robadas (caso del topetero en nuestro medio). De tal forma que este tipo de individuos, llega a ser tan conocido en el hampa, que muchos delitos se cometen precisamente porque el delincuente tiene la certeza plena, de que va a ser ayudado por aquél. Es más, esta certeza se convierte en convicción cuando ya en ocasiones anteriores ha encontrado apoyo en la misma persona. Esto ocurre con harta frecuencia en nuestro medio. Las personas "topeteros" son conocidos no sólo por las autoridades y ladrones, sino por personas al parecer "honradas" que buscan precisamente a este tipo de "comerciantes" para poder conseguir a menores precios objetos que tienen, sino la certeza, por lo menos, la sospecha de que son malhabidos.

Como este conocimiento es previo, esta seguridad de que existe una persona que ayudará a la evasión de la responsabilidad por el hecho cometido, o que ayudará a lucrarse del delito, constituye una de las causas del delito, (causa ideal), un impulsor o motor del acto realizado, se concluye que, la actividad habitual del encubridor, es causa del delito, en cuanto en la mente de su autor puso esa seguridad de impunidad y lucro. Hay una promesa tácita entre el principal y el encubridor que facilita a los delincuentes a la ejecución del delito.

Quiere compararse este tipo de conducta con la que existe cuando una persona quiere cometer un delito de robo, pero tiene dificultad en deshacerse de lo robado y concierta con una tercera que ocultará y venderá por su cuenta y riesgo el objeto del robo. En este caso, este tercero no es un mero encubridor que comete un delito contra el patrimonio, sino que es un partícipe del delito de robo, cómplice de aquél; a esta figura se quiere ~~asimilar~~ el ca-

so del encubrimiento habitual, que hay un acuerdo entre el principal y el encubridor, que aunque no es un acuerdo expreso, hablado entre ambos, es tácito; pues sabe de antemano, sin haber consultado con el otro, sin tener su consentimiento, que este le ayudará, porque ese es su medio de vida, esa es su conducta.

Esta habitualidad conocida, constituye una causa para que se cometa el delito y por ello se concluye que hay participación; pero precisamente esa habitualidad da oportunidad para hacer las siguientes consideraciones:

a) Son una serie de actividades especialmente aptas para ser tipificadas como delito, por la intención de la misma ofensa al orden jurídico.

b) El fin o móvil, o expresado así: la causa de estas actividades, es siempre la misma, en contraste con los delitos encubiertos.

c) Suelen constituir una dedicación profesional, guiado por la idea de lucro, o, si se quiere, un medio de vida del autor de esas actividades, precisando en consecuencia medidas especiales de lucha contra ellos (52).

Se deduce entonces, que precisamente por esa habitualidad, es más que oonveniente, constituir estos hechos como delitos autónomos, para tener un medio eficaz de combatirlos.

Este criterio, de darle un carácter híbrido al encubrimiento, no ha quedado en mera discusión de salón; ha tenido consecuencias reales y positivas ya que ha sido adoptado por varias Legislaciones, como la de México de 1931, de Haití de 1935.

Nuestra legislación, no sigue esta corriente ecléctica, y ha tomado la habitualidad como una presunción de culpabilidad o como agravante del delito, habida cuenta la peligrosidad del delincente habitual. Y no se ha quedado corta en la regulación de este tipo de conducta. Si vemos nosotros, en el Libro Primero, Título IV Cap. I y II del Código Penal vigente, encontramos en su articulado la sujeción a que están sometidos determinados sujetos que, por sus condiciones personales, se les aplican medidas

de seguridad. En el Art. 110 Pn. enumera los individuos que están sometidos a medidas de seguridad y en el No. 5 de tal disposición, encontramos que están sujetos a ellas, aquellos que sean declarados delincuentes habituales o profesionales, y se les ha tomado como tales, porque evidencian con su conducta una peligrosidad que hay que combatir, por ser obligación del Estado mantener la seguridad y la defensa social, y tales delincuentes, atentan contra ella.

Como lo dice el doctor Manuel Arrieta Gallegos, (52-A) "estas medidas de seguridad existen porque la pena impuesta por el delito es insuficiente para combatir a estos individuos". Es así como determinan las diferentes medidas de seguridad, que van desde las medidas curativas, hasta la de internación que puede durar un lapso de 15 años y que ha venido a sustituir "la cuarta parte más, con calidad de retención" de que hablaba nuestro derogado Código Penal y que se aplicaba a aquellos reos que durante su reclusión habían demostrado no haberse regenerado.

Vemos pues, que sin seguir la doctrina antes expuesta, nuestra ley combate eficazmente, (al menos en forma teórica) la habitualidad y la profesionalidad, que ha sido uno de los tropiezos encontrados por algunos expositores, para no darle a ciertas conductas encubridoras el carácter de autónomas.

CAPITULO IV

ENCUADRAMIENTO DE ESTA FIGURA EN EL CODIGO PENAL

SALVADOREÑO

A estas alturas y con lo que hemos expuesto sobre estas figuras podemos, con suficientes elementos de juicio, considerar qué presupuestos son necesarios para que se configure esta infracción penal.

Presupone:

lo.- Un delito anterior: es fundamento necesario para la existencia del encubrimiento, que haya un delito anterior que encubrir; no es, pues, un elemento del delito; sino una condición necesaria de existencia, un requisito sin el cual, no puede darse las figuras encubridoras. De aquí resulta también una consecuencia que surge a primera vista, la accesoried del encubrimiento.

El encubrimiento por su misma naturaleza, por la forma cómo se origina, cómo nace, tiene necesariamente que ser, y así es, un delito accesorio, un delito que necesita para que surja a la vida jurídica, de otra infracción penal, llamado comunmente delito principal.

Cuando nosotros hablamos entonces del encubrimiento como Delito Autónomo, debe de entenderse que este calificativo, lo estamos empleando con un enfoque distinto; como es, el de separarlo de la codelincuencia. Es desde este punto de vista que, lo estamos considerando autónomo, como algo que es en sí una figura jurídica, que es un todo, que constituye una unidad, en contraposición al concepto de Encubrimiento, como parte, como fracción, como una de las formas de participación en una unidad, que es la acción delictiva.

Entonces, al decir que es un delito accesorio, lo estamos enfocando en el sentido dicho, como un delito autónomo-accesorio, que necesita para salir a la vida jurídica, de que se haya, pre-

viamente, cometido otro delito que tiene que ser ocultado o encubierto, o como dice Conde, (53) "Es el nexo de unión existente entre dos actuaciones, en cuanto la punibilidad de uno de ellos (accesoria) es dependiente de la punición de la otra (principal)". Esto es tan obvio que racionalmente no podemos imaginarnos que por ejemplo "X" esté ocultando a "Y" en su casa por un delito inexistente, imputado a éste, y que ambos estén concientes de la inexistencia del hecho.

No es, pues, un contrasentido decir que el encubrimiento es un delito autónomo accesorio. Pero, esta accesoriidad, hasta qué extremo llega?.

Puede considerarse que existe una accesoriidad mínima, como en el caso cuando se toma en cuenta solamente para la existencia del delito que haya un delito Principal típico, independiente de las otras consecuencias, como es el castigo del autor del delito principal; y máxima, cuando la sanción del acto accesorio depende de la punición o castigo del autor del delito principal.

En este último caso, las causas de exención de responsabilidad que concurren en el autor principal, también hacen irresponsable al encubridor.

Considero, que la accesoriidad que tienen estos delitos sobre todo hoy en el nuevo Código, es una accesoriidad mínima, pues la autonomía del delito implica precisamente que se pueda castigar al encubridor, aún en aquellos casos, en que el autor del delito principal es inimputable, o se desconoce, o fue absuelto del delito imputado, después de iniciada la acción contra el Encubridor.

2o. Presupuesto: que el autor tenga conocimiento, previo a su acción, del delito principal, que al ejecutar la acción criminosa que a él le corresponde, tenga certeza que su acción es encubridora del hecho principal.

Pero, con qué antelación es necesario que obtenga este conocimiento? Al respecto, se puede sostener que el inter~~ior~~ entre el conocimiento y su acción es indiferente; pueden ser instantes

o un período largo (tomando en cuenta, claro está, la prescripción). Tampoco es fundamental que el encubridor tenga el conocimiento exacto de la figura jurídica encubierta, basta que sepa que está encubriendo un delito en forma genérica.

3er. Presupuesto: La intervención del encubridor tiene que ser posterior al delito principal, como consecuencia de la accesoriedad del delito.

Nuestra Legislación Penal, con muchas décadas de atraso, mantuvo el criterio hasta este año, de que el encubrimiento era una forma de participación, poniéndola en la última escala de la gradación de la responsabilidad; planteamiento que, como ya lo dejamos anotado, desde hace mucho tiempo fué descartado por no llenar a satisfacción los anhelos de justicia; motivos que, a manera de resortes, impulsan o deben de impulsar la administración de justicia. Era, pues, nuestro Código Penal derogado el 15 de junio de este año, un exponente típico de la Doctrina Clásica, que inspiró las legislaciones del pasado siglo.

Así lo establecía en su Artículo 15: " Son encubridores los que, con conocimientos de la perpetración del delito, sin haber tenido participación en él como autores o como cómplices, intervienen con posterioridad a su ejecución de alguno de los modos siguientes:

1o.- Aprovechándose para sí mismos o auxiliando a los delincuentes para que se aprovechen de los efectos del delito;

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

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

a) La de intervenir abuso de funciones públicas de parte del encubridor.

b) La de ser el delincuente, reo de traición, parricidio, asesinato o cuando aquél fuere conocido como reo de otros delitos;

Están exentos de las penas impuestas a los Encubridores, los que lo sean de su cónyuge, ascendientes, descendientes, hermanos legítimos o naturales o de sus afines en los mismos grados, con sólo la excepción de los que se hallan comprendidos en el número primero de este artículo.

Del texto legal se desprende, como antes se dijo, que la intervención del Encubridor es posterior al hecho.

Al analizar esta disposición vemos:

a) Que se encontraba en la parte general del Código Penal, dado la Doctrina en que se fundó, no lo consideró como delito especial y por ello, repito, tenía que ubicarlo, en consecuencia, en la parte general del mismo.

b) En un sólo artículo estaban comprendidos todas las conductas encubridoras.

c) El encubrimiento personal estaba limitado a determinados delitos, o sea cuando el reo era conocido como tal por otros delitos o que el encubridor fuera funcionario.

d)Y la exención de pena al encubridor, se limitaba solamente al encubrimiento real y personal y no a la receptación.

Con el advenimiento de la nueva Legislación Penal, El Salvador echó por la borda estos criterios arcaicos y se incorporó dentro del grupo de países que han incluido a su derecho positivo, las nuevas doctrinas del Derecho Penal y es así, como olvidándose de la teoría clásica, considera ahora nuestro legislador, que el encubrimiento no forma parte de la codelinquencia, que no es una forma de cooperar en el delito, sino que, es una forma específica de delinquir.

Así se expresa la comisión que a su cargo tuvo la redacción del proyecto del Código Penal, en la exposición de motivos de éste: " La comisión abandonó la clásica división tripartita de autores, cómplices y encubridores, para sumarse a la corriente moderna de considerar en la parte general sólo a los autores y a los cómplices, dejando el encubrimiento como delito en especie,

como es natural que sea, ya que el hecho de favorecer con posterioridad a la comisión del delito no está ligado a la causalidad de la acción delictiva". (54)

Con la transcripción hecha, huelgan los comentarios sobre las motivaciones y fundamentos, que tuvo la comisión para aplicar el nuevo sistema.

Consideramos ahora con todo lo expuesto, la ubicación de esta figura, en el nuevo Código Penal.

En el Libro Segundo, Primera Parte, Título V, Capítulo II, Artículo 259, dice: RECEPCIÓN: "El que con el fin de conseguir para sí o para otros algún provecho, adquiriera, reciba u oculte dinero o cosas procedentes de cualquier delito o falta, en el que no haya tenido participación será sancionado con prisión de seis meses a dos años.

Se presumirá legalmente que el receptante conocía la procedencia ilícita de la cosa cuando habitualmente se dedicare al negocio de compra de objetos usados, sino fuere anticuario, cuando hubiere notoria desproporción entre el precio de la adquisición y su valor real, o cuando hubiere cualquier elemento de juicio suficiente para suponer que conocía su ilícita procedencia.

Lo dispuesto en este Artículo se aplicará también al que de cualquier manera intervenga para que se adquieran, reciban u oculten el dinero o cosas procedentes de cualquier delito o falta.

Si el culpable ejecutare habitualmente los hechos que se sancionan en el presente Artículo, la pena será de uno a cinco años de prisión y de veinte a doscientos días multa".

De aquí vemos que nuestro Legislador en este artículo, fue más específico, ya que no lo incluye entre los delitos contra la propiedad, sino que lo ubica dentro de los delitos contra el Patrimonio en general, que es donde debe ubicarse, y no sigue la corriente que sostiene que es un delito contra la propiedad exclusivamente, como inicialmente se creyó.

En el Libro Segundo Cuarta Parte, Título IV, Capítulo I, Artículo 470 y 471, establecen: 1o.) ENCUBRIMIENTO PERSONAL: "El que con conocimiento de haberse perpetrado un delito y sin concierto previo, ayudare al autor o cómplice, a eludir la acción de la autoridad, será sancionado con prisión de seis meses a seis años."

2o.) ENCUBRIMIENTO REAL: "El que con conocimiento de haberse perpetrado un delito y sin concierto previo, ayudare al autor o cómplice a suprimir, ocultar o alterar de cualquier manera las pruebas o los efectos que del mismo provinieron o los instrumentos con que se ejecutó serán sancionados con prisión de seis meses a tres años."

"No se reputará culpable a quien encubriere en forma personal o real a su ascendiente o descendiente, padre o hijo adoptivo, cónyuge, concubina, concubinario o hermano."

Vemos entonces que ha ubicado el Encubrimiento Personal y el Encubrimiento Real entre los delitos contra la administración de justicia en general y específicamente, entre los que van contra la Actividad Judicial.

También en este aspecto estuvo acertado el legislador ya que se apartó de la corriente, moderna también, pero más genérica que incluye estos delitos dentro de la Administración Pública.

Notamos también que el Código, se aparta de los sistemas mixtos que como ya lo vimos consideran algunas actividades encubridoras como forma de participación y otros como delitos, lo que ha traído, en muchos casos, confusión y desorden en la ubicación y estudio de estas figuras. Resulta mejor cortar por lo sano, pues se toma en cuenta que el sistema adoptado es el más lógico y más práctico. Establece, además, que todas las formas de encubrimiento, constituyen DELITO, evitando así las confusiones que podrían traer la aplicación de las teorías mixtas.

CAPITULO V

RECEPTACION

Puede considerarse como el aprovechamiento propio de un delito ajeno.

Cuando se habla de aprovechamiento, se entiende: de todas aquellas cosas tangibles, susceptibles, de una utilidad económica y que son producto de un delito; todo aquel beneficio que reciba del objeto del delito principal. Por eso es indiferente que lo que se obtenga de la Receptación sea una cosa distinta al dinero; el término beneficio, es lo suficiente amplio, que queda al arbitrio del Juzgador, cuando un tercero se ha beneficiado con el delito ajeno. Podemos establecer que las características de este delito son:

1o.) Que haya un beneficio para el tercero, del delito cometido por otro.

2o.) Que éste debe de ser un beneficio o aprovechamiento propio del Receptor. Las actividades ejecutadas por el Receptor, deben de llevar una mira, un fin determinado: el Aprovechamiento Propio.

3o.) Debe procurarse el goce de los beneficios de un delito ajeno. Esto es de la propia naturaleza de la Receptación, pues aprovecharse de los efectos del delito propio, es agotar el delito cometido. Es, pues, como consecuencia de la accesoriedad de este delito, el depender de otro delito principal, que hace surgir como característica propia que el beneficio sea de un delito ajeno.

4o.) Es necesario que el delito principal esté consumado, para que el Receptor pueda aprovecharse de los efectos de él; pues la Receptación implica cooperación para tratar de agotar el delito principal; y si se ve con más cuidado, se notará que el agotamiento del delito principal, coincide con la consumación de la Receptación: así, el ladrón consuma el delito de hurto cuando

se ha apoderado de la cosa mueble, cumpliéndose los otros requisitos; claro, pero para que este delito quede agotado, tiene que satisfacer el ánimo de lucro, y éste, lo satisface al vender el objeto; al hacerlo, el que lo compra, si sabía que era hurtado, está consumando el delito de Receptación.

Por eso, este delito, las legislaciones lo incluyen normalmente entre los delitos contra la propiedad o contra el patrimonio. Porque su ejecutor lleva como mira principal, no encubrir el autor del delito principal, sino, atacar el derecho de propiedad, beneficiándose con los efectos del delito; el bien jurídico que ataca siempre es igual: el patrimonio; mientras que el delito principal puede ser distinto; ejemplo: la vida, propiedad, honor, etc. Cuando decimos que ataca el patrimonio, consideramos que lo hace, impidiendo la reintegración del patrimonio, a su legítimo tenedor, poseedor o dueño.

El ataque del patrimonio se hace entonces: "mediante la interposición entre el autor del delito y el perjudicado, con un acto que dá a la cosa proveniente del delito, un destino que aumenta el riesgo de su pérdida por el Titular del Derecho"(55). El fin del Receptador al cometer el delito, es completamente distinto al del autor del delito principal. El de aquél, puede ser el lucro, una venganza, etc., el del Receptador, siempre es el mismo: el ánimo de lucro y el beneficio propio, del delito ajeno. Aunque en determinado momento el fin sea similar, como en el caso del ladrón que roba, lo hace con el ánimo de lucro y para satisfacer este ánimo, vende el objeto robado al Receptador; aquí ambos tienen ánimo de lucro, pero cada uno piensa en su beneficio personal, no en el del otro.

No es necesario que el beneficio sea exclusivo de un sólo Receptador, pueden beneficiarse varios y todos ellos resultar Receptadores.

Esto nos recuerda lo que anteriormente sostuvimos, de que podía darse el delito de encubrimiento sobre delitos no cons.

sumados totalmente; pero nos referimos en tal afirmación, y valga la aclaración, a los Encubrimientos Real y Personal, porque vemos, es necesario la consumación del delito principal para que el Receptor pueda aprovecharse de las consecuencias de éste. Con esto también corroboramos lo que se sostuvo, de que era un error tratar de constituir en una sola figura delictiva, estas abigarradas formas de delinquir, que son incluidas en la frase "Encubrimiento".

Enfoquemos ahora nuestro análisis, sobre los distintos aspectos de la Receptación.

Sujeto Activo. ¿Quién es el sujeto activo en la Receptación?: de lo dicho se colige que tiene que ser cualquier persona natural, distinta de la que cometió el delito principal. Pero cuando hablamos de delito ajeno, nos estamos refiriendo al autor solamente? o a todos los que participan activamente en el delito? Considero que la misma definición y lo que ya sabemos de la participación nos dé la respuesta.

En el delito principal, aunque sólo uno sea el autor y otros sean los cómplices, el hecho es de "todos ellos", vélgase-nos la expresión, aunque tengan participación accesoria, también ellos son co-reos y por ello, no podrían ser autores del delito de Receptación. En caso de participar ellos mismos con un acto que para otros tendría el carácter de Receptación, para ellos, seguirá siendo participación en el delito principal, en la fase del agotamiento de éste. ¿Quién es el sujeto pasivo en la Receptación?

De la respuesta que se le dé a esta interrogante surge como consecuencia inmediata, la ubicación que esta figura tiene dentro de la clasificación que de los delitos hace el Código.

Algunos consideran que el bien que se vulnera es la Administración de justicia; y en consecuencia, lo ubican entre los delitos que atentan contra este bien jurídico. Y no están desubicados los que así creen; porque al Receptar un bien, que es objeto de otro delito, se está obstruyendo que la justicia ob-

tenga la prueba del delito cometido; pero como ya se estableció que ese no es el ánimo en el Receptor; que al cometer su acción antijurídica, no está pensando en cómo favorecer al delincuente; en cómo burlar la acción de la ley y la justicia; sino que, lo que busca es su aprovechamiento; vemos, pues, que el bien jurídico que quiere dañar y que realmente daña, es el del patrimonio; pero, claro, al ejecutar éste, ataca también otro bien jurídico, pero de menor jerarquía. Por eso podemos concluir entonces que este delito, atenta contra el patrimonio.

Hacemos estas consideraciones porque nos preguntábamos ¿quién es, el sujeto pasivo? Si consideramos que es un delito contra la Administración de Justicia, el sujeto pasivo es el Estado, o la sociedad si se quiere; pero si tomamos el segundo criterio, el sujeto pasivo es un particular.

Pero también surge esta pregunta sumamente interesante: ¿Puede ser sujeto activo de la Receptación, el sujeto pasivo del delito principal? o planteado el problema así: "Se constituye el Delito de Receptación cuando se ha aprovechado de objetos propios?"

En la Receptación, según como vemos de la definición, dado que no aparece como elemento del delito "lo ajeno" de los objetos aprovechados, con una lógica simple se responde; que sí no es condición que sean ajenos, puede darse el caso de Receptación de cosas propias. Pero si ahondamos un poco más en la cuestión, podemos encontrar dos supuestos: 1) Que el Receptor conozca el origen de los efectos que se aprovecha. En este caso, su acción carece de antijuridicidad, pues con ello está ejercitando una facultad que le corresponde; el "Ius Persecutionis", tratar de recuperar su patrimonio dañado con el delito en él ejecutado. 2) Que el Receptor se aproveche de los efectos del delito cometido por otro, ignorando que el es el sujeto pasivo en el primero hecho delictual.

En este último caso para dar una respuesta satisfactoria,

volvamos por un momento a la definición establecida inicialmente. Cuando hablamos del aprovechamiento propio del delito ajeno establecimos que no es necesario que este aprovechamiento fuese en dinero; sino, que, se debía entender como un beneficio, cualquiera que éste fuese. Pero, en este caso, ¿encontramos el beneficio o enriquecimiento del Receptor, cuando se aprovecha de algo propio?. Objetivamente la respuesta es no, ha logrado únicamente obtener algo a lo que anteriormente tenía derecho y el cual, había perdido con el delito sufrido.

Desde el punto de vista del Receptor, el delito está perfecto; su intención y deseo quedan cumplidos; pero objetivamente, el delito no se cometió, ya que carece o falta uno de los elementos del tipo, cual es el aprovechamiento o sea, por ser atípica su conducta.

EL OBJETO

Analicemos a continuación, el objeto en el delito de Receptación.

Qué es el objeto del delito? Dice de él, Conde, "Aquel sector del mundo exterior sobre el que ha de actuar la conducta prevista en el tipo legal para producir el resultado delictivo".

De este concepto y siguiendo de cerca a Conde, se encuentran estas características significativas en el objeto del delito:

"1) Normalmente está constituido por el complemento directo de la oración principal del tipo (ejemplo: la cosa que es tomada en el hurto; la persona muerta, en el homicidio).

2) Que no todo objeto sobre que recae la conducta es objeto del delito, sino sólo aquellos que están descritos o señalados en el tipo, ejemplo: objeto material en las lesiones, es el cuerpo de una persona; pero si para producir una lesión concreta el sujeto ha actuado sobre otro sujeto; éste, no tiene nada que ver con el objeto material en sentido propio y técnico.

3) Que el objeto del delito puede ser una cosa o una persona física.

4) Que pueden ser objeto del delito a la vez una cosa y una persona, ejemplo: robo con intimidación en las personas.

5) Pueden existir una variedad de cosas que sean conjuntas o sucesivamente objeto material del acto, en cuanto el tipo exige que se actúe sobre unas, antes de, o al realizar el acto principal sobre los otros."

Podemos colegir de lo expuesto, que el objeto del delito en la Receptación, está constituido por todas las cosas del delito que se han receptado.

Con relación a las cosas, pueden serlo, todas aquellas que en alguna forma pueden ser objeto de apropiación; pero deben de tener como característica especial; como situación jurídica de éstas, la de ser efectos de un delito. Cuando no son efectos de un delito, no pueden ser objeto de receptación.

¿Se puede entender como efectos del delito; como objeto de éste, sólo aquéllos que provengan directamente de la infracción penal principal? ¿O cabe la posibilidad de la Receptación sustitutiva?, entendiéndose por tal, todos los bienes que se obtienen con los efectos del delito principal y que son Receptados.

Los Italianos, sostienen que debe ser entendido como receptación uno y otro caso.

Por el contrario, hay autores que se oponen a esta idea, alegando que el aprovechamiento debe recaer sobre el mismo objeto del delito principal y no sobre sus sustitutos; pues de aceptarse lo último, como criterio de verdad, llegaríamos al absurdo de multiplicar al infinito la Receptación, siguiendo el objeto del delito a través de sus sucesivas transformaciones y transferencias. Antolisei, replica que esta afirmación no es cierta; pues esa "ad infinitum" no es posible, ya sea porque las cosas o el dinero pierden su carácter delictivo al llegar a poder de

un poseedor de buena fe; sea porque el agente ha de conocer el carácter delictivo de la cosa. (56).

Parece más aceptable el primer criterio y así se ha aceptado tanto en la jurisprudencia italiana como en la española.

ALCANCES DE ESTE DELITO EN EL CODIGO PENAL SALVADOREÑO

Dice el artículo 259 Pn.:

"RECEPTACION": "El que con el fin de conseguir para sí o para otros algún provecho, adquiera, reciba u oculte dinero o cosas procedentes de cualquier delito o falta, en el que no haya tenido participación, será sancionado con prisión de seis meses a dos años.

Se presumirá legalmente que el receptante conocía la procedencia ilícita de la cosa cuando habitualmente se dedicare al negocio de compra de objetos usados, si no fuere anticuario; cuando hubiere notoria desproporción entre el precio de la adquisición y su valor real, o cuando hubiere cualquier elemento de juicio suficiente para suponer que conocía su ilícita procedencia.

Lo dispuesto en este artículo se aplicará también al que de cualquier manera intervenga para que se adquieran, reciban u oculten el dinero o cosas procedentes de cualquier delito o falta.

Si el culpable ejecutare habitualmente los hechos que se sancionan el presente artículo, la pena será de uno a cinco años de prisión y de veinte a doscientos días-multa".

¿Cuáles son los elementos, que, constituyen el núcleo del tipo?:

- a) El ánimo o intención.
- b) El acto material de adquirir, recibir u ocultar, o verbo rector.
- c) Que proceda de un delito ajeno
- d) Que no se haya participado en él.

El ánimo de aprovecharse, es equivalente al ánimo de lu-

cro y este podemos considerar que consiste en "La intención de obtener de la posesión de una cosa una ventaja económica o moral ilícita, esto es, lograda por un medio inadmisibles en el comercio jurídico (57).

Como en todos los delitos que atentan contra el patrimonio, este ánimo se presume y es precisamente el imputado, quien tiene que excepcionarse destruyéndola para que no opere en contra de él la presunción.

Sobre los otros elementos, es innecesaria la explicación.

Sí encontramos circunstancias dignas de comentario, al analizar el contexto del artículo.

Del primer inciso notamos que nuestro Código, se aparte un poco de lo que hemos establecido como concepto de receptación.

Recordando lo expuesto, decíamos que para que se configure este delito, es necesario que haya un aprovechamiento por parte de un tercero de un delito ajeno.

Pero nuestro Código, no exige demasiado para establecer la consumación; no es necesario que el aprovechamiento se dé; basta que los objetos sean adquiridos, recibidos u ocultados, para que la consumación del delito se considere establecida; no es necesario que goce de esos objetos; no puede alegarse que no ha habido aprovechamiento; establecida la adquisición y los demás elementos enunciados, surge a la vida jurídica la figura delictiva.

Es un cambio de criterio completamente nuevo y que tiene por objeto agilizar la punición del delito. Porque así como se encuentra redactada la disposición, omite la prueba del aprovechamiento, que sería sumamente difícil en nuestro medio.

Notamos también que nuestro Código, se aparta de el concepto generalmente aceptado por la doctrina, de que la Receptación se dá única y exclusivamente, cuando se busca el aprovechamiento propio de los efectos del delito ajeno. Es precisamente de la esencia de esta figura, que el aprovechamiento buscado o no, sea en beneficio de un tercero.

Esto constituye otra figura, como veremos más adelante. Y si la intención es precisamente desligar todas aquellas figuras encubridoras que se habían reunido en un solo concepto, para analizar y estudiar cada una de estas conductas; conveniente era, pues, desligar la figura de la Receptación con la del complemento que es cuando se busca el aprovechamiento de otro, de los efectos del delito ajeno.

Es interesante también que nos fijemos por un momento, en lo que estatuye la disposición cuando se refiere al delito principal. Notamos que no restringe como en otras legislaciones, el tipo del delito principal.

En la española, por ejemplo, la Receptación surge únicamente, cuando el delito principal ha sido un delito contra la propiedad.

Nuestra disposición es más amplia, y más razonable naturalmente, porque el aprovechamiento puede surgir de cualquier delito cometido contra otra persona, toda vez que, aún en forma accesoria, resulta en poder del autor del principal, objetos producto del delito. Lo que sucede es que donde normalmente se nota que el objeto del delito puede ser objeto de aprovechamiento, es en los delitos contra el patrimonio. No andaban errados entonces nuestros redactores del Código Vigente, cuando no determinaron o limitaron los delitos de donde puede surgir el aprovechamiento.

Es menester hacer notar el cambio de criterio del nuevo Código, con relación a la Receptación de los objetos productos de hechos tipificados como falta. Nuestra Legislación anterior, reconocía como ilegal, solamente el encubrimiento de los delitos y declaraba exentos de responsabilidad, a los encubridores de faltas, pero ya nuestro nuevo Código por lo menos en lo que a la Receptación se refiere, (veremos adelante que en las otras formas encubridoras sigue criterio distinto) trata como delincuente, aún a los que tratan de aprovecharse de los efectos de

las faltas.

El inciso segundo del artículo en comento, establece como presunción de participación, determinadas conductas del agente Receptor, porque dada la reiteración constante en estos delitos y la amenaza social que constituye el robo en nuestro medio, y demás delitos contra el patrimonio, es necesario hechar mano de todas aquellas armas que resultan eficaces para combatir este tipo de delincuencia. Si como se ha sostenido con mucho acierto, que pocos serían los delincuentes contra el patrimonio, si pocos fueran los receptadores; vale la pena buscar el mayor número de instrumentos contra el crimen, y es así, por qué se toma como elemento de culpabilidad, la compraventa habitual de objetos usados; la desproporción en el precio y cualquier otra circunstancia que conduzca al juzgador, a la conclusión que el comprador tuvo conocimiento, o por lo menos pudo deducir, que lo Receptado era de ilícita procedencia.

Con relación al Inciso tercero, vale la pena detenernos un poco, para establecer hasta dónde ha llegado nuestro legislador en su afán de combatir eficazmente este flagelo nacional.

Notamos que al emplear la frase "al que de cualquier manera intervenga, etc." Hace extensivo a todos los participantes en la Receptación cualquiera que sea la intensidad de éste, el calificativo de autor. Es decir que en este Inciso, hace una excepción a la teoría de la participación que se encuentra en el capítulo I del Título III, Libro ^Primero donde gradúa la responsabilidad, según la participación observada y abfaza por así decirlo sistemas empleados por la Escuela Positiva de la equivalencia de condiciones o el Romano-Francés, de aplicar una pena única a todos los participantes. Por qué ese cambio de principio? pues se ha tomado un poco de todo; del sistema Romano-Francés y de la segunda, la igualdad de la pena y de ésta, el criterio de la peligrosidad que implica la participación de un delincuente en este tipo de delito. El porqué de este cam-

bio arriba lo expusimos.

Podemos concluir entonces que con base en este inciso, es imposible que se dé en la Receptación los grados de compli cidad, pues todo aquél que participe en estos delitos, serán tomados como autores y castigados como tales.

El Inciso último enfoca la habitualidad en este delito, penando al Receptor habitual (topetero) con mayor número de años.

QUE DEBEMOS ENTENDER POR HABITUALIDAD?

El Código establece en el artículo lll lo siguiente:

HABITUALIDAD

"Será declarado delincuente habitual el que cometiere un nuevo delito doloso después de haber sido condenado por dos o más de la misma especie"

¿Podemos considerar que éste es el sentido que le quiso dar el legislador, cuando habló de "ejecutarse habitualmente"? ¿será esa la intención de considerar conducta habitual del Receptor, sólo en el caso que éste haya sido condenado dos veces por estos delitos?

Notamos también que este concepto lo utiliza en el inciso segundo del artículo en comento.

Debemos de dejar establecido que en el inciso segundo del artículo, la habitualidad ha sido empleada como presunción de culpabilidad y en este último inciso como agravante de la pena. Pero volvamos al problema, cuando la conducta es habitual.

Si aplicamos el artículo lll Pn. necesitamos, para considerar a un receptor habitual, que haya sido condenado por dos más de la misma especie.

No creemos que nuestro legislador pensó considerar conducta habitual sólo cuando ya fue condenado dos veces, que sería aplicar los principios de la reincidencia; sino cuando se establezca judicialmente que estos actos los ejecuta habitualmente, aún cuando no se encuentre condenado por ellos.

CAPITULO VI
ENCUBRIMIENTO REAL

El Encubrimiento Real, así como el Personal, ha sido conocido comunmente tanto legal como doctrinariamente, como "favorecimiento"; pero en muchas legislaciones Positivas, se denomina a estas figuras delictivas, en la forma que lo hemos empleado.

Iniciemos su estudio, planteando una definición de lo que entendemos por Encubrimiento Real: es la ocultación o inutilización ejecutada por una persona, del cuerpo, efecto o instrumento de un delito preexistente, en el que no ha participado, con la intención o ánimo de buscar su impunidad.

Analizando esta definición, podemos encontrar en ella, los siguientes elementos o requisitos, que caracterizan a esta figura delictiva:

1o. Ocultación: "Debemos entender por ocultación lo siguiente: no sólo el acto de tapar o encubrir un hecho u objeto, sino cualquier otro, tendiente a hacer desaparecer de la escena jurídica, los elementos sobre que el encubrimiento recae: destrucción, alteración de los efectos del delito, etc.

2o. Debe de haber un delito preexistente, para que exista esta figura. De esto ya hablamos en su oportunidad.

3o. El Animo: Debe ser exclusivamente de buscar la forma cómo el delincuente principal evade la Responsabilidad que le cabe por su acción. Su fin es, pues, obstruir, la acción de la justicia. Este es el interés jurídico que se quiere dañar con esta acción; por eso los códigos modernos, encuadran esta figura en los delitos contra la Administración de Justicia.

En el Encubridor hay un fin distinto del bien que persigue el autor principal; aquél puede ser variado; en éste, es específico, buscar la impunidad del autor principal.

Esta finalidad trae como consecuencia, que el Encubrimiento Real (y también el personal) tengan una diferencia grande con la

Receptación. En ésta, vimos que el fin era el provecho propio (y por eso está ubicado en los delitos contra el patrimonio). De ahí que, así como en la Receptación, sólo puede darse cuando el delito está consumado; en el Encubrimiento, por el bien jurídico que ataca, puede darse tanto en un delito consumado, como en un delito imperfecto, (tentado o frustrado), pues no es nada irrazonable e ilógico, que se quiera ocultar los instrumentos que se utilizaron para tratar de cometer un homicidio por ejemplo, que se quedó en tentativa; como ocultar el arma con que se trató de consumir el delito.

4o. No haber participado en el delito principal. Este no amerita comentario alguno.

Los sujetos en el Encubrimiento Real.

¿Quiénes pueden ser sujetos activos en el Encubrimiento Real? Lo es toda persona natural, criminalmente responsable; pero la misma definición establece una excepción, no pueden serlo, las que hayan participado en el Delito Principal.

¿Puede serlo la víctima o sea el sujeto pasivo del principal?

Si nos atamos al concepto que del delito hemos dado y entendemos el término participar en un sentido extenso, amplio, como sinónimo de intervenir; la víctima es un partícipe, pero si lo tomamos en el sentido restringido de participación activa, al hablar de "participar" nos referimos a los que en forma activa ayudan a que un delito se ejecute; en este sentido, la víctima no es partícipe. ¿Podría ser entonces, autor del delito de Encubrimiento?. Claro que sí; en aquellos casos, cuando no conozca el origen del delito. Donde más frecuente se puede ver es en los delitos contra la propiedad, en los cuales puede ocultar los objetos del delito, sin haber que son de su propiedad. Como el ánimo en éste delito es ayudar a que los partícipes del principal eludan la acción de la justicia, puede darse en este caso y en general en todos los delitos de acción pública. En los delitos de acción privada, se entiende que quien encubre siendo la víctima en el delito principal, no quiere que el procedimiento se inicie, y consecuentemente, en estos

casos no podría ser sujeto activo, ya que si lo oculta es porque hay un perdón de la víctima.

Veamos ahora el problema desde el punto de vista del sujeto pasivo del encubrimiento.

¿Quién lo es en este caso?. Fijémonos que el daño que se quiere causar, el bien jurídico que se quiere violar con el Encubrimiento Real, es la administración de justicia; o sea el Estado en el sentido general. Entonces, en el Encubrimiento Real, el sujeto pasivo es el Estado y subsidiariamente lo es el sujeto pasivo en el delito principal. Por esta misma razón, (que el Estado es el sujeto pasivo) es que resulta comprensible y posible, que el sujeto pasivo del delito principal, sea sujeto activo en el Encubrimiento Real, pues el bien jurídico que éste está atacando o vulnerando con su acción, es completamente distinto al que se daña cuando se ejecutó el delito en su persona.

El Objeto del delito en este caso, está constituido:

a) por el cuerpo del delito; b) los efectos del delito; y c) los instrumentos del delito.

a) Entendemos el primero como "todos los medios materiales que prueban el delito (58). Es decir, todos aquellos medios que son conocidos en el proceso.

b) Efectos del delito: son todas las consecuencias de la acción delictual, aunque no aparezcan o no sean conocidos en el proceso.

c) Instrumentos del delito: son todos los objetos materiales que fueron utilizados para la ejecución del acto delictual.

Para que se lleve a cabo el encubrimiento real, es necesario que se oculte o inutilice el cuerpo, los efectos o los instrumentos ya referidos.

Este término de ocultación, debemos de entenderlo en el sentido de que se oculta, cuando se ejecute cualquier acto que tenga por objeto evitar el conocimiento por terceros, de los objetos sobre los que la acción recae.

Dice Grispigni (59) "Se puede ocultar de dos maneras: escondiendo lo que de otra forma sería visible, o bien no revelando aquéllo que se tiene el deber de dar a conocer.

En el primer caso, se considera cuando es un hacer positivo; en el segundo, es un hacer negativo, una omisión; y ocurre, cuando hay obligación por parte del encubridor de hacer que se conozcan las circunstancias del hecho principal y no lo hace.

Se debe de entender por ocultación, aún aquellos casos en que lo que se hace, no sólo es hacer desaparecer los objetos, sino alterar o cambiar las circunstancias del hecho, o hacer transformaciones en los efectos, para evitar que se conozca en toda su magnitud, por el investigador. (Este caso, lo sepea nuestro Código del Encubrimiento Real, y lo tipifica como delito Distinto; lo toma como Fraude Procesal.)

Cuando hablamos de la inutilización, debemos entender, no sólo la destrucción total de la cosa, sino también, la destrucción parcial, que haga imposible o inadecuada su utilización como prueba del delito. (Esta circunstancia está tomada también en nuestra Legislación, como delito distinto al comentado).

¿Qué se busca con el Encubrimiento Real?.

Es necesario, para que podamos considerar que un acto material, como el de la inutilización de los instrumentos del delito, por ejemplo, tiene el carácter de encubrimiento, que la intención al ejecutar la acción, sea la de favorecer al delincuente, de tal forma que no sea descubierto o castigado.

Consideramos, pues, como ya lo expusimos anteriormente, que debe de ir aunado a? elemento material, el elemento subjetivo; el ánimo para ser exacto, para que se cometa este delito.

Se ha discutido, si ese ánimo encubridor, estriba o se circunscribe únicamente a la obstrucción que hace, para que no se conozca el cuerpo del delito, etc. ... y solamente eso, ¿o implica también la intención de que no se conozcan quiénes

son los culpables?

Si se sostiene, que el ánimo esté circunscrito al primer caso únicamente, resultaría que todos los actos que realice un encubridor con posterioridad al conocimiento que del delito tenga la Administración de Justicia y que llevan por objeto, la manera de que no sea conocido el nombre del delincuente, no sería punible; pues estaría fuera de la figura típica, porque el ánimo no toma en cuenta esta circunstancia última.

Pero si se toma el criterio amplio, que el ánimo del autor, al destruir los efectos del delito, tenía por objeto evitar el conocimiento de éste y la impunidad del reo, entonces sí resulta típica esta conducta en todos los casos y por ello consideramos que éste es el criterio más acertado.

Acordémonos, que siguiendo la regla general, el ánimo se presume y la carga de la prueba corre en contra del imputado.

ALCANCES EN EL CODIGO PENAL SALVADOREÑO

Dice el Artículo 471 Pn. "ENCUBRIMIENTO REAL: "El que con conocimiento de haberse perpetrado un delito y sin concierto previo, ayudare al autor o cómplice a suprimir, ocultar o alterar de cualquier manera las pruebas o los efectos que del mismo provinieren o los instrumentos con que se ejecutó, será sancionado con prisión de seis meses a tres años.

No se reputará culpable a quien encubriere en forma personal o real a su ascendiente o descendiente, padre o hijo adoptivo, cónyuge, concubina, concubinario o hermano . .

Encontramos en esta disposición los elementos siguientes:

- 1) Conocimiento previo de la comisión de un delito.
- 2) No participación en él.
- 3) Prestar la ayuda al autor o cómplice.

En la Legislación derogada, no hablaba específicamente la ley, sobre el encubrimiento de los cómplices del delito principal, Conforme al nuevo enfoque que se le ha dado a esta figura,

se considera que se pueden encubrir, a todos los partícipes del delito. Y no podía ser de otra manera. Establecido como está que éste es un delito autónomo y no forma de participación, no se ve que sea irrazonable la conducta encubridora en el caso de la complicidad.

Cambia también el enfoque que nuestro Código tenía, de la forma de participar en este delito y también como lo considera la doctrina, De lo expuesto vemos: que cuando habla de Encubrimiento Real, se refiere a la actuación directa del encubridor. Nuestra Legislación va más lejos aún; basta para considerar encubridor a una persona, que ayude al autor o cómplice del principal a efectuar la acción. Es decir, que considera encubridor, al que colabora con el principal a que éste se deshaga, de las huellas del delito.

La ayuda que se presta puede tener por objeto:

- a) Suprimir. Es decir destruir las pruebas, etc. del delito.
- b) Ocultando. Lo toma en el sentido restringido, no como lo enunciamos en su oportunidad, pues como lo vimos, los casos de alteración no los considera ocultamiento.
- c) Alterando de cualquier manera las pruebas, etc.

¿Cómo se va alterar la prueba, los efectos o los instrumentos?. En primer lugar apreciamos ¿qué entiende nuestro Código por pruebas? ¿qué sentido le da a esta palabra? Considero que no se está refiriendo al Cuerpo del Delito; pues, de la redacción se colige que está contenido dentro de la frase "efectos"; no se refiere al objeto con que se causó el delito; pues éstos, los menciona expresamente. Debemos entonces entender, que cuando habla de pruebas, se refiere a aquellas señales que quedan o que pueden quedar, al cometerse un delito, como por ejemplo: las huellas de sangre, en un delito de homicidio o lesiones; el desgarramiento de las ropas del ofendido cuando éste previamente ha sufrido un ataque. En síntesis,

todas aquellas cosas que tiene que observar el investigador, al llegar al lugar del delito. Si esto es cierto; ¿qué diferencia existe entre esta figura y el caso del Art. 466. Pn.? ¿Cuándo estaríamos en presencia de uno y otro caso?

En las mismas circunstancias nos encontramos, cuando la alteración se refiere a los efectos del delito (donde se incluye el cuerpo del delito) y los instrumentos con que se cometió.

Esto lo trataremos oportunamente.

CAPITULO VII

EL ENCUBRIMIENTO PERSONAL

Decimos que el Encubrimiento Personal consiste en la ocultación, que de los partícipes de un delito preexistente, hace un tercero, con ánimo de conseguir la impunidad de ellos y sin haber tenido participación en el delito.

Podemos entonces, del concepto vertido, colegir los siguientes elementos:

- a) Ocultación de la persona o personas, participantes del delito.
- b) Que esta ocultación sea posterior a un delito llamado principal.
- c) El Animo: Siempre debe consistir en buscar la impunidad de los partícipes.
- d) Que no haya intervenido, el encubridor, en el delito encubierto.

a) Primer elemento: Ocultación: Cuando hablamos de ocultación, lo hacemos en esa forma genérica en que debe de entenderse este término, no sólo tener escondido al delincuente; sino, propiciar o favorecer su fuga, engañar a la autoridad, sobre el lugar donde se encuentra el culpable del delito, para desviar la persecución o evitar su captura. Es decir, todas aquellas formas de ayuda posible, que se le da al delincuente, para evitar que responda de la infracción por él cometida.

b) Segundo elemento: es característica genérica, a todas las figuras encubridoras y ya sobre ella se habló en capítulos precedentes.

c) Tercer elemento: El ánimo: Es especial, este ánimo o intención se da solo en el Encubrimiento Real y Personal. Las otras figuras encubridoras, vimos en su oportunidad, que tienen móviles distintos a los que mueven a este tipo de delincuente.

De lo anterior se concluye, que cuando se está buscando

la impunidad de un delincuente, es porque se conoce su participación, su conducta anti-social; por ello, este ánimo, lleva invívito el conocimiento por parte del encubridor, del delito cometido por el que trata de ayudar. Y así tenía que ser, pues estaría contra la razón, imputarle el delito de encubrimiento a una persona, que le da albergue a un delincuente, si no es conocido por tal persona, el hecho cometido por aquel a quien le presta ayuda.

d) El cuarto elemento: No intervención: es también característico en las conductas encubridoras. La no participación del encubridor en el delito principal.

LOS SUJETOS EN EL ENCUBRIMIENTO PERSONAL

El Sujeto Activo, puede serlo toda persona natural, excepto claro está, aquellas que han intervenido en el delito encubierto.

Surge nuevamente la pregunta, de si el sujeto pasivo del delito principal, puede ser sujeto activo en el Encubrimiento Personal. Como ya se estableció; ya lo vimos en su oportunidad; que es necesario interrogarse quién es el sujeto pasivo en estas figuras delictivas para poder solucionar el problema planteado.

Se dice que en todo delito cometido por un individuo integrante de una sociedad, el conglomerado donde convive, es quien recibe el daño; pues hay un impacto o un ataque al grupo porque ataca el orden social establecido. Pero sujeto pasivo directo, lo es únicamente "el titular del interés cuya ofensa constituye la esencia del delito" (60).

Puede en determinados casos concurrir en la sociedad esas dos características: ser directa e indirectamente sujeto pasivo. Tal es el caso del Encubrimiento Personal (y del Real naturalmente). Si la situación planteada es así, el sujeto pasivo del delito principal, puede ser sujeto activo del encubrimiento personal, porque el interés jurídico que está dañando, no es preci

samente el de él. Es cierto que accesoriamente puede resultar dañado, pero directamente, el interés jurídico dañado es ajeno al suyo; la finalidad del Legislador al crear este delito, no es proteger a éste, sino al Estado y consecuentemente, el sujeto pasivo del delito principal, puede ser sujeto activo en el encubrimiento personal.

EL OBJETO EN EL ENCUBRIMIENTO PERSONAL

El objeto en esta figura, es el partícipe del delito principal.

Se ha planteado, si esta figura, surge únicamente cuando se encubre a los realmente responsables, o si también se configura el delito en aquellos casos cuando se encubre a todas las personas que participan en el delito, como autores o cómplices.

De la misma definición dada, concluimos que se puede encubrir, aún a aquellas personas que al intervenir la Administración de Justicia, se establezca que son irresponsables, ya sea por ser inimputables, (caso de los alienados mentales), ya sea que se les declare inocentes de la participación imputada.

Lo anterior tiene que ser así, porque lo que la ley castiga, es la intención del encubridor; el tratar de burlar la acción de la justicia, y desde el momento que obstaculiza ésta, no permitiendo que la sociedad establezca en una forma razonable quién es culpable y quién no lo es; desde ese instante, está transgrediendo o violando el interés jurídicamente protegido y convirtiéndose a su vez en delincuente.

Puede concluirse también del concepto vertido, que objeto de este delito puede serlo tanto el autor como el cómplice del mismo, debido a que todos ellos son partícipes del delito, como lo hemos establecido en su oportunidad.

ALCANCES EN LA LEGISLACION SALVADOREÑA

Dice el Art. 470 Pn. .

"ENCUBRIMIENTO PERSONAL" El que con conocimiento de haberse perpetrado un delito y sin concierto previo, ayudare al

autor o cómplice a eludir la acción de la autoridad, será sancionado con prisión de seis meses a seis años.

Para tener una idea del alcance que actualmente tiene esta disposición, considero necesario, que conozcamos el criterio que por mucho tiempo campeó en nuestro medio, cuando regía en esta materia el recientemente derogado Código Penal.

Se decía que cometía esta infracción penal, quien ayudaba al culpable de un delito, cuando ocurría, cualquiera de estas circunstancias:

- a) Que el encubridor abusase de funciones públicas o,
- b) Que el delincuente fuese reo de Traición, etc.

Vemos de lo anterior que las formas de encubrimiento personal punibles, estaban circunscritas a determinados casos. Era muy pequeño, por así decirlo, el campo de aplicación de la Ley, en este aspecto. Se daba el caso, pues, que personas que encubrían a homicidas o a cómplices de éstos, no cometían infracción penal alguna porque su conducta en ese caso no era penada por no encubrir dentro de los límites establecidos. Pero si se ocultaban los instrumentos con los que éste delinquiría, sí era castigado.

Lo anterior tenía su razón de ser, pues el concepto que del encubrimiento personal se tenía (y todavía en la actualidad se tiene) era que, quien lo llevaba a cabo, en la generalidad de los casos, lo hacía por móviles altruistas. Pero resulta, que con este criterio, se permitía y no sólo eso, sino que se fomentaba la ejecución de estos actos, permitiendo que se realizaran conductas de esta naturaleza, las cuales quedaban sin el castigo correspondiente.

Una conclusión que resulta de lo expuesto, es que se favorecía más al encubridor Personal que al Real.

Influido por las corrientes modernas que dominan en

el Derecho Penal, nuestro Código Penal vigente, cambia radicalmente el enfoque dado a esta figura, sobre todo al alcance que se le da una vez establecida como delito en el Código.

En primer lugar, amplía el alcance a toda conducta encubridora personal, olvidándose de la trayectoria seguida durante mucho tiempo, de exigir cierta calidad ya sea al encubridor o al encubierto.

Llega incluso a establecer el encubrimiento de cómplices, situación que no se conocía anteriormente. Toma como encubrimiento, toda ayuda que se le presta al partícipe, de tal forma que resulta más amplio aún que el concepto dado por nosotros de "ocultación". Al emplear este término, el legislador corrió por lo sano la discusión que existía, de hasta dónde podía interpretarse la palabra ocultación y emplea esta frase más amplia: "ayudar a eludir la acción de la autoridad".

Cuando habla de autoridad considero que emplea el término tal como lo establece en el Art. 459 del Pn. o sea en un sentido amplio.

Lo que sí constituye una interrogante es, porque se vuelve más riguroso en este caso y no en el Encubrimiento Real. Está bien que con un sentido más práctico, haya ampliado el campo de aplicación de esta figura, hasta equipararla con el Encubrimiento Personal ya que ambas figuras atacan el mismo bien jurídico y en ellas existe la misma intención al ejecutarlas. Pero, ¿por qué castigar con una pena más grave el Encubrimiento Personal que al Real?; porque si nos fijamos en las penas que se imponen a estas dos figuras, notamos que el Encubrimiento Real está castigado con pena máxima de tres años y el Personal con una de seis meses a seis años.⁴ A esta circunstancia no le encontramos ninguna explicación que esté acorde con el criterio que se ha tomado, fundándose en las nuevas doctrinas. Queda, pues, para que aquellos que trabajaron en este Código en su oportunidad, explicar esta situación incongruente.

CAPITULO VIII

EL ENCUBRIMIENTO Y LA NO EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA

Dice el inciso 2o. del Art. 471 Pn. "No se reputará culpable a quien encubriere en forma personal o real a su ascendiente o descendiente, padre o hijo adoptivo, cónyuge, concubina, concubinario, o hermano".

En esta disposición establece el legislador que, aún en aquellos casos, donde aparece en forma flagrante una conducta encubridora, si ésta, es a favor de la persona en ella enunciada, no se reputará culpable.

Este principio, es el resultado de la influencia de las ideas propugnadas por Beccaría, en su época; ideas que fueron tomadas por las legislaciones penales de su tiempo y que han pasado como legado a nuestro medio.

Se argumenta que ésta excepción es necesaria incluirla en los códigos, ya que es un hecho o conducta delictuosa, que es determinada por los vínculos de afecto que unen al encubridor con el autor del delito. Así lo establecía Pacheco, (61) "La ley no puede preceptuar, ni los Tribunales pueden exigir, porque se descubra al criminal o al crimen, que le pongan de manifiesto, lo que por más elevados y santos deberes tiene obligación de ocultarlos".

Es así como este criterio va encontrando arraigo en los diferentes Códigos Penales, de donde lo tomó el Código Penal nuestro recientemente derogado, que en el inciso final del Art. 15 estableció esta excusión de pena con la excepción establecida en el mismo artículo.

Esta disposición pase a nuestro Código, en la forma como ya lo dejamos anotado.

NATURALEZA JURIDICA DE ESTA EXCUSION

Ha sido variado el criterio que al respecto se ha tenido.

Los clásicos, hacían derivarle de la "Ley natural" y la consideraron como causa de justificación, basándose para ello" en

que la ley no puede preceptuar, ni los Tribunales exigir, lo que rechaza y prohíbe nuestra misma naturaleza, calificando lo contrario de un acto de feroz tiranía" y luego manifestaba "La ley social no puede ni debe prescindir de las leyes de la naturaleza, su deber es por el contrario fortificarlas". Así lo sostenía Pacheco (62).

Este planteamiento del problema en la solución que se le ha dado, ha sido descartado, porque no podemos considerar como justa la conducta de un pariente que encubre a otro, porque la aplicación de la ley y el castigo del delincuente, está por encima o por lo menos, así debiera de ser, de las conveniencias familiares. Esta conducta podrá declararse impune, pero no justa.

Silvela, (63) enfoca el problema desde otro ángulo, e incluye esta circunstancia entre los casos que por razones varias, no se establece pena a la conducta antijurídica; enfoque que la técnica francesa ha llamado "excusas absolutorias"; manifiestan que en este caso como en otros parecidos, existe una mera exclusión del requisito de la punibilidad del acto, fundando precisamente esta impunidad, en la conveniencia y sin darle ningún asidero de tipo filosófico o jurídico.

Así lo ha apreciado Labatut Glens, (64) al manifestar que en estos casos "se consagra una excusa absoluta que favorece a los encubridores que lo sean de su cónyuge, etc."

Se ha entendido por excusa absoluta "aquel perdón legal otorgado a priori, a todos los que cometen determinada infracción penal, por motivos especiales." En estos casos, el hecho es delito, pero la ley le ha quitado la pena, por causas determinadas.

Así se decía: el encubrimiento ejecutado por parientes, es un hecho típicamente antijurídico y culpable, pero que la ley se abstiene de castigarlo, por especiales razones. Resulta una mera exclusión del requisito de la punibilidad, en el deli

to ejecutado.

Sebastián Soler, refiriéndose a una disposición del Código Penal Argentino que es parecida a la del nuestro y que estamos comentando (65) dice: "También resulta claro el carácter de excusa absolutoria, propia de esta forma de impunidad, fundada en el valor afectivo de los vínculos naturales".

Cuello Calón, (66) refiriéndose al mismo tema también argumenta: "También se ha considerado como excusa absolutoria la disposición del Art. 18 del Código Penal (parecido al inciso que comentamos) que declara exentos de las penas impuestas a los encubridores; que lo sean de su cónyuge, ascendientes, descendientes, hermanos legítimos, naturales o adoptivos o afines en los mismos grados, etc. Pero en este caso, no concurren las características de la excusa absolutoria, pues aquí se trata de una causa de exclusión de la culpabilidad, determinada por el influjo avasallador que sobre la conducta tiene los lazos de la sangre".

Pero quien en forma decidida rechaza que sea una excusa absolutoria es Rodríguez Muñoz, (67), quien haciendo un análisis de los casos tenidos como excusas absolutorias en el Código Español, establece: "que ésta es una causa que excluye la culpabilidad del acto antijurídico, por la no exigibilidad de otra conducta, y fundamenta su aseveración, alegando que al efecto entre parientes, en cuanto se expresa en la protección del miembro de la familia que es perseguido judicialmente, es una motivación normal, que hace irreprochable la conducta pues no era exigible otra, ya que el hombre medio, el cooperador habitual de las exigencias de la vida colectiva, habría procedido en igual forma."

Este enfoque nuevo a un problema largamente discutido, ha tenido un impacto grande en la doctrina penal y una general aceptación a tal grado que actualmente es criterio comunmente aceptado el considerar esta excusión, como un caso de inculpa-

bilidad por la no exigibilidad de otra conducta.

Hablando sobre las causas de inculpabilidad, de las que el Doctor Manuel Arrieta Gallegos, (68) en sus comentarios al nuevo Código Penal Salvadoreño, da una definición genérica.

"La falta del juicio de reproche hacia el autor de un hecho típicamente antijurídico, imputable y punible en atención a que no puede, ni debe exigírsele otra conducta conforme a la norma jurídica habida cuenta a la ausencia del dolo o culpa que podría serle reprochable, como también a la motivación y personalidad del sujeto mismo."

Entre estas causas de inculpabilidad entre otras señala, la no exigibilidad de otra conducta, que contiene las siguientes (y ahí sigue de cerca el Código nuestro) el miedo insuperable, coacción o peligro, conflictos de bienes iguales.

En este acápite último es donde se puede ubicar el caso en comento. Cuando hay conflicto de bienes jurídicos de igual valor, y la persona protegiendo uno, lesiona al otro. No puede la ley en este caso, demostrar su severidad, sino que por el contrario aceptar como válida y normal la conducta ejecutada por el que así lo hizo, aunque con esa actuación haya dañado otro bien jurídico también protegido por la norma, y por eso dice el Doctor Manuel Arrieta Gallegos, (69) en sus lecciones de Derecho Penal, que este caso, "no es más que una causal de inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta.

Pero nuevas voces se han levantado contra este pensar común; tales como Conde Pumpido, (70) que manifiesta: "Claro que la aceptación de la punibilidad como elemento del delito, y en su consecuencia, de las causas de impunidad o excusas absolutorias, no basta considerar sin más, como una de ellas, las establecidas en el Art. 18 (Encubrimiento de parientes). Pero para considerar ésta como causa de inculpabilidad, ha de recurrirse al expediente de la no exigibilidad de otra conducta, y en este caso concreto, falta una de las características de la no exigibilidad de la conducta: la individualización

"LA INDIVIDUALIZACION. No se trate en la no exigibilidad, de una regla establecida para supuestos generales; sino una norma valorativa de conductas concretas. Se pretende así complementar, las valoraciones generales de la ley, con la libre apreciación valorativa individual de la conducta del sujeto en juiciado."

Y más adelante sigue argumentando: "que en el caso en comentario la ley no deja al Juez la libertad para entrar a conocer los móviles de la conducta, variables en cada caso real, sino que establece una excusión con carácter general, basado en una ideal presunción, que puede no ser correcta, y negando con ello, una de las condiciones del juicio de culpabilidad, cual es la investigación de cada caso concreto".

Resulta sugestiva la apreciación anterior, que hace pensar mucho si será razonable la explicación que se ha aceptado como valedera sobre esta excusión de pena, surgiendo por ello, nuevamente esta interrogante, ¿Cuál es la naturaleza jurídica de esta excepción; ¿excusa absolutoria?: ¿Causa de inculpabilidad? Esperemos que nuevos argumentos robustezcan las soluciones dadas, para poder expresar con certeza una respuesta a este planteamiento.

CAPITULO IX

EL COMPLEMENTO. - ¿FIGURA PUNIBLE?

Qué entendemos por complemento?

Se puede definir: como la ayuda prestada por un tercero, para que el, o los partícipes del Delito Principal, obtengan las ventajas de la infracción por ellos cometida o ayudarles al agotamiento de ésta.

De la definición expuesta resulta, que estas conductas complementarias, se presentan como prolongación del delito principal cometido.

Es característica de ellas, que haya identidad entre el deseo final del que comete el delito principal y el que le ayuda con su cooperación.

Esto es así, porque el que comete el delito principal, cuando trata de llevar su acción hasta el último grado del "Iter Criminis" y encuentra en su camino una persona que le secunde en sus intenciones, éste con su actuar, trata de llegar al mismo fin que se propone el primero y por ende, hay identidad de fines en ambos.

¿Cómo puede suceder ésto sin considerar a estos últimos como partícipes del delito principal? Para contestarnos esta cuestión, veamos primero lo siguiente. El Encubridor complementario, interviene en el hecho criminoso, cuando éste ya está perfecto para la ley Penal. Si esto es así y tomando en cuenta los principios de la teoría de la causa que se han planteado en su oportunidad y que han servido para rebatir el carácter de participación que se le daba al encubrimiento. Vemos que una vez terminado un acto, no podemos considerar como causa de éste, una acción ejecutada con posterioridad a su realización, sino es un acto previo a la acción criminoso, concomitante a ella, ni condición de la misma, no es lógico en consecuencia, admitir, que sea una forma de participar en el delito, pues ya sabemos que no se participa con actos posteriores.

Así las cosas, debemos recordar también, para comprender mejor esta figura, el Concepto que se tiene de lo que es el Delito Perfecto y cuando la ley, considera que el delito está perfeccionado.

El Doctor Manuel Arrieta Gallegos (71) al respecto dice: "El delito perfecto es el consumado, y hay delito consumado cuando el hechor ha ejecutado el acto, o todos los actos, o bien ha omitido la acción esperada, adecuando su conducta; al tipo descrito por la ley y como consecuencia, se da el resultado criminoso querido o ratificado o no previsto en toda su gravedad por el agente." Esta consumación, como el mismo autor lo establece, puede ser formal o material.

Se considera que se ha dado la consumación formal" cuando se cumplan todos los caracteres determinados por la ley al delito tipo que es lo que constituye la perfección objetiva"(72).

Cumplido lo anterior, para la ley, el delito ha llegado a su grado de perfección y procede aplicar la pena al delincuente que lo ha cometido, considerándolo como autor del mismo. Esto será siempre así, aunque el delincuente no quede satisfecho de su acción, aunque crea que no ha realizado la conducta que él imaginó y pensó ejecutar porque su intención no esté de acuerdo al resultado. En la Consumación formal, no siempre hay adecuación, entre el delito pensado y el delito realizado. El hecho consumado para la ley puede entonces no serlo para el que lo cometió; queda todavía una intención, no cumplida, no realizada.

Pero cuando el delito ha llegado a sus últimas consecuencias; cuando ha sobrepasado la consumación objetiva; cuando el agente ha ejecutado todos aquellos actos que deseaba y quería; cuando hay adecuación entre la acción pensada, y el hecho realizado, entonces, hay una consumación material del delito.

En esta última fase, en el agotamiento del delito, es donde interviene el Complementador; como ya vimos, no podemos con

siderarlo partícipe, pues el delito se realizó para la ley, cuando llegó a la consumación formal. ¿Cómo lo llamaremos entonces? Si en su intención no está el ánimo de las figuras en cubridoras comentadas, ¿que es lo que lleva a este tipo de delinquentes a ejecutar su acción?

El ánimo de todos estos delinquentes, es el de auxiliar al o a los delinquentes principales, para que gocen de los efectos del delito cometido, o para que lleven éstos, la infracción penal, a la fase del agotamiento; buscan, en consecuencia, dañar el mismo bien jurídico que ha dañado al autor principal; son partícipes del delito, pero en la fase del agotamiento de éste, cuando ya la ley ha considerado, que el delito está perfecto.

Ejemplos de estas conductas encubridoras, las trae Conde (73) "el que corrobora la falsa personalidad, del que utiliza un documento de identidad ajeno; el que garantiza la legitimidad de las cosas que el ladrón vende."

No cometen ni encubrimiento Real, ni personal, ni Recepción; pero su conducta es antijurídica y debe ser considerada y tratada como tal, y esto debe de ser así, porque cuando el delito principal esté consumado e interviene para su agotamiento un tercero, tratando de ayudar al autor para que agote el delito, o goce de los beneficios que este le pueda acarrear, demuestra éste último tanta o mayor perversidad que el primero porque el principal pudo haber intervenido en la infracción en circunstancias, sino aceptables, por lo menos comprensibles; pero el cooperador lo hace por solidaridad, por auxiliar al autor, demostrando con ello, por ser un motivo baladí, por no existir en él la pasión que pudo arrebatarse al primero, que es más propenso a ingresar al campo de la delincuencia y que es por ello, más peligroso que aquél.

Analicemos esta figura en sus elementos.

1) Sujeto Activo:

Puede serlo cualquier persona natural, exceptuando, claro está, aquellos que han participado en el delito principal.

2) Sujeto Pasivo:

Siendo una cooperación para agotar el delito principal, se dice que el sujeto pasivo, lo es el mismo del principal.

Pero al mismo tiempo notemos que como su intención es ayudar, o auxiliar al principal para que agote el delito, puede considerarse que atenta contra la Administración de Justicia en general y por ello el sujeto pasivo es el Estado.

3) El Objeto:

Constituye el objeto en esta figura, el mismo del principal, pues sobre el que ejecuta la acción aquel, lo hace también el complementador. Con los datos apuntados, veamos cómo considere nuestro Código esta figura delictiva.

Cuando en la Receptación, habla nuestra ley que considera Receptador "el que con el fin de conseguir para sí o para un ter cero, etc." notamos que se incluye entre los Receptadores a los que buscan un beneficio para otros, apartándose del concepto doctrinario de la Receptación, pues en el caso de que ese otro sea el autor principal, se da el Complemento,.

Nuestro Código ha incluido un caso especial de complemento, entre las figuras receptoras. Pero se circunscribe únicamente, cuando el provecho del delito se busca para un tercero, que como ya lo dijimos, puede ser el autor del principal, pero esto no agota todos los actos complementarios que pueden realizarse. ¿Y cuando el cooperador ayuda, por ejemplo, a desfigurar, la cara del cadáver de una persona que acaba de matar a otra, y que una vez muerta ejecuta/^{una} acción de tal naturaleza o ayuda al delincuente principal a ejecutar actos con el cadáver que "añadan" "ignominia" a los efectos propios del delito"?

Estas acciones tienen que ser castigadas por la ley. Si constituyen una agravante, en el último caso planteado para el delincuente principal, es porque la ley considera que este es

más peligroso y ha causado más daño del necesario, ¿por qué entonces no castigar, al que le ayudó a ejecutar actos ignominiosos, aunque no haya participado en la acción principal?.

Deben de ser consideradas como conductas delictivas, y penadas como tales, pues indican o son indicativas, de una gran peligrosidad del que los ejecuta y ya que la tendencia moderna es independizar todas estas actuaciones que antes se consideraban como participadoras, conveniente sería entonces, constituir de esta figura, un delito más, como se ha hecho con las otras figuras encubridoras.

Nos resta únicamente, analizar, ciertos delitos que se encuentran en el Nuevo Código y establecer si constituyen figuras encubridoras.

La omisión Punible del Art. 472; el Fraude Procesal del Art. 466. ¿Se puede considerar estos hechos como conductas encubridoras?

Yo creo que no, pues en ellas el ánimo no siempre es ayudar al delincuente encubriendo el delito principal; su intención en determinados casos puede ser esa; pero esa intención no es constante y aún puede darse la posibilidad de que sea la de perjudicar al autor del delito principal. Por ejemplo, en el Fraude Procesal, el que lo hace y toma el arma que tenía el fallecido en sus manos, con ello está perjudicando al autor de ese homicidio porque le está quitando la oportunidad de que el Juzgador se de cuenta, de que el fallecido también tenía un arma.

Vemos pues que puede con su acción, tratar de ayudar o de perjudicar al delincuente principal, pero en él hay algo constante, y es tratar de obstruir la acción de la justicia; por ello, pues, no puede considerarse que estas figuras son encubridoras, sino que en determinados momentos si puede coincidir con éstas, pero ese hacer no es constante en ellas.

CAPITULO X

JURISPRUDENCIA NACIONAL

Nuestra Jurisprudencia Nacional, imbuida de los principios de la Escuela Clásica, ha seguido fielmente los principios de ella en la solución de los pocos casos donde se ha pronunciado con relación a éste problema. De eso nos hemos dado cuenta al urgar en la jurisprudencia nuestra, donde hemos encontrado muy poco que comentar, debido a lo escaso de ésta y a la forma como se ha pronunciado. Veamos si no es así lo que sostenemos.

1er. Caso. Si el jefe del resguardo de hacienda, en el caso anterior, llegó a la misma casa de la ofendida, después de ser lesionada ésta, a quien no vió y no hay plena prueba de que tuvo conocimiento de la comisión del hecho, ni que trató de ocultar el cuerpo del delito, ni que intervino abuso de su parte para la fuga de uno de los reos, no debe considerarse al expresado jefe, como encubridor del homicidio, por el sólo hecho de no haber dado cuenta del suceso a la autoridad correspondiente, y procede a su absolución.

Rev. Jud. Tomo XXXV, 24 de Oct. de 1930 pag. 362.

2do. Caso. Es Encubridor un reo que, con conocimiento de la perpetración de un delito de robo, ejecuta con posterioridad actos auxiliando a los delincuentes para que se aprovechen de los efectos del delito.

La reducción que la ley hace a favor del Encubridor, por razón de su participación en el delito cometido, de la penal legal señalada a éste, no debe considerarse como una atenuación especial para los efectos del Art. 17 Pn.

Rev. Jud. Tomo XXXVII, 28 de Jun. de 1932 pag. 529.

3er. Caso. Si uno de los reos condenados en la sentencia del Tribunal inferior por un delito, no suplica de ella, pero le son favorables las apreciaciones que el Tribunal Superior hace sobre la calificación del delito respecto del autor de éste, su

plicante del fallo, debe considerársele como encubridor en la sentencia que resuelve el recurso de súplica, rebajándole la pena que le había sido impuesta.

Rev. Jud. Tomo XLI, Dic. 12 de 1936, pag. 449-450.

4o. Caso. Es Encubridor, quien con conocimiento de que los semovientes eran hurtador interviene con posterioridad a la sustracción coadyuvando en la conducción de los animales hurtados.

El Hurto queda consumado desde el momento en que los semovientes salieron de la custodia y actividad de sus dueños.

Rev. Jud. Tomo LIV, marzo 7 de 1949 pag. 290.

5o. Caso. Tiene la calidad de mero encubridor, el delincuente que con conocimiento de la perpetración de un homicidio y sin ser coautor ni cómplice, interviene con posterioridad a su ejecución, ayudando a los autores a arrojar el cadáver del occiso a un barranco con el objeto de evitar el descubrimiento del crimen.

Rev. Jud. Tomo LVI, 8 de sept. de 1951 pag. 847.

6o. Caso. Si aparece del proceso, que un reo tomó participación en el concierto previo para la comisión de un delito de robo con otras personas, pero que únicamente se limitó a la ejecución de actos preparatorios, consistiendo su participación criminal en haber aceptado parte del dinero proveniente del delito, debe estimársele únicamente como encubridor.

Rev. Jud. No. 1 al 12 Tomo LIX de 1954 pag. 521.

7o. Caso. Para que una persona pueda ser tenida como encubridora y su dicho como testigo pueda ser anulada por ser indiciada, es preciso que al momento de haber sucedido los hechos sobre los que ha declarado y por los que se le sindicó, haya tenido conocimiento de que el reo había cometido el delito. Si unos testigos se hayan en esta condición y sus dichos han sido apreciados como prueba testimonial idónea por el Tri

bunal inferior, tampoco existe error de Derecho en la apreciación de esta prueba.

Rev. Jud. Nos. del 1 al 12 de enero a diciembre de 1963
Tomo LXVIII pag. 412.

En el primero de los ejemplos traídos a cuenta, se observa que, el Juzgador fue muy acucioso en el análisis del caso, porque se planteaba la duda, de que si el reo en cuestión pudo por omisión ejecutar una conducta encubridora. Y si fué absuelto, se hizo, porque no se estableció su pleno conocimiento del delito ejecutado; pues él como autoridad que era, estaba obligado a denunciar el crimen y de no hacerlo, encubría un delito con su conducta pasiva, con un "no hacer", cuando estaba legalmente obligado. Siguieron muy de cerca la doctrina generalmente aceptada, de que se puede incluso delinquir, no obrando, cuando se está penalmente obligado.

En el segundo de los casos en comento, notamos que es una forma típica de lo que nosotros hemos denominado "Complemento tipificado en el Código Penal derogado como forma genérica de Encubrimiento, y que nuestra legislación vigente la tipifica en la Receptación.

El tercero, es un caso común de encubrimiento, regido por los principios, generales de estas figuras delictivas.

El cuarto, tal como está redactado, la situación en él contenida se tomó como una conducta encubridora establecida en el Art. 15 Pn. número 1, que viene a ser lo que hoy se considera como una conducta receptadora. Pero si lo analizamos desde el punto de vista de la nueva legislación, se tendría que ubicar en el Encubrimiento Real.

El quinto caso, se tomó como un encubrimiento de acuerdo al No. 2 del Art. 15 y en la misma forma se consideraría en el nuevo Código tomándolo como Encubrimiento Real.

El caso número 6o. es muy especial. Aquí el reo tuvo conocimiento previo al delito principal; pues, concertó con otros

el delito, no participó en la acción, pero sí en los efectos.

En este caso, el Juzgador, se apartó en forma total de los principios que fundamentaban las figuras encubridoras, principios que en este aspecto, no han cambiado mucho al respecto de cuando fue dada esta sentencia.

Ha sido generalmente aceptado, que para que haya encubrimiento, es condición de que el encubridor no conozca la existencia del delito, sino hasta que éste se haya realizado total o parcialmente, y es entonces, cuando comienza su acción; también ha sido de común aceptación que cuando ha tenido conocimiento previo de éste y se ha usufructuado de él, no es encubridor, sino por lo menos cómplice, dependiendo el grado de participación, que se le imputa, de la intensidad de su intervención en el delito. En el caso en comento, había intervenido en el concierto, en la preparación del delito y así lo acepta el Juzgador; así las cosas, nunca en doctrina se había aceptado que un caso como éste se pudiera considerar a este tipo de delincuente, como mero encubridor; a lo menos que se podía llegar, era tomarlo como cómplice. Pero en este caso, fue tomado como encubridor.

En nuestra legislación actual, esta infracción penal no se puede tomar como encubrimiento, porque expresamente la ley establece que el encubridor no debe de haber participado en el delito encubierto.

El último de los casos señalados, viene a corroborar lo que hemos dicho ya, que el juzgador exige como situación condicionante para que sea considerado encubridor, que tenga conocimiento previo al delito cometido por él. Pero en este caso, pecó por exceso, como en el anterior, había pecado por defecto.

Considera, que se encubre aún en aquellos casos genéricos, donde una persona se da cuenta de un delito y no lo denuncia a la autoridad. Hemos visto que se encubre cuando se abstiene de ejecutar una conducta de tal naturaleza, en caso de existir una

obligación específica de hacerlo; tal como el agente de policía o el policía de aduana que no avisó del contrabando que ha tenido conocimiento que se está ejecutando o se ha ejecutado. Pero es comúnmente aceptado, que la obligación genérica que tiene toda persona, de denunciar los delitos, no es una obligación de tipo legal, es decir que su omisión no implica responsabilidad penal.

Conforme nuestra legislación, este caso no será punible, pues establece ésta obligación a los particulares, sólo en el caso de que el conocimiento sea previo al delito Art. 472 Pn., y solamente cuando siendo Funcionario Público el que conoce el delito, si al realizarse éste, no lo denuncia, entonces, si es castigado conforme al Art. 474 del mismo código, pero no como encubridor.

De todo lo que hemos visto hasta ahora sobre nuestra jurisprudencia podemos concluir, que además de ser sumamente escasa, ésta no ha sido uniforme en sus resoluciones al enfocar los problemas de las conductas encubridoras. Tal cosa, suponemos se ha debido a la forma como se encontraba redactado el Art. 15 del Código Penal Derogado, y a la poca información que sobre tales conductas se tenía, y porqué no decirlo, se debió también a la poca importancia que a estos problemas se les había dado. Tan es así, que nuestros famosos "topeteros" los que han hecho vida lucrativa de los efectos de los delitos contra el patrimonio, han vivido transgrediendo el derecho de propiedad, sin que nadie durante mucho tiempo, se preocupara de ellos y es hasta que surge la nueva legislación, que la Sociedad se percata de la existencia de estos delincuentes, y de la necesidad de defenderse de ellos.

CAPITULO XI

DERECHO COMPARADO

El concepto que las legislaciones han tomado sobre las diversas figuras encubridoras, es muy variado y hasta cierto punto errático; dependiendo de la época de éstas y de los principios donde se han inspirado. Es así como vemos en ellas las mutaciones que estas figuras jurídicas, han sufrido en los distintos períodos y refleja asimismo, la inseguridad que hasta hace poco existió sobre la verdadera naturaleza del Encubrimiento.

Para hacer un estudio más o menos lógico de este delito y, de su enfoque en las distintas legislaciones; agruparemos a éstas en tres grupos:

Primer Grupo: Las que toman el encubrimiento como forma de participación.

- a) El Código Penal de Guatemala de 1936, ubica las formas de encubrimiento en la parte general, Título II "De las personas responsables de los delitos y faltas" Art. 28 y agrega. Responden los encubridores sólo de los delitos.
- b) El Código Penal de Nicaragua, establece esta conducta delictiva en la parte general del Código.
- c) El Código Penal de Honduras, también lo ubica en la parte general.
- d) Código Penal de Paraguay, enfoca el problema en la misma forma.
- e) Código Penal de Portugal, igual; y
- f) Código Penal de Puerto Rico, tiene una doble modalidad. Lo castiga en la parte general del Código y siguiendo un sistema distinto muy de cerca, por cierto, del sistema anglosajón, se aparta del criterio tripartito de división de la participación y acepta solamente dos formas de participar en los delitos: la autoría y la complicidad, incluyendo en ésta, a todas aquellas fi

guras que nosotros conocemos como Encubridoras.

Este mismo sistema, aplica el Código Penal Ruso de 1926. Todos estos códigos excepto los dos últimos han seguido los principios de la Escuela Clásica en forma absoluta.

Segundo Grupo: En éste, se encuentran la mayoría de códigos latinoamericanos. Consideran a estas figuras, como delitos y no como grado de participación. Toman un criterio unitario sobre el interés jurídico que dañan estas conductas así:

a) El Código Penal Argentino de 1921, considera que el Encubrimiento Real y Personal y la Receptación, atacan el mismo bien jurídico protegido por la Ley; y por ello ubica a estas figuras dentro de los delitos contra la Administración Pública.

b) El Código Penal de Costa Rica de 1941, enfoca las tres formas de encubrir entre los delitos "Contra la Administración Pública y el Régimen de Justicia".

Trae también este Código un caso muy especial. En el Art. 323 No. 7, entre "Los delitos contra la seguridad de los medios de transporte y de comunicación", menciona, que quien encubra a los "piratas" se considera autor y no encubridor.

Con esta disposición, desnaturaliza el enfoque jurídico que se le ha dado al encubrimiento, que es un delito autónomo, pero accesorio, al principal; y este Código tomó a este tipo de encubridor, no como responsable de un delito accesorio, sino como autor del delito principal de piratería.

c) El Código de Defensa Social de Cuba de 1936, acepta las tres formas de Encubrir, como de la misma naturaleza, y los coloca entre los delitos contra la Administración de Justicia, igual criterio sigue el Código Penal de Colombia.

Por el contrario, Códigos como el de Brasil, han hecho una clasificación bipartita; el encubrimiento Real o Personal los consideran que dañan el mismo bien jurídico y los coloca entre los delitos contra la Administración de Justicia, nada

más que denomina a esta figura Favor Real y Favor Personal; siguiendo con ello de cerca a las doctrinas italianas. La Receptación considera que daña el Patrimonio y por ello la coloca entre los delitos contra la propiedad.

Nuestro Código, como ya dejamos anotado, sigue este mismo criterio.

Tercer Grupo: Aquellas legislaciones que aplican un sistema mixto:

a) Código Penal de Chile de 1874: considera como forma de participación las tres figuras. Pero cuando la Receptación es accesoria del delito de Robo, la toma como delito, en el Art. 454 del Código; ubicándolo entre los delitos contra la propiedad.

b) El Código Penal del Ecuador de 1938. Las tres formas de encubrir les da el carácter de forma de participar en el delito y en el último grado; estudiándolas en la parte general del Código; excepto el encubrimiento Personal, cuando el delito que se encubre está penado con reclusión, caso en el cual, lo considera como delito autónomo.

c) Código Penal de Bolivia de 1934.

Esta legislación, ve en estas conductas, una forma de codeincuencia y por ello, la Receptación y el Encubrimiento Real y Personal los estudia en la parte general; y como delitos especiales el Encubrimiento Personal, cuando se encubre a los asaltadores. También el Encubrimiento Real es delito Especial, cuando esta conducta es habitual.

Como vemos, este código es uno de los que más complica el enfoque de estos problemas.

d) Por último, tenemos el Código de la República Dominicana, que considera a estas figuras como forma de participación, excepto en el Encubrimiento Personal, si el encubridor es habitual caso en el cual lo toma como COMPLICE. El Encubrimiento Personal, en los demás casos lo toma como delito, y lo incluye

entre los delitos contra la Paz Pública.

Un sistema mixto, emplea el Código Penal Mexicano al abordar el encubrimiento.

ANALISIS:

De los tres sistemas empleados, notamos que el más complicado y el que más problemas acarrea, es este último; y por ello consideramos que es el menos práctico para tomarlo como patrón en los Códigos.

Después de este pequeño recorrido sobre las distintas legislaciones vemos que ha habido un desconocimiento hasta hace muy poco tiempo sobre la verdadera realidad del Encubrimiento, y no obstante tanto que se ha discutido este problema y la amplitud como se ha hecho, existen todavía resabios de los antiguos criterios, los cuales se ven reflejados en las legislaciones penales.

Es de hacer ver según los ejemplos que se han traído, que este delito, es una figura, que como muchas, por no decir todas, están en ebullición y cambiando constantemente; transformándose para mejorar y por ello es que para que los que nos inquietamos por el Derecho, sigamos considerándonos conocedores de éste; debemos de seguir constantemente su evolución, para no caer en el pecado, muy bien expresado por Couture, de ser cada día menos Abogado.

CONCLUSIONES

A estas alturas de nuestro trabajo, podemos arribar sin mucho riesgo de equivocarnos, a ciertas conclusiones de lo que ha sido nuestra legislación en el aspecto comentado y de las consécuencias que ha traído, el cambio de enfoque operado con el advenimiento del nuevo Código Penal.

Así como anteriormente se consideraban estas infracciones, se permitía que el Juzgador errase en su apreciación; fuera injusto en sus fallos; dejara de cumplir, por limitarlo así la Ley, con el principio de Justicia, que es rector de toda legislación y paradigma de todo juzgador. Así vemos, que no siempre acertó en sus fallos, por carecerse en aquellos instantes de los instrumentos útiles y necesarios. Pero con todo el acopio que los nuevos elementos han traído a la legislación vigente, podría creerse que tales principios campean en todos los aspectos del Derecho Penal. Por ello ha surgido en nosotros esta duda razonable, si es cierto lo que hemos expuesto, ¿qué fué lo que impulsó al legislador en el Art. 657 Pr. Pn. al considerar a los encubridores como partícipes del delito principal?. Para mejor comprender lo dicho, transcribamos esta disposición.

Art. 657. "La amnistía se entenderá también concedida a los demás coautores, cómplices o encubridores del mismo delito comprendido en la amnistía y se tendrá también por extendida a la misma clase de culpables de los delitos conexos relacionados con los que han motivado la gracia, a menos que en el decreto de amnistía se excluya expresamente las personas a cuyo favor la gracia no se concede".

Recapitulando algo de lo dicho con anterioridad tenemos que, se sostenía (en la doctrina clásica), que por ser el encubrimiento una forma de participar en el delito; éstos, corrían

la suerte del principal, pues eso es precisamente lo que se está sosteniendo en este Artículo, un criterio anacrónico; que su poníamos estaba superado en la nueva legislación.

Si se ha aceptado que el encubrimiento es autónomo, porque su penalidad no depende en absoluto del delito principal, y que por ejemplo al encubrir a un inimputable, precisamente por la autonomía de este delito, la inimputabilidad del primero no quita la responsabilidad del segundo. Si precisamente una de las causas que motivó el cambio de criterio fue evitar las injusticias como las que estaban propensos a cometerse anteriormente, que ignorándose la identidad del principal, al encubridor no se le castigaba, por su dependencia directa con el otro; si todos estos yerros se subsanaron, cuando se independizaron todas estas figuras, del concepto de la participación, ¿por qué volver al mismo error?

¿Qué no es otro el interés jurídico dañado en el encubrimiento, para que podamos sostener sin temor a equivocarnos que estos delitos no corren la misma suerte del principal en su juzgamiento? ¿O será que esta contradicción surgió porque el Código Procesal Penal se redactó en principio en base al Código Penal derogado?

Es conveniente, pues, unificar criterios; si hemos buscado nuevos caminos, para darle soluciones, también nuevas, a problemas tan debatidos sigamos por él, y no volvamos otra vez por el atajo.

Considero entonces que es necesario modificar esta situación, y acomodar aquellas disposiciones que como la enunciada, dan un mentís, al cambio que se trata de dar a las nuevas leyes.

Desechadas, pues, aquellas aberraciones del Derecho e imbuidos nuestros legisladores de los principios vivificantes, que nutren constantemente el Derecho doctrinario, consideramos que se tiene un arma lo suficientemente efectiva, (aunque

CITAS BIBLIOGRAFICAS

1. Eugenio Cuello Calón D.P. Parte Gral. 9a.Edición.Ed.Mex,S.a.p.546
2. Sebastián Soler D.P.Argentino Tomo II pag. 240 6a. reimpresión total/73 Editora Argentina
3. Eugenio Cuello Calón.D.P. Parte Gral.p.547 9a.Ed.Edit.Nac.Mex.S.A.
4. Sebastián Soler D.P.Argentino Tomo 2 p.240 6a.Rim.total/73HP
Editorial Argentina
5. Sebastián Soler " " " " 253 " " "
6. Sebastián Soler " " " " 254 " " "
7. Sebastián Soler " " " " 255 " " "
8. Gustavo Labatut Glena.D.P.Parte Grl.p.392 3a.Ed. Ed.Jurídica de Chile
9. Sebastián Soler D.P.Argentino T.II p.267 6a.Rim.total/73 Tip. Editorial Argentina.
10. Gustavo Labatut Glena D.P. Parte Gral.p. 333,3a.Ed. Edit. Jurídica de Chile
11. Eugenio Cuello Calón D.P. Parte Gral. p.333 3a.ed. Ed.Nac.Méx.S.A.
12. Sebastián Soler Penal Argentino T.II p. 258 6a.Rim.total/73 Tip. Editorial Argentina
13. Sebastián Soler Penal " " " " 333 " " "
Editorial Argentina
14. Manuel Arrieta Gallegos. Lec.de D.P.P. 355 Pub.de la Cte. Suprema de Justicia/1972
15. Manuel Arrieta Gallegos " " " 352 " " "
16. Carrara-Citado por Luis Jiménez de Asúa, La Ley y el delito p.537
2a. Edición marzo de 1954
17. Manuel Arrieta Gallegos.Lec.de D.P. p. 352 Public. de la Cte. Suprema de Justicia/1972
18. Cándido Conde Pumpido Ferreiro-Encubrimiento y Receptación p. 27
Bosch casa Edit. URGEL 51 bis Barcelona.
19. Guidice Citado por Conde " " " " " 24
Bosch casa Edit. URGEL 51 bis Barcelona.
20. Cándido Conde Pumpido Ferreiro " " " 30

- 21. Manuel Arrieta Gallegos Lec.D.P. p. 352 Pub.de la Cte. Sup.Just.72
- 22. Manuel Arrieta Gallegos,Lec.D.P.p.352 pub.de la Cte.Sup.Jus.72
- 23. Eugenio Cuello Calón.D.P.Parte Gral.p.546 9a.Ed.Ed.Nac.Mex,S.A.
- 24. Sebastián Soler D.P.Argentino T.II p.238 ta.Rim.total/73 Ed.Argentina
- 25. Manuel Arrieta Gallegos.Lec.D.P.p.357 pub.de la Cte.Sup.Jus.72
- 26. Carrara Citado por Cándido Conde Pampido Ferreiro Encubrimiento y Receptación p. 11 Bosch Casa Edit.URGEL 51 bis Barcelona
- 27. Merkel citado por Cándido Conde Pampido Ferreiro Encubrimiento y Receptación p.11 Bosch Casa Edit. URGEL 51 bis Barcelona
- 28. Castejón citado por Cándido Conde Pampido Ferreiro Encubrimiento y Receptación p. 11 Bosch Casa Edit. URGEL 51 Bis Barcelona
- 29. Puig Peña citado por Cándido Conde Pampido Ferreiro Encubrimien to y Receptación p. 11 Bosch Casa Edit. URGEL 51 Bis Barcelona.
- 30. Eugenio Cuello Calón citado por Conde Pampido Ferreiro Encubri miento y Receptación pag.12 Bosch Casa Ed. URGEL 51 bis Barcelona
- 31. Carmignani citado por Conde Pampido Ferreiro Encubrimiento y Re ceptación. p. 13 Bosch Casa Edit. URGEL 51 bis Barcelona.
- 32. Sebastián Soler D.P.. Argentino Tomo V p. 250 6a.Reim.total/73 Tip. Edit. Argentina.
- 33. Carrara citado por Cándido Conde Encubrimiento y Receptación p. 13 Bosch Casa Edit. URGEL 51 Bis Barcelona.
- 34. Cándido Conde Pumpido Ferreiro Encubrimiento y Receptación p.14-15 Bosch Casa Edit. URGEL 51 bis Barcelona.
- 35. Monsen citado por Cándido Conde Pumpido Ferreiro Encubrimiento y Receptación. p. 27 Bosch Casa Edit. URGEL 51 bis. Barcelona
- 36. Cándido Conde Pumpido Ferreiro Encubrimiento y Receptación.p.40 Bosch Casa Edit. URGEL 51 Bis Barcelona
- 37. " " " " " " " " " " " 42
- 38. Rossi " " " " " " " " " " " "
- 39. Cándido Conde " " " " " " " " " " " 43
- 40. " " " " " " " " " " " "
- 41. Idem
- 42. Enrique Córdova citado por Cándido Conde " " " " " 47
- 43. Castejón citado por Cándido Conde Encubrimiento y Receptación p. 48 Bosch casa Edit. URGEL 51 Bis Barcelona.

45. Pacheco. Citado por Cándido Conde Encubrimiento y Receptación p.48
46. Greizard. Citado por Cándido Conde " " " "
47. Cándido Conde " " " "
48. Rossi citado por Cándido Conde " " " 54
49. " " " " " " " "
50. Silvela " " " " " " " "
51. Saldaña " " " " " " " 57
52. Cándido Conde " " " " " " " 71
53. Cándido Conde " " " " " " " 93
54. Manuel Arrieta Gallegos Lec.D.P. p.367 Pub.de Cte.Sup. de Just.
55. Cándido Conde Encubrimiento y Receptación p.92 Bosch Casa Edit.
URGEL 51 bis Barcelona.
56. " " " " " " " 98 " "
57. " " " " " " " 298 " "
58. " " " " " " " 182 " "
59. Grispigni citado por Cándido Conde " " 229 " "
60. Luis Jiménez de Asúa Tratado de D.Penal 6a.Reim.total T.III p.77
Edit. Losada S.A. Buenos Aires 1951.
61. Cándido Conde Pumpido Ferreiro Encubrimiento y Receptación p.318
casa URGEL 51 Bis Barcelona.
62. Cándido Conde Pumpido Ferreiro
63. Cándido Conde Pumpido Ferreiro
64. Gustavo Labatut Glens- Derecho Penal Pte. Gral. p.348 3a.Ed.
Edit. Jurídica de Chile
65. Sebastián Soler D.P. Argentino Tomo V. pag. 255 6a. Reim.to-
tal 73 Tip. Editio Argentina.
66. Eugenio Cuello Calón D.P. Parte Gral. p. 525 9a.Ed.Edit.Nac.S.A.
México
67. Rodríguez Muñoz citado por Cándido Conde Pumpido Ferreiro Encu-
brimiento y Receptación p. 322 Casa Edit. URGEL 51 Bis Barcelona
68. Manuel Arrieta Gallegos El Nuevo Código Penal Salvadoreño (comen-
tarios a la parte General Imprenta Nacional 1973 p. 145.
69. Manuel Arrieta Gallegos Lec. de D.Penal p. 363 Pub. de la Corte

Suprema de Justicia 1972.

70. Cándido Conde Pumpido Ferreiro Encubrimiento y Receptación
p. 322 Bosch Casa Editora URGEL 51 Bis Barcelona
71. Manuel Arrieta Gallegos Lecciones de D. Penal pag. 343. Pub.
de la Corte Suprema de Justicia. 1972
72. Manuel Arrieta Gallegos Lecciones de D. Penal p. 343 Public.
de la Corte Suprema de Justicia 1972.
73. Cándido Conde Pumpido Ferreiro - Encubrimiento y Recepta-
ción p. 19 Bosch Casa Editora URGEL 51 Bis Barcelona.