

EL ENCUBRIMIENTO

DR. FRANCISCO CASTILLO GONZALEZ
Profesor de Derecho Penal de la
Universidad de Costa Rica.

SUMARIO

CAPITULO I—Generalidades	Nº 1 a 9
A) Historia del delito en nuestra legislación	Nº 1 a 6
B) Bien Jurídico Protegido	Nº 7 a 8
C) Sujeto Activo	Nº 9
CAPITULO II—Conceptos comunes a todas las formas de encubrimiento	Nº 11 a 46
Sección I—La existencia de un hecho delictuoso previo y su conocimiento	Nº 13 a 35
Sección II—No participación en el delito	Nº 36 a 42
1—Ausencia de causalidad ideal	Nº 38 a 39
2—No existencia de la causalidad material	Nº 40 a 42
Sección III—Carácter subsidiario de los actos realizados	Nº 43 a 44
Sección IV—Necesidad de actos positivos	Nº 45 a 46
CAPITULO III—Las diferentes formas de encubrimiento	Nº 49 a 113
Sección I—El favorecimiento personal	Nº 48 a 74
1—El elemento material del favorecimiento personal	Nº 49 a 55
1.1) La conducta en su modalidad activa	Nº 50 a 58
1.2) La conducta en su modalidad omisiva	Nº 59 a 64
2—Elemento subjetivo del favorecimiento personal	Nº 65 a 71
2.1) El elemento subjetivo de la conducta activa	Nº 66 a 69
2.2) El elemento subjetivo de la conducta omisiva	Nº 70 a 71
3—La participación criminal en el favorecimiento personal	Nº 72 a 74
Sección II—La receptación	Nº 75 a 99
1—El elemento material de la receptación	Nº 79 a 96
2—El elemento subjetivo de la receptación	Nº 97 a 99
Sección III—El favorecimiento real	Nº 100 a 113
1—El procurar o ayudar a alguien a lograr la desaparición, ocultación o alteración de los rastros, pruebas, o instrumentos del delito	Nº 102 a 107
1.1) Elemento material	Nº 103 a 106
1.2) Elemento subjetivo	Nº 107
2—El ayudar a alguien a asegurar el producto o el provecho del delito	Nº 108 a 113
2.1) El elemento material de la ayuda a asegurar el producto o provecho del delito	Nº 109 a 112
2.2) El elemento subjetivo de la ayuda a asegurar el producto o provecho del delito	Nº 113
CONCLUSION	Nº 114 a 115

Oponiendo el encubridor al ladrón, decía Montesquieu: "Todo es pasivo en el uno; hay acción en el otro".⁽¹⁾ Tal diferencia traduce cierta realidad psicológica.

(1) Montesquieu, "El Espíritu de las Leyes", Libro XXIX, Capítulo XII.

Y en esta realidad psicológica puede encontrarse la razón por la cual ha habido de parte del legislador, tradicionalmente, una punición menor para el encubridor que la aplicada al autor principal, al coautor y al cómplice.

Nuestro derecho no escapó a esas ideas de considerar al encubridor como un participante de la infracción y como merecedor de una pena menor. Las mismas provienen del derecho romano, y llegan a nosotros a través de las Siete Partidas; ordenamiento, como bien se sabe, "savant" y romanizante.

CAPITULO I — GENERALIDADES

A—Historia del delito en nuestra legislación

1) En efecto, el Código de 1841, Código de Carrillo, castigó al encubridor como un participante en el hecho principal en sus artículos 8, 11 y 12.

Así establece el artículo 8:

"Son delinquentes o culpables, sujetos a la responsabilidad que les impone la ley, no solamente los autores del delito o de la culpa, sino, también, los cómplices, los auxiliares o fautores y los receptadores o encubridores".

El artículo 11 del citado Código opera una confusión entre los cómplices —que los llama "fautores o auxiliares"— y el encubridor. En su inciso 2º este artículo declara como auxiliar o fautores a:

"... los que sin noticia ni concierto previo acerca de la culpa o delito, y sin ayudar ni cooperar para su ejecución, acompañan en ella voluntariamente y a sabiendas al que lo comete y lo ayudan después de cometido para ocultarse, o para encubrir el delito, o se aprovechan de sus consecuencias con el reo principal".

El artículo 12 del mismo Código establece:

"Son delinquentes como encubridores o receptadores: 1º los que den asilo, presten casa o protejan de cualquier modo a uno o más delinquentes, sabiendo que han cometido o pretenden cometer un delito; 2º los que reciben, ocultan, venden o compran a sabiendas los ins-

trumentos que sirven para cometer el delito, o las cosas obtenidas por medios criminosos".

El Código de Carrillo establece una excusa legal absolutoria cuando el delincuente encubierto es pariente cercano, descendiente, ascendiente, pupilo, cónyuge, etc. Y cuando el mismo ha intervenido, no en calidad de encubridor, sino en calidad de auxiliador o fautor, según el artículo 40 será castigado como encubridor.

2) El Código de 1880, fecundo en muchos aspectos, continúa considerando como participante al encubridor

Su artículo 14 establece:

"Son responsables criminalmente de los delitos: 1º Los autores. 2º Los cómplices. 3º Los encubridores".

Y el artículo 17 establece lo que se entiende por encubridor:

"Son encubridores los que con conocimiento de la perpetración de un crimen o simple delito o de los actos ejecutados para llevarlo a cabo, sin haber tenido participación en él como autores ni como cómplices, intervienen, con posterioridad a su ejecución, de alguno de los modos siguientes:

1º Aprovechándose por sí mismos o facilitando a los delinquentes los medios para que se aprovechen de los efectos del crimen o simple delito.

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

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

Primera — La de intervenir abuso de funciones públicas de parte del encubridor.

Segunda — La de ser el delincuente reo de traición, parricidio u homicidio cometido con algunas de las circunstancias agravantes que expresan los números 1º y 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 9º y 11º del artículo 12, si estuvieren en noticia del encubridor, o cuando el delincuente fuere reconocido como reo habitual de otros crímenes o simples delitos.

4º Acogiendo, receptando o protegiendo habitualmente a los malhechores, sabiendo que lo son, aún sin conocimiento de los crímenes o

simples delitos determinados que hayan cometido; facilitándoles los medios para reunirse u ocultar sus armas o efectos o suministrándoles auxilios o noticias para que se guarden, precaven o salven”.

El artículo 17 también eximía de penas a ciertas personas, parientes cercanos, por consaguinidad o afinidad en toda la línea recta y en la colateral hasta el segundo grado inclusive. La misma eximente se daba a favor “... de los padres o de los hijos ilegítimos notoriamente conocidos”.

Dicha exención de pena no se otorga cuando el acto de encubrimiento había sido motivado por el lucro.

Al establecer las penas, también el Código de 1880 utilizaba una escala de gravedad descendente, partiendo del autor.

El Código de 1880 sistematiza, tomándolo del derecho chileno, el problema de los encubridores. En aquel entonces no se veía contradicción lógica en el hecho de que un mismo individuo pudiera ser participante en un delito que ya había sido consumado.

El comentador y creador del Código, don Rafael Orozco, dice lo anterior expresamente:

“La división que hace la ley en autores, cómplices y encubridores, corresponde perfectamente a la diferente participación que se puede tomar en la participación de un delito”.⁽²⁾ El mismo autor agrega: “Como se ve, hay un deslinde muy notable entre el encubridor y los cómplices y autores; aquél delinque por hechos posteriores a la consumación del delito y estos últimos por hechos anteriores o simultáneos”.⁽³⁾

El Código de 1880 solamente castiga el encubrimiento en crímenes y simples delitos. Las faltas (contravenciones), quedan por fuera, porque “siempre que la ley hable de delito, comprende el crimen, el simple delito y la falta; y cuando, como en el caso concreto, alude a crímenes y simples delitos, es porque excluye a los encubridores de las faltas”.⁽⁴⁾

(2) Rafael Orozco, “Elementos de Derecho Penal de Costa Rica”, pág. 49, Nº 115. Imprenta Nacional, San José, 1882.

(3) *Ibidem*, Loc. Cit. pág. 51.

(4) *Ibidem*, Loc. Cit., pág. 52.

La evolución de las ideas en materia penal, separa al encubridor de la participación criminal. Son varias las razones para esta separación.

Desde un punto de vista lógico, es imposible considerar participante de una infracción, al individuo que actúa una vez que la infracción ha terminado. De ahí, pues, que diga Carrara: “... nadie puede considerarse como responsable de un delito, sino ha sido causa de él, de alguna u otra manera; y como es repugnante que un hecho completamente posterior sea causa de otro anterior, la responsabilidad que quería imputárseles a los llamados cómplices *posterius*, está fundada en una exageración, o, más bien, en un imposible jurídico”.⁽⁵⁾

En virtud de esta razón lógica hemos de concluir, que si la participación criminal está fundamentada en la teoría de la causalidad, no es posible que quepa en ella el encubridor, que interviene una vez que la infracción fue consumada; es decir, cuando es imposible aportar con la conducta una causa del resultado.

Pero además de esta razón lógica, hay poderosas razones prácticas que aconsejan la separación del encubridor de la participación criminal. El encubrimiento complicitad asegura la impunidad del encubridor desde el momento en que la infracción principal prescribe. Ello es consecuencia inmediata de la teoría de la responsabilidad de préstamo.⁽⁶⁾

3) Es la imposibilidad jurídica de un participante posterior a la comisión del hecho delictuoso, lo que impulsa a Astúa Aguilar, a transformar el delito de encubrimiento en un delito distinto.

Astúa Aguilar critica la clasificación de los participantes que hace el Código de 1880. Y dice: “El encubrimiento, por ser un fenómeno adventicio, posterior al delito, del que está separado subjetiva y objetivamente, no es otra cosa que una manera específica de delinquir contra el régimen de autoridad y de justicia; el encubridor no comparte la acción punible, en ninguno de sus momentos, no es nunca figura de su retablo, pues si para sustentar lo contrario se invoca el caso particular de promesa de encubrir dada

(5) Francisco Carrara, “Programa de Derecho Criminal”, Tomo V, pág. 406. Editorial Temis, Bogotá, 1961.

(6) Emile Garçon, Code Penal Annoté, Tomo III, pág. 562, Nº 3. Librairie Sirey, Paris, 1956.

de antemano, la respuesta es obvia; eso se calificaría de coparticipación, en una de las dos primeras formas registradas en el artículo".⁽⁷⁾

Y en efecto, en el Proyecto de Código Penal, Astúa transforma el encubrimiento en un delito independiente de la participación criminal.

El artículo 446 del Proyecto Astúa dispone:

"Será reprimido con prisión en su grado 1º el que sin promesa anterior al delito, pero con conocimiento de haberse perpetrado, cometiere alguno de los hechos siguientes:

1º Ocultar al delincuente o facilitar su fuga para sustraerlo a la acción de la justicia.

2º Procurar la desaparición de los rastros o pruebas del delito.

3º Guardar, esconder, comprar, vender o recibir en prenda o en cambio, los efectos sustraídos.

4º Negar a la autoridad, sin motivo suficiente, permiso para penetrar en el domicilio, para tomar la persona del delincuente que se hallare en él.

5º Dejar de comunicar a la autoridad las noticias que se tuvieren de la comisión de algún delito, cuando haya obligación de hacerlo, por profesión u oficio.

6º Incurrirá en la misma pena el que guardare u ocultare un delincuente, o armas o efectos suyos, aunque no tenga conocimiento del delito, si habitualmente guarda delincuentes o sus armas o sus efectos, o de otro modo los encubre".

Los artículos 447 y 448 del proyecto regulan la exención de pena de los próximos parientes, la cual existe solamente cuando "... el encubrimiento no se haya hecho por precio, ni participando de los efectos del delito, ni con abuso de funciones de autoridad."

El Código de 1924, inspirado en las ideas de Astúa, contiene, en síntesis la misma regulación del encubrimiento que el Proyecto de 1910. Solamente hay dos pequeñas variantes de importancia:

(7) José Astúa Aguilar, "Proyecto de Código Penal"; Introducción, XLVII. Imprenta Nacional. San José, 1910.

a) El artículo 476 aumenta la lista de las personas que se benefician de la exención de pena. La misma se concede "... a los que perpetraren tales hechos en favor de un bienhechor o amigo íntimo suyos".

b) El artículo 478 castiga al padre, madre, tutor y guardador, que receipten cosas provenientes de un robo o un hurto-perpetrado por el menor, como coautores, cuando se comprueben ciertas circunstancias. También se castiga como coautor al comerciante que receipte ciertas cosas (Art. 479) y se le aumenta la pena al traficante (Art. 480).

5) Con el Código de 1924, el encubrimiento adquiere la característica que tiene en los de 1941 y 1970. O sea, es un delito independiente de la participación criminal y el bien jurídico que ataca es la administración de justicia.

Por lo demás, el Código de 1941 contiene prácticamente el mismo articulado que contiene el de 1924.

6) El Código de 1970 regula el encubrimiento en sus artículos 320, 321, 322 y 323. Dicho Código aporta significativos cambios con relación al del 41. En éste, el artículo 401 reunía, bajo una misma pena, y con un criterio un tanto casuístico, hechos de naturaleza distinta, que habían sido separados en figuras independientes desde hacía mucho tiempo en el derecho comparado.⁽⁸⁾

El Código del 70 las separa y les asigna a cada una de ellas una pena. Este cambio es beneficioso. Pero hay, además, otros problemas, en especial de redacción, que plantea el nuevo Código. Dichos defectos le quitan toda efectividad a la reforma, al punto de que tarde o temprano, será necesario que el legislador intervenga para corregirlos.

B—El Bien Jurídico Protegido

7) Los artículos que castigan el encubrimiento en el Código de 1970 están colocados en el título XIV, que trata de los delitos "Contra la Administración de Justicia".

Esta fue también la concepción que siguieron los Códigos de 1924 y de 1941.

(8) Fontán Ballestra—Millán, "Las Reformas del Código Penal". Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1968, pág. 403.

De acuerdo con el legislador del 70, en consecuencia, el interés jurídicamente protegido por los artículos que castigan el encubrimiento es el concerniente al normal funcionamiento de la actividad judicial en la lucha contra la delincuencia. Y esta lucha se vería entorpecida por la solidaridad activa entre los delincuentes. Con varios autores podemos decir que lo que se castiga en el encubrimiento es el poner obstáculos al ejercicio o actuación de la justicia en lo penal, a la ejecución de las sentencias, o a la efectividad de los juicios penales.⁽⁹⁾

No quiere decir lo anterior que el delito de encubrimiento requiere para su plena configuración la lesión efectiva y directa del bien jurídico protegido. Basta la amenaza de la lesión; basta la lesión potencial.

Desde el punto de vista anterior, el encubrimiento puede ser considerado como un delito formal, en tanto que la definición de los diferentes tipos que lo integran no prevé, entre sus elementos constitutivos, la causación de un resultado.⁽¹⁰⁾

Pero siendo necesario para la existencia del encubrimiento, al menos, la lesión potencial del bien jurídico protegido, ésta excluye el delito en aquellas conductas intrascendentes y no idóneas, para lesionar, potencialmente, el bien jurídico protegido.

8) La concepción seguida en el Código de 1970 y que consiste en considerar al encubrimiento como un conjunto de delitos (receptación, favorecimiento real y personal), unidos todos por el vínculo de tiempo —puesto que todos se dan con posterioridad al delito encubierto— y por la identidad del bien jurídico protegido (Administración de Justicia), ha entrado en crisis tanto en la doctrina como en el derecho positivo.

En especial, se dice, que no todos los hechos previstos como encubrimiento responden a una idéntica finalidad del delincuente, ni lesionan, en realidad, el mismo bien jurídico: unos se dirigen

(9) Manzini, "Tratado de Derecho Penal", Tomo V, pág. 289, Ediar Soc. Anon. Editores, 1957; José Rafael Mondoza, "Curso de Derecho Penal Venezolano", Compendio de Parte Especial, El Cojo, S. A., Caracas, 1961, pág. 194.

(10) Mendoza, Op. Cit., pág. 197; Carrara, Op. Cit., Vol. V, N° 2833; Oderigo, "Código Penal Anotado", Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1964, pág. 398.

a favorecer al delincuente; otros buscan la perfección económica del delito cometido; otros buscan un logro económico.⁽¹¹⁾

Algunas legislaciones (por ejemplo, el Código italiano, Código suizo, Código brasileño) clasifican los casos de favorecimiento entre los delitos contra la Administración de Justicia, mientras que colocan la receptación entre los delitos contra el patrimonio. Tal diversificación de bienes jurídicos atacados, parece ser más acorde con la realidad.

C—El Sujeto Activo

9) El principio general es que sujeto activo del encubrimiento puede ser cualquiera, cuando las acciones desplegadas para encubrir sean idóneas.⁽¹²⁾

Este principio general presenta varias excepciones. Cuando se trate de favorecimiento personal, por omisión de denuncia, solamente puede ser sujeto activo del encubrimiento, el "obligado" jurídicamente a denunciar. El particular no está obligado a denunciar. Este punto fue resuelto por la jurisprudencia desde hace mucho tiempo. Así dice una sentencia de 10:00 hs. del 12 de julio de 1955 de la Sala Primera Penal:

"... en cuanto al aspecto de atribuir el señor Juez el delito de encubrimiento a C. por el hecho de haber llamado a las autoridades lo que sabía, es procedente decir que la denuncia no es obligatoria en Costa Rica sino para ciertos funcionarios públicos y para los casos previstos en el artículo 147 del Código de Procedimientos Penales, por lo que, callándose un hecho a sus amigos, no ha podido cometer ese delito..."

En vista de las disposiciones sobre omisión de denuncia (favorecimiento personal), la anterior jurisprudencia quedará vigente con el nuevo Código.

No puede ser sujeto activo del delito de encubrimiento el participante en el delito anterior, porque el autoencubrimiento no es punible. Según Soler, incluso, los actos de encubrimiento rea-

(11) Cándido Conde—Pumpido Ferreiro, "Encubrimiento y Receptación", Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1955, pág. 12.

(12) Manzini, Op. Cit., Vol. V, pág. 285.

lizados a favor de otro participe son absorbidos por la anterior participación, y como encubrimiento quedan impunes.⁽¹³⁾

Nada se opone a que el sujeto pasivo del anterior delito pueda ser, a su vez, sujeto activo del delito de encubrimiento. Si la víctima de lesiones declara que las mismas se deben a una tentativa de suicidio, puede ser responsable de encubrimiento.

Para algunos autores no constituye encubrimiento los actos de receptación por parte del propietario del bien, víctima de un delito contra la propiedad, porque el propietario que recupera pacíficamente lo suyo, obra conforme a derecho.⁽¹⁴⁾

Cuando el delito es de los llamados de acción privada; o cuando el consentimiento de la víctima de la infracción impide el nacimiento del delito, los actos de encubrimiento pueden ser la confirmación de un consentimiento tácito que impidió el nacimiento del delito.

En ciertos delitos contra la honestidad, cuando es posible el matrimonio entre la víctima y el victimario, si el matrimonio se produce, al extinguirse la acción penal, al no poderse establecer el delito quedará automáticamente extinguida la responsabilidad por encubrimiento. Resolver lo contrario llevaría a la paradoja de que el marido no tendría responsabilidad por el delito cometido; pero la esposa debería ir a la cárcel por encubrimiento de su victimario.

Es posible que la autoridad pública pueda cometer el delito de encubrimiento. Tal es caso del policía que, sabiendo dónde se esconde el reo, lo previene, para que huya, que hará un registro en dicha casa.⁽¹⁵⁾

El abogado defensor también puede ser sujeto activo del delito de encubrimiento, porque el derecho de defensa no autoriza para cometer delitos. Desde luego, es necesario que él mismo realice actos positivos y concretos, que dolosamente tiendan a sustraer

(13) Sebastián Soler, "Derecho Penal Argentino", Tomo V, pág. 277. Tipográfica Editora Argentina, 1951.

(14) Fontán Ballestra— Millán, Op. Cit., pág. 407.

(15) Cas. 3 p.m. de 30 de junio de 1903. El policía no es condenado porque este hecho —que es delictuoso— no pudo establecerse.

al delincuente de la acción de la justicia, o a borrar los rastros del delito. Tal es el caso de un abogado que paga a un infeliz para que se presente al lugar en que el delincuente —su defendido— debe cumplir la condena, en vez de éste, mientras arregla su salida del país.

No existe encubrimiento de parte del defensor que ayuda a su cliente, delincuente, mediante argumentos y tácticas profesionales, ni cuando presenta, por ejemplo, una imagen favorable de su defendido, a sabiendas de que es culpable.⁽¹⁶⁾ Pero sí es culpable de encubrimiento el abogado que, conociendo la comisión del delito de parte de su defendido, presenta testigos falsos, en conocimiento de esta circunstancia, salvo que el hecho constituya soborno o proposición de testigos falsos.

No puede ser encubrimiento el deber de callar que tiene el abogado en virtud del secreto profesional.

CAPITULO II — CONCEPTOS COMUNES A TODAS LAS FORMAS DE ENCUBRIMIENTO

11) La sección III del Título XIV del Código Penal de 1970, titulada "Encubrimiento", ampara una serie de hechos cuya naturaleza, configuración y esencia son distintas.⁽¹⁷⁾ Dicha sección castiga el favorecimiento personal (artículo 320), la receptación (artículos 321 y 322) y el favorecimiento real (artículo 323).

Hay un conjunto de conceptos y requisitos comunes a todos los tipos anteriores: suponen la comisión de un delito anterior, los mismos se dan fuera del concurso de personas precedentes en el delito anterior, es común el momento central de la conducta, que tiene que estar dirigida a ayudar a alguno, cuando menos sospechoso de haber cometido un delito, o aprovecharse económicamente del delito, etc..⁽¹⁸⁾

Estas características comunes permiten hablar, como lo hace una parte de la doctrina, de autonomía funcional del encubrimiento,

(16) Manzini, Op. Cit., Vol. V, pág. 287.

(17) Cándido Conde — Pumpido Ferreiro, Op. Cit., pág. 81.

(18) Antonio Pagliaro, "Favoreggiamento" en Enciclopedia del Diritto, Tomo XVII, pág. 37, Giuffrè, Editore, 1967.

y autoriza al legislador a clasificar esos hechos dentro de un título denominado "delitos contra la Administración de Justicia".⁽¹⁹⁾

Consideramos que los requisitos más generales y propios a cada una de las formas de encubrimiento son: 1º la existencia de un delito previo y su conocimiento; 2º La no participación en el delito previo; 3º La necesidad de actos positivos, y 4º El carácter subsidiario del encubrimiento.

Sección I — La existencia de un hecho delictuoso previo y su conocimiento.

13) De los artículos 320, 321, 322 y 323 se deduce que, para que los mismos sean aplicables, es necesario que se haya cometido —por otro— previamente un delito.

La doctrina está de acuerdo en que el antecedente necesario del encubrimiento debe ser un delito. Ello excluye que se pueda ser encubridor de una contravención.⁽²⁰⁾ Tal parece ser la concepción seguida en el nuevo Código Penal, en el cual los artículos 320, 321, 322 y 323 hablan de "delito".

Sin embargo, el artículo 320, al castigar la omisión de denuncia habla de omitir "...denunciar el hecho estando obligado a hacerlo". Y el hecho delictuoso puede ser tanto un delito como una contravención.

Quizás esta mayor extensión, en el caso de la omisión de denuncia, de lo que debe entenderse por hecho previo, se justifique por la existencia del deber jurídico de denunciar.⁽²¹⁾

Por tanto, mientras no exista el deber jurídico de denunciar, puede procurarse la fuga del autor de una contravención, borrar las huellas de la contravención, para evitar que se descubra, recibir por

(19) Carlos Borinsky, "El delito de encubrimiento de contrabando, la condena de ejecución condicional y la jurisprudencia de la Cámara en lo Penal Económico" en Revista de Derecho Penal y Criminología Nº 1, enero-marzo, 1969, págs. 88 s. Editorial La Ley, Buenos Aires, Argentina.

(20) En tal sentido, Manzini, Op. Cit., Vol. V, pág. 293; Soler, Op. Cit., tomo V, pág. 272; Garçon, Op. Cit., tomo III, pág. 566 Nº 38; Louis Lambert, "Traité de Droit Pénal Spécial", Editions Police-Revue, Paris, 1968, pág. 511-512; Fontán Ballestra-Millán, Op. Cit., pág. 405; Eduardo Novoa Monreal, "Curso de Derecho Penal Chileno", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1966, tomo II, pág. 220.

(21) Conde-Pumpido Ferreira, Op. Cit., pág. 203.

cualquier título las cosas pezcadas o cazadas en una heredad cerrada, en campo vedado, o en un terreno baldío sin permiso de la autoridad. Tales hechos son contravenciones (artículo 383 Inc. 5º). No hay entonces encubrimiento.

La jurisprudencia ha manifestado expresamente varias veces esta condición. La más clara de estas sentencias es la de Casación de 16:15 hs. de 19 de julio de 1967. En ella se lee:

"Por otra parte, si como quedó expuesto no hubo tal delito de estafa, en los hechos atribuidos a C. y B., mal podría responsabilizarse el encubrimiento de los mismos al procesado S. R."

14) El delito de encubrimiento encuentra, de esta manera, su soporte en un hecho preexistente, cuya existencia legal debe establecer el juez.⁽²²⁾

Esta relación entre el acto de encubrimiento y el delito previo no puede ser calificada de accesoriedad en sentido propio, porque el encubrimiento no tiene una inmediata relación con la actividad, con la objetividad jurídica, ni con el fin del delito previo. Más propiamente esta relación consiste en una conexión objetiva,⁽²³⁾ que es absolutamente necesaria para la existencia del encubrimiento, porque los actos constitutivos de éste son en sí mismos lícitos — compraventa, depósito, dar albergue, etc. Sólo se convierten en ilícitos al considerarlos relacionados con otro delito, que es el encubierto.

15) La conexión objetiva de que hablamos es una situación bastante similar a la de la participación criminal. Y aunque hoy día el delito de encubrimiento es independiente, del hecho principal, puede estudiarse su conexión objetiva con un delito anterior utilizando la construcción doctrinal de la accesoriedad en la participación criminal.

Mayer distinguió cuatro grados diferentes de accesoriedad, los que, mutatis mutandis, pueden ser aplicados al encubrimiento, delito-distinto:

(22) Garçon, Op. Cit., tomo III, pág. 566, Nº 33.

(23) Manzini, Op. Cit., Vol. V, pág. 290.

a) La participación mínimamente accesoria, en la que basta, para la punición del participante, que el autor haya realizado el tipo legal.

b) La **limitadamente** accesoria, en cuanto la realización del tipo legal, deber ser, además, antijurídica.

c) La **extremadamente** accesoria: además de ser típico el hecho y antijurídico, debe ser culpable.

d) La participación hiperaccesoria, que da cuando las causas personales de exclusión de la pena, e incluso las circunstancias agravantes y atenuantes, influyen en la responsabilidad del partícipe.

Hay **conexidad** objetiva con un delito anterior cuando existe la llamada por Mayer **accesoriedad limitadamente accesoria**, que es la misma que requiere la participación criminal: basta que el hecho anterior sea típico y antijurídico, para que pueda afirmarse la existencia de la conexidad objetiva. La diferencia con la accesoriedad de la participación criminal está en que en ésta se determina "in abstracto" la responsabilidad y la pena que sanciona al participante, mientras que en el encubrimiento, por ser independiente, tiene responsabilidad y pena propias. Además, el participante ataca el mismo bien jurídico que el autor principal, mientras que el encubridor ataca el bien jurídico llamado "Administración de Justicia".

De ahí, pues, que la accesoriedad opere en el encubrimiento solamente en dos aspectos: como presupuesto necesario y objetivo del encubrimiento, de tal modo que no existirá delito de encubrimiento cuando el agente crea favorecer a un delincuente, cuando en realidad el favorecido no era perseguido por la justicia, cuando borre pretendidas huellas de un delito, que no existió, o cuando crea receptar cosas provenientes de un delito, cuando su procedencia es lícita. Esta conducta sería un delito putativo, que no es punible.⁽²⁴⁾

Y a la inversa, habrá delito cuando el agente, conociendo la existencia del delito por el cual se perseguía a su favorecido, lo encubre por creerlo inocente.

La otra función que cumple la conexidad objetiva es que el conocimiento del delito anterior integra el dolo, como lo veremos.

(24) Manzini, *Ibidem*, pág. 295.

16) El hecho anterior debe ser, por lo menos, típico y antijurídico.

Cuando el hecho previo es atípico, porque no está previsto en la legislación, o porque nunca fue cometido, no habrá encubrimiento. Esto es cierto aunque la exclusión del delito se haga por consideraciones diferentes de la antijuricidad, e incluso de la tipicidad. Por ejemplo, no podrá haber encubrimiento, en el caso de recibir, por cualquier título, objetos cuyo libre tráfico está legalmente prohibido en el país, aunque dichos objetos provengan de la acción antisocial de aquél que se los entregó. No podría haber receptación de lotería panameña, aunque quien le haya entregado dicha lotería las haya obtenido en virtud de maniobras fraudulentas, que indujeron a un tercero a la entrega. No hay receptación, porque, a priori, según nuestra jurisprudencia, no puede haber estafa cuando el objeto entregado —como la lotería panameña— no puede legalmente circular en el país. Ello en aplicación, que hace la jurisprudencia, de la regla civilista "nemo auditor propriam turpitudinem".⁽²⁵⁾

17) Cuando al tiempo de los hechos de encubrimiento la pena o la acción penal ha desaparecido en virtud de una prescripción, los mismos no serán punibles. No hay encubrimiento porque, en tratándose de la prescripción de la acción penal, la misma afecta objetivamente la existencia del delito.⁽²⁶⁾ Es necesario, desde luego, que al tiempo de los hechos de encubrimiento la prescripción de la acción penal haya sido adquirida por el autor principal de la infracción. Puede establecerse lo mismo cuando la acción penal, en el momento de los actos de ayuda y encubrimiento se encontraban extinguidos por el matrimonio de la víctima y del victimario cuando, en ciertos delitos sexuales, el matrimonio es posible.

Lo mismo hay que decir en aquellos casos en que el perdón del ofendido puede hacer que desaparezca el delito principal. Si al tiempo del encubrimiento no se había extinguido el delito principal en virtud del perdón del ofendido, este hecho presenta los caracteres necesarios para que pueda servir de presupuesto al delito de encu-

(25) Entre otras, Cas. 31 de enero de 1931; 16 de octubre de 1931, referentes a la estafa.

(26) Mm. Merle et Vitu, "Traité de Droit Criminel", Editions Cuyas, Paris, 1967, pág. 677 N° 699. En sentido contrario, Soler, Op. Cit., tomo V, pág. 275.

brimiento, y respecto al mismo puede establecerse la conexidad objetiva de que hablábamos.

Cuando por prescripción desaparece la acción penal o la pena, o por el matrimonio en ciertos delitos sexuales, o por el perdón del ofendido, pero dicha desaparición opera después del momento en que fueron realizados los actos de encubrimiento, no desaparece el delito. Al tiempo de los actos de encubrimiento el hecho principal era típico y antijurídico.

Es posible, entonces, que el encubridor sea punible, aunque el autor principal del delito no lo sea. Es posible que el delito principal haya sido extinguido por la prescripción, y que el delito de encubrimiento siga siendo punible, lo cual deriva del carácter independiente y, en ciertos casos continuo, que tiene el encubrimiento.⁽²⁷⁾

18) La amnistía, cuando es concedida a título real —no personalmente— hace desaparecer el carácter típico del delito. Hace desaparecer el elemento legal de la infracción. Cuando la misma afecta al hecho principal, afectará consecuentemente el delito conexo de encubrimiento.⁽²⁸⁾

19) Cuando el hecho anterior está justificado, por una causa de justificación, no constituye delito. Las causas de justificación destruyen la antijuricidad de la conducta; destruyen el elemento legal de la infracción.

Efectivamente, las causas de justificación aparecen como un concepto límite en el sentido de que tienen por objeto excluir el elemento antijurídico del delito. La antijuricidad y las causas de justificación constituyen conceptos que se relacionan recíprocamente en una relación de negación, porque se definen por su recíproca exclusión. Al mismo tiempo, la relación entre tipicidad y la causa de justificación, se concibe como una relación de regla excepción. El he-

(27) Garçon, Op. Cit., tomo III, pág. 568 N° 48.

(28) Mm. Badie et Koops, note a arrêt de Cour Besançon 21 janvier 1948, J.C.P.—1949—II—4857; Pagliaro, Op. Cit., pág. 40; Garçon, Op. Cit., Loc. cit.; Fontán Ballestra — Millán, Op. Cit., pág. 406; Soler, Op. Cit., tomo V, pág. 275. Este último autor hace extensiva la situación al indulto: "Las causas extintivas de la pena dotadas de carácter plenamente objetivo (la prescripción no lo es del todo), como la amnistía y el indulto, quitan toda posibilidad de encubrimiento, porque el delito dejó de existir como delito y la pena de ser pena".

cho tipificado es la regla; la causa de justificación es la excepción.⁽²⁹⁾ Siguiendo el mismo orden de ideas, podemos concluir que la tipicidad no constituye el presupuesto de la antijuricidad, sino que estaría condicionada a su vez por la afirmación de la antijuricidad. O sea, la falta de causas de justificación funciona como presupuesto para determinar la tipicidad de la conducta. Pero desde el momento en que en virtud de la relación "regla-excepción" la causa de justificación (excepción), solamente pueden concebirse cuando subsista la tipicidad del comportamiento (regla), caemos en el siguiente círculo vicioso: la tipicidad solamente puede ser afirmada bajo la determinación de la antijuricidad; la antijuricidad solamente puede ser afirmada bajo la determinación de la tipicidad.⁽³⁰⁾

Faltando tipicidad del comportamiento cuando no hay antijuricidad (causa de justificación), no es posible que un hecho justificado por una causa de justificación pueda ser delito previo para la conexión objetiva que requieren los actos de encubrimiento. Si el hecho previo está justificado por el cumplimiento de la ley (Art. 25), por el consentimiento del derecho habiente (Art. 26),⁽³¹⁾ por el estado de necesidad (Art. 27), por la legítima defensa (Art. 29), por el ejercicio legítimo de un derecho (Art. 25), no habrá encubrimiento.

20) Lo anterior es cierto aún para el favorecimiento personal (Art. 320). Aparentemente se comete favorecimiento personal cuando se ayuda a alguien a eludir "... las investigaciones de la autoridad ...", o a sustraerse a la acción de ésta. Podría concluirse que basta para la comisión del delito de encubrimiento que el individuo favorecido sea objeto de las investigaciones de la autoridad o de la acción de ésta. Ello no es así. El artículo 320 establece también que tales actuaciones son encubrimiento cuando son realizadas "... sin promesa anterior al delito". Y no hay delito cuando el comportamiento es totalmente atípico, cuando el hecho perseguido no se ha cometido ni cuando está amparado por una causa de justificación.⁽³²⁾

(29) Luis Jiménez de Asúa, "Tratado de Derecho Penal", tomo III, pág. 1064. Editorial Losada, S. A., Buenos Aires, 1963.

(30) Pasquale Miele, "Cause de Giustificazione" en Enciclopedia del Diritto, tomo X.

(31) En nuestro "Derecho Penal", Parte General, tomo II, pág. 42, consideramos que el consentimiento del derecho-habiente no es una causa de justificación, en sentido propio.

(32) En este sentido, José Rafael Mendoza, Op. Cit., pág. 196. Este autor piensa que "En el mismo caso estaría comprendido el que proteja a quien resulte inimputable por enajenación

21) El delito previo, siendo delito, puede ser uno doloso, culposo o preterintencional; un delito consumado o un delito tentado.⁽³³⁾

Si es necesario tener presente que cuando el delito previo sea una tentativa, deben cumplirse los requisitos fijados por el Código para la existencia de ésta. Debe haberse iniciado el *iter criminis* por actos de ejecución, por actos directamente encaminados a la consumación del delito, y ésta no se produce por causas independientes de la voluntad del agente (Art. 24). No habrá encubrimiento si hay *desistimiento* voluntario.⁽³⁴⁾ Debe tratarse de una tentativa concluida.⁽³⁵⁾

Por otro lado, no todas las figuras de encubrimiento admiten como delito previo una tentativa. La receptación (Art. 321 y 322) solamente es posible cuando el delito previo fue consumado.

22) La conexidad objetiva que debe existir entre el delito previo y los actos de encubrimiento, plantea delicados problemas cuando el delito previo se sitúa fuera del territorio nacional, y los actos de encubrimiento en nuestro territorio.

En muchas legislaciones el problema se ha solucionado habilitando expresamente a la ley nacional para conocer del delito de encubrimiento, a condición de que el hecho principal se encuentre previsto en la legislación nacional, y de que haya en el extranjero al menos comprobación de la existencia del delito previo.

Algunos autores afirman que no es necesario, para castigar los actos de encubrimiento cometidos en el territorio nacional de un

mental o minoridad u otra causa de inimputabilidad". Nosotros creemos que el anterior concepto es equivocado.

Alfredo Etcheberry ("Derecho Penal, Tomo II, pág. 101, Carlos E. Gibbs A., Editor, Santiago de Chile, 1965) piensa que el encubrimiento requiere la llamada *accessoriedad máxima*: "... el hecho encubierto debe ser punible... lo que no ocurre si el autor es inimputable o inculpable". Chile sigue el sistema de considerar al encubrimiento como participación criminal.

(33) Fontán Ballesterá — "Derecho Penal", pág. 770; Novoa Montreal, Op. Cit., tomo II, pág. 221.

(34) Como hace notar Angelos Tsarpalas ("Le moment et la durée des infractions pénales" Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1967, pág. 36), el desistimiento sólo puede darse cuando la infracción puede ser dividida en el tiempo, o en el caso de que, estando todos los elementos de la infracción completos, la misma solamente se consuma cuando haya la realización de un resultado.

(35) Soler, Op. Cit., tomo V, pág. 273.

delito situado en el extranjero, una disposición de ese tipo, porque no es posible afirmar que tales actos de encubrimiento sean lícitos —no delictuosos— a los ojos de la legislación nacional.⁽³⁶⁾

Nosotros creemos que en ausencia de una disposición concreta de nuestro derecho, y dada la situación de que de acuerdo con los artículos 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, y 20 del nuevo Código Penal, no es posible tener por situado el delito previo en nuestro territorio en tales condiciones. Por consiguiente, no podrá hablarse de delito previo. Y sin éste no hay encubrimiento.

23) No existirá encubrimiento cuando el hecho anterior es de aquellos que los italianos llaman "*cuasi-reatos*", que son conducta relevantes únicamente como presupuestos de aplicación de una medida de seguridad, pero nunca como presupuestos de aplicación de una pena.⁽³⁷⁾ Los cuasi-reatos son relativamente pocos en nuestro derecho penal; a saber, la tentativa de suicidio (Art. 114) y el delito imposible (Art. 24).

Los cuasi-reatos no son ofensivos al interés jurídico tutelado, como sí lo son los delitos.⁽³⁸⁾ De ahí que no sean ilícitos penales, por lo que no son delitos previos en el sentido que se requiere para que opere la conexión objetiva con los actos de encubrimiento.

24) Las causas de exculpación destruyen el dolo o la culpa, pero dejan subsistente el delito: el hecho sigue siendo típico y anti-jurídico.⁽³⁹⁾ Cuando el sobreseimiento o la absolución se fundamentan en la ausencia de dolo, culpa o preterintención (Art. 30), del autor principal del hecho previo, puede hablarse de preexistencia del delito, y, en consecuencia, la conexidad objetiva con los actos de encubrimiento existente. Tal es el caso de que la sentencia absolutoria se fundamente en la existencia de un caso fortuito (Art. 33), de un error de tipo o de prohibición (Art. 34 y 35), en la obe-

(36) Donnedieu de Vabres "Les Principes Modernes du Droit Pénal International", Librairie du Recueil Sirey, 1928, Paris, págs. 47 y 375.

(37) Marco Boscarelli "Compendio di Diritto Penale" Parte Generale, Giuffrè Editore, Milano, 1968, págs. 299 ss. Empleamos la expresión cuasi-reatos ("quasi-reati") porque el equivalente en nuestro derecho a la traducción italiana (cuasi-delitos), se entiende y se ha entendido siempre como delito culposo.

(38) Marco Boscarelli, Op. Cit., pág. 301.

(39) Fontán Balestra — Millán, Op. Cit., pág. 406; Garçon, Op. Cit. tomo III, Nº 53; Soler, Op. Cit., tomo V, págs. 275 - 276, entre otros.

diencia jerárquica (Art. 36) o en coacción o amenaza (Art. 38). La misma solución hay que dar cuando existe sobreseimiento en virtud de muerte del autor del delito previo.

La conexidad objetiva del encubrimiento no requiere lo que Mayer llamó lo extremadamente accesorio; es decir, no es necesario que el delito previo sea típico, antijurídico y culpable.

25) Cuando el autor de delito previo es un inimputable, queda el delito subsistente y sirve para establecer la conexidad objetiva requerida para la existencia del encubrimiento. La imputabilidad, concepto diferente de la culpabilidad, es el presupuesto de ésta. Y aunque el hecho realizado por un no imputable no es culpable, es típico y antijurídico.⁽⁴⁰⁾

26) Cuando lo que se elimina es la pena, pero el delito previo queda subsistente como típico, antijurídico y culpable, desde luego, los actos de encubrimiento quedan subsistentes. Tal ocurre cuando la pena se suprime en virtud del **perdón judicial** (Art. 81), en virtud de la prescripción de la pena (Art. 84), por el indulto (Art. 90), el **perdón judicial** (Art. 93). Lo mismo puede decirse cuando el matrimonio entre la víctima y su victimario, en ciertos delitos contra la honestidad, ya ejercida la acción penal, suprime la pena (Art. 92).

27) Un problema diferente se presenta cuando, reuniendo el delito previo todos los requisitos, falte únicamente una **condición de procedibilidad**.

Tal es el caso de no ejercicio de la acción en delitos de acción privada. A primera vista puede decirse que el encubrimiento es configurable, porque la ausencia de una condición de procedibilidad no hace venir a menos el hecho presupuesto.⁽⁴¹⁾ Nosotros pensamos que mientras no haya querrela en los delitos que necesitan instancia de parte, el comportamiento favorecedor, no es constitutivo de encubrimiento, porque el mismo no lesiona el bien jurídico protegido, que es la administración de justicia.

Cuando la condición de procedibilidad que falta es una autorización de un organismo político, como son los casos en que la

(40) Mendoza piensa lo contrario. Op. Cit., págs. 196 - 197.

(41) Pagliaro, Op. Cit., pág. 39.

acción no puede ser ejercida, por causa de la existencia de inmunidades (Arts. 101, 110, 151, de la Constitución Política), la doctrina considera que la negativa de la Asamblea Legislativa a levantar la inmunidad, configura una causa de suspensión de la prescripción de la acción penal.

Este obstáculo de derecho, que impide llevar adelante el juicio penal, suspende, como ciertos obstáculos en derecho civil, el curso de la prescripción.⁽⁴²⁾

¿Cuál será la situación de quien realiza actos de encubrimiento de un delito cometido en tales condiciones? ¿Podrá beneficiar durante todos esos años de impunidad y, eventualmente, de la prescripción? ¿Podrá el encubridor ser perseguido y condenado cuando el juez compruebe someramente la tipicidad del hecho realizado por el "inmune"?

Nos parece que habrá que aguardar a que el delincuente inmune no lo sea o a que la Asamblea levante la "inmunidad", para poder perseguir al encubridor. La situación no es tan grave porque el delito de encubrimiento se presenta, muy a menudo, como un delito continuo, que se renueva con todos sus elementos a cada instante.

28) El Código del 70, en su artículo 16 Inc. 1º, establece la imposibilidad de juzgar a los Jefes de Estado Extranjeros que se encuentren en el territorio nacional, a los agentes diplomáticos de otros Estados, y a otras personas que gocen de inmunidad penal, según las convenciones internacionales aceptadas por Costa Rica.

Si hay un encubridor nacional de un individuo que va ha ser juzgado en el extranjero, aquél no beneficiará de impunidad. La prohibición de juzgar al autor del hecho previo se establece por razones ligadas a su condición personal de diplomático. De ahí que nada impida, mientras no haya juicio en contra del "inmune", establecer la tipicidad y la antijuricidad del hecho principal, y con base en tal constatación, proceder contra el encubridor.

29) Para la existencia del delito de encubrimiento, además del hecho previo, se requiere el conocimiento del mismo.

(42) En tal sentido Mm. Merle et Vitu, Op. Cit., pág. 676 Nº 697. Tal debe ser la interpretación de nuestros textos.

El encubrimiento es un delito cuyo elemento subjetivo requiere del dolo para integrarse; la exigencia del conocimiento del hecho previo deriva de los principios generales de la culpabilidad. El dolo en el delito de encubrimiento está constituido por el conocimiento del delito previo y por la voluntariedad de la acción de encubrimiento.⁽⁴³⁾

El conocimiento del delito anterior es esencial en el encubrimiento: los actos que se realizan son en sí mismos lícitos (comproventa, dar albergue, depósito, dar alimento, etc.). Sólo se convierten en delictuosos por esta unión que el encubridor establece mentalmente entre su acto, y el delito previamente realizado con el cual indirectamente se asocia.

30) El conocimiento del hecho principal puede presentar, sin embargo, una gama de posibilidades: a) Puede ocurrir que el individuo tenga el conocimiento pleno de la realización del hecho delictivo y de las circunstancias que lo rodearon. b) puede ocurrir que el individuo tenga la certeza subjetiva de que se ha cometido un delito, pero que ignore las circunstancias que lo rodearon. c) puede ocurrir que el agente tenga simples sospechas de que se ha cometido un delito, sin que conozca y menos tenga certeza de que en realidad se cometió.

La mayoría de la doctrina está de acuerdo en que el conocimiento que se requiere es el de un estado de certeza, actual y positivo, que no puede ser equiparado a un deber saber, ni a las sospechas.⁽⁴⁴⁾

31) El Código de 1941 en varias de sus disposiciones violaba este principio. Era necesario distinguir, en lo que se refiere a la receptación, la determinación del hecho previo en tres condiciones:

a) La receptación simple, que era la del artículo 401 Inc. 3. El conocimiento del hecho principal podía establecerse, en virtud

(43) Jean Laruier, "Recel de Malfaiteurs" Nº 14 y Nº 16 en Encyclopédie Dalloz; Conde Pumpido Ferreiro, Op. Cit., pág. 268.

(44) Soler, Op. Cit., Tomo V, pág. 281; Quintano Ripollés, "Curso de Derecho Penal", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, tomo II, pág. 283; Carrara, Op. Cit. Vol. V, pág. 418; Novoa Monreal, Op. Cit., tomo II, pág. 221; Laruier, Op. Cit. Nº 14; Laruier, "Recel", Loc. Cit., Nº 46; Conde Pumpido Ferreiro, pág. 283, entre otros. Contra, Manzini, Op. Cit., Vol. V, pág. 313; "La duda equivale a conocimiento no a ignorancia excusable".

de la libertad de la prueba en materia penal, y en virtud de la libre apreciación de la prueba, por cualquier medio, incluyendo, desde luego, la prueba indiciaria.

La jurisprudencia se estableció en el sentido de que el conocimiento del hecho principal podía establecerse por cualquier medio, lo que parece enteramente lógico, en virtud de la libertad de la prueba en materia penal. Al respecto una sentencia sobre encubrimiento de la Corte de Casación establece que "Es notorio que el fallo impugnado se basa en presunciones o indicios apreciados por el juzgador conforme a las reglas de la sana crítica y, en consecuencia, esta Sala no puede suplantar el criterio expuesto por reunir aquellos requisitos necesarios para formar la convicción judicial".⁽⁴⁵⁾ La fijación del conocimiento previo, en el caso de la receptación simple, debe hacerse, según la jurisprudencia, de manera expresada por un auto de la Sala Segunda Penal de 10:05 de 17 de abril de 1971. Dicha resolución es una síntesis de toda la jurisprudencia anterior. Según la Sala Segunda:

"De suerte que como para que se configure el encubrimiento no debe haber promesa anterior, el conocimiento que se exige debe ser posterior a la perpetración del delito encubierto. De ello se deduce que el conocimiento no se refiere a que el agente debe estar enterado, de la existencia específica de un delito determinado, sino que basta para su configuración que él conozca que los objetos o cosas que recibe tienen procedencia ilícita. El conocimiento lo adquiere él de las diversas circunstancias que median en el hecho: clandestinidad de la transmisión, precio exiguo, advertencia del transmitente, antecedentes y posibilidad de que éste sea dueño de los bienes, etc. De ahí que la prueba indiciaria sea admisible para comprobarlo, y que en ella tenga un valor especial que el receptor oculte el nombre de la persona que le entregó las cosas mal habidas, porque el solo hecho de haber sido encontradas en su poder engendra la sospecha de que participó en la comisión del delito, y, en todo caso, hace presumir que él sabe que la persona que se los dio los obtuvo ilícitamente".

(45) Cas. 15:50 hs. de 18 de setiembre de 1959; en igual sentido, Cas. 2 p.m. de 1º de setiembre de 1917; Cas. 9:15 a.m. de 30 de octubre de 1923. También en el mismo sentido, Res. Sala Segunda Penal 15:55 hs. de 4 de junio de 1971; Res. Sala Primera Penal 16:15 hs. de 19 de octubre de 1956; Res. 15 hs. de 22 de mayo de 1959 de la Sala Primera Penal; Res. Sala Primera Penal de 15:25 hs. de 25 de junio de 1958.

b) La receptación de comerciante.

El conocimiento del delito anterior se presume, en el caso del comerciante, de acuerdo con el artículo 405 del Código Penal 1941, cuando adquiera cosas, y se pruebe una sola de las siguientes circunstancias:

1) Notoria mala conducta del vendedor o transmitente, como vago, vicioso, o habituado a la comisión de infracciones contra la propiedad.

2) Ser menor de quince años.

3) Por el modo clandestino de la transmisión.

4) Por la exigüidad del precio.

El artículo 405, precitado, contiene en realidad, una presunción de conocimiento. Basta probar la calidad de comerciante del agente, la posesión y una de las circunstancias enumeradas, para que pueda tenerse como conocedor del delito **previo cometido contra la propiedad**. Tal es la jurisprudencia establecida.⁽⁴⁶⁾

c) El artículo 404 del Código de 1941, en su inciso 2º contiene también otra presunción de conocimiento, y en consecuencia, de responsabilidad.

32) La diferencia entre la receptación simple (Art. 401 Inc. 3º) y la agravada para el comerciante (Art. 405) es de detalle. En el artículo 405, probada una circunstancia de las enumeradas, automáticamente el juez debía condenar; en el artículo 401 Inc. 3º, el juez guardaba la libertad de condenar o absolver, aunque se probara una de las circunstancias enumeradas por el artículo 405.

33) El Código de 1970 no establece reglas particulares en lo que se refiere a la determinación del conocimiento del delito previo en los artículos 320, 321 y 323. La existencia de este conocimiento en el agente deberá hacerse, en consecuencia, de acuerdo con las reglas generales de prueba que el código procesal establezca. Entre estas reglas de prueba hay dos esenciales: la libertad de prueba y la libre apreciación de la misma. Por tanto, es posible,

(46) Cas. 15:50 hs. de 18 de setiembre de 1959. Considera que no es posible admitir la versión del acusado de que adquirió la grabadora ignorando en absoluto de qué se trataba, "... pues esa operación revistió caracteres de clandestinidad desde que se efectuó fuera de lo normal de las relaciones comerciales"; Cas. 19 de diciembre de 1951; Res. Sala Segunda Penal de 9:50 hs. de 24 de mayo de 1969; entre otras.

como decía la resolución de 17 de abril de 1971 de la Sala Segunda Penal, que en el encubrimiento, "... la prueba indiciaria sea admisible para comprobarlo ...".

De ahí que nosotros creamos que una comparación acertada entre el artículo 321, según el cual: "Será reprimido con prisión de seis meses a tres años y con diez a treinta días multa, el que adquiere, recibiere y ocultare dinero, cosas o bienes provenientes de un delito en que no participó, o que interviniere en su adquisición, receptación u ocultación; y el artículo 322 que establece que: "Será reprimido con prisión de seis meses a dos años el que, con el fin de lucro, adquiriere o recibiere cosas o bienes que de acuerdo con las circunstancias debía presumir provenientes de un delito", revela, de inmediato, que no hay diferencia entre ambos artículos en lo que se refiere al problema del conocimiento del delito anterior, al origen ilícito de la cosa, y, particularmente, a la prueba de ese conocimiento.

De acuerdo con el artículo 322 se castiga el adquirir, con fin de lucro, lo que, aunque no enunciado es común al artículo 321— o el recibir cosas o bienes que, "... de acuerdo con las circunstancias debía presumir provenientes de un delito".

Esta determinación de las circunstancias que hacen que pueda establecerse la existencia del conocimiento del delito anterior, la realiza el juez. Las mismas pueden consistir en lo exiguo del precio, en la minoridad del vendedor o transmitente, etc. Las mismas serán apreciadas como indicios, sujetos a la sana crítica.

Ahora bien, el juez deberá hacer lo mismo a la hora de determinar la existencia del conocimiento en los casos contemplados en los artículos 320, 321, 323.

Si el razonamiento anterior es correcto hemos de concluir que existe un craso error en el Código de 1970: se establecen dos artículos (321 y 322), que en lo esencial dicen lo mismo. Es consecuencia, desde ahora, y sin perjuicio de profundizar más en el problema, hemos de sacar varias conclusiones:

1) Que es necesario refundir ambos artículos (321 y 322) en uno solo, puesto que en lo esencial son coincidentes.

2) Que en lo que se refiere a diferencias accesorias es menester mantener la dicotomía de artículos, para efectos de aplicar

aquella pena que sea menor. En este caso, el error del legislador no puede interpretarse en contra del reo.

3) Que el problema solamente se resolverá con la intervención nuevamente del legislador.

34) Podemos afirmar como conclusión que es necesario el conocimiento del hecho previo. Que no basta la simple sospecha. Es necesario el conocimiento, al menos, del origen ilícito de la cosa, sin que, en el caso de la receptación, importe que el agente conozca en detalle todos los incidentes de la comisión del delito. La prueba de este conocimiento en el Código de 1970 podrá hacerse por cualquier medio, inclusive por los **indicios**, que deberán ser apreciados de acuerdo con las reglas de la sana crítica. De ahí que la totalidad de la jurisprudencia nacida al calor del artículo 401 de 1941, quede subsistente bajo el Código de 1970.

De toda forma, aún bajo el Código de 1970, quedará vigente la regla derivada de los principios de culpabilidad y particularmente el "in dubio pro reo", regla bien expresada en la resolución de 16:20 hs. de 10 de marzo de 1967 de la Sala Primera Penal:

"Cabiendo ambas posibilidades, la de buena y la de mala fe, debe resolverse el punto con el beneficio de la duda...", para el reo.

35) Relacionado con el conocimiento del hecho previo se presenta el problema de saber en qué momento debe darse el conocimiento del hecho previo.

Es un principio general de la culpabilidad que el elemento subjetivo del delito debe coincidir, en el tiempo, con el momento de iniciación de la conducta encubridora.

El encubrimiento no es una excepción a este principio. De ahí que podamos afirmar con Soler,⁽⁴⁷⁾ que el conocimiento debe darse en el momento de prestar el auxilio.

Pero es necesario recalcar que en el encubrimiento la conducta dolosa no coincide, en todos los casos, con el momento de iniciación de la conducta encubridora. Esto ocurre cuando el encubrimiento se presenta como un delito continuo, porque entonces el

(47) Soler, Op. Cit., tomo V, pág. 281.

mismo se renueva con todos sus elementos a cada instante. El conocimiento del origen ilícito del objeto que se guarda, de la calidad de perseguido de la justicia de quien se ayuda, adquirido con posterioridad a la iniciación de la conducta, es eficaz, si el encubrimiento es delito continuo, para constituir el elemento subjetivo del encubrimiento, si el delito no ha terminado,⁽⁴⁸⁾ si la conducta encubridora no ha concluido.⁽⁴⁸⁾ Y ello no viola el principio de que la conducta delictuosa y su elemento subjetivo deben coincidir en el tiempo, porque los actos anteriores al conocimiento no serán delictuosos, pero sí los posteriores.

Respecto a ese problema ni la Jurisprudencia de Casación ni la de las Salas ha decidido, según nuestro entender, nada concreto. Cuando se ha presentado el problema, los Tribunales lo escamotean. Así leemos en una resolución de las 10:45 hs. de 27 de marzo de 1968 de la Sala Segunda Penal:

"En el expediente no está bien definida la conducta de A. J.; en la declaración indagatoria expresa que el señor N. C. dejó guardado en su negocio el proyector de cine dentro de un saco; pero que él ignoraba lo que contenía éste, hasta que fue decomisado por los detectives. Como los oficiales de investigación que intervinieron en el caso, afirman que el saco daba la apariencia de que había sido abierto, queda la duda de si A. actuó de manera distinta a la por él indicada, y de ahí que no pueda ponérsele término a este asunto en forma definitiva, por lo que debe confirmarse el sobreimiento apelado, pero con el carácter de provisional".

Sección II — No Participación en el delito

36) Un requisito general, exigido por todas las figuras del encubrimiento, es la no participación en el delito previo, en concepto de alguna de las categorías de participantes establecidas en el Código del 70. Tales son las de autor y coautor (Art. 45), las de cómplice (e instigador) (Art. 46 y 47). Es necesario recordar que de acuerdo con el Código del 70 se puede ser autor no solamente por acción u omisión, sino también por comisión por omisión (Art. 18). El artículo 18 consagra un tipo abierto, en tanto que lo que se toma en cuenta es la posición de "garante" —estrecha relación

(48) Conde Pumpido Ferreiro, Op. Cit., pág. 277.

del individuo con el bien jurídico protegido— que ostente el agente.⁽⁴⁹⁾

Esta característica del encubrimiento revela su carácter subsidiario. La noción de encubrimiento depende, en parte, de la noción de participante que el derecho positivo adopte. Ello porque, como afirma Mezger, la causalidad es "... el punto de arranque científico de la teoría jurídico penal de la participación ...". La causalidad en la participación criminal tiene una doble función. La negativa, porque excluye del ámbito de la participación criminal toda conducta que no ha sido causal en la producción del resultado. Y la positiva, en cuanto que la causalidad es la base para determinar el concepto de participante.⁽⁵⁰⁾

37) El legislador utiliza en los artículos relativos al encubrimiento, diferentes expresiones para indicar la necesidad de que el encubridor no haya participado en el delito previo. Tales expresiones son "... después de la ejecución del delito ..." (Art. 320); "... provenientes de un delito en que no participó ..." (Art. 321); "... sin promesa anterior al delito, pero después de la ejecución de éste ..." y "Esta disposición no se aplica al que de alguna manera haya participado en el delito ..." (Art. 323).

Tales expresiones no son equivalentes. Una cosa es la promesa anterior a la ejecución del hecho previo, de un acto de ayuda que se da con posterioridad y otra haber participado materialmente en el delito, que en los textos citados se expresa de manera negativa; es decir, como el intervenir después de la ejecución del delito.

Ambos conceptos son especies de un mismo género que es la participación en el delito. De ahí que el requisito de no participación en el delito, esencial en el encubrimiento, signifique que la acción encubridora debe darse sin promesa anterior al delito y con posterioridad a su ejecución.

(49) Enrique Bacigalupo "Delitos Impropios de Omisión". Ediciones Pannedille, Buenos Aires 1970, pág. 100. La transformación que produce en nuestro derecho el artículo 18 del nuevo Código Penal es radical: las normas de los delitos de omisión constituirán sólo preceptos destinados a completar los delitos de comisión por omisión.

(50) Este concepto es parcialmente cierto. La causalidad es esencial para aquellos delitos que necesitan para configurarse un resultado externo. En los delitos de mera actividad, la relación de la causalidad es enteramente ajena. (Novoa Monreal, Op. Cit., tomo II, pág. 169). Sin embargo, es por aplicación de la teoría de la causalidad que la doctrina excluyó al encubrimiento de la teoría de la participación criminal.

La formulación imperfecta que hacen los artículos relativos al encubrimiento, no afecta en nada a este concepto. Podía incluso no haberse dicho nada en el encubrimiento sobre la participación en el delito. Las disposiciones relativas a participación criminal de la Parte General del Código siempre se aplicarían. Estas disposiciones de la parte general completan en el Código del 70 los artículos mal formulados del encubrimiento en lo referente a la participación en el delito, como requisito del encubrimiento.

La promesa anterior al delito previo, de una ayuda que se prestará con posterioridad a la ejecución de éste, entraba en el Código del 41 en el concepto de complicidad (Art. 44). Era la típica complicidad "sub-sequens". En el Código del 70 la promesa anterior entra en el concepto de la instigación, en tanto que prometer ayuda que se prestará con posterioridad a la ejecución del delito es contribuir al resultado con una causa ideal.⁽⁵¹⁾

La no participación material en el delito quiere decir que solamente se es encubridor si no se ha contribuido materialmente a la producción del resultado en que consiste el delito.

El requisito de no participación en el delito debe establecerse recurriendo al concepto de participación criminal establecido en la parte general del Código.

1—Ausencia de causalidad ideal

38) Los actos de ayuda prestados al delincuente posteriormente a la ejecución del delito, pero prometidos con anterioridad, caen en el nuevo Código Penal en el artículo 46 que castiga a los instigadores — los que determinaren a otros a cometer el delito. En tal caso el aporte del agente es esencialmente ideal, pues tiende a determinar a otro a ejecutar el delito. Hay, como decía Carrara, concurso de voluntad sin concurso de acción.⁽⁵²⁾

(51) En este sentido, Fontán Balestra, "Derecho Penal", pág. 770; Novoa Monreal, Op. Cit., pág. 189, tomo II; Conde Pumpido Ferreiro, Op. Cit., pág. 125; Soler, Op. Cit., tomo V, pág. 276, entre otros.

(52) Según Mendoza (Op. Cit., Parte Especial, pág. 193) el legislador venezolano distingue dos formas de encubrimiento: "... el uno que se incluye dentro de las leyes de la participación criminal, cuando existe acuerdo previo entre los autores y los cómplices y encubridores, y el otro que forma un delito contra la Administración de Justicia, cuando no existe ese concierto anterior al delito ...".

La promesa anterior de ayuda posterior a la realización del hecho previo puede analizarse también dentro de la categoría de la complicidad. Ello lo hacía el Código anterior en el artículo 44 Inc. 2º, aunque el único caso en que se planteó el problema, dicha promesa anterior fue considerada como coautoría por la aplicación que hace la jurisprudencia de la teoría del acuerdo previo.⁽⁵³⁾

El Código del 70 suprime la categoría del Cómplice subsecuens. Sin embargo, la ayuda posterior prometida previamente a la realización del delito, puede entrar en el concepto de complicidad del artículo 47 (son cómplices: "... los que presten al autor o autores, cualquier auxilio o cooperación para la realización del hecho punible..."). Así pensaba Carrara.⁽⁵⁴⁾

39) El conocimiento de la existencia de un delito en ejecución —conocimiento adquirido antes de que el delito acabe de ejecutarse— no convierte al agente en participante. Por tanto, si en tales condiciones presta ayuda después de la ejecución del delito será encubridor, porque para que sea participante se requiere —por lo menos— la manifestación hecha de dar ayuda posterior a la ejecución del delito en cualquiera de sus formas. Tampoco es promesa previa al delito el simple consentimiento anterior. Será encubridor, y no participante el individuo que, teniendo conocimiento de que se va a realizar un delito, quiere ayudar —y está decidido a hacerlo— al delincuente, después de realizado el hecho, si efectivamente lo hace, pero no lo manifiesta.⁽⁵⁵⁾

(53) En tal sentido, véase resolución de la Sala Primera Penal de 16:20 hs. de 14 de junio de 1968: "Estima la Sala que la participación del indiciado L. S. F. lo es como coautor del delito y no como encubridor, pues para que exista el encubrimiento es indispensable que no haya promesa anterior al delito, y aquí la hubo (artículo 401 del Código Penal). De conformidad con el artículo 43 del Código citado, serán sancionados como coautores del hecho punible los que lo realizaren por sí mismos; los que tomaren parte en la ejecución y los que determinaren a otro de modo bastante a cometerlo. El reo S. fue el que propuso al mandador del beneficio la sustracción de café, a efecto de que se lo vendiera a precio bajo, y además tomó parte en la ejecución presentándose con un camión con el objeto de transportar lo que pretendía sustraer".

(54) "En el caso de acuerdo previo, el fautor no se hace cómplice del delito por lo que haga posteriormente, sino por lo que prometió antes; y esto es tan cierto que si, después de haber prometido, falta a su palabra y la niega por temor o por haber cambiado de idea, siempre seguirá siendo cómplice, ni más ni menos que si hubiera cumplido la oferta" (Carrara, Op. Cit. Vol. V, pág. 415).

(55) Fontán Balestra — Millán, Op. Cit., pág. 404; Pagliaro, Op. Cit., pág. 37.

2—No existencia de la causalidad material

40) Toda vez que el agente ha puesto una condición para el resultado —porque ha dado actos de ayuda o de cooperación— o ha participado en la consumación de la infracción, o bien ha consumado la infracción, no podrá haber encubrimiento.⁽⁵⁶⁾

41) La existencia del encubrimiento depende de la posibilidad jurídica de que existan actos de participación criminal. Lo que la ley toma en cuenta, para excluir el encubrimiento, es la existencia jurídica de la participación criminal.

De ahí que quien participa materialmente en una infracción que no admite la participación criminal, porque el delito solamente puede ser cometido por el sujeto activo que tiene determinadas características o bien porque la ley establece sólo un modo particular de participación criminal (por ejemplo, en el falso testimonio),⁽⁵⁷⁾ estos actos materiales, jurídicamente irrelevantes para constituir la participación criminal, no impiden el nacimiento del encubrimiento.

42) Admitiendo la figura participación criminal en cualquiera de sus formas, para que se presente el encubrimiento es necesario, que la ayuda al delincuente se dé después de la consumación del delito, o después de haber cesado el estado de permanencia delictuosa, o después de la cesación de la tentativa.

Quien ayuda en la etapa de actos preparatorios, sin que preste su concurso en una etapa superior del delito, no por ello es cómplice o autor del mismo. Si hay actos posteriores a la consumación del delito o de la cesación de los actos de ejecución, a pesar de esta ayuda en los actos preparatorios —y mientras no haya promesa—, hay encubrimiento.

Si el delito no ha sido consumado, no habrá encubrimiento sino participación. Por ello, es cómplice y no encubridor el que compra a otro títulos al portador cuya venta constituya un abuso

(56) Ninguna sentencia de Casación se refiere al problema. En una resol. de 15:05 hs. de 17 de octubre de 1967 de la Sala Primera Penal se lee: "... viene a ser una misma cosa el contrabando que se le atribuye por ausencia de marbetes que justifican el pago y el uso de marbetes falsificados. La Sala elimina el cargo de encubrimiento que se supone se le indilga por usar marbetes falsos, a sabiendas, pero como ya se dijo, esto es lo mismo que el contrabando por ausencia de marbetes legítimos...".

(57) Véase nuestro trabajo "El Falso Testimonio", pág. 182 ss., en Revista de Ciencias Jurídicas, Nº 17, Universidad de Costa Rica, junio 1971.

de confianza (Art. 223). En tal caso la adquisición no es posterior a la apropiación; ella tiene lugar en el momento mismo en que el delito es cometido.⁽⁵⁸⁾

Cuando hay actos de cooperación o ayuda en cualquier estado de una infracción continua, mientras ella no haya terminado es participación y no encubrimiento. Las infracciones continuas son aquellas cuyo elemento material (acción u omisión) es susceptible de prolongarse en el tiempo. Para saber si una infracción es instantánea o continua es necesario estudiar la definición legal que de la misma da el legislador.⁽⁵⁹⁾

Sin embargo, no todas las infracciones continuas admiten participación criminal. No la admiten las omisiones continuas (por ejemplo, la omisión de denuncia, Art. 320), porque la colaboración solamente es posible donde se desarrolla un nexo causal y porque tampoco podrá hablarse de una intención de omisión, lo que dificulta la existencia de una resolución común, esencial en la participación criminal. Por ello, cuando dos personas, estando obligadas jurídicamente a actuar, omiten a un mismo tiempo, sólo hay autoría individual de cada una de ellas.⁽⁶⁰⁾ De modo que si hay responsabilidad en tales casos, será por encubrimiento.

Sección III—Carácter subsidiario de los actos realizados

3) Una característica común a todas las formas de encubrimiento es su carácter subsidiario. El encubrimiento solamente existe cuando el hecho que lo constituye no está expresamente previsto por una norma penal diversa.⁽⁶¹⁾ Desde luego que el encubrimiento puede concurrir con otros delitos en concurso ideal.

(58) Logoz, Paul, "Commentaire du Code Pénal Suisse", Partie Spéciale, Delechaux et Niestlé, S. A., Neuchâtel, Suisse, 1955, tomo I, pág. 137.

(59) Tsarpalas, Op. Cit., pág. 234. En el Código de 1970 pueden clasificarse como continuos los siguientes delitos: raptó (art. 163, 164 y 165), la sustracción de un menor (Art. 184); la explotación de incapaces (Art. 237), el ejercicio ilegal de la medicina (Art. 269), la asociación ilícita (art. 272), el secuestro extorsivo (Art. 215), el plagio (secuestro) (Art. 189), la privación de libertad (Arts. 190 y 191) de manera ilegítima; la conspiración para traición (Arts. 279 y 189), la portación ilegal de distintivos (Art. 392, Inc. 9), la mendicidad (Art. 396), la portación de armas prohibidas (Art. 398) y la mayoría de los delitos que forman el encubrimiento.

(60) Bacigalupo, Op. Cit. pág. 130.

(61) Manzini, Op. Cit., pág. 291, Vol. V; Conde Pumpido — Ferreiro, Op. Cit., pág. 264.

Refiriéndose a esta característica del encubrimiento dice Carrara: "Para completar la noción de favorecimiento debe advertirse que es muy fácil que se mezclen lesiones a otros derechos. Si de los derechos ofendidos como medio para la ayuda nace un delito social, casi siempre desaparece el título de favorecimiento, absorbido en el título de falso testimonio, o de resistencia, o de corrupción, o de fractura de cárcel o de violencia pública, o de falsedad por supresión de documentos, según que el culpable se haya servido de uno de estos medios desesperados para suprimir el proceso o las pruebas del delito o para salvar a su autor".⁽⁶²⁾

44) En efecto, ciertas ayudas posteriores las prevé el Código penal como delitos diferentes del encubrimiento. Así sucede con algunos casos de quiebra e insolvencia (Art. 235), de introducción y puesta en circulación de moneda falsa, y de ciertos valores equiparados a la moneda (Art. 365 y 364), con la introducción al país, expendio y uso de sellos oficiales, papel sellado, estampillas, etc., después de haber sido utilizados o usados (Art. 369). La misma situación ocurre cuando alguien, aprovechándose de la falsificación o de la adulteración de un documento falso, hace uso de él (Art. 363) y cuando la conducta favorecedora es constitutiva de evasión (Art. 325).

De acuerdo con el criterio de especialidad, es la existencia de este delito expresamente previsto lo que hay que analizar primero; y en defecto de su existencia habrá que buscar la tipificación del encubrimiento.

Sección IV — Necesidad de actos positivos

45) Del texto de los artículos que castigan el encubrimiento, podemos deducir que para la existencia del delito se requieren actos positivos y directos.⁽⁶³⁾

El artículo 320 habla de "ayudar a alguien"; el 321 habla de "adquirir, recibir y ocultar" o de "intervenir" en la adquisición, receptación u ocultación; el 322 de "recibir"; y el 323 de "procurar", "ayudar" o de "asegurar".

(62) Carrara, Op. Cit., Vol. V, pág. 413.

(63) Mendoza, Op. Cit., pág. 197; Manzini, Op. Cit., Vol. V, pág. 303; Lambert, Op. Cit., pág. 504.

Todos los verbos anteriores expresan acciones positivas en las que la omisión no cabe.

46) Excepción a esta característica la constituye la omisión de denuncia, establecida en artículo 320.

CAPITULO III — LAS DIFERENTES FORMAS DEL ENCUBRIMIENTO

47) Tres son las formas de encubrimiento que prevé nuestra ley: el favorecimiento personal (Art. 320), la receptación (artículos 321 y 322) y el favorecimiento real (artículo 323).

Es necesario analizar cada una de estas formas en particular y determinar cuáles son sus elementos constitutivos. A esta tarea está consagrado este capítulo.

Sección I — El favorecimiento personal

48) El artículo 320 establece: "Será reprimido con prisión de seis meses a dos años el que, sin promesa anterior al delito, ayudare a alguien a eludir las investigaciones de la autoridad o a substraerse a la acción de ésta u omitiere denunciar el hecho estando obligado a hacerlo".

Del texto legal podemos deducir los elementos estructurales del favorecimiento personal. Los mismos son: a) Un delito previo (o una contravención en el caso de omisión de denuncia), que se sabe que se ha cometido. b) La no participación del favorecedor en el delito previo en cualquiera de las categorías de la participación criminal. c) un comportamiento activo o comisivo del delincuente. d) la intención delictuosa.

El concepto de delito previo y de no participación en el delito ya fue estudiado en anteriores páginas. De ahí que el desarrollo posterior esté consagrado a estudiar el elemento material del delito (acción u omisión) y el elemento subjetivo del mismo.

1) El Elemento material del favorecimiento personal

49) El elemento material está constituido por una conducta activa o por una conducta omisiva.

1.1. La conducta en su modalidad activa

50) La conducta activa está constituida por "ayudar a alguien a eludir las investigaciones de la autoridad" y por "ayudar a alguien a substraerse a la acción de la Autoridad". (Art. 320).

Son muchos los ejemplos que pueden darse de estas formas de encubrimiento: dar un vestido o un disfraz, un tiquete de avión, de tren o de barco; prestar el automóvil para la huida del delincuente; dar dinero; poner a los malhechores en contacto con un tercero capaz de encubrirlos; advertir a los delincuentes de las persecuciones que existen contra ellos; dar falsas pistas a la policía para evitar el arresto de los delincuentes, etc.

51) De acuerdo con el artículo 320, pareciera que aunque no es necesario que la materialidad del hecho previo —que debe existir no esté establecida, si se requiere, al menos, que el agente sea buscado por la Autoridad. Por consiguiente, si es un particular el que trata de aprehender al delincuente (por ejemplo, en flagrancia, Art. 314 Cód. Proc. Pen.), no cometerá delito quien ayuda u oculta al delincuente.

Hay duda en la doctrina en determinar si comete favorecimiento real quien oculta al delincuente que, habiendo rendido su declaración indagatoria, es dejado en libertad por el juez. La discusión se establece porque, en tal caso, el agente no es buscado por la autoridad. Pero de acuerdo con nuestro derecho si comete favorecimiento quien, por ejemplo, facilitara la salida del país a un individuo en tales condiciones, porque lo está sustrayendo a la acción de la autoridad.

52) Quien da falsas informaciones testificales, ante autoridad competente para perseguir o para instruir, pero no para recibir deposiciones de testigos, no comete ciertamente el delito de falso testimonio, pero sí puede cometer el de encubrimiento, si tales declaraciones son dadas con el fin específico de favorecer al delincuente.⁽⁶⁴⁾

53) Para la existencia de esta forma de favorecimiento es necesario que se haya cometido un delito. No incurre en favorecimiento personal quien da albergue o ayuda a personas que se proponen cometerlo.⁽⁶⁵⁾

(64) Manzini, Op. Cit., Vol. V, pág. 306.

(65) Logoz, Op. Cit., tomo II, pág. 717.

Cuando el delito objetivamente no existe (porque no fue cometido, porque al tiempo en que se prestó la ayuda ya estaba prescrita la acción penal, o porque el hecho está amparado por una causa de justificación, o por la amnistía, etc.) en tal caso no se comete favorecimiento personal, que requiere la existencia de un delito previo (Art. 320" ...sin promesa anterior al delito...). Y en tales casos no hay delito previo.

Pero cuando el autor del delito principal no es condenado por razones personales (causas de exculpación, existencia de una excusa absolutoria, muerte del delincuente antes de sentencia, etc.), los actos de encubrimiento son punibles.

54) Tal distinción opera objetivamente, independientemente de la psicología del favorecedor. Existirá encubrimiento aunque el agente crea que su favorecido es inocente, si en definitiva resulta culpable o si siendo absuelto, lo es por consideraciones personales (no culpabilidad, etc.).⁽⁶⁶⁾ A la inversa, no existirá el delito de favorecimiento personal cuando el favorecedor ayuda a un individuo que creía culpable, pero que llega a ser absuelto por no haber participado en el hecho, porque el hecho no había sido cometido, porque hubo una ley de amnistía, porque estaba amparado por una causa de justificación, etc.

55) La acción encubridora debe ser idónea para eludir las investigaciones de la autoridad o para frustrar la acción de la justicia. No siendo idónea, no hay lesión al bien jurídico protegido.

Las consideraciones anteriores nos llevarían a la conclusión de que no puede favorecerse a un individuo definitivamente condenado, posición sostenida por Manzini.⁽⁶⁷⁾ Para Sebastián Soler, al contrario, puede favorecerse "...tanto al sujeto condenado, al cual se oculta para que eluda la pena total o parcialmente (incluido, pues, al fugado de la cárcel), como al sujeto sometido efectivamente a proceso, como al prófugo desconocido para la autoridad".⁽⁶⁸⁾

(66) Pero debe admitirse con Carrara en tal caso que "...nadie podrá negar cuanto disminuye la culpa del fautor cuando llega a saberse la fuga de una víctima de injustas sospechas o destruyó huellas e indicios que habrían llevado a la justicia a castigar a un inocente" (Op. Cit., Vol. V, pág. 415, N° 2831).

(67) Manzini, Op. Cit., Vol. V, pág. 306.

(68) Soler, Op. Cit., tomo V, pág. 284.

56) El delito de favorecimiento personal, en su modalidad activa, exige desde luego acción. De modo que si el comportamiento por el cual se ayuda a alguien a eludir las investigaciones de la autoridad o a sustraerse a la acción de ésta es una omisión, no existirá delito.

Tal es el caso del funcionario que estando obligado a aprehender al delincuente, no asegure la persona del aprehendido, o deje sin llave el recinto en que lo encierra. Este comportamiento será impune, a menos que tenga dicho funcionario la obligación de denunciar y que haya omitido la denuncia, (omisión de denuncia) o de que estando obligado a aprehender al delincuente se configure un delito de comisión por omisión (Art. 18 Cód. Pen.).⁽⁶⁹⁾

57) El favorecimiento personal, en su modalidad activa puede ser considerado como un delito continuo, que se consuma cuando se presta la ayuda para que el delincuente eluda las investigaciones de la autoridad o para que se sustraiga a la acción de la justicia, pero que puede seguir consumándose mientras se siga prestando tal ayuda al delincuente. Es decir, el elemento material del favorecimiento personal, en su modalidad activa, admite la posibilidad de su prolongación en el tiempo. Sólo finaliza este delito cuando el agente deja de prestar dicha ayuda, cuando hechos extraños a la voluntad del agente impiden la continuación de la ayuda (muerte del favorecido, descubrimiento de éste por la policía, etc.); cuando se rompe la continuidad de la voluntad de ayudar (por ejemplo, el agente es obligado a dar ocultamiento al delincuente buscado por éste o por un tercero); o cuando jurídicamente la ayuda dada ya no importa delito (por la prescripción de la acción penal o de la pena. En tal caso, el favorecido deja de ser delincuente buscado, o cuando hay un indulto).

58) El carácter continuo del delito lleva a consecuencias paradójicas, que se refieren básicamente al principio "non bis in idem", expresión penal de la cosa juzgada y a la prescripción de la acción penal.

a) Si se condena a un individuo como favorecedor, por haber favorecido a un delincuente, dicha condenatoria tiene autoridada de cosa juzgada que impide una nueva persecución por el mismo hecho o conjunto de hechos anteriores a la sentencia. Pero

(69) Novoa Monreal, Op. Cit., tomo II, pág. 224.

si se descubre que el delincuente, después de la sentencia, continuó, por ejemplo, ocultando al delincuente, nada impide que haya otro juicio para la represión de los hechos posteriores a la sentencia, sea que en ésta el encubridor haya resultado absuelto, sea que haya resultado condenado. La sentencia quiebra la unidad de la infracción continua, y los hechos posteriores constituyen una nueva infracción, totalmente diferente de aquella perseguida.⁽⁷⁰⁾

b) En tratándose de la prescripción de la acción penal ocurren igualmente consecuencias paradójicas. Puede ocurrir que el delito previo prescriba, pero que el delito de encubrimiento sea perseguible. Por ejemplo, quien oculta a un delincuente mientras prescribe la acción penal o la pena, solamente podrá beneficiar de la prescripción a partir del momento en que prescriba la pena o la acción penal del delito previo. Es solamente a partir de este momento en que comienza a correr la prescripción.

Sólo a partir de ese momento puede decirse que el encubrimiento no debe eludir la acción ni la investigación de la autoridad.

1.2. La conducta en su modalidad omisiva

59) El artículo 320 castiga, a título de favorecimiento personal, al que "...omitiere denunciar el hecho estando obligado a hacerlo".

60) La omisión de denuncia requiere las condiciones generales del encubrimiento: no participación en el hecho principal (que aquí puede ser, dijimos, un delito o una contravención), que el delito o la contravención de que se trate haya finalizado. Además, su elemento material está representado por una omisión.

El delito de omisión de denuncia es típico delito de omisión, que se configura en el momento en que teniendo el obligado conocimiento de la comisión de un delito que esté obligado jurídicamente a denunciar, se abstiene de hacer la denuncia de manera voluntaria.

La omisión de denuncia requiere entonces, además de la calidad de jurídicamente obligado a denunciar, una abstención voluntaria. La calidad de jurídicamente obligado a denunciar debe

existir en el momento en que el agente adquiere el conocimiento y en el momento en que debe hacer la denuncia. Estos momentos generalmente coinciden.

61) Las personas que están jurídicamente obligados a denunciar son determinadas por el artículo 147 del Cód. de Procedimientos Penales vigente. El particular no tiene obligación de denunciar.

62) La omisión de denuncia es un delito continuo, que se renueva en el tiempo con todos sus elementos, mientras el agente conserve la calidad que lo obliga a denunciar, y mientras haya obligación de hacer esta denuncia. La pérdida de la calidad, el descubrimiento del delito no denunciado y la correspondiente puesta en movimiento de la acción penal, la prescripción de la acción penal o de la pena, son posibles puntos de partida de la prescripción de la acción penal del obligado a denunciar.

63) La omisión de denuncia se consuma en el momento en que el obligado tiene conocimiento del delito y se abstiene de denunciarlo. Cuando hay un plazo dentro del cual debe denunciarse el hecho, el delito de omisión de denuncia solamente se consuma a la expiración de ese plazo. No es posible, sin embargo, la tentativa en este caso (ni en ninguno otro de los de omisión de denuncia), porque la tentativa implica un comienzo de ejecución, y no es posible hablar de un comienzo de ejecución de una omisión.⁽⁷¹⁾

64) Tanto la conducta activa como la omisiva en el favorecimiento personal, previsto en el Art. 320 ("ayudar a alguien a eludir las investigaciones de la autoridad o a substraerse de la acción de ésta u omitiere denunciar el hecho estando obligado a hacerlo") están previstas de manera alternativa. Las tres hipótesis son modalidades de una misma violación jurídica; por ello son penalmente equivalentes.

Y habrá un solo delito si un mismo individuo, en una misma unidad de tiempo o de espacio, realiza las tres acciones.⁽⁷²⁾ Pero lo contrario también es cierto: habrá delito con sólo que sea realizada una de las acciones previstas como alternativa.

(71) Bacigalupo, Op. Cit., pág. 153.

(72) Manzini, Op. Cit., Vol. V, pág. 305.

(70) Tsarpalas, Op. Cit., pág. 158; R. Garraud "Traité de Procédure Pénale", tomo IV, N° 2273 pág. 226; L. Huguency, Note S-1955-I-33.

2 El Elemento Subjetivo del Favorecimiento Personal

65) El elemento subjetivo del favorecimiento personal presenta diferentes aspectos según que se trate de la conducta en su modalidad activa o en su modalidad pasiva.

2.1 El elemento subjetivo de la conducta activa

66) La acción de ayudar a alguien a eludir las investigaciones de la autoridad o a substraerse a la acción de ésta, debe ser realizada intencionalmente. La figura solamente admite la forma dolosa, con exclusión de la culposa.

El elemento subjetivo consiste en el conocimiento del hecho previo, ya analizado, en la voluntariedad de la acción de ayudar a alguien, que se sabe que ha cometido delito o que es buscada por la justicia o por la autoridad, a eludir las investigaciones o substraerse a la acción de la Autoridad.

En otras palabras, la ley castiga la acción realizada con conocimiento de causa en un doble sentido: ella incrimina el hecho de ayudar a alguien a eludir las investigaciones o a substraerse a la acción de ésta, de manera consciente. Este alguien debe ser una persona de quien se conozca su situación penal.⁽⁷³⁾

Por ello podemos concluir con Pagliario,⁽⁷⁴⁾ que el favorecimiento personal es uno de los ejemplos más característicos que demuestran que la conformidad de una conducta a un tipo supone no solamente una cierta configuración exterior de la conducta, sino también un contenido significativo del querer, que corresponde al significado descrito en el tipo.

Y aunque en el favorecimiento personal (modalidad activa) no se requiera para la configuración del elemento subjetivo, un dolo específico en sentido técnico, es decir, como acción ilícita requerida por la ley de modo autónomo, no cometerá el delito quien da víveres, alimento, hospedaje a un delincuente, salvo que opere con el fin específico de substraerlo a la acción de la justicia.

Tal idea está subyacente en la resolución de Sala Primera Penal de 15:10 hs. de 13 de mayo de 1969. Ella declara:

(73) Larguier, Op. Cit. N° 46.

(74) Pagliario, Op. Cit., pág. 41.

"No hay duda —y lo admite la propia indiciada— que el reo prófugo R. A. S. C. fue capturado en casa de ella. Así lo establece con acierto el Juez a quo. Pero al imputarle a dicha indiciada el delito del artículo 401, inciso 1° del Código Penal... tal resolución da por sentado que se han demostrado los diversos aspectos que comprende, para su debida tipificación, el citado artículo, en el inciso que ya se señaló. El delito se configura cuando se "oculta al delincuente... para sustraerlo a la justicia" y no hay, en autos, prueba fehaciente de que la indiciada, M. E. Z. V., supiera que Sandí era un delincuente, y de que ella, deliberadamente, lo ocultara para sustraerlo a la justicia. La indiciada niega el haber conocido la situación en que, como prófugo, se hallaba Sandí y el simple hecho de que este haya sido encontrado en su casa no envuelve, necesariamente, la intención particular y concreta, por parte de M. E., de ocultarlo deliberadamente".

67) Hay que tener presente, sin embargo, la advertencia del maestro Carrara: "... el fautor obra con el fin inmediato de ayudarlo al reo; pero como sabe que esa ayuda no puede prestarse sin perjuicio de la justicia, y como el sólo fin de ayudar no sería delictuoso sin el otro objeto, el fin criminoso del acto se compenetra con el fin inmediato del agente...".⁽⁷⁵⁾

68) En nuestro derecho (Cód. del 70) no se requiere que el favorecimiento personal se haga altruistamente. Habrá favorecimiento personal, si se dan las condiciones del artículo 320, aunque dicho favorecimiento se haga con ánimo de lucro. Como dice Soler, para otras leyes, que hacen una clara diferencia entre favorecimiento y receptación, el criterio separativo se encuentra en que el encubridor común actúa en interés ajeno, mientras que el receptor actúa por propio interés.⁽⁷⁶⁾

Bien que el artículo referente a la receptación exige que ésta se haga con el fin de lucro, lo cierto es que la misma está limitada a la receptación adquisición de cosas o bienes, y la intervención en la receptación, adquisición u ocultación de cosas o bienes. El artículo 320, que no excluye las conductas que se realicen con ánimo de lucro, se refiere a hipótesis de hecho diferentes. Es el ayudar a alguien a

(75) Carrara, Op. Cit., vol. V., pág. 408.

(76) Soler, Op. Cit., tomo V, pág. 287.

eludir las investigaciones o a substraerse a la acción de la Autoridad, u omitir denunciar el hecho estando obligado a hacerlo.

69) Para que exista el favorecimiento personal es necesario que el agente haya actuado voluntariamente. De modo que si oculta o ayuda a un delincuente en virtud de coacción o amenaza "... de un mal actual y grave, sea o no provocado por la acción de un tercero, cuando razonablemente no pueda exigírsele una conducta diversa" (Art. 38), el agente no será culpable.

2.2 El Elemento Subjetivo de la conducta omisiva

70) En los delitos de omisión, en general, existe un dolo más grave que en los delitos culposos. Sin embargo, no es posible aplicar a los delitos de omisión, el concepto de dolo de los delitos de comisión, en tanto que lo que existe en los primeros es la voluntad de no realización, mientras que en los de comisión existe la voluntad de realización. Lo anterior no quiere decir que no pueda llamarse "dolosa" a la omisión consciente.⁽⁷⁷⁾

71) Lo que ocurre es que en la omisión de denuncia lo que el legislador dicta es una obligación de hacer, y castiga la abstención voluntaria. De modo que la coacción o la amenaza ejercida sobre el agente, de un mal grave e inminente que haga que no pueda exigírsele otra conducta que la abstención de denunciar, destruye el dolo. También lo destruye, la fuerza mayor (Art. 33).

Lo mismo puede decirse de las otras causales de exculpación: destruyen el dolo en la omisión de denuncia.

El error sobre la ilicitud de los hechos previos, que no son considerados delito o contravención por el agente, afecta la adquisición del conocimiento del delito previo, debe ser tratado como un error de tipo (Art. 34).

El error relativo a la obligación de denunciar, que sufra el agente, debe ser tratado como un error de prohibición, puesto que la calidad requerida y la obligación correlativa de denunciar no son circunstancias relativas al hecho —referentes a la acción—, sino que se relaciona con el deber del sujeto (Art. 35). Cuando el error de prohibición es invencible, elimina el dolo; cuando el error de prohibición es vencible puede atenuar la pena (Art. 35 a contrario).

(77) Bacigalupo, Op. Cit., pág. 82.

3 La participación criminal en el delito de favorecimiento personal

72) La conducta castigada por el favorecimiento personal en su modalidad activa consiste en **ayudar** a alguien a eludir las investigaciones de la autoridad o **en ayudar** a alguien a substraerse a la acción de la Autoridad. Por tanto, consiste en una ayuda, en una participación erigida en delito independiente. Ello se explica fácilmente porque, salvo el caso de evasión (Art. 324), eludir la acción o las investigaciones de la autoridad, cuando es el mismo delincuente quien lo realiza, no es delito. Sin la incriminación particular de la ayuda en la forma que establece el artículo 320, la conducta de cooperación con el delincuente, no sería castigada por aplicación de las reglas generales de la participación criminal. Faltaría un hecho principal punible del cual pudiera el participante secundario tomar su responsabilidad (sistema de responsabilidad de préstamo).

73) Podría pensarse, sin embargo, que es posible ser participante en el delito de favorecimiento personal. En efecto, es posible que varios ayuden al delincuente a eludir las investigaciones o la acción de la autoridad. En tal caso se configura la coautoría (Art. 45). En tal concepto entrarían los que ayudaren al reo a escapar, pero no entraría el reo. En efecto, considerar a este como participante sería castigar el autoencubrimiento. Sería contradictorio castigarlo como coautor de un hecho, cuyo fundamento está en una acción (eludir la acción o la investigación de la justicia), que si la realiza solo no es delito. Es posible determinar a otro intencionalmente, para que ayude a alguno a eludir las investigaciones o la acción de la autoridad, lo que constituiría instigación (Art. 46). Pero nos parece que no es posible que pueda haber complicidad tal y como la define el artículo 47 ("... los que presten al autor o autores, cualquier auxilio o cooperación para la realización del hecho punible..."), porque dicho auxilio o cooperación sería una ayuda al delincuente para eludir las investigaciones o substraerse a la acción de la autoridad, que es precisamente lo que como autoría castiga el artículo 320.

En conclusión puede afirmarse que es posible la autoría, la coautoría, la instigación en el favorecimiento personal en su modalidad activa. No es posible la complicidad porque esta consiste en ayudar al autor, o en cooperar con él a la realización del hecho principal. Esta ayuda o cooperación, sería una ayuda al delincuente

para eludir la investigación o substraerse a la acción de la autoridad.

74) No es posible la participación criminal en la omisión de denuncia. En efecto, solamente el obligado jurídicamente puede omitir denunciar: es un delito de propia mano. De modo que si son varios los obligados cada uno de ellos cometerá un delito independiente. No hay unidad de la infracción, a pesar de la pluralidad de los obligados a denunciar. Además, la participación criminal requiere que pueda darse un aporte, que pueda contribuirse a la realización de un resultado. Ahora bien, en la omisión de denuncia no se castiga un resultado, sino la no realización voluntaria de una obligación de hacer determinada por la ley. El carácter omisivo del delito contradice el carácter causal que tiene la participación criminal.

Sección II — La Receptación

75) La receptación está prevista en dos artículos del Código del 70: El artículo 321 establece:

"Será reprimido con prisión de seis meses a tres años y con diez a treinta días multa, el que adquiriere, recibiere y ocultare dinero, cosas o bienes provenientes de un delito en que no participó, o interviniere en su adquisición, receptación u ocultación".

"Se aplicará la respectiva medida de seguridad cuando el autor hiciere de la receptación una práctica que implique profesionalidad".

A su vez el artículo 322 establece:

"Será reprimido con prisión de seis meses a dos años el que, con el fin de lucro, adquiriere o recibiere cosas o bienes que de acuerdo con las circunstancias debía presumir provenientes de un delito".

"Si el autor hiciere de ello un tráfico habitual se le impondrá la respectiva medida de seguridad".

76) En páginas anteriores hemos demostrado cómo estos artículos no se diferencian en lo que se refiere al elemento subjetivo del delito, y al modo de probar el mismo. No puede considerarse el artículo 322 como una forma agravada de receptación (infra, N° 33 y 34). De modo que se trata de una superposición de artículos.

Será necesario, sin embargo, dejar subsistentes algunos aspectos de estos artículos, porque hay acciones en uno que no las contempla el otro; porque en aquellas acciones que son contempladas por ambos la pena de uno y otro artículo difiere.

Lo anterior resalta de una comparación cuidadosa de ambos artículos:

a) El artículo 321 habla del que "adquiriere, recibiere y ocultare"; o del que "interviniere en su adquisición, receptación u ocultación". El artículo 322 habla únicamente de "adquirir" o "recibir". De modo que en los verbos en que coinciden ambos artículos, es decir, "adquirir" o "recibir", será necesario aplicar el artículo 322, que comporta una pena menor (seis meses a dos años), que la que comporta el artículo 321 (seis meses a tres años y diez a treinta días multa). Lo anterior es aplicación de la regla más favorable al reo.

En lo que hace a la expresión "ocultare", que dice el artículo 321, deberá regirse por lo dispuesto en el artículo 321, que es el único que la prevé. Lo mismo hay que establecer en lo que se trata de la intervención en la adquisición, receptación u ocultación: el único artículo que lo prevé es el 321; luego, la pena que castiga dicha acción, es la prevista en el artículo 321.

b) El artículo 322 requiere que la acción se haga con "fin de lucro". Este fin de lucro no es exigido en el artículo 321, pero como dicho fin es elemento esencial de la receptación, y lo que la diferencia del favorecimiento real, y como la exigencia de esa finalidad particular es más favorable al reo, es un elemento que debe mantenerse.

c) El artículo 321 habla de "... dinero, cosas o bienes ..." provenientes de un delito; el artículo 322 habla únicamente de "cosas o bienes", provenientes de un delito. La expresión dinero puede considerarse incluida en los conceptos de "cosas" o "bienes", de modo que su ausencia en el artículo 322 no cambia el cuadro de identidad entre ambos artículos. Esta interpretación es más lógica que la más literal de castigar la receptación de cosas y bienes, o la intervención en esa receptación con la pena del artículo 322 (por ser más favorable que la del artículo 321), y la receptación de dinero, o la intervención en dicha receptación con la pena del artículo 321.

d) El artículo 321 emplea la expresión "... de un delito en que no participó...", la cual no se encuentra en el artículo 322. Aparte de ser un presupuesto más favorable al reo, dijimos que el no castigo de quien participó en el hecho principal como encubridor, deriva más que de la enunciación concreta que haga el legislador sobre el encubrimiento, de las características propias de la participación criminal.

77) En conclusión, es necesario fusionar ambos artículos en una definición. De ello resulta que receptación es:

a) Adquirir, recibir u ocultar, con conocimiento del delito anterior y con ánimo de lucro, sin promesa anterior al delito ni participación material en el mismo, cosas o bienes provenientes de un delito.

b) En particular en la adquisición, receptación u ocultación de cosas o bienes provenientes de un delito, sin promesa anterior al mismo, y sin haber participado en él. También es necesario que se conozca la comisión del delito anterior.

El error legislativo de castigar en dos artículos diferentes, hechos que son en lo esencial idénticos, lleva a la paradoja, de que hechos en el fondo parecidos, tengan pena diferente. Así:

a) La pena que castiga la adquisición y la recepción es de seis meses a dos años (Art. 322). Por interpretación favorable al reo es necesario excluir la pena mayor prevista por el artículo 321, que también contempla los mismos hechos.

b) La pena que castiga la ocultación de cosas o bienes, o la participación en la adquisición, receptación u ocultación, es de seis meses a tres años y de diez a treinta días multa (Art. 321).

78) Con estas indicaciones previas, es necesario entrar a estudiar la receptación en sus elementos constitutivos. Para nosotros los elementos constitutivos del delito previsto en los artículos 321 y 322 son los siguientes:

1º Es necesaria una acción consistente en adquirir, recibir u ocultar cosas o bienes provenientes de un delito o en participar en su adquisición, receptación u ocultación.

2º Es necesario el elemento intencional o subjetivo, o sea, el conocimiento del origen ilícito de la cosa y la circunstancia de

que la adquisición, receptación u ocultación, o la participación en las mismas sean voluntarias y con ánimo de lucro.

3º Es necesario no haber participado en el delito previo.

4º Es necesario el delito previo.

5º Es necesario que el acto en que consiste no se encuentre previsto por otro artículo, con excepción del que prevé el favorecimiento real.

Estas tres últimas condiciones ya fueron analizadas, por lo que remitimos al primer capítulo.

1 Elemento material de la receptación

79) Materialmente el encubrimiento consiste en recibir, adquirir y ocultar bienes o cosas de proveniencia ilícita.

La recepción, la adquisición y la ocultación, son expresiones verbales de un fenómeno jurídico más profundo: la necesidad de una detención material del objeto (cosa o bien) proveniente de un delito.⁽⁷⁸⁾

La recepción, adquisición, u ocultación indican que es necesario que el agente haya tomado posesión sobre el bien o cosa proveniente del delito. De ahí que la receptación se asemeje a algunos delitos contra la propiedad (tales el hurto y robo, donde hay la toma de la posesión 'invito domini'; la estafa, en la que hay la entrega de la cosa en virtud de maniobras fraudulentas del agente; la apropiación indebida, o abuso de confianza, donde lo que se presenta es la desviación del título en virtud del cual se había recibido la cosa, título que requería obligación de entregar o devolver), en los que también se requiere estar en posesión de la cosa.

80) Esta necesidad de detención material del objeto o cosa proveniente del delito plantea delicados problemas. La misma existe no solamente cuando el delincuente es personalmente poseedor de los objetos, sino también cuando los mismos son puestos a su disposición, de tal modo que pueda decirse que se encuentran bajo su poder jurídico.

(78) Garçon, Op. Cit., tomo III, pág. 563.

De ahí que para constituir el encubrimiento se requiera, si no una detención activa, al menos personal.⁽⁷⁹⁾

81) Esta necesidad de detención al menos personal explica la tendencia de la jurisprudencia a no condenar como encubridora a la mujer o a la concubina del ladrón, cuando éste lleva los objetos hurtados, robados, etc. a la casa que habitan juntos, a pesar de que la mujer o la concubina adquieran conocimiento del origen ilícito de la cosa o del bien. En efecto, la detención de la concubina o de la mujer no es personal; su posesión es equívoca.⁽⁸⁰⁾ La jurisprudencia no condena, incluso, en circunstancias en las que se prueba que la concubina se aprovechó de los efectos del delito. Así, en la Res. de 16:25 hrs. de 10 de marzo de 1964 de la Sala Segunda Penal SE SOBRESSEE provisionalmente a favor de la concubina que "... 'peló' las gallinas con el objeto de cocerlas y consumirlas...". Y en la resolución de 10:05 de 7 de abril de 1971 de la Sala Segunda leemos:

"En efecto, los objetos fueron llevados a la casa de Luisa por su concubino J. F. S. acompañado de otro reo. Esto no significa que ella guardara los objetos robados sino que bien puede ser que el concubino en su carácter de tal, los llevara a la casa donde ellos vivían para guardarlos él, y no su concubina".

82) En principio no hay impunidad de la esposa por los actos de encubrimiento realizados de objetos hurtados, robados, etc., por su marido, si hay detención material o personal no equívoca, o bien por los actos de encubrimiento realizados conjuntamente con él. No es posible, en tal caso, que ella pueda alegar subordinación debida a su marido. Primero, porque no existe en nuestro derecho civil ni en la Constitución tal subordinación y porque, aun existiendo la misma, no se convierte la mujer en incapaz de tener una voluntad propia y de concurrir por sí misma a una voluntad criminal.⁽⁸¹⁾ Los artículos del Código Civil que podrían citarse en apoyo de la subordinación de la mujer a su marido, reglamentan las relaciones civiles entre los esposos y no se refieren a las responsabilidades penales en que ellos podrían incurrir como individuos.

(79) Lambert, Op. Cit., pág. 504.

(80) Garçon, Op. Cit., tomo II, pág. 563, N° 12.

(81) Lambert, Op. Cit., pág. 506.

Esta idea parece subyacente en la sentencia de Cas. de 9:15 a.m. del 30 de octubre de 1923 (Col. Sent. Cas. II Sem., pág. 378). En ellas se rechaza el recurso de dos encubridores, marido y mujer, que habían comprado los efectos robados, conociendo su origen furtivo. Los objetos fueron comprados por el marido y vendidos por la esposa a un tercero de buena fe. El recurso alega contra la condenatoria de la mujer que ésta "... no ha hecho más que cumplir con el mandato que le diera su marido para ir a San Antonio de Belén a vender los objetos relacionados, lo que hizo sin malicia alguna que evidencie su culpabilidad, desde que vendió públicamente". La respuesta a tal argumento por la Corte, es categórica: "Que el artículo 479 del Código Penal establece que se castigará como encubridor del robo o del hurto de una cosa al que la compre o la reciba por cualquier título, sabiendo su origen o no pudiendo menos que suponerlo y ese precisamente es el caso de los procesados Araya y Arroyo..." "... de modo que no puede abrigarse duda razonable acerca de que ambos procesados participaron en el hecho en los términos que expresa el citado artículo...".

83) Requiriéndose un acto de detentación material de la cosa, o al menos personal, para que exista el encubrimiento, no lo habrá cuando una persona saque indirectamente provecho de un delito cometido por un tercero, aunque tenga conocimiento dicha persona de la comisión del delito. Tal es el caso de recibir ventajas patrimoniales genéricas, como alimentos o bebidas del ladrón, compradas con el producto del delito, salir de parranda con el ladrón, quien paga, etc.⁽⁸²⁾

84) No se requiere ningún acto de detentación ni material ni personal, sin embargo, para castigar al participante. El artículo 321 castiga, como conducta penalmente equivalente y alternativa al que "... interviniera en su adquisición, receptación u ocultación" de cosas u bienes provenientes de un delito). De modo que el participante (coautor o cómplice, poco importa) es punible de la misma pena que el encubridor, aunque no haya detentado los objetos. Tal disposición es una derogatoria particular de las reglas de la participación criminal de la parte general para el encubrimiento. De ahí que no se apliquen, y que en el caso en estudio no sea posible condenar a nadie por instigador del encubrimiento: este tipo de par-

(82) Soler, Op. Cit., tomo V, pág. 287; Garçon, Op. Cit., tomo II, pág. 563, N° 14.

ticipante está excluido de la enunciación del artículo 321 porque no interviene en la recepción, adquisición u ocultación de los objetos, bienes o cosas.

85) El legislador utiliza la expresión "bienes o cosas" para designar los objetos susceptibles de receptación. La expresión es lo suficientemente amplia para englobar todas aquellas cosas que pueden ser objeto de una apropiación legalmente punible: dinero, cartas, televisores, documentos, etc.

Hay quienes entienden que la propiedad en materia penal es un vínculo connotador de un complejo de relaciones jurídicas, aun despojadas de valor económico, entre un sujeto titular de derecho y un objeto material o inmaterial (derecho), que tiene como consecuencia la posibilidad de disponer de éste.⁽⁸³⁾ Para estos autores, son ubicables dentro de la protección penal de propiedad, aquellos bienes despojados de un valor económico, pero que tienen un valor efectivo o emocional (por ejemplo, el hurto de un rizo de un ser querido).

Aceptando un concepto tan amplio de propiedad en materia penal —que para nosotros debe coincidir con la propiedad del derecho civil—, aún así no es posible el encubrimiento, en su modalidad de receptación, porque ésta requiere el fin de lucro.

86) Las cosas o bienes ocultados, adquiridos o recibidos, deben ser "**provenientes de un delito**". Estos son 1º —La res furtiva— la cosa o cosas directamente adquiridas por medio del delito. 2º Las cosas obtenidas mediante un especificación posterior (fusión de los objetos de oro sustraídos; las partes del objeto sustraído) 3º Lo que se obtiene de la enajenación de la cosa (dinero obtenido de la venta, cosa permutada por el objeto obtenido con la ayuda del delito, etc.). 4º Las cosas o bienes creados por el delito (por ejemplo, los documentos falsificados). 5º Los bienes económicamente valorables que se hayan dado al culpable para que cometa el delito.

No se requiere, entonces, que la cosa o bien que se recepte —que es necesario poseer, detenerla— sea la misma que se obtuvo con el producto del delito, aunque generalmente lo sea.

(83) Fernando Bayardo Bengoa "Concepto de Propiedad Penal" en la Revista de Derecho Penal y Criminología" N° 1, 1970, pág. 5. Editorial La Ley, Buenos Aires.

Es posible ser receptor del dinero producto de la venta del objeto sustraído. La jurisprudencia ha resuelto que hay encubrimiento cuando alguien recibe, no el licor sustraído, sino el dinero producto de la venta de dicho licor. En tal sentido Casación acoge lo siguiente, dicho por la Sala: "Que el señor Murillo A. tenía conocimiento de los movimientos delictuosos de López, y en algunas ocasiones recibió de éste sumas de dinero, producto de la venta del licor que sustraía de las bodegas del ofendido"; por tanto, es culpable de encubrimiento. (Cas. 10:10 hs. de 30 de noviembre de 1954).

También existe encubrimiento cuando se transforma la cosa, se la especifica, o se la separa en partes, si el receptor conoce la proveniencia ilícita del objeto que adquiere. Una parte de la doctrina, sin embargo, se opone a tal tesis.⁽⁸⁴⁾ Para Larguier⁽⁸⁵⁾ cumplida la condición de la detención personal, no es necesario que el agente se haya encontrado detentador material de la cosa; puede haber encubrimiento cuando la cosa no se tiene todavía en las manos; tal es el caso del agente que acepta realizar sobre la cosa o el bien un acto jurídico, por ejemplo, transmitirla a otra persona.

87) No establece la ley limitación en lo que se refiere al delito anterior del cual provenga el objeto receptado. Generalmente, pero no de un modo necesario, provendrá de un delito contra la propiedad. Es posible el encubrimiento del objeto proveniente de un robo, un hurto, que es el caso más corriente en la jurisprudencia; puede provenir también de un delito de contrabando (Sala Primera Penal, Res. 15:15 hs. de 16 de noviembre de 1966); de un delito complejo de falsificación de marbetes y contrabando (Sala Primera Penal Res. 15.30 hs. de 1º de junio de 1967; Sala Primera Penal, Res. 15:05 hs. de 17 de octubre de 1967; Sala Primera Penal, Res. 15:25 hs. de 26 de enero de 1967); del delito de peculado (Sala Primera Penal 15:55 hs. de 8 de abril de 1969); del delito de abigeato (Sala Primera Penal, Res. 10:05 hs. de 3 de noviembre de 1961); del delito de merodeo (Sala Primera Penal 15:10 hs. de 23 de enero de 1959).

(84) En tal sentido, Logoz, Op. Cit., tomo I, pág. 136; Fontán Balestra, Derecho Penal, Op. Cit., pág. 772; Soler, Op. Cit., tomo V, pág. 288; Etcheberry, Op. Cit., tomo II, pág. 103; Marie-José Littmann, "Le Recel Pénal", note sous crim. 9 juill. 1970, Recueil Dalloz-Sirey, 1971, 13 janvier 1971-J. pág. 4.

(85) Larguier, Recel, Op. Cit., N° 9.

Desde luego, es posible la receptación de la cosa proveniente de una estafa. Sólo que en este caso la prueba del conocimiento del delito anterior por el encubridor se dificulta: en la estafa hay entrega voluntaria —con consentimiento viciado por error— de parte de la víctima de la estafa, y lo que separa en tales casos el dolo penal del civil es la posibilidad de que las maniobras fraudulentas empleadas por el estafador engañen a un hombre medio. Tal es la doctrina jurisprudencial. Por ello, el acusado de encubrimiento podrá decir que fue persuadido de la legítima proveniencia del objeto de parte del estafador.

88) Es principio cierto que puede haber varios encubridores de un mismo objeto. Tal es el caso de los individuos que adquieren sucesivamente un objeto producto de un delito, concretamente un hurto, con conocimiento de su carácter delictuoso. En tal sentido establece la Res. de 15:15 hs. de 24 de setiembre de 1965 de la Sala Segunda Penal:

“V. H. confesó haber adquirido la motocicleta a sabiendas de que era hurtada y así la vendió a su vez... B. S. R. adquirió la motocicleta por un precio sumamente bajo, lo que por sí solo debió hacerlo suponer que se trataba de un objeto de ilícita procedencia; por otra parte, el procesado V. H. expresa que al vendérsela le advirtió que era robada”.

Siendo el delito de encubrimiento un delito continuo, se deduce que en este caso no habrá tantos delitos de encubrimiento como poseedores de la cosa haya, sino que habrá un solo delito con diversidad de participantes. La adquisición, receptación u ocultación crea un estado antijurídico, castigado por la ley, que sólo finaliza con la destrucción del objeto, con la entrega del mismo al propietario o a la autoridad, con el abandono del objeto o su pérdida, o con la adquisición del mismo por un tercero de buena fe.

89) Pero la Sala Segunda Penal en su Res. de 15:30 hs. de 8 de mayo de 1964, ha resuelto que se cometen varios delitos de encubrimiento cuando con conocimiento de la ilícita procedencia y de los delitos cometidos, se compran varios objetos provenientes de diferentes delitos. Porque, dice la Sala, si la receptación “...constituye primordialmente una figura autónoma en perjuicio de la Administración de justicia, también lo es de carácter patrimonial en daño de las personas a quienes se le sustrajeron los objetos”.

Tal resolución es jurídicamente errada, en nuestro criterio. Olvida que siendo el encubrimiento un delito independiente, lo que importa es que haya una sola adquisición que se sitúe en un mismo punto en el espacio y en el tiempo. No importa, entonces, que los objetos que se adquieren al mismo tiempo provengan de un hurto y un robo, por ejemplo. Establecer lo contrario, conduce a considerar al delito de encubrimiento como dependiente del delito previo. La conclusión de la Sala deriva de una mala interpretación de Soler, como puede verse en la misma resolución: “Y advierte —Soler— que ‘no se multiplican los actos de encubrimiento por el hecho de que se efectúen varias operaciones de ocultación o compra de diferentes objetos **provenientes de un mismo delito**’, de donde resulta que si se trata de objetos producto de diferentes infracciones se cometen diferentes delitos de encubrimiento”.

En tal caso, Soler se refiere en el párrafo tomado por la Sala al caso excepcional del delito continuado, donde más que los actos de toma de posesión, importa la unidad de voluntad criminal del agente encubridor. De ahí que lógicamente esté errada la conclusión de la Sala, porque no puede sacarse de una excepción, una conclusión general referente al mismo asunto.

90) Bajo el Código de 1941 la jurisprudencia, especialmente de las Salas, había resuelto que no importaba el título en virtud del cual el encubridor entrara en posesión del bien o cosa de procedencia ilícita. En tal sentido dice la Sala Segunda en su resolución de 22 de diciembre de 1961:

“...la Sala llega a conclusiones jurídicas distintas de las del señor juez, pues si bien es cierto que el reo y apelante único O. J. es persona de mala conducta anterior, esa sola circunstancia no es suficiente para dictar en su contra auto de prisión y enjuiciamiento por el delito de encubrimiento pues tal figura delictiva se perfecciona cuando una persona comete cualquiera de los hechos enumerados en el artículo 401 del Código Penal, entre ellos recibir por cualquier título, objetos producto del delito...”.

La jurisprudencia había aceptado que dicho título podía ser:
a) la donación de una cantidad de dinero dada para comprar el silencio del encubridor por el ladrón, si ese dinero era parte del sustraído (Res. Sala Segunda de 15:20 hs. de 21 de julio de 1967). b) La compraventa, que es el título más común de entrar en posesión

de los objetos (Res. Sala Segunda de 10:30 hs. de 21 de noviembre de 1961, entre otras). c) La permuta (Res. 16:05 hs. de 22 de enero de 1965 de la Sala Segunda, entre otras). d) La entrada en posesión como comisionario (Res. Sala Segunda de 16:10 hs. de 23 de setiembre de 1966; Res. 15:15 hs. de 26 de junio de 1970 de la Sala Segunda, entre otras). e) También fueron considerados receptadores aquellos que reciben, conociendo su origen un objeto en pago de una deuda o como garantía de una deuda (Res. 16:05 hs. de Sala Segunda Penal de 22 de enero de 1965). f) Es receptor, por último, el taxista que, con conocimiento de la comisión del delito, transporta en su vehículo al ladrón con los objetos robados (contrato de transporte) (Res. de Sala Segunda Penal de 15:18 hs. de 18 de abril de 1969).

Esta jurisprudencia que considera receptor al que entra por cualquier título en posesión del objeto que sabe proveniente de un delito, está de acuerdo con el texto de la ley, que no determina un título particular de adquisición o recepción, para ser encubridor. Con texto casi idéntico en su legislación, algunos autores argentinos consideraron que la donación no podía servir de título para configurar el encubrimiento.⁽⁸⁶⁾

91) El Código de 1970 emplea las expresiones "adquirir", "recibir" y "ocultar".

No fija el título por el cual, para ser legalmente encubridor, haya que recibir o adquirir la cosa o el bien proveniente de un delito. De ahí que pueda ser por cualquier título, a condición de que dicho título de adquisición o recepción sea compatible con el ánimo de lucro que los artículos 321 y 322 exigen. En ausencia de este ánimo de lucro, pero en presencia de una adquisición o recepción de una cosa o bien, la conducta no es tipificable como receptación, porque aún el participante en los actos de adquisición, receptación u ocultación debe actuar con ánimo de lucro. Dicha conducta será punible de conformidad con el artículo 323, pero a título de favorecimiento real.

92) Cuando el acto por el cual el agente entra en posesión de la cosa o bien que sabe proveniente de un delito, es a la vez otro delito, por ejemplo un hurto, ello no hace desaparecer el en-

(86) Soler, Op. Cit., tomo V, pág. 288.

cubrimiento. Hurtándole al que a su vez había hurtado, y conociendo que la cosa hurtada a su vez había sido hurtada por su poseedor, se convierte quien tal hiciera en autor principal de un delito de hurto, y en receptor de la cosa así hurtada, que será cosa proveniente de un primer delito. Habría un concurso ideal de infracciones.⁽⁸⁷⁾

93) Definiendo la receptación como la entrada y el mantenimiento en la posesión de un objeto que se sabe de procedencia ilícita, por medio de su adquisición o recepción o como la ocultación del objeto, la misma es un delito continuo, que se consuma mientras dura la posesión. Ello parece exacto, puesto que la jurisprudencia con textos semejantes a los del Código del 70, ha considerado que existe receptación de parte de aquél que adquiere o recibe una cosa o un bien, que sabe que a su vez fue adquirido o recibido ilícitamente por un tercero, a su vez encubridor. La adquisición o la recepción u ocultación del objeto crea una posesión ilícita y mientras la misma dure, dura el delito. La prescripción de la acción penal solamente empieza a correr a partir del momento en que cese la posesión, sea cual sea el motivo por el que cesa.⁽⁸⁸⁾

Varias consecuencias derivan de la consideración del encubrimiento como delito continuo (receptación): a) El encubrimiento de cosas (receptación) puede ser perseguido en todos los lugares en que el objeto receptado ha sido poseído, desde el comienzo de la posesión ilícita, hasta que ésta termine. b) después de un sobreesamiento o una absolutoria, es posible instaurar una acción penal, y una condenatoria, si las mismas se refieren a hechos de detención posteriores del mismo objeto, a aquellos que fueron juzgados. En tal caso, ello no roza con la prohibición del artículo 530 del Código de Procedimientos Penales de 1910 (ni con su correspondiente; el artículo 1º del Proyecto de Código Procesal Penal en etapa de elaboración).

94) La definición de la receptación como delito continuo presenta dificultades cuando la cosa encubierta (receptada) es una cosa consumible, o simplemente fungible. Tales cosas no son siempre susceptibles de una posesión continua. En tal caso, la carga de la prueba referente a probar la continuidad de la posesión co-

(87) Garçon, Op. Cit., tomo III, pág. 564, Nº 21.

(88) Garçon, Op. Cit., tomo III, pág. 565, Nº 24.

responde al acusador, y conforme al Proyecto de Código de Procedimientos Penales, al Ministerio Público.

95) La participación en los actos de adquisición, receptación (u ocultación) establecida por el artículo 321 como penalmente equivalente a la receptación en sentido estricto, es un delito instantáneo. Lo que se castiga con ella es la **intervención**, y no la toma de posesión del objeto que se sabe de procedencia ilícita, ni el mantenerse en posesión del mismo.

96) Los artículos 321 y 322 del Código Penal castigan no solamente el adquirir y el recibir, sino también el ocultar; es decir, no solamente la entrada en posesión de un objeto de ilícita procedencia, cuando se conoce esta circunstancia, sino el mantenerse en posesión de él. Por consiguiente, es un delito continuo, que se renueva con todos sus elementos a cada instante.

De ahí que no sea necesario que coincida el conocimiento del origen delictuoso con el momento de la entrada de posesión: será receptor quien habiendo adquirido el objeto de buena fe, adquiere posteriormente la certeza de que proviene de un delito y se lo deja.⁽⁸⁹⁾ En materia penal, el "dolus superveniens nocet".⁽⁹⁰⁾

(89) Manzini, Op. Cit., Vol. V, pág. 314; Garçon, Op. Cit., tomo III, pág. 565, N° 30 s.; L. Huguency, Gaz. Pal. 1936-2-493.

(90) En otras legislaciones se presenta un choque entre la legislación civil y la penal, porque la primera considera que la buena fe se aprecia en el momento de toma de posesión, y se mantiene durante el curso de ésta, aunque luego el adquirente dure, e incluso adquiera la certeza de que su posesión es de mala fe. Ello porque, en materia de muebles la posesión vale por título, y sí, al momento de la adquisición de la posesión, el adquirente adquiere bien, adquiere la propiedad. Este es el punto de vista de la legislación francesa. (Véase, en tal sentido Gilles Goubeaux, note a Cas. crim. 30 octobre 1969-J.C.P.-II-16333; Jacques Léauté, "Les frontières du droit des contrats et du droit de la propriété en Droit Pénal Spécial", en Etudes Juridiques offertes a León Julliot de la Moradiere, págs. 246, 247, Paris, Dalloz, 1964). Pero el Código Penal castiga el recibir, adquirir u ocultar, una cosa que se sabe proveniente de un delito. Desde el momento en que el agente toma conciencia de la procedencia ilícita de la cosa, cometerá el delito de encubrimiento, delito continuo, aunque para el derecho civil continúe siendo poseedor de buena fe.

En nuestro derecho no se presenta la contradicción apuntada, creemos nosotros. El Código Penal castiga no solamente el dolo inicial en el encubrimiento, sino el dolo subsiguiente, a condición de que la figura de que se trate sea un delito continuo. Cuando se adquiere una cosa de buena fe, y luego se llega a la certeza de que es proveniente de un delito, y se la guarda, se la oculta, se está cometiendo el delito de encubrimiento. Pero, a su vez y en el mismo sentido, establece el artículo 285 del Código Civil: "Cesa de ser de buena fe la posesión en el momento de adquirir la certidumbre de que se posee indebidamente...".

Si hay contradicción entre el artículo 393, Inc. 3 del Código Penal de 1970 y el artículo 285 del Código Civil. El primero establece: "Será castigado con un mes a treinta días multa: a)" El que habiendo adquirido de buena fe, dinero u otras cosas sobre las que posteriormente sospeche que provienen de delitos, omitiere dar aviso a la Autoridad". El artículo 285 del Código Civil dice: "... si la posesión fuere de buena fe en su principio.

2 Elemento Subjetivo de la Receptación

97) La receptación requiere, como parte integrante del elemento subjetivo, el conocimiento del hecho principal del cual proviene la cosa o bien que se adquiere.

Ya nos referimos a algunas de las características de este elemento del delito. En particular, es necesario determinar que el encubridor conocía la existencia del delito previo del cual provienen los objetos adquiridos, recibidos o ocultados (véase N° 31, 32, 33, 34 y 35).

A lo dicho sólo nos resta agregar que el conocimiento del hecho previo debe ser probado por el acusador (aquí, por el acusador particular, por la Procuraduría, o por el juez instructor). De acuerdo con el principio de libertad de la prueba puede ser cualquiera de los legales, el medio utilizado.

Consultando las resoluciones judiciales, se llega a la conclusión de que se tiene por probado el conocimiento del hecho previo, cuando se establecen circunstancias que le quitan a la negociación realizada, o al acto realizado, **toda su normalidad**. Cuando las condiciones de la transacción realizada son anormales, de ahí se deduce que se conocía el delito previo. Condiciones anormales son la exigüidad del precio, la clandestinidad de la operación, la minoridad del vendedor o transmitente, los antecedentes conocidos por el adquirente del transmitente, la violación de los usos y costumbres mercantiles del lugar en que se hace la transacción, etc.

Tal nos parece ser la idea que está atrás de las siguientes resoluciones:

Res. Sala Segunda Penal de 17:10 hs. de 13 de setiembre de 1963:

"Ellos, como comerciantes, compraron bien a personas que, motivos suficientes tenían para pensar que estaba autorizada a vender, habiéndose celebrado las compras que ellos hicieron por un precio que no puede considerarse exiguo".

no pierde ese carácter por el solo hecho de que el poseedor dude posteriormente de la legitimidad de su derecho".

Cuando el poseedor de buena fe inicial duda o sospecha de que la cosa proviene de un delito, sin adquirir, desde luego, la certeza, será castigado por el artículo 393, Inc. 3; pero seguirá siendo poseedor de buena fe para el derecho civil!! Hay, por consiguiente, una total antinomia.

Res. 16:30 hs. de 12 de julio de 1963; de la Sala Segunda Penal:

"No se ve en absoluto el dolo, pues las compras fueron hechas con toda normalidad, empleando usos y costumbres comerciales".

Res. 16:55 hs. de 19 de noviembre de 1965 de la Sala Segunda Penal:

"M. V. adquirió los objetos mencionados, de que se dedicaba al comercio (sic.), cliente de su negocio, quien como de buenos antecedentes de conducta. La compra se hizo por un valor justo, superior al que se dio a los mismos en este proceso. En esas condiciones resulta evidente que no incurrió en delito".

98) También se castiga como receptador al participante (o participantes) en la adquisición, receptación u ocultación de los objetos provenientes del delito. El que "...interviniere...", solamente es receptador si conoce la existencia del hecho principal.

99) El conocimiento del origen fraudulento de los objetos receptados no basta. Es necesario, además, que el agente haya adquirido consciente y voluntariamente la cosa, que consciente y voluntariamente la haya recibido u ocultado, o que voluntaria y conscientemente haya participado (intervenido) en la adquisición, receptación u ocultación.⁽⁹¹⁾ Se requiere, además, la intención culpable, que en el caso concreto está integrada por el asociarse de cierta manera a la infracción principal y previa realizada —aunque el encubrimiento sea un delito independiente— y por sacar provecho de la infracción realizada.⁽⁹²⁾ Falta esta intención en el agente que, teniendo conocimiento del origen ilícito de la cosa, por negligencia tardara en dar parte a la policía o en operar la correspondiente restitución.

Tal es el sentido en que debe ser interpretada la exigencia por los artículos 321 y 322 del "fin de lucro". Por este hemos de entender, entonces, la particular finalidad de la voluntad del receptor —llamada en la teoría de la tipicidad elemento subjetivo del injusto— tendiente a aprovecharse personalmente, económicamente o no— de la cosa recibida, adquirida u ocultada, o respecto

(91) Logoz, Op. Cit., tomo I, pág. 137.

(92) Garçon, Op. Cit., tomo III, pág. 569.

de la cual intervino en su receptación, ocultación o adquisición. Será receptador el que adquiera, por ejemplo, la cosa, por un precio superior al que en realidad tiene. Con la satisfacción personal derivada de la cosa se lucra.

El fin de lucro es más difícil que exista en el que interviene en la recepción, adquisición u ocultación de la cosa. De ahí que la conducta del participante tenga que ser tratada como favorecimiento real, por lo general.

El fin de lucro es esencial en la receptación: es lo que diferencia a ésta del favorecimiento real.

Sección III — El Favorecimiento Real

100) El artículo 323 dispone que: "Será reprimido con prisión de tres meses a dos años el que, sin promesa anterior al delito, pero después de la ejecución de éste, procure o ayudare a alguien a lograr la desaparición, ocultación o alteración de los rastros, pruebas o instrumentos del delito o a asegurar el producto o el provecho del mismo.

Esta disposición no se aplica al que de alguna manera haya participado en el delito o al que incurriere en el hecho de evasión culposa".

El último párrafo del artículo sale sobrando. Es evidente que esa disposición no se aplica al que haya participado en el delito, por la accesoriedad del encubrimiento respecto de la participación criminal. Además, el mismo artículo 323 enuncia el mismo concepto en el párrafo primero, al decir: "...el que, sin promesa anterior al delito, pero después de la ejecución de éste...". No se entiende, por otro lado porque el último párrafo del artículo 323 diga que: "Esta disposición no se aplica... al que incurriere en el hecho de evasión culposa...". Siendo la evasión culposa, es incompatible con la índole dolosa del delito de encubrimiento. Hicimos notar, además, que el encubrimiento es una figura subsidiaria (Infra, N° 43 y 44), porque el encubrimiento solamente existe cuando los hechos que lo constituyen no están previstos por una norma legal diversa.

101) El artículo 323 castiga dos tipos de acciones que tienen unidad propia, cada uno de ellos: a) Castiga al que "...procurare

o ayudare a alguien a lograr la desaparición, ocultación o alteración de los rastros, pruebas o instrumentos del delito". b) Castiga también al que "... ayudare a alguien... a asegurar el producto o el provecho del mismo".

La primer serie de hechos se asemeja a lo que algunas legislaciones (por ejemplo, el Código Italiano, Art. 374) denominan "Fraude Procesal". La segunda es lo que se conoce propiamente con el nombre de favorecimiento real.

1 El procurar o ayudar a alguien a lograr la desaparición, ocultación o alteración de los rastros, pruebas o instrumentos del delito.

102) Esta disposición trata de proteger, en el fondo, la prueba indiciaria, la constatación directa (inspección judicial) y la prueba de peritos, en el proceso penal, mediante la conservación del estado de las cosas, objetos, lugares, etc., que eventualmente podrían ser apreciados por el juez penal o por peritos. Es, pues, el establecimiento de un mínimo de honestidad y moralidad en la actitud de las partes.

Los elementos del delito son: 1) Existencia de un hecho principal. 2) La no participación (ni subjetiva ni objetivamente) 3) El conocimiento del hecho principal. 4) La conducta activa. 5) El elemento subjetivo.

Las tres primeras condiciones ya fueron analizadas en el capítulo I. Nos toca, pues, referirnos al elemento material y al elemento subjetivo del delito.

1.1. Elemento material

103) El hecho constitutivo de delito definido por el artículo 323 como el hecho de procurar o ayudar a alguien a lograr la desaparición, ocultación o alteración de los rastros, pruebas o instrumentos del delito.

Es necesario que dicha conducta no esté prevista expresamente por otro artículo, porque como en todos los casos de encubrimiento, dicha norma excluiría la aplicación de las relativas al encubrimiento.

104) Por rastros del delito se entiende todas aquellas señales físicas que dejan los delitos que el Código de Proc. Pen. de 1910 denomina de "hecho permanente" (Art. 182), y que pueden ser descritos y apreciados por el juez o por peritos, cuando su constatación requiera conocimientos especiales o aparatos especiales.

Los mismos pueden encontrarse en las cosas, en los lugares o en las personas relacionadas con el delito.

Por pruebas del delito debe entenderse aquella cosa que puede ser destruida, alterada u ocultada y que directamente lo prueba. Tal es el caso de los documentos públicos o auténticos que comprueben directamente el hecho delictuoso, y que según el artículo 508 del Cód. de Proc. Pen. de 1910, hacen plena prueba en los negocios criminales en cuanto a la existencia del mismo. Faltando la condición de que la cosa pruebe directamente el delito, debe ser apreciado discrecionalmente por el juez.

Por instrumento del delito se entiende aquel medio material con que el mismo se cometió (el revólver con que se disparó a la víctima, etc.).

Estos instrumentos del delito, son considerados en el artículo 323 como posibles elementos de prueba y no en su valor económico.⁽⁹³⁾ Pero como los instrumentos del delito no son bienes o cosas provenientes del delito en el sentido en que utiliza la expresión el artículo 321 y 322, que castiga la receptación, de ahí se deduce que no se puede ser receptor, aunque se adquieran con ánimo de lucro, de dichos instrumentos. Cuando se adquiere con ánimo de lucro y con conocimiento de la realización del hecho los instrumentos del delito se cometa el delito de favorecimiento real en la modalidad que estudiamos. El ánimo de lucro no es incompatible con la finalidad de entorpecer la acción de la justicia.

105) El artículo 323 castiga dos acciones, en realidad: a) procurar la desaparición, ocultación o alteración de los rastros, pruebas o instrumentos del delito. b) ayudar a alguien a lograr la desaparición, ocultación o alteración de los rastros, pruebas o instrumentos del delito.

(93) Soler, Op. Cit., tomo V, pág. 285.

En otras palabras, castiga el procurar la desaparición, ocultación o alteración de los rastros o instrumentos o pruebas del delito, y el haber participado en la desaparición, ocultación o alteración de los rastros, pruebas o instrumentos del delito. Por ello, podemos afirmar que este artículo contiene una derogatoria de las reglas de la participación criminal. La razón para castigar la participación, en calidad de cómplice —ayuda o cooperación—, con independencia de lo dispuesto por la parte general del Código, se encuentra en que el autoencubrimiento no es punible. Por consiguiente, cuando el que realizaba la desaparición de los rastros, pruebas o instrumentos del delito era el que había participado en la infracción, el participante no podría ser castigado, si se aplicara la parte general del Código, porque faltaría un hecho principal del que él pudiera tomar su responsabilidad, (sistema de responsabilidad de préstamo). No es, por tanto, punible la instigación cuando se trate de ayudar a otro.

106) El artículo 323 castiga el “procurar la desaparición, ocultación o alteración de los rastros o instrumentos o pruebas de un delito”. Se deduce, entonces, que no es necesario que se haya logrado efectivamente la destrucción, desaparición u ocultación. El delito se consuma en el momento en que se procura realizar las acciones indicadas. No es posible la tentativa. Por otro lado, es un delito instantáneo.

Cuando se trate del que ayudare a alguien a lograr la desaparición, ocultación o alteración de los rastros o instrumentos del delito, tampoco es punible la tentativa. El hecho solamente es delito cuando alguien “logró” la desaparición, alteración u ocultación, total o parcial, de las cosas mencionadas. Por tanto, solamente se castiga la ayuda dada, la ayuda ya realizada, que efectivamente contribuyó a la destrucción, ocultación o alteración.

1.2. El elemento subjetivo

107) El elemento subjetivo del delito de destrucción, alteración u ocultación de pruebas, instrumentos o rastros del delito, consiste en el dolo. La acción o acciones realizadas deben serlo dolosamente. La forma culposa está excluida. Quien culposamente borrara las huellas digitales dejadas por el asesino, destruyera el documento falsificado con el que se cometió la estafa, o tirara al

río el revólver del homicida, no cometería el delito. Este dolo está integrado por el conocimiento del hecho principal realizado, y por la intención delictuosa, consistente en procurar la destrucción, alteración u ocultación de las pruebas, instrumentos o rastros del delito, con el conocimiento y la dirección intencional de entorpecer la acción de la justicia.⁽⁹⁴⁾

La ayuda o la procuración de la alteración, destrucción o ocultación debe ser libre y voluntaria, de modo que la coacción o amenaza, le quitan su carácter delictuoso.

2—El ayudar a alguien a asegurar el producto o provecho del delito

108) El artículo 323 castiga al que ayudare a alguien a asegurar el producto o el provecho del delito. Este hecho es lo que se denomina en otras legislaciones favorecimiento real. Este delito requiere, como todos los encubrimientos, que se den lo que hemos definido como condiciones generales: hecho previo, su conocimiento, no participación en este delito previo, necesidad de actos positivos, la no contemplación del hecho por una regla diferente de las que castigan el encubrimiento (carácter subsidiario), que ya fueron estudiados. Pero además requiere, que los hechos por él castigados no estén contemplados por otra de las formas de encubrimiento. Es un delito totalmente subsidiario. Además, requiere un elemento material y un elemento subjetivo, que pasamos a estudiar.

2.1. El elemento material de la ayuda a asegurar el producto o provecho del delito

109) El elemento material de la figura consiste, según el artículo 323 en “...ayudar a alguien a asegurar el producto o el provecho del mismo” (del delito).

El mayor problema que presenta tal definición es distinguir ese elemento material de aquel de la receptación (Arts. 321 y 323).

110) El elemento material de la receptación consiste en adquirir, recibir, u ocultar cosas o bienes provenientes de un delito en que no se participó, o en intervenir en su adquisición, recepción u ocultación.

(94) Soler, Op. Cit., tomo V, pág. 285.

Como es posible que se reciban, adquieran u oculten cosas o bienes provenientes de un delito en que no se participó —que son producto o provecho del delito, también— o que se intervenga en su adquisición, recepción u ocultación, no por el deseo de tenerlas, sino para ayudar a otro a asegurar el producto o provecho del delito, muchos autores dicen que no hay diferencia objetiva entre el favorecimiento real que estudiamos y la receptación. La diferencia, según ellos, es puramente subjetiva: en la receptación el acto debe haber sido realizado con el fin de lucro, y no en el favorecimiento real. El acto es realizado altruistamente o en beneficio de un tercero. Comentando disposiciones parecidas a las nuestras, tal es la posición de Manzini.⁽⁹⁵⁾

111) Nosotros creemos que el elemento material de ambos delitos coinciden, efectivamente, cuando el producto o provecho del delito es una cosa o bien susceptible de ser poseída. Es necesario, por tanto, que este producto o provecho del delito tenga un “**corpus**”, que pueda tenerse como un determinado “**animus**”. En tal caso producto o provecho del delito es equivalente a cosa o bien proveniente de un delito. Y cuando la cosa es adquirida, recibida u ocultada, o cuando se interviene en su adquisición, recepción u ocultación— el único elemento diferenciador entre la receptación y el encubrimiento real sea el fin de lucro en la primera. Los términos “recepción”, “adquisición”, “ocultación” requieren que la cosa o bien sea susceptible de ser poseída. La intervención en estas operaciones indica que otro “adquirió”, “recibió” u “ocultó” la cosa o el bien.

Pero el artículo 323 habla de “provecho” del delito. Y puede haber provechos que sean puramente satisfacciones personales, o provechos que no son cosas en el sentido del artículo 321 y 322 (receptación) o provechos que sean cosas que no puedan ser poseídas, requisito exigido por la receptación. Por ejemplo, el provecho consistente en un ascenso en la jerarquía administrativa, otorgada al delincuente autor del hecho previo, como premio o precio a su delito, puede ser asegurada por un tercero, pero no puede ser adquirida, recibida u ocultada, ni puede intervenir en su adquisición, recepción u ocultación.

(95) Manzini, Op. Cit., Vol. V, pág. 309.

De ahí que nosotros creamos que tales casos, en los que el provecho no es una cosa o un bien en el sentido del artículo 321 y 322, aunque el que ayude a asegurarlo actúe con ánimo de lucro, cometerá, no el delito de receptación —pues no es cosa ni bien— sino el delito de favorecimiento real, en el sentido que lo estudiamos. La ausencia de ánimo de lucro no es una característica esencial del favorecimiento real. Cuando los mismos hechos materiales están previstos por la receptación, y hay ánimo de lucro lo que opera es subsidiaridad. Es decir, la exclusión del favorecimiento real, no porque los hechos realizados con ánimo de lucro sean incompatibles con él, sino porque otra figura los prevé.

112) De ahí que nuestra ley caiga en una contradicción: cuando el beneficiado con el provecho que no es cosa o bien en el sentido requerido para la receptación es un tercero, no cometerá delito (tampoco lo cometerá el autor del hecho principal, por haber participado en el delito), aunque actúe con ánimo de lucro. El artículo 323 castiga el **ayudar a asegurar el provecho del delito únicamente**; la receptación (Arts. 321 y 322) exige que haya un bien o una cosa, que sean susceptibles de recibirse, adquirirse u ocultarse. Pero el que ayuda a asegurar el provecho (que no es cosa o bien posible) es castigado por el artículo 323.

2.2. El elemento subjetivo de la ayuda a asegurar el producto o provecho del delito.

113) El elemento subjetivo del delito estudiado está constituido por el conocimiento del delito previo y por la voluntariedad de la acción de ayudar al aseguramiento del producto o del provecho del delito.

La ausencia del ánimo de lucro no es esencial, como lo demostramos, para configurar el elemento subjetivo. Cuando los actos materiales coinciden con los definidos por el legislador como receptación, la presencia del ánimo de lucro hace que el hecho sea absorbido por la receptación y que opere el criterio de subsidiaridad. Cuando esta coincidencia no se da, y el hecho realizado con ánimo de lucro es acomodable en el artículo 323, la presencia del ánimo de lucro no destruye la existencia del delito. Más bien puede agravar la pena.

CONCLUSION

114) El estudio del tratamiento del encubrimiento en los Códigos anteriores al del 70, da un balance favorable a favor de éste, que tiene grandes aciertos:

1—El criterio casuístico de los códigos anteriores se abandona. En el Código del 70 hay una sistematización del conjunto de delitos que forman el encubrimiento.

2—Desaparece —quizás por casualidad y como consecuencia de un error de redacción— el sistema de presunciones que tenía nuestro derecho en la receptación de comerciante. Las mismas contradecían los postulados de la culpabilidad.

3—Distinguiendo entre favorecimiento real y receptación, el Código del 70 abre la posibilidad de tener en cuenta realidades psicológicas (por ejemplo, el fin de lucro), lo que no era posible en los códigos anteriores.

115) Pero estos aciertos del nuevo Código no deben hacernos olvidar sus defectos, algunos de los cuales solamente podrán ser corregidos mediante la intervención del legislador. Entre estos errores podemos citar:

1—El nuevo Código crea una antinomia, entre el derecho penal y el derecho civil. En efecto, el artículo 392, Inc. 3, castiga el hecho de no autodenunciarse a la autoridad cuando se sospeche o dude de la legítima procedencia de cosas o bienes, adquiridas con buena fe inicial. Pero el artículo 285 del Código Civil establece que, siendo de buena fe la posesión en su inicio, no pierde ese carácter por el solo hecho de que el poseedor dude posteriormente de la legitimidad de su derecho.

2—Los artículos 321 y 322 del nuevo Código Penal, referentes a la receptación, castigan como diferentes los mismos hechos. Como no son totalmente coincidentes dichos artículos y difieren en puntos secundarios, llegamos a la conclusión de que habrá actuaciones semejantes, regidas por penas diferentes (ver N° 77).

3—El nuevo Código penal abunda en repeticiones, en frases innecesarias, etc., en especial en los artículos que castigan el encubrimiento. He aquí algunos ejemplos: el artículo 323 establece: “Esta disposición no se aplica al que de alguna manera haya participado en el delito o al que incurriere en el hecho de evasión

culposa”. Tal frase es innecesaria, porque en el párrafo primero del mismo artículo se dice “... el que sin promesa anterior al delito, pero después de la ejecución de éste...”. Más innecesaria todavía es la frase en lo que dispone sobre la evasión: no es compatible la índole dolosa del favorecimiento real con la evasión culposa. Además, una de las características del encubrimiento es su carácter subsidiario.

Del mismo modo disponen los artículos 321 y 322 respectivamente: “Se aplicará la respectiva medida de seguridad cuando el autor hiciere de la receptación una práctica que implique profesionalidad”; “Si el autor hiciere de ello un tráfico habitual se le impondrá la respectiva medida de seguridad”.

En otras palabras, cuando el agente se encuentre en las condiciones jurídicas para una declaratoria de profesionalidad o habitualidad, se hará la respectiva declaración. Decir esto es innecesario, porque ya está dicho por los artículos 40 y 41 del mismo Código Penal.

Pero tal error, tal repetición, trae una consecuencia: de acuerdo con las disposiciones sobre profesionalidad de la parte general del Código (Art. 41), el juez tenía la facultad de agravar la pena o de aplicar la respectiva medida de seguridad en los casos de profesionalidad. Tal facultad la pierde en tratándose de la receptación. El artículo 321 dispone que se aplicará “... la respectiva medida de seguridad...” cuando el autor hiciere de la receptación una práctica que implique profesionalidad.

4—Desaparece con el nuevo Código lo que había sido tradicionalmente una excusa absolutoria en nuestro derecho, concedida a favor del encubridor cuando encubría a un delincuente que se encontraba ligado con él por lazos de matrimonio, determinado parentesco o amistad íntima. El fundamento de dicha excusa, según don Rafael Orozco, era el respeto que el legislador debía a “los sagrados vínculos de familia”.

Dichos lazos de parentesco o de amistad íntima podrán ser tomados en cuenta por el juez a la hora de conceder el perdón judicial (Art. 93, Inc. 3).

Será la práctica la que determine cuál sistema es mejor: si el de la excusa absolutoria de los códigos anteriores, respaldado por una tradición secular, o el nuevo criterio del perdón judicial.