



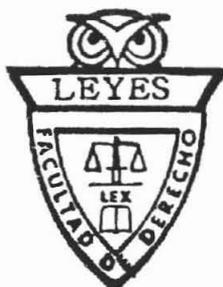
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO SEMINARIO DE DERECHO PENAL

"ESTUDIO DOGMATICO DE LA FRACCION V DEL ARTICULO 320 DEL CODIGO PENAL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL"

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE: LICENCIADA EN DERECHO PRESENTA: GUADALUPE MAGALI GALLARDO CORDOBA



ASESOR: LIC. JAVIER PEREZ WALTERS



MEXICO, D. F.

2005

m. 347892



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO PENAL
OFICIO INTERNO FDER/155/SP/08/05
ASUNTO: APROBACION DE TESIS

DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACION
ESCOLAR DE LA U.N.A. M.
P R E S E N T E.

La alumna **GALLARDO CORDOBA GUADALUPE M.**, ha elaborado en este Seminario a mi cargo y bajo la dirección del **LIC. JAVIER PEREZ WALTERS**, la tesis profesional titulada **"ESTUDIO DOGMÁTICO DE LA FRACCIÓN V DEL ARTÍCULO 320 DEL CÓDIGO PENAL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL"** que presentará como trabajo recepcional para obtener el título de Licenciado en Derecho.

EL profesor **LIC. JAVIER PEREZ WALTERS** en su calidad de asesor, nos informa que el trabajo ha sido concluido satisfactoriamente, que reúne los requisitos reglamentarios y académicos, y que lo aprueba para su presentación en examen profesional.

Por lo anterior, comunico a usted que la tesis **"ESTUDIO DOGMÁTICO DE LA FRACCIÓN V DEL ARTÍCULO 320 DEL CÓDIGO PENAL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL"**, puede imprimirse para ser sometida a la consideración del H. Jurado que ha de examinar a la alumna **GALLARDO CORDOBA GUADALUPE M.**

En la sesión del día 3 de febrero de 1998, el Consejo de Directores de Seminario acordó incluir en el oficio de aprobación la siguiente leyenda:

"El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad"

ATENTAMENTE
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"
Cd. Universitaria, D. F., a 10 de agosto de 2005

LIC. JOSE PABLO BARINO Y SOUZA.
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO PENAL



DEDICO ESTE TRABAJO:

Al creador del universo: por darme la dicha de llegar hasta este momento tan importante en mi vida.

A la Universidad Nacional Autónoma de México: gracias por haberme abierto tus puertas, dándome la oportunidad de egresar de la Facultad de Derecho, a la cual me siento muy orgullosa de pertenecer. Asimismo agradezco a mis profesores por sus conocimientos transmitidos.

A Diego Iván: hijo mío, aunque todavía eres muy pequeño, has sido tú quien en realidad me ha impulsado a culminar este trabajo, deseo que algún día te sirva de ejemplo, y te sientas orgulloso de tu madre, quien te ama como a nada en este mundo.

A mis padres: papá, gracias por impulsarme siempre a seguir estudiando, y por haberme enseñado a no temerle a la vida. Gracias mamá por todo tu amor y comprensión; agradezco que hayan sembrado en mí valores tan importantes, que sin duda son pilares fundamentales en mi formación.

A Lilia, Yolanda, Rocío y Luz: hermanas, no tengo palabras para agradecer el ejemplo, la comprensión y la seguridad que me han brindado para enfrentar los retos que la vida me presente, pero sobre todo gracias infinitamente por su cariño, he sido muy afortunada de ser la menor y de que me hayan visto como una hija, más que como una hermana.

A Jorge, Álvaro, Armando y Juan Carlos: hermanos, gracias por haber creído en mí, por estar al pendiente, por preocuparse y por apoyarme siempre.

A Rodolfo: hermano, sin duda se que estarías orgulloso de mí, espero no haberte defraudado, gracias por haberme dado la oportunidad de conocerte y de saber que nunca estaré sola, pues siempre estarás a mi lado para guiarme.

A mi familia: gracias porque de alguna manera han estado pendiente de este trabajo, sin duda han cooperado conmigo para ver culminado el esfuerzo en esta etapa de mi vida, agradezco a Dios, el tener una familia tan estupenda.

A mis amigos: Gracias por haberme exhortado a terminar este trabajo, pero sobre todo, gracias por su amistad y lealtad, por compartir conmigo alegrías y tristezas, y por demostrarme que nuestros lazos perdurarán por mucho tiempo.

A mi asesor: Lic. Javier, muchas gracias por creer en mí y por ayudarme a vencer este obstáculo.

ESTUDIO DOGMÁTICO DE LA FRACCIÓN V DEL ARTÍCULO 320 DEL CÓDIGO
PENAL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL.

	Págs.
INTRODUCCIÓN.	
CAPITULO I. EVOLUCION Y NATURALEZA DEL DELITO DE ENCUBRIMIENTO.	
1.1. Derecho romano.	1
1.2. Derecho español.	5
1.3. Derecho alemán.	8
1.4. Derecho mexicano.	10
1.4.1. Código penal de 1871.	11
1.4.2. Código penal de 1929.	13
1.4.3. Código penal de 1931.	18
1.4.3.1. Reformas de 1984.	20
1.4.4. Código penal de 2002.	21
CAPÍTULO II. CONCEPTOS Y FUNDAMENTOS.	
2.1. Concepto de ayuda.	24
2.2. Concepto de encubrimiento.	28
2.3. La accesoriedad.	30
2.4. Presupuestos.	33
2.5. Tipos:	35
2.5.1. Por favorecimiento	35
2.5.1.1. Favorecimiento personal.	36
2.5.1.2. Favorecimiento real.	40
2.5.1.3. La receptación.	45
2.6. La responsabilidad penal.	50
2.7. Diferencia entre encubrimiento y participación.	54

CAPITULO III. ESTUDIO DOGMÁTICO DE LA FRACCIÓN V DEL ARTÍCULO 320 DEL
CÓDIGO PENAL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL.

3.1. Conducta.	59
3.1.1. Acción y omisión.	59
3.1.2. Resultado.	65
3.1.3. Nexo causal.	66
3.1.3.1. Teorías causalistas.	66
a) Teoría de la equivalencia de las condiciones.	66
b) Teoría de la última condición.	67
c) Teoría de la condición más eficaz.	68
d) Teoría de la prevalencia.	68
e) Teoría de la causalidad adecuada.	68
f) Teoría de la causa eficiente.	69
g) Teoría de la causa humana exclusiva.	69
3.2. Ausencia de conducta.	72
3.3. El tipo penal.	73
3.3.1. La tipicidad.	73
3.3.2. Sujetos.	
a) Activo.	74
b) Pasivo.	76
3.3.3. Objetos.	
a) Material.	76
b) Jurídico.	76
3.3.4. Lugar y tiempo de comisión del delito.	81
3.4. Ausencia de tipicidad.	82
3.5. La antijuridicidad.	83
3.6. Causas de justificación.	84
3.7. Imputabilidad.	87
3.8. Inimputabilidad.	87

3.9.	La culpabilidad.	88
	a) El dolo.	88
	b) La culpa.	91
3.10.	La inculpabilidad.	92
3.11.	Condiciones objetivas de punibilidad.	94
3.12.	La punibilidad.	95
3.13.	Excusas absolutorias.	96

CAPITULO IV. NECESIDAD DE DEROGAR LA FRACCION V DEL ARTÍCULO 320 DEL CÓDIGO PENAL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL.

4.1.	Problemática que presenta la actual fracción V del artículo 320 del Código Penal vigente para el Distrito Federal.	99
4.2.	Consumación y ejecución.	101
4.3.	Omisión de denuncia.	104
4.4.	Tentativa.	114
	Conclusiones.	119
	Propuesta.	122
	Bibliografía.	126

INTRODUCCIÓN.

Las conductas de encubrimiento describen una serie de comportamientos que el legislador pretende que los destinatarios eviten, pues constituyen atentados contra la eficacia de los medios y consecuencias penales previstos al efecto tras la comisión de delitos y en la medida en que hayan fracasado los medios de tutela contra el mismo bien jurídico.

Lo cierto es, que se ha aprovechado la corriente de cambios para acoger una vieja aspiración de la doctrina penal mayoritaria: la incorporación de estas conductas encubridoras a la parte especial, con la consiguiente clarificación, al menos conceptual de las formas de participación

Lo que tal vez no haya ayudado a aclarar, al menos de forma suficiente; es la relación existente entre todas las formas de favorecimiento (encubrimiento, receptación, y porqué no omisión de impedir delitos), así como la fijación de los nuevos límites de la intervención penal, resultado de la aplicación de las figuras de la autoría y de la participación en todas las formas de favorecimiento. Incluso las relaciones entre las diferentes formas de favorecimiento quedan ahora en entredicho, en particular por lo que se refiere al favorecimiento real y al favorecimiento personal.

Basta comprobar la ubicación y contenido de los delitos de encubrimiento que se ha llevado a cabo en el código penal para poder constatar el tardío triunfo de la tesis que durante el siglo pasado, ha sustentado el derecho comparado en forma abrumadora, y esta no es otra que la consideración del encubrimiento como delito autónomo que afecta a un bien jurídico identificable con claridad, la Administración de Justicia.

En efecto, parece que en algunas situaciones la sociedad entiende como repugnantes algunas conductas que, sin estar propiamente dentro de la autoría de la conducta típica, si llegan a merecer un alto grado de reproche pues se considera como reprochable el no acudir en auxilio del necesitado, tanto que a veces se asimila tal

omisión a la acción que debía haberse impedido. Esta última figura sin duda, será trascendente en el presente trabajo; pues, sin llegar a ser considerados autores de un delito contra los bienes jurídicos, sin llegar a ser supuestos de complicidad omisiva, algunas infracciones de deberes parecen exigir al legislador que las castigue severamente, de manera que se amparen determinados bienes más allá de lo habitual en la delimitación de las formas de participación punibles.

CAPÍTULO I EVOLUCIÓN Y NATURALEZA DEL DELITO DE ENCUBRIMIENTO.

1.1. DERECHO ROMANO.

No se observaba en el derecho romano una distinción clara entre complicidad, favorecimiento y receptación, en forma similar a lo que ocurre con algunas otras instituciones dentro del derecho penal romano, el encubrimiento así como la participación no son tratados en forma sistemática, no obstante que la participación es una importantísima parte del delito; en la regulación romana cuando varias personas cometían un delito eran responsables *in solidum*, es decir solidariamente, sin que pudieran recurrir al beneficio de división, tal y como apunta el jurista Eugene Petit, en su tratado elemental de derecho romano: "La obligación *in solidum* nace de la falta común o del delito común de los deudores puede encontrarse en un contrato o cuasicontrato, así como en un delito o cuasidelito..., y cada deudor puede ser perseguido *in solidum*, aunque la reparación no se deba más que una vez."¹

En cuanto al delito de encubrimiento, es un hecho ilícito que no fue desarrollado como tal, pues se menciona en los textos de derecho romano, al lado de la figura del *furtum* (hurto), respecto del que se elaboró una teoría mas completa, asimismo, también se ubica dentro de las formas de coparticipación, incluyéndose dentro de ésta la participación posterior al delito, sin embargo, es importante mencionar que en el derecho romano, no se hizo una clasificación de las diferentes formas de participar en el delito, ya que incluso se aplicaba al partícipe la misma pena a que se hacía acreedor el autor principal.

Por lo que se refiere al auxilio, de acuerdo con Teodoro Mommsen, no había una distinción de las formas en que este podía presentarse, así existe el auxilio prestado antes, durante y posterior al delito, y en realidad únicamente se enunciaba la figura del auxiliador, pero no se determinaba su regulación jurídica, y sólo algunas veces se castigaba el auxilio proporcionado al autor principal como un hecho delictuoso independiente, pero esto no constituía una regla general.

¹ PETIT, Eugene, "Tratado de derecho romano", 11ª edición, reimpresión, Porrúa, México, 2002, pág. 353.

Teodoro Mommsen afirma respecto del hurto (*furtum*), que: "podía ser cometido por varias personas a la vez. La fórmula usual de la demanda, a saber del hecho y del consejo, se aplicaba probablemente, no tan sólo a los instigadores y a los cooperadores o auxiliares, sino también a los autores propiamente dichos. En general para los casos de codelincuencia servía de guía el principio según el que el delito como tal era indivisible, principio que también sirvió de regla para la punibilidad. Tocante a la participación de varias personas en un mismo hurto, se aplicaban en los casos concretos las siguientes particularidades:

1.- Para que pudiera afirmarse la participación de varias personas en un mismo hecho, no era necesario que el acto de cada una de ellas presentara figura definida de delito, bastando con que fuese punible el ejecutado entre todos, v. gr., cuando entre varios ladrones se llevan una cosa que uno sólo no hubiese podido manejar;

2.- La instigación y el auxilio, sin que existiera una verdadera contrectación, solamente eran punibles, igual que el hurto mismo, cuando este hubiera sido consumado; pero por otra parte, podían tales actos ser objeto de sanción penal, aún cuando existiere algún obstáculo jurídico que impidiese ejercer la acción de hurto contra el ladrón, v. gr., cuando fuese un esclavo quien, por consejo de otra persona, hubiera robado a su señor. El saber que actos podían ser considerados como instigación y auxilio era más bien una cuestión de hecho que de derecho;

3.- Si un esclavo hubiera cometido el delito por mandato de su señor ambos eran considerados como autores. Posteriormente, en el caso de que un esclavo hubiera ejecutado el delito con conocimiento previo del señor, era este considerado como codelincuente, si hubiera podido impedirlo (...)."²

Este último punto, vendría a ser el antecedente exacto de la fracción V, del artículo 320 de nuestro código penal vigente para el Distrito federal; pues, de relevancia resulta la forma en que se consideraba el hecho de tener conocimiento sobre la comisión de un delito y respecto del que había una obligación de denunciarlo, porque en caso de no hacerlo, el sujeto que omitía era considerado codelincuente.

Durante la regulación de las XII Tablas, si el esclavo cometía un delito con conocimiento previo del señor, únicamente el esclavo era responsable; la inclusión del

² MOMMSEN, Teodoro, "Derecho penal romano", versión castellana de P. Dorado, reimpresión, Themis, Bogotá-Colombia, 1991, págs. 462-463.

encubrimiento dentro de la coparticipación, como auxilio posterior que se presta al que comete un delito, continúa hasta la época del Bajo Imperio, en que con el fortalecimiento del príncipe se crearon nuevos delitos, entre ellos el encubrimiento.

Por su parte el maestro Sebastián Soler en su libro "Derecho Penal Argentino", afirma que: "A pesar de que algunas figuras tienen carácter autónomo desde muy antiguo, como ser la *receptatio latronum*, es lo cierto que durante el derecho intermedio y hasta bastante avanzado el siglo XIX no aparece un sistema en el cual este delito adquiera independencia.

La forma tradicional de considerar estos hechos consistía en involucrarlos en la teoría de la participación: el encubridor (*fautor delicti*) era el sujeto que a sabiendas tomaba parte en un delito, después de la consumación de éste....Por una parte, la figura de la *receptatio latronum* mantiene, para algunas legislaciones, sus antiguos vínculos con los delitos contra la propiedad, y de esa forma de delito (receptación) se separa toda otra manera de favorecer a un delincuente después de haber cometido el delito, como infracción que atenta contra la administración de justicia."³

Como lo he mencionado, el delito que nos ocupa, y específicamente la receptación, lo encontramos en el derecho romano al lado del *furtum*, que podía ser cometido por una o varias personas, "consistía en el apoderamiento de una cosa contra la voluntad del propietario, con afán de lucro; de esta definición de Paulo, resulta que el robo puede ser cometido para aprovecharse de la misma cosa, de su uso o de su posesión, y puede clasificarse en : a) *Manifestum*.- era cuando el ladrón era cogido en flagrante delito; b) *Nec manifestum*.- cuando no acontecía así; c) *Conceptum*.- tenencia de la cosa robada, aunque no sea el autor del delito; d) *Oblatum*.- acto de poner la cosa hurtada en poder de un tercero de buena fe, para que se le encuentre en su poder. Labeón hacía notar que el *furtum conceptum y oblatum*, mas que formas de hurto, son situaciones derivadas del hurto. En caso de *furtum manifestum* el ladrón si era un hombre libre era entregado a la víctima como esclavo, y el esclavo era precipitado desde la roca Tarpeya; el pretor sustituyó esta pena con una multa al cuádruplo. Las doce Tablas daban una acción al doble del perjuicio causado para el

³ SOLER, Sebastián, "Derecho penal argentino", 10ª reimpresión, tipografía, editora argentina, Buenos Aires, 1994, pág. 324.

furtum nec manifestum. Antiguamente también existía un registro solemne que podía hacerse en la casa del presunto ladrón y si se encontraba ahí la cosa robada, transformaba el *furtum* en *manifestum*. Además había la acción *furti concepti* y *furti oblati* al triple, dada la primera contra aquél en cuyo poder se encuentre la cosa después del registro, y la segunda a favor del poseedor de buena fe en contra de los que la dejaran en su poder.”⁴

Sin embargo, Eugene Petit, en su tratado elemental de derecho romano, se refiere a cuatro acciones que para el caso de la ocultación de la cosa robada, a saber, *furti concepti*, *furti oblati*, acciones a las que me he referido, *furti prohibiti*, “al cuádruplo, si el ocultador se oponía a la búsqueda de la cosa robada, la Ley de las XII tablas organizaba para hacer las pesquisas, un procedimiento especial, cuando la cosa era así descubierta, el ocultador era tratado por la ley como un ladrón manifiesto. El pretor permitió también ejercitar la acción *furti non exhibiti*, al cuádruplo contra el ocultador que no presentaba, cuando era requerido, la cosa encontrada en su casa (...).”⁵

El encubrimiento consistente en la ocultación y la utilización de las cosas robadas, no caía dentro del concepto de la codelinquencia, pues las XII Tablas, lo separaban del hurto, ya que su procedimiento y la aplicación de la pena era diferente, llegando a conceptualizarlo como delito independiente, al que le dieron el nombre de “hurto interceptado” (*furtum conceptum*); Mommsen señala “(...) nada de extraño tiene que en tiempos posteriores la receptación y el aprovechamiento de objetos robados, se considerasen como actos de auxilio para la comisión del delito de hurto, y que a sus autores se les castigase como a los del hurto, aún en el caso de que no hubiera suficientes testimonios expresos que demostraran su participación criminosa.”⁶

Sin duda alguna, es bajo la regulación de las XII Tablas, acaso influidas por la legislación ateniense, que quedaron abolidos los procesos capitales seguidos por hurto en juicio privado, a partir de entonces, si los reos del delito en cuestión, no eran hombres libres, se empleaba con ellos el procedimiento noxal, y si eran libres, estaban

⁴ BRAVO VALDES, Beatriz, BRAVO GONZÁLEZ, Agustín, “Segundo curso de derecho romano”, reimpresión, Pax, México, 2001, págs. 189-190.

⁵ PETIT, Eugene, op. cit. Pág. 460.

⁶ MOMMSEM, Teodoro, op. Cit., pág. 463.

obligados a indemnizar, y para el caso de insolvencia se les reservaba la *addictio*. En el procedimiento noxal de acuerdo con Eugene Petit, "había que distinguir dos hipótesis:

1.- Si el delito ha sido cometido por orden del amo, es él quien queda obligado *ex delicto*. Contra él puede ser ejercitada directamente la acción nacida del delito, es lo mismo si ha dado simplemente su aprobación al acto realizado;

2.- Cuando el esclavo o el hijo de familia han obrado espontáneamente, la parte lesionada puede también perseguir al amo. Pero en este caso no está obligado personalmente *ex delicto*. Debe solamente entregar al culpable, y puede dispensarse de ello pagando a la víctima la pena consecuencia del delito. La acción toma entonces el nombre de acción noxal, porque el amo contra quien es ejercitada, tiene el derecho de abandonar al autor del delito, y este abandono es calificado de noxal."⁷

Por otro lado, la figura de la *addictio* que se les reservaba a los hombres libres en caso de insolvencia, se equiparaba a la adjudicación, sólo que en este caso no era igual a la que se hacía por deudas, la cual no mermaba el derecho de ciudadano del adjudicado, pues de acuerdo con el maestro Floris Margadant, era una pérdida de la personalidad, al perder su libertad, por incurrir en esclavitud "por ejemplo, como consecuencia de un delito cometido por un ciudadano romano libre, *sui iuris*; en tal caso, hablamos de la *capitis deminutio* máxima (*caput* es aquí equivalente de persona)."⁸ Es así como se comienza a tomar el favorecimiento personal como participación, mientras que el favorecimiento real, que constituye la receptación, se trata más de manera independiente; y es hasta el Código de Napoleón de 1810, cuando se recoge de forma separada el favorecimiento personal en su artículo 248.

1.2. DERECHO ESPAÑOL

Durante la legislación medieval, en el Fuero Juzgo, la sanción del encubridor se equiparaba a la del autor; por lo que el derecho penal español, no viene en lo absoluto a culminar una evolución en el modo de sancionar las conductas postejecutivas;

⁷ PETIT Eugene, op. cit., pág. 485.

⁸ FLORIS MARGADANT S., Guillermo, "El derecho privado romano", 16ª edición, Esfinge, México, 1997, pág. 136.

“A diferencia de los países europeos, España ha tenido que esperar a la reciente modificación legislativa para zafarse de la vieja construcción clásica que situaba el *auxilium post delictum* entre las formas de participación criminal.

Es cierto, sin embargo que, pese al indiscutible alcance de la reforma (que traslada el encubrimiento de la parte general (arts. 17 y 18) a un capítulo específico de la parte especial, situándolo entre los delitos contra la Administración de justicia, (arts. 451 a 454), no puede decirse ni mucho menos que se trate de una modificación inesperada. En efecto, pese a que su regulación entre las formas de responsabilidad criminal ha constituido la tónica en general desde el Código de 1822, existió prácticamente desde el inicio, una corriente paralela que propugnaba su tipificación independiente y que, reflejada en los sucesivos proyectos de código penal, llega hasta nuestros días. Tal modificación inexplicablemente se descolgó en el último momento del Proyecto de Ley de 9 de mayo de 1950, y que habría de transformar en delito autónomo (contra la propiedad) únicamente a la receptación, la crítica a esa reforma había sido desde entonces, prácticamente unánime”.⁹

“En el Código penal de 1928, la ocultación del cuerpo, efectos, o instrumentos del delito quedaba unida al ocultar, albergar o proporcionar la fuga al delincuente en el artículo 513, mientras que el auxilio a los delincuentes para que se aprovecharan de los efectos obtenidos, se integraba en la receptación (artículo 514), el mismo esquema seguía el Proyecto de Ley de 1950 en las adiciones propuestas, a saber: Artículo 338 bis a). El que con conocimiento de la comisión de un delito o debiendo racionalmente presumirla auxiliare al culpable del mismo a sustraerse a la persecución penal o impidiere o entorpeciere en cualquier otra forma la acción de la justicia (...). Artículo 546 bis a). El que con conocimiento de la comisión de un delito o debiendo racionalmente presumirlo se aprovechara o auxiliare a los delincuentes para que se aprovechen de los efectos del mismo (...).

El legislador de 1995, en cambio se ha limitado a atender en su artículo 451 1 y 2, la que por otra parte, era observación doctrinal unánime respecto del artículo 17 del

⁹ GILI PASCUAL, Antoni, “El encubrimiento en el Código Penal de 1995”, análisis del favorecimiento personal, Tirant lo blanch, Valencia, 1999, pág. 41.

código penal de 1928, una insensatez jurídica que suponía su consideración como forma de participación, debido a lo absurdo del mantenimiento de una causalidad posterior al efecto que esta concepción, se entendía llevaba implícita.”¹⁰

En el nuevo Código Penal de 1995, el delito de encubrimiento se encuentra ubicado en los artículos 451 y 454, en el libro segundo, título vigésimo, que lleva por rúbrica tal expresión, asimismo dicho ordenamiento, continúa anclado en la misma estructura típica de su precedente lejano, el código de 1848 (art. 14); aunque el derecho español había conocido experiencias de tipificación separada en la fugaz vigencia del Código de 1928, así como, (aunque sin alcanzar la efectiva promulgación), en el proyecto de Ley de 1950.

Afirma Antoni Gili, doctor en derecho y profesor de la Universidad de las Islas Baleares, “Admitiendo provisionalmente, con Schroeder, una división en tres estadios dentro de la larga historia de padecimiento, que ha caracterizado la evolución del encubrimiento; puede afirmarse que con el tan ansiado cambio en la ubicación sistemática del encubrimiento, el legislador español no ha hecho mas que ascender al segundo de los tres peldaños que compondrían la escala evolutiva.

El primero de esos tres estadios vendría constituido por su consideración como *auxilium pot factum*, entre las formas de participación.

El segundo por su separación de aquellas y su tipificación independiente.

El tercer estadio al que alude Schroeder, consistente en la separación del favorecimiento personal y real, respecto de la receptación, habría sido alcanzado en la legislación española, (si bien obviando parcialmente el segundo paso) desde la Ley de 9 de mayo de 1950. No obstante la reforma de 1974 en Alemania, a la que alude Schroeder, como fase final de esa atormentada evolución, supuso en ese país también la separación entre *sachliche* y *persönliche* Begünstigung, (favorecimiento real y personal, respectivamente), estadio aún no alcanzado por la legislación española.¹¹

¹⁰ GILI PASCUAL, Antoni, op. Cit, pág. 34.

¹¹ Cfr., GILI PASCUAL, Antoni, op. Cit, pág. 23-24.

1.3. DERECHO ALEMÁN

La doctrina alemana se ha ocupado desde antiguo en el estudio del encubrimiento, y lo diferencia perfectamente de la participación, la cual se encuentra regulada en los artículos 47 al 50 del Código penal alemán (Strafgesetzbuch), siendo el coautor, partícipe en sentido amplio, mientras que el cómplice e instigador, son partícipes en sentido estricto en el hecho realizado por el otro. Presupuesto de tal participación en ambos sentidos, señala Edmund Mezger, profesor de la Universidad de Munich, es que "el hecho del otro no haya terminado en el momento de la intervención del coautor, instigador o cómplice.

El '*auxilium post delictum*', la complicidad u otra cooperación en el hecho principal podrían realmente ser reglamentados por el legislador por analogía, de conformidad con los principios de la participación y considerarse y sancionarse por lo tanto, como auténtica complicidad después del hecho.

Un procedimiento semejante sería perfectamente concebible y posible desde el punto de vista lógico, pero no corresponde al derecho en vigor. Este ha separado de la participación esos "hechos posteriores" y los ha estructurado como "hechos punibles independientes en la Parte Especial, como ha ocurrido muy especialmente, en las disposiciones referentes al favorecimiento del artículo 257 ("el que, después de la comisión de un crimen o delito, presta asistencia, a sabiendas, al autor o al partícipe", etc.), y a la receptación del artículo 259 ("que han sido adquiridas mediante una acción punible")¹²

Anteriormente, en Alemania al término favorecimiento (real y personal) se le llamaba *Begünstigung*, y se encontraba regulado en el artículo 257 del ordenamiento penal, con la reforma de 2 de marzo de 1974, se separan ambos delitos, y al favorecimiento personal se le denomina *Strafvereitelung*, quedando como *Begünstigung*, únicamente el favorecimiento real, permaneciendo en el artículo 257 del nuevo código penal, el favorecimiento real; mientras que en el 258 se tipifica el favorecimiento personal. Afirma Gili citando a Schröder "que mientras el

¹² MEZGER, Edmund, "Derecho penal", parte general, 2ª. edición, Cárdenas editor y distribuidor, México, 1990, pág. 300.

favorecimiento personal –se dice- impide la aplicación de las consecuencias negativas del hecho (...), el favorecimiento real garantiza la utilidad de las consecuencias positivas derivadas del acto antijurídico (...)»¹³

Por otro lado, citando a Beling y a Bockelmann, Gili Pascual señala que “la opinión mayoritaria separa desde antiguo ambos delitos, llegándose incluso, a calificar el favorecimiento personal como –auténtico- o propio, frente al favorecimiento real o impropio, en el que, se observa un mayor acercamiento al bien jurídico lesionado por el delito previo, y un correlativo distanciamiento de la Administración de Justicia como elemento aglutinador del injusto. Con frecuencia, en esta línea, el favorecimiento real ha venido considerándose como delito contra la propiedad (vermögensdelikt), cercano a la receptación (Hehlerei), regulada en el artículo 259.”¹⁴

Emiliano Sandoval Delgado, profesor de la Universidad de Guadalajara afirma en cuanto al encubrimiento en el derecho alemán que: “La norma reguladora del encubrimiento en el Derecho penal alemán, se encuentra en los artículos 257 y 258 correspondientes al encubrimiento real, al personal, y el 259 queda destinado a la receptación. Al contrario de lo que sucede en Suiza, la doctrina se encuentra extremadamente dividida, en lo que a la determinación del bien jurídico protegido en el delito de encubrimiento se refiere. Un sector doctrinal opina que los comportamientos constitutivos del delito de encubrimiento menoscaban el bien jurídico ya lesionado por el hecho previo. El artículo 257 desea impedir que el autor del hecho previo en su entorno participe en el tráfico jurídico y económico enriquecidos por los bienes procedentes de un delito. Con ello, evidentemente no se puede perseguir el fin de luchar contra el hecho anteriormente cometido. Con dicho precepto se pretende evitar que mediante la utilización de los objetos procedentes de hecho previo, se faciliten otros hechos delictivos. Por ello la conducta infringe el bien jurídico ya lesionado por el delito anteriormente cometido. La doctrina alemana destaca la influencia suiza en la fijación del bien jurídico protegido por el artículo 257 StGB. Por eso gran parte de la doctrina alemana se refiere a la Administración de justicia (bien jurídico protegido en el derecho suizo), también como objeto de tutela del artículo 257 del Código penal

¹³ Cfr., GILI PASCUAL, Antoni, op. cit. pág. 28..

¹⁴ Idem..

alemán. El bien jurídico protegido es la misión de la Administración de justicia, estatal, nacional de eliminar los efectos de los hechos punibles.”¹⁵

Aunque ha sido la misma doctrina alemana la que ha quedado insatisfecha respecto a que la administración de justicia sea el único bien jurídicamente tutelado en el delito de encubrimiento, estableciendo que el artículo 258 no tiene solamente un bien jurídicamente tutelado, pues se entiende como complemento o precisión de la administración de justicia y en otras ocasiones como auténtico y exclusivo bien jurídico del favorecimiento personal; sea el orden público o la propia administración de justicia, dice Schröder “la finalidad no es otra que la de evitar la comisión de nuevos delitos, éstos sí, protectores de bienes jurídicos correctamente delimitados.”¹⁶

En cuanto a la pena en el encubrimiento esta limitada a la gravedad del hecho previo; es decir, la pena para el encubridor no puede ser más grave que la prevista para el autor del delito previo.

Como se aprecia, el derecho penal alemán, se encuentra muy avanzado en el estudio del encubrimiento, pues como he referido, ha sido la que ha logrado llegar al tercer estadio, señalado por Schröder, pues ha separado el favorecimiento personal del real y de la receptación.

1.4. DERECHO MEXICANO.

La figura del delito de encubrimiento ha existido desde siempre en nuestra legislación penal, es decir, en los códigos de 1871, 1929, 1931 y el actual de 2002, sin embargo, no en todos estos ordenamientos tuvo la naturaleza de delito autónomo, sino por mucho tiempo se consideró también como un grado de participación.

1.4.1. CÓDIGO PENAL DE 1871.

¹⁵ SANDOVAL DELGADO, Emiliano, “Encubrimiento como delito en el derecho penal mexicano”, Ángel, México, 2000, págs. 68-69.

¹⁶ GILI PASCUAL, Antoni, op. cit., pág. 49.

El código penal que nos ocupa, comenzó a regir el día primero de abril de 1872, siendo promulgado el día siete de diciembre de 1871, y es conocido como código Martínez de Castro, pues fue este ilustre penalista el encargado de presidir la comisión redactora de nuestro primer código penal, denominado "Código Penal para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California sobre Delitos del Fuero Común y para toda la República sobre Delitos del Fuero Federal", con el que se viene a dar fin a un sistema arbitral en ocasiones anárquico, en relación a la aplicación de las penas, y se elaboró bajo la inspiración de la Escuela Clásica, la cual distinguió entre autores principales y accesorios, considerando dentro de estos últimos a los cómplices y a los encubridores, y por ello reglamentó la participación en el delito conforme a las categorías señaladas en el capítulo IV denominado "De las personas responsables de los delitos", que apuntaba:

"Artículo 48. Tienen responsabilidad criminal:

- I. Los autores del delito:*
- II. Los cómplices:*
- III. Los encubridores."¹⁷*

Asimismo, en su artículo 55 señalaba que existían tres clases de encubridores, a las que se refería en sus artículos 56, 57 y 58, respectivamente, así como en el artículo 59 se ubicaba la excusa absoluta para los encubridores, y en el 220 la sanción a esta conducta, a saber:

"Artículo 55. Los encubridores son de tres clases.

Artículo 56. Son encubridores de primera clase: Los simples particulares que sin previo concierto con los delincuentes, los favorecen de alguno de los modos siguientes:

I. Auxiliándolos para que se aprovechen de los instrumentos con que se comete el delito ó de las cosas que son objeto o efecto de él, ó aprovechándose de los unos ó de las otras los encubridores:

II. Procurar por cualquier medio impedir que se averigüe el delito ó que se descubra a los responsables de él:

¹⁷ DIARIO OFICIAL . Órgano del gobierno constitucional de los Estados Unidos Mexicanos , no. 6966, Talleres gráficos de la Nación, México, 7 de diciembre de 1871..

III. Ocultando a éstos, si tienen costumbre de hacerlo u obran por retribución dada o prometida.

Artículo 57. Son encubridores de segunda clase:

1. Los que adquieren alguna cosa robada, aunque no se les pruebe que tenían conocimiento de ésta circunstancia, si concurren las dos siguientes:

I. Que no hayan tomado las precauciones legales para asegurarse de que la persona de quien recibieron la cosa, tenía derecho para disponer de ella:

II. Que habitualmente compren cosas robadas:

2. Los funcionarios públicos que, sin obligación especial de impedir o castigar un delito abusen de su puesto ejecutando alguno de los actos mencionados en el artículo anterior.

Artículo 58. Son encubridores de tercera clase: Los que teniendo por su empleo o cargo, el deber de impedir ó de castigar un delito, favorecen a los delincuentes sin previo acuerdo con ellos, ejecutando alguno de los hechos enumerados en las fracciones 1ª y 2ª del artículo 56, u ocultando a los culpables.

Artículo 59. No se castigará como encubridores a los ascendientes, descendientes, cónyuge o parientes colaterales del delincuente, ni a los que le deban respeto, gratitud o estrecha amistad, aunque oculten al culpable o impidan que se averigüe el delito, si no lo hicieren por interés, ni emplearen algún medio que por sí sea delito.

Artículo 220. A los encubridores se les impondrá en todo caso, obren o no por interés, la pena de arresto menor ó mayor, atendiendo a las circunstancias personales y a la gravedad del delito.¹⁸

El máximo de la pena que imponía el código de 1871, para los encubridores, era de once meses de arresto mayor.

¹⁸ Idem.

Como se observa, nuestro delito se encuentra en varios artículos, dentro del libro primero, del ordenamiento de 1871, sin embargo, no se ubica dentro de los delitos especiales, es decir no queda dentro de los delitos en particular, sino que está situado dentro de la descripción general de las personas responsables del delito, conforme a lo que realmente es de presumirse que tuvo la naturaleza únicamente de grado de participación. Por lo que se refiere al concepto de lo que había de entenderse por encubridor, el código de una manera casuística proporciona una clasificación, y en ellas las conductas que tipifican el encubrimiento como una forma de responsabilidad en el delito.

Sin embargo, el antecedente directo de nuestra fracción V, del código penal vigente para el Distrito Federal, la cual es objeto de estudio, se encuentra en el título preliminar, en el artículo 1º del código penal de 1871, el cual apuntaba:

“Artículo 1. Todos los habitantes del Distrito Federal y Territorios de la Baja California tienen obligaciones:

I. De procurar por los medios lícitos que estén a su alcance, impedir que se consumen los delitos que saben que van a cometerse, ó se están cometiendo, si son de los que se castigan de oficio:

II. De dar auxilio para la averiguación de ellos y persecución de los criminales, cuando sean requeridos por la autoridad ó sus agentes:

III. De no hacer nada que impida ó dificulte la averiguación de los delitos y castigo de los culpables.”¹⁹

Es la fracción 1ª del artículo anterior, la que nos da el antecedente directo en la legislación mexicana, sobre la hipótesis de encubrimiento que se estudia; sin embargo, tal conducta no encuadra ni en el apartado especial de delitos, ni en las formas de responsabilidad criminal, puesto que, como se estudiará mas adelante, no constituye una forma de encubrimiento, pues el delito principal aún no se comete.

La clasificación hecha por el código de 1871, de las personas responsables de los delitos y la aplicación de la penalidad presentaba las siguientes características:

¹⁹ Idem.

- a) Incluye en ella todos los grados de participación.
- b) Considera como característica de la complicidad el concierto previo o pacto anterior al delito.
- c) La ausencia de "previo acuerdo" o de "previo concierto" en el encubrimiento.

1.4.2. CÓDIGO PENAL DE 1929.

Este código fue denominado "Código Penal para el Distrito y Territorios Federales", publicado en el Diario Oficial el 5 de octubre de 1929, para empezar a regir el 15 de diciembre de 1929, bajo el mandato del presidente provisional Emilio Portes Gil, en este ordenamiento se adoptó el principio de responsabilidad de acuerdo con la Escuela Positiva, siendo declarados delincuentes, los locos, los menores, los alcohólicos y los toxicómanos, quienes para ser privados de sus derechos de carácter patrimonial o de su libertad era necesario fueran declarados como tales.

Al igual que en el de 1871, el código en comento, considera al encubrimiento como un grado mas de participación, pues en materia de Responsabilidad Criminal siguió con algunos cambios al de 1871, en el capítulo V, "De las personas responsables de los delitos", pero además se encuentran aspectos importantes que no fueron considerados en el Código anterior y en otros se observa el mismo trato, como ocurre por ejemplo, en cuanto a la ubicación del encubrimiento, el cual permanece dentro de la declaración de personas responsables de un delito (art. 36).

Una de las reformas introducidas con relación al encubrimiento, es que se omite la clasificación de encubridores, por grados, como en el código anterior de 1871, y dado el sistema adoptado por la comisión redactora de dejar mayor arbitrio a los jueces y de individualizar, lo mas posible las sanciones, se plantea una declaración general que enuncia casuísticamente diversas conductas típicas de encubrimiento, el juez haría en cada caso la valoración de la temibilidad, del estado de peligro y aplicará la sanción que proceda aplicar dentro del mínimo y máximo que la ley fije. Asimismo en el artículo relativo al encubrimiento se resume el contenido de los diversos preceptos que lo contenían en el Código de 1871.

Se observa que el artículo 36 del código de 1929 es idéntico al artículo 48 del ordenamiento penal de 1871, que a la letra dice:

"ARTÍCULO 36.- Tienen responsabilidad penal:

- I. Los autores del delito;*
- II. Los cómplices; y*
- III. Los encubridores."²⁰*

Asimismo en los artículos 37 y 38 hace la especificación de quienes son responsables como autores de un delito y como cómplices.

El encubrimiento se prevé en el artículo 43 en cinco fracciones, la excusa absoluta en el artículo 44, y desde luego la sanción a los encubridores se encuentra en el artículo 178 en relación al 177, asimismo en el artículo 179 fracción II se encuentra una particularidad que es importante resaltar, a saber:

"ARTÍCULO 43.- Se consideran encubridores:

I.- Los simples particulares que, sin previo concierto con los delincuentes, los favorecen de alguno de los modos siguientes:

Primero.- Auxiliándolo para que se aprovechen de los instrumentos con que se comete el delito o de las cosas que son objeto o efecto de él, o aprovechándose ellos mismos de los unos o de las otras.

Segundo.- Procurando por cualquier medio impedir que se averigüe el delito o que se descubra a los responsables de él.

Tercero.- Ocultando a éstos, si anteriormente han hecho dos o más ocultaciones, aunque de ellas no haya tenido conocimiento la autoridad, o si obran por retribución dada o prometida;

II.- Los que adquieren para su uso o consumo, sin propósito de especulación mercantil, alguna cosa robada o usurpada por medio de otro delito, aunque no se les pruebe que tenían conocimiento de esta circunstancia, si concurren las dos siguientes:

Primera.- Que no hayan tomado las precauciones convenientes para asegurarse de que la persona de quien recibieron la cosa tenía derecho para disponer de ella.

²⁰ DIARIO OFICIAL, Órgano del gobierno constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, tomo LVI, número 28, talleres gráficos de la Nación, México, 05 de octubre de 1929.

Segunda.- Que habitualmente compren cosas robadas. Se considera comprador habitual de cosas robadas: al que efectúe dichas compras tres o más veces distintas;

III.- Los funcionarios públicos que, sin obligación especial de impedir un delito o de aplicarle una sanción, abusan de su puesto ejecutando alguno de los actos mencionados en la fracción I de este artículo;

IV.- Todos aquellos que, con propósito de especulación mercantil, adquieren o reciben en prenda alguna cosa robada o usurpada por medio de otro delito, aunque prueben que ignoraban ésta circunstancia, si no tomaron las precauciones convenientes para asegurarse de que la persona de quien recibieron la cosa tenía derecho para disponer de ella; debiendo consistir dichas precauciones en dar aviso previo a la autoridad o en exigir fianza de persona abonada y de arraigo que se constituya responsable del valor de la cosa, si ésta resultare objeto o efecto de un delito, siempre que por las circunstancias del poseedor o por el valor o naturaleza de la cosa sea de presumirse una usurpación; y

V.- Los que teniendo por su empleo o cargo el deber de impedir la comisión de un delito o aplicarle una sanción, favorecen a los delincuentes sin previo acuerdo con ellos, ejecutando alguno de los hechos enumerados en los incisos Primero y Segundo de la fracción I de este artículo, u ocultando a los responsables.

ARTÍCULO 44.- No se considerarán como encubridores, aunque oculten al delincuente o impidan que se averigüe el delito, siempre que no lo hicieren por interés bastardo ni emplearen algún medio que por sí sea delito:

I.- A los ascendientes y descendientes consanguíneos o afines;

II.- Al cónyuge y parientes colaterales por consanguinidad hasta el cuarto grado, y por afinidad hasta el segundo; y

III.- A los que estén ligados con el delincuente por amor, respeto, gratitud o estrecha amistad.

ARTÍCULO 177.- Al cómplice de un delito consumado, o de una tentativa, se le aplicará de un décimo a tres cuartas partes de la sanción, que se aplicaría al autor del delito, atendiendo a las circunstancias atenuantes y agravantes que en el cómplice concurren.

ARTÍCULO 178.- La misma sanción se aplicará a los encubridores, atendiendo a sus circunstancias personales y a la gravedad del delito.

ARTÍCULO 179.- Cuando el encubrimiento se haga por interés, además de lo dispuesto en el artículo anterior, se observarán las reglas siguientes:

I (...);

II.- Cuando la retribución pecuniaria que de en promesa aceptada, la multa será de una cantidad igual a la prometida, que pagará el que la prometió y otro tanto que satisfará el encubridor;

(...).²¹

Otra reforma respecto al Código de 1871, es la limitación del parentesco, por consanguinidad hasta el cuarto grado y por afinidad hasta el segundo grado, para los efectos de la excluyente de responsabilidad, lo cual no se preveía en el Código citado.

La punibilidad del encubrimiento, prescribe en este caso una pena mas grave, si se toma en cuenta que es la misma impuesta para el cómplice y que la lesión causada por el acto encubierto es menor, en relación con la que produce aquel, lo que me lleva a una interrogante: ¿Era adecuado el equiparamiento de la sanción para ambos sujetos, cómplice y encubridor, siendo que la participación de uno de ellos para la comisión del delito y la actividad del que favorece es totalmente distinta, así como lo es también su gravedad. La accesoriedad, ya se hace mas notoria, porque para determinar la sanción aplicable al encubridor, debía atenderse a la gravedad del delito encubierto, y a la sanción que le correspondía al autor.

El aspecto de la gravedad del delito encubierto es de trascendencia, porque podía haber ocurrido que ignorando el encubridor la comisión del delito principal, en concurrencia de agravantes, se le hiciera responsable en estas condiciones al aplicársele la pena correspondiente.

Respecto a la fracción II del artículo 179, es importante destacar la frase "promesa aceptada", la razón es que si el encubrimiento se comete con una actividad

²¹ Idem.

realizada con posterioridad al delito principal, no puede existir concierto de promesa de recompensa, porqué en qué momento fue aceptada, en todo caso si hubo promesa anterior a la comisión del delito principal, sale de la esfera del encubrimiento para quedar enumerada dentro del ámbito de la complicidad.

Es importante destacar que la conducta que en el presente trabajo se estudia va encaminada a no impedir la consumación de un delito que se va a cometer o se está cometiendo, y tal actividad no se encuentra especificada en las fracciones del artículo 43 a que he hecho referencia, salvo que se trate de servidores públicos obligados a ello, sin embargo si se enuncia en la fracción II, del artículo 16, dentro del Libro primero denominado "Principios generales, reglas sobre responsabilidades y sanciones", que a la letra dice:

ARTÍCULO 16.- Cometan imprudencia punible:

I.- (...);

II.- Los que no procuran por los medios lícitos que tienen a su alcance, impedir la consumación de los delitos que saben van a cometerse o que se están cometiendo, si son de los que se persiguen de oficio; exceptuando aquellos que no puedan cumplir tal obligación sin peligro de su persona o intereses o de la persona o interés de algún pariente en línea recta o de la colateral dentro del cuarto grado y los que están comprendidos en lo dispuesto por el artículo 846 de este Código."²²

Como se observa, en este apartado, el encubrimiento tiene una vez mas la naturaleza de grado de participación, sin encontrarse dentro de la clasificación de delitos en particular, y la conducta delictiva contemplada en la fracción segunda del artículo 16, se regula como imprudencia punible, sin encontrarse dentro del catálogo de delitos, ni dentro de la participación.

1.4.3. CÓDIGO PENAL DE 1931.

El Código Penal de 1931, denominado "Código penal para el Distrito y territorios federales en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero

²² Idem.

federal”, publicado en el Diario Oficial el 14 de agosto de 1931 y comenzando a regir el 17 de septiembre de ese mismo año, bajo el mandato del presidente Pascual Ortiz Rubio, engloba en su artículo 13 dentro del título primero, capítulo tercero denominado “Personas responsables de los delitos”, a los autores, cómplices y encubridores, de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 13.- Son responsables todos los que toman parte en la concepción, preparación o ejecución de un delito, prestan auxilio o cooperación de cualquier especie, por concierto previo o posterior, o inducen directamente a alguno a cometerlo. Los jueces podrán aumentar o disminuir la sanción respectiva, dentro de los límites fijados por la ley, según la participación de cada delincuente.”²³

Como se puede apreciar este ordenamiento, sigue los mismos pasos del de 1871 y 1929, en comprender a los autores, cómplices y encubridores, en su texto original; sin embargo, al ser modificado por reforma del 31 diciembre de 1945, dicho precepto, se refiere a los responsables de los delitos, sin adoptar denominaciones para cada categoría, y comprende solamente a los autores y a los cómplices, para quedar de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 13.- Son responsables del delito:

- I.- Los que acuerden o preparen su realización;*
- II.- Los que lo realicen por sí;*
- III.- Los que lo realicen conjuntamente;*
- IV.- Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro;*
- V.- Los que determinen intencionalmente a otro a cometerlo;*
- VI.- Los que intencionalmente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión;*
- VII.- Los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente en cumplimiento a una promesa anterior; y*
- VIII.- Los que intervengan con otros en su comisión, aunque no conste quien de ellos produjo el resultado.”²⁴*

²³ DIARIO OFICIAL, Órgano del gobierno constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, talleres gráficos de la Nación, México, 14 de agosto de 1931.

²⁴ DIARIO OFICIAL, Órgano del gobierno constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, México, 9 de marzo de 1946.

La fracción que desde luego me gustaría comentar es la VII, pues trata el supuesto de quien auxilie al agente, con posterioridad a la consumación, en cumplimiento de una promesa anterior. Cómo se advierte, aquí la conducta consiste en ofrecer ayuda al delincuente, para después de ejecutado el delito, pero como el pacto es anterior al hecho delictuoso, la sola promesa constituye el aporte psicológico sin la cual, quizás no se hubiera cometido el delito, sería entonces un auxiliador subsequens, y queda claro de que se trata de una participación y no de un encubrimiento, en virtud del concierto previo.

Por otro lado, en este ordenamiento de 1931 el encubrimiento no deja de ser un grado de participación en el texto original del artículo 13, pero también toma la naturaleza de delito en su artículo 400, que establecía:

"ARTÍCULO 400.- Se aplicarán de quince días a dos años de prisión , y multa de veinte a quinientos pesos, al que:

I.- No procure por los medios lícitos que tenga a su alcance impedir la consumación de los delitos que sepa van a cometerse o se estén cometiendo, si son de los que se persiguen de oficio; Quedan exceptuados de pena aquellos que no puedan cumplir tal obligación sin peligro de su persona o intereses del cónyuge, de algún pariente en línea recta o de la colateral dentro del segundo grado, y los que no puedan ser compelidos por las autoridades a revelar secreto que se les hubiere confiado en el ejercicio de su profesión o encargo;

II.- Requerido por las autoridades no dé auxilio para la averiguación de los delitos o para la persecución de los delincuentes, salvo las excepciones consignadas en la fracción anterior y cuando se trate del cónyuge o de parientes del requerido o de personas a quien éste deba respeto, gratitud o amistad; y

*III.- Habitualmente compre cosas robadas. Se considera comprador habitual de cosas robadas: al que efectúe dichas compras tres o más veces."*²⁵

Quizás con la mira de que el arbitrio judicial no aumentara en la imposición de las penas, en este ordenamiento de 1931 se decide eliminar la antigua y complicada clasificación legal de autores, cómplices y encubridores; y aún sostiene el criterio de

²⁵ DIARIO OFICIAL, Órgano del gobierno constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, talleres gráficos de la Nación, México, 14 de agosto de 1931.

que todos los partícipes de un delito sean penados en nombre del delito común en cuya ejecución han intervenido pero con la nueva modalidad de que el juez individualice la pena, según la temibilidad y el grado objetivo de participación.

1.4.3.1. REFORMA DE 1984.

Me refiero en este apartado, a la cuadragésima segunda reforma al Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la República en materia de fuero federal, de 1931, publicada en el Diario Oficial el día 14 de enero de 1985. Ésta tiene la característica de que se aprueba sin debate en el dictamen de segunda lectura, el 29 de diciembre de 1984. La iniciativa de reforma fue presentada por la Presidencia de la República, en ese entonces representada por Miguel de la Madrid Hurtado. Respecto al delito que nos ocupa propone revisar el artículo 400 del Código penal, para incluir las diversas modalidades de los llamados encubrimiento por receptación y por favorecimiento. En el marco de aquél se considera la conducta de quienes maliciosamente adquieren objetos cuya procedencia es delictuosa.

Por otro lado se modera la pena cuando sólo hay imprudencia o negligencia del adquirente. Deja de ser delictuosa, a título de encubrimiento, la conducta de quien no procura evitar la comisión del delito, cuando la intervención en estos casos apareja riesgo para la persona, salvo que se trate de quien tiene la obligación de afrontarlo, quedando de la siguiente manera:

"ARTICULO 400.- Se aplicará prisión de tres meses a tres años y de quince a sesenta días multa, al que:

I.- Con ánimo de lucro, después de la ejecución del delito y sin haber participado en éste, adquiera, reciba u oculte el producto de aquél a sabiendas de esta circunstancia. Si el que recibió la cosa en venta, prenda o bajo cualquier otro concepto, no tuvo conocimiento de la procedencia ilícita de aquella, por no haber tomado las precauciones indispensables para asegurarse de que la persona de quien la recibió tenía derecho para disponer de ella, la pena se disminuirá hasta en una mitad;

II.- Preste auxilio o cooperación de cualquier especie al autor de un delito, con conocimiento de esta circunstancia, por acuerdo posterior a la ejecución del citado delito;

III.- Oculte al responsable de un delito, o los efectos, objetos o instrumentos del mismo, o impida que se averigüe;

IV.- Requerido por las autoridades, no de auxilio para la investigación de los delitos o para la persecución de los delincuentes; y

V.- No procure por los medio lícitos que tenga a su alcance y sin riesgo para su persona, impedir la consumación de los delitos que sabe van a cometerse o se están cometiendo, salvo que tenga obligación de afrontar el riesgo, en cuyo caso se estará a lo previsto en este artículo o en otras normas aplicables."²⁶

La importancia de la fracción V, que desde luego es la que nos ocupa, radica en que no tiene como requisitos indispensables, que el delito principal ya se haya consumado, y que el encubridor no hubiera participado en el delito principal, pues estos sólo los debe reunir la fracción I; sin embargo, el encubrimiento sigue teniendo la naturaleza de delito autónomo, sin estar condicionado a los dos aspectos que he mencionado.

1.4.4. CÓDIGO PENAL DE 2002.

En este ordenamiento denominado Código Penal para el Distrito federal, publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal en fecha 16 de julio de 2002, y mismo que empieza a regir el día 12 de noviembre del mismo año, apunta en su artículo 320 el delito de encubrimiento por favorecimiento, el cual aparentemente es igual que el 400 del Código de 1931, sin embargo su nota característica del encubrimiento al que se le encuentra ubicado en el capítulo VI del título vigésimo primero, es, que para que se tipifique el delito de encubrimiento es menester reunir dos requisitos, estos son: haberse ejecutado el delito principal y no haber participado el encubridor en la comisión de aquel. Asimismo hubo algún cambio en la redacción, y en la penalidad, quedando dicho precepto como sigue:

"Artículo 320.- Se impondrán de seis meses a cinco años de prisión y de cien a quinientos días multa, a quien después de la ejecución del delito y sin haber participado en éste:

²⁶ DIARIO OFICIAL, Órgano del gobierno constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, primera sección, México, 14 de enero de 1985, pág. 5.

I.- Ayude en cualquier forma al delincuente a eludir las investigaciones de la autoridad competente o a sustraerse a la acción de la justicia;

II.- Oculte o favorezca el ocultamiento del responsable del delito u oculte, altere, inutilice, destruya, remueva o haga desaparecer los indicios, instrumentos u otras pruebas del delito;

III.- Oculte o asegure para el inculpado el instrumento, el objeto, producto o provecho del delito;

IV.- Al que requerido por la autoridad, no proporcione la información de que disponga para la investigación del delito, o para la detención o aprehensión del delincuente; y

V.- No procure por los medios lícitos que tenga a su alcance y sin riesgo para su persona, impedir la consumación de los delitos que se sabe van a cometerse o se están cometiendo, salvo que tenga obligación de afrontar el riesgo, en cuyo caso se estará a lo previsto en este artículo o en otras normas aplicables.²⁷

En cuanto a la excusa absolutoria para este delito, en el artículo 321 señala quienes no incurrir en este delito, únicamente para quien oculte al responsable de un hecho delictuoso y a quien impida que se averigüe, es decir se refiere mas que nada a las fracciones I y II citadas, no así para las demás hipótesis.

Se puede apreciar que, el encubrimiento, ha tenido en el derecho penal dos acepciones, pues algunas legislaciones entre ellas la de 1871 y 1929, estiman que el encubrimiento junto con la autoría y la complicidad, son formas de participación, en un delito único que desde luego es el que se encubre; por su parte el código de 1931 tipifica el delito de encubrimiento, pero al mismo tiempo lo contempla como una forma de participación al enlistarlo en su artículo 13, lo que nos lleva a pensar que se propiciaba la arbitrariedad por parte de los jueces al sancionar a alguien como encubridor, por participar en un delito, o como autor de un delito especial, distinto del que se encubre.

Es hasta 1945 en que es reformado el Código de 1931 y deja de ser el encubrimiento un grado de participación para quedarse únicamente como delito especial; con la reforma de 1984, se logra un avance al requerir para que se configure

²⁷ CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, 12ª edición, ediciones fiscales ISEF, México, 2005.

únicamente la fracción primera, que el delito principal haya sido ejecutado y que el autor no haya participado en el delito encubierto; sin embargo es hasta nuestro actual Código penal vigente para el Distrito Federal, cuando en el delito de encubrimiento por favorecimiento exige las dos condiciones señaladas, para todas las fracciones del artículo 320; sin embargo, no esta del todo correcto, pues el legislador no se percató de que en una de las hipótesis de la fracción V, el delito principal aún no se ha cometido, por lo que el delito de encubrimiento no puede tipificarse, lo que será desde luego, materia de otro capítulo; además, con la introducción a dicho precepto de la frase "sin riesgo para su persona" parece ser que el legislador, no se refiere al heroísmo, lo que me hace pensar que una forma que no implicaría riesgo para impedir la consumación de un delito sería denunciar a la persona que lo va a cometer o lo está cometiendo, ante la autoridad correspondiente, y al omitir denunciar, nos lleva a una conducta que en su caso si fuera delictiva, no sería encubrimiento. Ahora bien en la misma fracción, el legislador habla de no impedir la consumación de un delito, pero no refiere que clase de delitos, si de los que se persiguen de oficio o de querrela o de los delitos dolosos o culposos.

Es claro que se logró un gran avance en este último ordenamiento de 2002, en cuanto a tipificar específicamente el encubrimiento por favorecimiento, y diferenciarlo perfectamente de la participación, sólo hace falta diferenciar el encubrimiento por favorecimiento personal, del encubrimiento por favorecimiento real, incluso, de la receptación, como lo hace Alemania y de esa manera evitar lagunas que pudieran en un momento dado conducirnos a la impunidad.

CAPÍTULO II

CONCEPTOS Y FUNDAMENTOS.

2.1. CONCEPTO DE AYUDA.

Constituye una peculiaridad de nuestro derecho mexicano, la incriminación separada de determinadas conductas constitutivas de favorecimiento; sin embargo, el núcleo fundamental en torno al que gira la descripción típica del favorecimiento personal en nuestro ordenamiento, es el concepto de "ayuda". Por ayuda, deben entenderse, en el caso que nos ocupa, conductas de colaboración, basta cualquier forma que sea idónea para ello.

La conducta típica del favorecimiento personal consiste en ayudar a otro. No resulta claro en absoluto, sin embargo qué debe entenderse por ayuda. Sin duda, la concreción del ámbito típico debe comenzar por el propio término legal. Éste constituye no sólo el punto de partida sino también el límite de la interpretación. Por lo pronto, el sentido usual del término *ayuda* permite designar tanto una conducta como el resultado útil de la misma. En realidad el tenor literal por sí sólo no permite excluir de forma indiscutible ninguna conducta activa u omisiva, ni siquiera resulta incuestionable que la utilidad ó "el ser útil", sea una cualidad necesaria del concepto; y admitiendo que así fuera, no queda dicho si esa utilidad debe constituir un resultado.

En nuestra legislación penal, hay una indeterminación y una falta de contenido del concepto de *ayuda*. Por poner algún ejemplo que éste término tolera, puede señalarse que, gracias a su falta de claridad, la conducta del encubridor sólo es tal si representa una contribución a algo que el sujeto encubierto ya ha iniciado por sí mismo, pues al menos una acepción del término inclina a pensar que *ayuda* es necesariamente aportación a lo ajeno. Siguiendo esta interpretación, el encubrimiento quedaría reducido a una participación punible, no siendo típicas por tanto, las conductas de quienes por iniciativa propia y sin actuación alguna por parte del autor del hecho previo, tienden a obstaculizar la actuación de la justicia, lo que sería de alguna manera absurdo.

Por su parte, el jurista Gili Pascual, afirma: "Cualquiera que sea la forma en que venga descrito el favorecimiento, los intereses en juego son en este delito siempre los mismos: existe, por una parte, un interés en que resulte frustrada la pretensión punitiva del Estado (interés que puede calificarse de principal), y que necesariamente se predica de aquel frente al que dicha pretensión se dirige (favorecido). Frente a éste, existe un segundo interés – que puede calificarse como secundario – que pertenece a la persona ajena a la pretensión punitiva (favorecedor).

Con esta distinción no se hace más que poner de manifiesto que, respecto de dicha pretensión, la relación de un sujeto es de implicación, mientras que la del otro es de ajenidad. Hablar aquí de interés nada tiene que ver con que el favorecido tenga interés efectivamente en ponerse a salvo de un eventual proceso contra él (su deseo puede ser el opuesto), del mismo modo en que también carecen de relevancia los móviles por los que actúa el favorecedor. Éste deberá conocer y querer la lesión que produce con su actuación, pero es indiferente que con ello sólo intente, vg., demostrar su amistad o que pretenda cobrar una recompensa por salvar a alguien a quien ni siquiera conoce y que, además puede no querer ser salvado. Su preocupación, por así decirlo, por la suerte del favorecido es irrelevante.

Con esta distinción se da un primer paso para evitar discusiones posteriores, pues permite entender que el favorecedor pasa a ser tal, cuando incide en una relación de implicación (que por definición le sigue siendo ajena, de tal forma que, en todo caso, su conducta constituye una aportación a un interés ajeno, una ayuda en sentido amplio).

Poco importa así que dicha *ayuda* se tipifique como conducta o como resultado, pues al final la apreciación de lo típico en el favorecimiento termina por requerir la consideración de ambos términos en un único juicio valorativo, en el que conducta y resultado no son más que la expresión de la misma realidad contemplada desde perspectivas diferentes.

Convendrá, por ello, tener presente desde el principio que el concepto de ayuda constituye un elemento conceptualmente inseparable del favorecimiento, con independencia de que sea o no recogido expresamente en la descripción legal. Con

ello se evitarán simplificaciones precipitadas, tan tentadoras en esta materia, que no hacen sino eludir la auténtica problemática.

Resulta innegable que el verbo típico ayudar, constituye un término de actividad final. Con él no se hace referencia simplemente a la exteriorización de una determinada conducta (o de un número indefinido de ellas), sino a la proyección que de la conducta exteriorizada hace el sujeto hacia un fin determinado, se puede proporcionar dinero o alojamiento a otra persona, acompañarla al país vecino o cancelar determinados archivos informáticos; pero lo que permitirá calificar como ayuda a cualquiera de estas conductas no es su apariencia externa, pues con el término se designa un concepto de relación en el sentido que la actuación sólo resulta comprensible en función de un objetivo.

Conducta y objetivo pueden ser descritos según sus características externas, y aún cabe imaginar conexiones entre ambos elementos susceptibles de ser descritas objetivamente. Pero, entre todas las conexiones imaginables, aquella que se selecciona con la utilización del término ayuda pertenece forzosamente al perfil interno del agente y viene representada por su intención".²⁸

Por, lo anterior nuestro legislador centra su atención en la intención del sujeto, auténtico elemento definitorio y constitutivo de la ayuda y en la medida en que esta intención (de eludir la investigación, o de sustraer al probable responsable de su búsqueda o captura), abarca el perjuicio que para el bien jurídico quiere evitarse con la tipificación de la conducta, se concluye que ese elemento anímico pertenece al injusto del delito.

La fórmula ayuda presenta una estructura peculiar que podría calificarse de sintética, en cuanto integra conceptualmente tres elementos de referencia: una conducta (indefinida), un objetivo, (cuya eventual realización permitiría una descripción objetiva a modo de resultado) y, como elemento caracterizador, la intención del agente.

²⁸ GIL PASCUAL, Antoni, op. cit., pág. 255-257.

La ayuda, supone un hecho positivo, debe consistir en un hacer, no en un dejar de hacer, el favorecimiento puramente negativo no es punible, por lo que el deber genérico de impedir, ó denunciar un delito, constituye otro ilícito penal, con exigencias claramente distintas, particularmente en lo que se refiere al autor.

Para ayudar no se requiere concierto o acuerdo de voluntades, pues algunos tratadistas coinciden que esa acción puede ser cumplida sin conocer al favorecido y sin darse a conocer; es decir, no se exige pacto o solicitud, sino que puede prestarse la ayuda espontáneamente, sin comunicación.

La utilización del término ayuda ejerce una función incriminadora, en la medida en que a través de ella se conforma un tipo penal, que da cobertura a conductas que de otro modo no resultarían castigadas como participación en ningún otro delito.

“La ayuda en cuestión debe prestarse a los probables responsables de un delito”,²⁹ designa que las personas objeto de la ayuda son consideradas como, o son tenidas por, responsables de un delito previo por aquel que presta la ayuda, con independencia de lo que piensen otros sujetos, o de lo que resulte finalmente de un proceso judicial.

Por otra parte puede favorecerse personalmente a un encubridor como autor que es de un delito. No se exige que la ayuda sea directa e inmediata, cosa que antes sí parecían encerrar los verbos empleados. En ese sentido, en el caso de quien hace desaparecer los escritos en que se plasma la investigación y resultados de la misma, existe ayuda a los autores por mucho que no haya en el momento de ocultar dichos escritos conexión fáctica con los previos intervinientes. Si se dan los restantes elementos podría constituir favorecimiento personal: “la elusión de la investigación”, resulta lo suficientemente amplia como para abarcarlo. Sin embargo, parece que la teología del encubrimiento permitiría excluir tal supuesto del ámbito de la tipicidad; lo que suceda en cambio, durante la investigación, el proceso, etc., constituirá otro delito.

²⁹ SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIERREZ, Pablo, “El encubrimiento como delito”, Tirant lo blanch, Valencia, 1998, pág. 80.

2.2. CONCEPTO DE ENCUBRIMIENTO.

En este apartado, se tratará de exponer el concepto de encubrimiento, así como de algunos aspectos que me parecen importantes dentro de sus modalidades, basándome en la opinión de diferentes tratadistas que de alguna forma se han avocado a su estudio.

Define el diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, el verbo *encubrir* como "ocultar una cosa o no manifestarla; impedir que llegue a saberse una cosa", y define el encubrimiento como "acción y efecto de encubrir, cubierta con la que se tapaba una cosa para que no se viera."³⁰

"El encubrimiento encuentra su origen en el *crimen receptatorum* del Derecho romano, que comprendía toda clase de actos encaminados a sustraer a los delincuentes de la acción de la autoridad, y de omisiones, como no prestar ayuda a ésta si para ello se requería, delito que recibió penas graves, incluso la de muerte, cuando se protegía a los atracadores y ladrones. Tiempos posteriores dieron origen al criterio de sancionar el encubrimiento como participación en el delito principal y hasta con la misma pena que a éste. Se debe a los prácticos la distinción entre la ayuda prestada antes del delito, durante la comisión del delito y con posterioridad a éste (*ante delictum, in delicto, post delictum*)"³¹

La mayoría de las legislaciones, contemplan al delito de encubrimiento, dentro del apartado destinado a los delitos contra la administración de justicia, incluso en México a este rubro se le denomina exactamente como "delitos cometidos contra la procuración y administración de justicia", la caracterización del favorecimiento como delito contra la procuración y administración de justicia se remonta prácticamente a las primeras formulaciones que concibieron esta figura como independiente, respecto de las formas de participación criminal.

³⁰ DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, tomo I, 21ª edición, Madrid, 1992, pág. 827.

³¹ PAVON VASCONCELOS, Francisco, "Diccionario de Derecho Penal", (analítico-sistemático), 2ª edición, Porrúa, México, 1999, pág.425.

Para la comprensión de una cuestión, es indiscutible que para ello, se cuente con un cúmulo determinado de elementos, sea cual fuere el asunto por tratar, resulta necesario el manejo de ciertos conceptos, pues en caso de no manejar éstos, no se podría llegar al objetivo, o se podría, pero no con la precisión con la que se haría si abarcamos tales, y llevando esta consideración al tema que nos ocupa, es importante saber el concepto del delito de encubrimiento, al igual que el de ayuda, accesoriedad, participación, etc., para la comprensión de aquel.

El problema de la definición del delito tiene trascendencia, puesto que de ella en cierta forma, se puede deducir el enfoque que se le pretende atribuir, ya sea como forma de participación o como delito, y aunque se sabe que el encubrimiento es un delito, quizás al tratar de elaborar un concepto, se pueda confundir con una forma de participación.

El requisito esencial que presupone para la existencia del encubrimiento es la comisión de otro delito, y ha sido en el tiempo, un obstáculo para alcanzar su autonomía y para la determinación del bien jurídico lesionado. Al respecto, el jurista argentino Carlos Fontán Balestra, afirma: "En el derecho comparado, una variedad de sistemas que no es frecuente en la previsión de las infracciones penales, fenómeno al que coadyuva la circunstancia de que bajo el título común de encubrimiento se agrupan figuras en tanto disímiles, como lo son las modalidades del favorecimiento y la receptación.

El modo tradicional previó al encubrimiento como una forma de participación, a través de los llamados cómplices a posteriori. El error de este concepto, es ya señalado por Carrara, diciendo que nadie puede ser considerado responsable de un delito si en una u otra forma no ha sido su causa, y cómo resulta inadmisibles que un hecho totalmente posterior sea la causa de otro hecho anterior, la responsabilidad por el delito agotado con anterioridad que pretendía ponerse a cargo de los llamados cómplices a posteriori, se fundaba sobre algo jurídicamente imposible.

No obstante la observación carrariana, numerosos textos legales han mantenido el encubrimiento en su totalidad o en algunas de sus formas en el capítulo de la participación. En otros textos legales, no obstante darse autonomía al encubrimiento,

en cuanto se crean figuras delictivas, se subordina la amenaza penal a la naturaleza del otro delito".³²

Finalmente, de acuerdo con el tratadista Francisco Carrara, quien manifiesta en su Programa de Derecho Criminal, que el encubrimiento por favorecimiento, es "cualquier acto externo e idóneo mediante el cual, después de consumado un delito, pero sin acuerdo precedente y sin llevar ese delito a consecuencias ulteriores, se ayuda a sabiendas a los autores a asegurar el provecho criminoso o a eludir las investigaciones de la justicia."³³

2.3. LA ACCESORIEDAD.

Un presupuesto, para que el encubrimiento se tipifique es la comisión de un hecho anterior, por ello sólo es relativamente exacto afirmar la autonomía del delito de encubrimiento. Y apunta al respecto Fontán Balestra, que la autonomía "se muestra claramente en que ha sido excluida de la participación y en la elección de una escala penal que no se vincula con la naturaleza del hecho que se encubre, pero el delito no es imaginable sin la comisión de un delito anterior por persona distinta del que se encubre, la existencia de un hecho penal previo, es apto también para caracterizar la forma de participación, consistente en prestar una ayuda posterior cumpliendo promesas anteriores al hecho.

El hecho anterior debe ser un delito, tentado o consumado, en grado de autoría o de participación; puede tratarse de hechos previstos en leyes especiales. No hay encubrimiento de contravenciones ni de contraventores. Es indiferente la naturaleza del delito anterior en todos sus aspectos objetivos y subjetivos. También el encubrimiento es, a su vez, susceptible de encubrimiento, pues dada su autonomía nada hay que permita pensar de otro modo. Va de suyo que quien comete el delito anterior debe ser persona distinta del que encubre, porque no existe el delito de autoencubrimiento.

³² FONTAN BALESTRA, Carlos, "Derecho penal", parte especial, 13ª edición, actualizada por Guillermo A. C. Ledesma, reimpresión, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992, pág. 929.

³³ CARRARA, Francisco, "Programa de Derecho Criminal", parte especial, volumen V, 4ª edición revisada, Themis, Bogotá, 1993, pág. 411.

Entonces, la autonomía del encubrimiento, no logra ser absoluta, sino que subsiste cierta dependencia. Ésta procede en que los márgenes del tipo de encubrimiento derivan de las conductas de los autores y/o partícipes en cuestión. Si como se viene expresando el encubrimiento sólo tiene cabida cuando el favorecimiento aportado no pueda concebirse como de realización (autoría/participación) del tipo previo, éste condiciona la aparición de aquél.

El que habitualmente se determine la existencia de encubrimiento por tener lugar tras la ejecución, no puede llevar a desconocer que lo esencial radica en ser una adición a lo llevado a cabo por otros. Y lo que éstos llevaron a cabo continúa desplegando cierta relevancia en la configuración del injusto de encubrimiento. Conduce, entre otras, a dos consecuencias básicas: la limitación de la pena de encubridor y la accesoriedad del encubrimiento.

Un tema que ha sido objeto de consideración especial por lo tratadistas es el que se refiere a la comisión y sobre todo a la perseguibilidad del encubrimiento, cuando el delito anterior está sometido a un requisito de procedibilidad como sería la querrela, y dicho requisito podría quedar burlado, si se investigara el encubrimiento con exclusión de la actividad de quien dispone de la acción con respecto al delito principal. Refiere Fontán Balestra: "No puede negarse la naturaleza accesoría o dependiente del encubrimiento en estos casos... no podrá investigarse el encubrimiento hasta en tanto no medie acusación o denuncia del agraviado o de su tutor, guardador o representantes legales. Hasta este momento llega la disponibilidad de la acción en esta clase de delitos. A partir de él, la acción deja de ser disponible y se transforma en pública o de oficio. Y a partir de este momento queda expedita la vía para investigar el encubrimiento. Bueno parece señalar que lo que depende de la acción que corresponde al delito encubierto, no es la existencia o inexistencia del encubrimiento, sino únicamente su perseguibilidad."³⁴

Lo anterior, me lleva a considerar que en nuestra legislación no se sanciona el delito de encubrimiento en tanto no se satisfaga el requisito de procedibilidad como

³⁴ FONTÁN BALESTRA, Carlos, op. cit., pág. 933.

puede ser la denuncia, querrela, juicio de procedencia y la autorización, presentado por la víctima u ofendido, o representante legal.

“El encubrimiento se presenta ahora, a primera vista, como una forma genérica de favorecimiento postejecutivo. A parte con carácter más específico, la receptación vendría a referirse a algunos delitos determinados (contra el patrimonio y el orden socioeconómico). En este sentido la virtualidad propia del encubrimiento, radica precisamente en ser la forma genérica a través de la cual cabe incriminar las conductas de favorecimiento de cualquier delito, no previstas de forma más específica en otro lugar. A pesar de la traslación dentro del Código, el actual régimen no ha podido desprenderse de alguno de sus anteriores elementos: en particular, de la dependencia respecto del hecho previo y la descripción de las conductas típicas. Ello evidencia que no existe una política criminal novedosa en esta materia, de la cual extraer criterios firmes para construir ahora el encubrimiento. La traslación dentro del código, parece motivada por las críticas que contra la anterior regulación se habían vertido. La crítica fundamental se basaba en que no era una forma de participación, pues no cabe participar en un hecho ya realizado. Se planteaba entonces que el bien jurídico tutelado era la administración de justicia y no el mismo del hecho previo, según se derivaba de su concepción como forma de participación. Ambas críticas permitieron desde tiempo atrás concebir el encubrimiento como una conducta dotada de autonomía, pero también dependencia respecto del hecho previo.”³⁵

No obstante, el hecho de que la conducta encubridora esté dotada de su propio contenido de injusto y justifique su autonomía típica, no implica en modo alguno, una total independencia del delito encubierto, o que ambas figuras delictivas, puedan ser tratadas como compartimentos estancados. De ahí, la necesidad de cuestionarse qué tipo de relación se establece y las consecuencias de la misma. La autonomía no implica que el delito de encubrimiento pueda desentenderse de la infracción originaria, cuando ciertamente, su realidad objetiva y conocimiento subjetivo constituyen elementos determinantes de la existencia del primero. Para la mayoría de la doctrina, dicha relación se explica como un supuesto de accesoriedad, que no ostenta sólo valor en lo punitivo, sino también en lo funcional, coincidiéndose también en la fuerza

³⁵ SANCHEZ-OSTIZ, GUTIERREZ, Pablo, op. Cit. Pág. 21.

limitada de ésta. Ello supone que el hecho encubierto debe ser típico y antijurídico, resultando indiferente para la existencia del delito de encubrimiento, que el autor del delito no sea culpable.³⁶

Pareciera desproporcionado apreciar encubrimiento con independencia de la relevancia de la conducta de favorecer. hubiera sido más acorde con la lógica del reformado delito de encubrimiento valorar la conducta en sí, con autonomía respecto al delito previo. Pero no ha podido desprenderse – tampoco aquí – de su sentido de referencia al delito previo del que es tributario.

Por ello, me parece oportuno relativizar la observación de que la gravedad del hecho previo sea el único motivo de dicha previsión. Admitir que entre en juego el encubrimiento para el homicidio imprudente convertiría al encubrimiento en un tipo asistemático que llevaría consigo una ampliación del favorecimiento personal a casos de menor entidad, en cambio al margen los delitos de lesiones, agresiones sexuales, secuestros, por ejemplo, cuya valoración social parece mayor en algunos casos.

2.4. PRESUPUESTOS.

Puede decirse que es tradicional, fijar el concepto de encubrimiento, enunciando sus presupuestos, lo que, en más de un aspecto, importa señalar las diferencias con la participación.

Del mismo modo que sólo se puede participar en algún hecho ajeno, o en algún injusto ajeno, sólo se puede encubrir un delito previamente cometido. Esta dependencia inevitable, común a todas las formas de favorecimiento es, en parte, el origen del tratamiento accesorio del encubrimiento, no sólo en México, sino además en otros ordenamientos jurídicos, donde el pensamiento de la accesoriedad ha echado raíces y ha afectado de manera importante al encubrimiento.

Por lo anterior, presupuesto común a todas las formas de encubrimiento es *la comisión de un hecho anterior en el que no se participa*. Asimismo, la expresión

³⁶ Cf., SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIERREZ, Pablo, op. Cit., pág. 61.

conocimiento es importante destacar en este presupuesto, pues expresa percepción sensitiva intelectual de la existencia de una realidad, concretamente de la realización de un hecho con anterioridad por terceros. Dicho conocimiento no requiere precisión y detalle.

“La posición en lo que al encubrimiento y receptación se refiere es firme: no es necesario un conocimiento detallado y preciso del delito previo, ni menos aún conocer su concreto *nomen iuris*. La ubicación anterior, junto a la participación, y la referencia al conocimiento del hecho punible, podían conducir a la exigencia de un conocimiento mas detallado. La redacción parece requerir menos: bastaría con la percepción de la existencia de un delito cometido por otros. Así queda ahora justificado por la idea de Administración y Procuración de Justicia, pues bastaría con saber que se dificulta la labor de ésta. El precepto refiere dicho conocimiento a un delito, y no de una falta. Debe entenderse por delito un hecho típico y antijurídico; sin exigirse en cambio que sea culpable ni punible. Puesto en relación con la interpretación efectuada de *comisión*, las posibilidades del delito previo se amplían a cualquier modalidad, activa u omisiva, tanto dolosa como imprudente.”³⁷

Nada impide que se incluya también la tentativa, en la medida en que pueda concebirse ésta como comisión de un delito. Así también cabe el encubrimiento de un encubridor, pues éste es a su vez autor de un delito, cabe asimismo encubrir a los partícipes en un encubrimiento previo.

Junto al elemento anterior, se requiere paralelamente y *sin haber participado en el mismo*. También debe constatarse simultáneamente respecto a la conducta de intervención como encubridor. Toda intervención de autores o partícipes, posterior a la comisión, resulta atípica a efectos del artículo 320, del código penal vigente para el Distrito Federal.

La intervención propia del encubrimiento, debe prestarse *con posterioridad a la ejecución del hecho anterior*. Es posible la intervención inmediata, como la que comienza largo tiempo después: no es esencial al tipo de encubrimiento una

³⁷ Idem.

inmediatez temporal respecto al hecho previo. En relación con este punto, hay que diferenciar entre ejecución y consumación del delito previo, sin embargo, es un tema que abarcaré en el último capítulo.

Por lo que se concluye que el código penal exige, entre otros requisitos, el conocimiento de la comisión de un delito y la intervención posterior a su ejecución, para poder castigar al encubridor.

2.5. TIPOS.

Algunos tratadistas han considerado al encubrimiento como un todo homogéneo, cuando en la realidad la concepción actual cubre diferentes formas o modalidades, se puede decir que el error estriba en no distinguirlas y en consecuencia tampoco las variantes que tiene cada una de ellas; incluso, muchas de las discusiones que giran en torno a esta figura son por la insistencia en conservar al encubrimiento como unidad y al querer conceptualizar el delito de encubrimiento omiten alguna de las modalidades, con lo cual queda incompleta dicha definición. Los tipos de encubrimiento son: por favorecimiento, o por receptación, dividiendo el primero en favorecimiento real o personal.

2.5.1. ENCUBRIMIENTO POR FAVORECIMIENTO.

Recibe el nombre de favorecimiento, por tener la característica común de beneficiar a otro. Al respecto, me parece conveniente enunciar la definición del maestro Francisco Carrara: el favorecimiento es "cualquier acto externo e idóneo mediante el cual, después de consumado un delito, pero sin acuerdo precedente y sin llevar ese delito a consecuencias ulteriores, se ayuda a sabiendas a los autores a asegurar el provecho criminoso o a eludir las investigaciones de la justicia."³⁸

La diferencia entre favorecimiento personal y real, radica en el hecho de que en el primero la acción recae sobre la persona misma, *ayudare a aliquem*, dice la ley; en tanto que en el segundo la ayuda se presta haciendo recaer la acción sobre las cosas,

³⁸ CARRARA, Francisco, op. Cit., pág. 411.

como cuando se trata de *asegurar el producto o provecho del delito*. La diferencia de ambas formas de encubrimiento por favorecimiento con la receptación es clara. Ésta última se realiza en beneficio propio y se caracteriza por el fin de lucro. Tanto es así que, nuestro código penal sitúa el encubrimiento por receptación en los delitos contra el patrimonio.

2.5.1.1. FAVORECIMIENTO PERSONAL.

Así como el acento antes se encontraba puesto en la fuga o huida, ahora lo es, en concretos comportamientos en la medida en que vengan dirigidos a hacer fracasar la acción de la Justicia. El numeral 320 de nuestro código penal, se refiere con claridad a la labor de los órganos de procuración y administración de justicia. Mantener un precepto como éste supone aceptar que el sistema de intervención postejecutiva no se estructura en torno a la existencia de un deber genérico de denunciar o colaborar, pues al margen de las conductas mencionadas, resulta atípico el favorecimiento.

Maggiore, afirma en su libro de derecho penal, que en el favorecimiento personal, la acción implica una ayuda prestada a alguno, esta debe ser positiva, consiste en un hacer, no en dejar de hacer, ya que el favorecimiento es delito de acción no de omisión. La omisión de denuncia constituye un delito aparte, distinto del encubrimiento.³⁹

La objetividad de la figura del favorecimiento personal consiste en ayudar a alguien a eludir las investigaciones de la autoridad competente o a sustraerse a la acción de ésta. La norma comienza señalando el elemento temporal y causal que da autonomía al encubrimiento: el que, sin promesa anterior al delito, y cometiere después de su ejecución.

MODALIDADES.

Las formas definidas de encubrimiento guardan unidad, como un tipo único que podría realizarse por cualquiera de las cinco modalidades descritas; sin embargo, me

³⁹ Cfr., MAGGIORE, Giuseppe, "Derecho penal" tomo II, de los delitos en particular, Bogotá, Themis, Bogotá, 2000, pág. 367.

parece correcto entender que cada una de las conductas, constituye un tipo distinto de encubrimiento. Debe añadirse, que sólo en esos casos y no en otras conductas, se dará la tipicidad del encubrimiento; resulta algo peculiar del régimen de nuestro código penal, el detalle, con el que se procede a describir las conductas, cualificándolas por elementos finales o intencionales, y no tanto por el efecto que produzcan en el desarrollo de las funciones de la Administración o Procuración de justicia, o de las consecuencias jurídicas del delito, como se lleva a cabo en otros sistemas jurídicos.

Por ello, pueden dejar fuera de la tipicidad, algunas conductas que parecen obstruir sin embargo, a la Administración y Procuración de justicia. Al menos puede ponerse en duda la tipicidad de comportamientos, como los siguientes: atención por médicos, sacerdotes, etc. a un delincuente, y no comunicación de la misma a un policía.

Se procederá a estudiar las modalidades de favorecimiento personal contempladas en el código penal, para el Distrito Federal, en el numeral 320.

1) Ayudare a alguien a eludir las investigaciones de la autoridad competente o a sustraerse a la acción de ésta.

La investigación debe entenderse en sentido material, sin perjuicio de que su inserción en un determinado contexto típico permita ciertas precisiones procesales. Investigar no es otra cosa que hacer diligencias para descubrir una cosa. Son todas las actividades del ministerio público, así como de la autoridad judicial, dirigidas a descubrir las fuentes de prueba y a deducir de éstas los elementos de prueba para determinar si se ha cometido un delito, y por quién ha sido cometido. Evidente es también que tales actuaciones materiales de investigación pueden ser obstaculizadas, ayudando al probable responsable a eludirlas.

Eludir es también, evitar que se produzca, y comprende también impedir el descubrimiento del delito. No se requiere que las investigaciones hayan sido iniciadas para apreciar la tipicidad de la conducta favorecedora. Las investigaciones están teleológicamente orientadas a posibilitar el juicio. Desde esta óptica funcional del concepto, eludir la investigación es desbaratar la posibilidad de utilizar sus resultados

para la finalidad para la que se concibió su realización. Referido a la investigación, *eludir* no es, como si se predicase exclusivamente de una realidad física, impedir o esquivar su presencia, sino inutilizar su valor.⁴⁰

La ayuda debe ser prestada para eludir las investigaciones de la autoridad o sustraerse a su acción. Son dos cosas distintas, pues las investigaciones de la autoridad pueden estar dirigidas en cualquier sentido, en tanto tiendan a la averiguación del delito, debe ayudarse a alguien a eludir esas investigaciones, de modo que resulta materialmente necesario que el favorecido se vincule de algún modo a ellas.

Es importante recalcar que no es necesario que la situación que crea el favorecedor sea definitiva, ni siquiera que el fin perseguido se logre, el tipo queda satisfecho con la acción de ayudar.

El autor ayuda a eludir las investigaciones de la autoridad o a sustraerse a su acción. Por autoridad se entiende la facultada para investigar el delito, o sea el Ministerio Público, y la que procede a la aprehensión de sus autores o partícipes, como sería la autoridad judicial.

La cuestión es de enorme importancia, ya que al aparecer en la redacción típica la cualidad del sujeto al que se encubre, la misma ha de formar parte del contenido del dolo del encubridor, y si la expresión que recoge el objeto del favorecimiento personal es de carácter estricto y se le concede un contenido procesal, la extensión de la probable responsabilidad quedará muy disminuida, ya que el encubridor tendrá que saber que encubre a un probable responsable, así calificado previamente por la Justicia.

Asimismo, las investigaciones a las que se refiere esta hipótesis han de ser aquellas iniciadas para descubrir las relaciones entre un sujeto concreto objeto de encubrimiento y un delito específico que constituye la base de sus indagaciones. Esto

⁴⁰ Cfr., GILI PASCUAL, Antoni, op cit., pág. 358-360.

significa que tiene que haber una relación de causalidad entre la ayuda dada y la investigación obstaculizada, ya que de lo contrario se llegaría a la impunidad.

En conclusión, esta hipótesis, significa frustrar las pesquisas de la autoridad, relativas a la comprobación del delito, desde luego no entra aquí la actividad del defensor, siempre que esté contenida dentro de los límites legales, o la actividad de otros encaminada al mismo fin. Asimismo el sustraerse a las pesquisas de la autoridad, quiere decir hacer vanas las investigaciones de ésta, encaminadas a detener o aprehender al inculpado, para que pague su pena.

2) Oculte o favorezca el ocultamiento del responsable del delito.

Esta hipótesis se refiere a sustraer a los autores o partícipes a su busca o captura. Gramaticalmente *busca* es un término de índole jurídico, o mejor dicho judicial, con la acepción de indagación; mientras que *captura*, se refiere a aprehensión; ambos términos se refieren a la labor de investigación por la autoridad. Así se confirma también, por la forma del verbo *sustraerse*, en sentido reflexivo, que se aplicaría a hacer fracasar o frustrar la localización, identificación y aprehensión del probable responsable.

3) Al que requerido por la autoridad no proporcione la información de que disponga para la investigación del delito, o para la detención o aprehensión del delincuente.

No sólo debe haber comenzado la investigación, sino que tiene que haberse producido una actuación judicial específica, en la que, constando la probable responsabilidad del sujeto interviniente en el delito anterior, éste no se encuentra a disposición judicial, ya que no se proporciona la información para su búsqueda y captura.

4) No procure por los medios lícitos que tenga a su alcance y sin riesgo para su persona, impedir la consumación de los delitos que se sabe van a cometerse o se están cometiendo, salvo que tenga la obligación de afrontar el riesgo.

Procurar significa hacer diligencias o esfuerzos para lograr algo.

En el caso de los incisos 3 y 4 se trata de omisiones de carácter ilícito, por infringir deberes u obligaciones *de hacer*, impuestas por las propias normas penales incriminadoras, por lo que la conducta podría estar justificada cuando las omisiones aludidas se encuentren autorizadas legalmente o el sujeto esté impedido para actuar por un impedimento insuperable o una fuerza mayor *vis maior*), las omisiones mencionadas tienen como antecedente el conocimiento que el encubridor tiene del requerimiento de la autoridad, que tiene obligación de cumplir y que consiste en prestar auxilio para la investigación de los delitos o bien para la persecución de los delincuentes, así como impedir la consumación de un delito que se va a cometer o se está cometiendo, sin que importen los medios por los cuales el omitente ha llegado a tener conocimiento de lo anterior.

Los tipos intentan prevenir conductas calificadas por poner en peligro bienes jurídicos. Una vez que esto ya se ha producido –con o sin resultado–, el interés en la protección no decae, sino que se ve transformado en otro, o sea en el interés en que la Administración de justicia actúe; por esto surge el deber general de no actuar impidiendo la labor de la procuración y administración de justicia;

El momento consumativo en estas hipótesis, se verifica en el acto de prestar ayuda en alguno de los modos indicados, sin que sea necesario que se haya conseguido el fin propuesto.

2.5.1.2. FAVORECIMIENTO REAL.

Además de la forma de encubrimiento consistente en ocultar de alguna manera a la persona o en ayudarla a eludir la acción de la justicia, existen otras maneras de encubrir o deformar el hecho cometido.

En esta figura la idea central es la misma que funda la figura del favorecimiento personal: “defender la administración de justicia contra cualquier maliciosa intromisión tendiente a frustrar la acción de aquella”⁴¹

En el favorecimiento real la ayuda se presta haciendo recaer la acción sobre las cosas, como cuando se trata de *asegurar el producto o provecho del delito*.

MODALIDADES.

1) Oculte, altere inutilice, destruya remueva o haga desaparecer los indicios, instrumentos u otras pruebas del delito.

El verbo alterar, ahora empleado, para la primera hipótesis, permite dar entrada a conductas que debían interpretarse antes dentro del *ocultar*, algo así como ocultar al conocimiento. La conducta tiene el sentido de aportar ayuda, para que los intervinientes previos no sean descubiertos, mediante acciones que impidan el conocimiento de aquel delito. El elemento intencional, para impedir su descubrimiento, como elemento de tendencia, da sentido a las conductas de ocultar, inutilizar o alterar. Es más, estas son tales, en la medida en que vienen encaminadas a tal fin. Se encuentran en relación con la pretensión de conocimiento del delito por la Procuración y Administración. Luego las *conductas* adquieren el sentido de entorpecimiento de dicha pretensión.

Alterar, debe ponerse en relación con el sentido de *ocultar*, antes mencionado. Resulta conveniente la afirmación expresa de ésta modalidad de conducta, que vendría a cubrir los casos en que se desfigura o modifica la sustancia del objeto, sin sustraerlo a la percepción. Efectivamente, este es el sentido gramatical y sistemático del verbo *alterar*, recae sobre una realidad que ya tiene entidad, la cual se modifica, pasando a ser algo de apariencia distinta, no es por lo tanto, el mero ocultar, sino someter un objeto a modificaciones tales, que experimente mutación. La ocultación puede ser tanto el hacer desaparecer un objeto, como ocultarlo a la vista.

⁴¹ SOLER, Sebastián, op. Cit., pág. 345.

Inutilizar, significaría la pérdida de una función que algo poseía. Viene referido a la frustración de un fin o función a los que algo –concretamente, el cuerpo, instrumentos o efectos del delito- se encontraba destinado, debe ser idónea al menos para producir el resultado de ocultación al conocimiento. La inutilización supone que los objetos en cuestión subsisten, no así la adecuación al fin al que estaban destinados, que se ve impedido; abarca supuestos distintos a la ocultación y alteración de la entidad de dichos objetos, según han sido interpretados, siempre que adquiera el sentido de impedir el descubrimiento, por ejemplo, supresión del mecanismo interno del arma empleada, de las cláusulas del contrato defraudatorio, etc. no en cambio fragmentar el objeto robado impidiendo su reconstrucción pero no el descubrimiento del hecho previo.

No es necesario para la consumación que el fin perseguido se logre; el hecho se perfecciona con la actividad tendiente a la desaparición, ocultación o alteración de los indicios, pruebas o instrumentos del delito, o a asegurar el producto o el provecho del mismo.

No obstante que la acción recae aquí sobre cosas, el acto mantiene las características del favorecimiento, en cuanto se beneficia a otro. Incluso el tipo queda satisfecho con la tentativa de encubrimiento, pues para su consumación no es necesario que la justicia haya sido engañada o burlada, con tal que en el hecho que constituye el favorecimiento haya habido aptitud para engañarla o burlarla es más que suficiente. Al respecto, Carrara señala un ejemplo que nos dejaría clara esta hipótesis: "Al saber que Pedro ha sido arrestado como sospechoso de homicidio, corro a su casa, y al encontrar allí vestidos manchados de sangre, decido lavarlos, para que al ser encontrados por la justicia no suministren un indicio gravísimo contra mi amigo.

Este hecho es frequentísimo, yo logro mi fin próximo, pues consigo limpiar esos vestidos, de modo que ningún perito pueda encontrar luego en ellos rastros de sangre; este es un favorecimiento consumado, y no deja de serlo porque la justicia haya encontrado por otros medios ese mismo indicio por ejemplo, mediante los testigos que vieron y observaron esas manchas o que me vieron cuando me esforzaba por quitarlas. Pero si mientras estoy entregado a esta tarea llega la justicia y me arrebatada de las manos esos vestidos todavía manchados, o si mi trabajo queda interrumpido por otra

circunstancia fortuita, me inclino a pensar que entonces se tiene un favorecimiento simplemente intentado.⁴²

Con relación a estos términos, Fontán Balestra señala que "hacer desaparecer los rastros, pruebas o instrumentos del delito, es suprimirlos, como lavar las manchas de sangre. *Ocultarlos*, es esconder de cualquier modo, como puede ser enterrar un cadáver o tirar el arma al río. Por último *alterar*, quiere decir tanto como modificar, cambiar la esencia o el aspecto exterior de las cosas. Lo que se hace desaparecer, se oculta o altera son los rastros, pruebas o instrumentos del delito.

Se trata, en términos generales, de elementos de prueba que la acción del favorecedor persigue impedir que sean utilizados por la justicia. La previsión alcanza a todos los medios de prueba.⁴³

2) Oculte o asegure para el inculpaado, el instrumento, el objeto, producto o provecho del delito.

Ocultar significa impedir la percepción de algo, hace referencia a una conducta de sustraer al conocimiento.

Por otra parte, *asegurar* el producto o provecho del delito. Son los *producta sceleris*, que la ley no considera aquí como objetos de valor, sino como elementos de prueba. Asegurar, quiere decir hacer seguro, garantizar, poner a buen recaudo. La norma se refiere al producto o el provecho del delito, comprendiendo así toda ventaja o beneficio, y no solamente el económico; lo directamente obtenido y lo que con ello se obtuvo.⁴⁴

Los verbos señalados en esta hipótesis vienen referidos a una acción que recae sobre determinados objetos: el cuerpo, los instrumentos, productos o provechos del delito, puede entenderse a pesar de lo amplio de tal afirmación, que todos forman parte, como especies, de un género común, amplísimo, de objetos relacionados con la

⁴² CARRARA, Francisco, op. Cit., pág. 417.

⁴³ Cfr., FONTÁN BALESTRA, Carlos, op. cit., pág. 939.

⁴⁴ Idem.

comisión de un delito en la medida en que de ellos cabe derivar elementos relevantes sobre el mismo.

El *objeto* del delito, puede englobar, tanto el cadáver, como las armas, instrumentos, etc., que tuvieren relación con la comisión del delito. Una idea tan amplia, eminentemente procesal, parece abarcar cualquier objeto que pruebe la existencia de un delito.

Por *instrumentos*, debe entenderse un objeto con sentido o significado medial (armas, instrumentos, etc.), designa la finalidad a la que un objeto se destina; se aplicaría aquí a la cosa destinada o empleada para la realización de un delito.

Producto, puede aplicarse a un objeto o cosa, y en otras ocasiones expresa el importe mismo de la cosa u objeto; pienso que cabe referirlo a cualquier objeto del que extraer de modo directo o no, un *aprovechamiento*, no sólo económico, aunque principalmente.

Por *provecho* suele significarse algo que reporta una ocasión propicia para el fin de aprovecharse; este sería su sentido subjetivo; cabe además un sentido objetivo de la expresión, que es el aportado por *beneficio*, y entonces suele venir unido al carácter propio o de terceros, próximo al lucro que de algo cabe obtener, y parece ser éste el sentido aquí expresado.

En definitiva, los dos objetos de referencia –producto y provecho- del beneficiarse significan obtención de un aprovechamiento, siquiera potencial, no es necesario que sea efectivo.⁴⁵

Por el sentido de conexión de la conducta y la finalidad buscada, cabría excluir del ámbito del favorecimiento real los casos en los que se hace desaparecer o se inutiliza o altera algún objeto derivado de la realización de un delito, pero que no obra en el sentido del autor (por ejemplo, se hace desaparecer el informe en que consta la investigación policial de un delito). Podrá constituir quizá otro delito, pero no

⁴⁵ Cfr., SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo, op., cit. Pág. 70-75.

favorecimiento real. La previsión del favorecimiento real supone una delimitación estricta de los únicos deberes de colaborar – de no entorpecer- con la Procuración y Administración de Justicia, que sobre el ciudadano recaen tras la comisión de delitos. El favorecimiento real, debe entenderse limitado a lo que recae sobre los *objetos* del delito.

2.5.1.3. LA RECEPCIÓN.

Esta figura entra en juego cuando en las condiciones comunes del encubrimiento, ocurre además que se trate de un delito del cual provienen cosas que representan o tienen un valor económico, o que no siendo éste importante, la operación encubridora sea efectuada con lucro. Esto hace que la recepción además de su aspecto de encubrimiento, guarde una relación estrecha en los delitos contra la propiedad, razón por la cual, nuestra legislación la ubica en este rubro.

Las modificaciones en la descripción de la conducta típica introducidas respecto a la regulación participativa anterior deben servir, para apreciar con mayor claridad los respectivos contornos de tipicidad del auxilio encubridor y del auxilio receptor. Los intentos de diferenciación a la luz de la regulación anterior han girado, fundamentalmente sobre el valor esencial del plano subjetivo, pudiéndose distinguir tres planteamientos.

“El primero que se podría denominar restrictivo del encubrimiento, para el que la diferencia esencial radica en la exigencia en la conducta receptadora de un ánimo de lucro que mueva la actividad del autor que no se requiere, o mejor dicho se rechaza, en la definición del auxilio encubridor, *incompatibilidad de animus*. El segundo, se limita a requerir un distinto ánimo en una u otra figura (*lucranda* y *adjuvandi*), siendo necesaria la exclusividad del *animus lucrando*, para la recepción, mientras que para el encubrimiento además del *animus adjuvandi* cabe la presencia de otros ánimos y entre ellos el *lucranda*. Basta con que se realice un acto que represente un auxilio para el aprovechamiento de los culpables, aún cuando concurren en su comisión otros fines para considerar la figura del encubrimiento y no la recepción. El tercero de los planteamientos diferenciadores viene a resultar una matización de la doctrina anterior al radicar el elemento delimitador entre ambas figuras, en el *interés principal*,

determinante o preponderante, que ha movido al agente. De tal manera, si el autor persigue principalmente ser útil a otra persona ayudándola a consolidar las ventajas del hecho delictivo, se estará en la hipótesis del encubrimiento, mientras que será de aplicación el delito de receptación si el sujeto actúa primordialmente con finalidad de lucro.”⁴⁶

La receptación viene a ser una forma de encubrimiento, que cuando se realiza con ánimo de lucro añade una afectación a un bien jurídico adicional y exige un trato penal independiente. Pero la regulación penal no es desde luego acorde con tal posibilidad. Una pena inferior en la receptación respecto del encubrimiento niega esa especialidad que debería conducir a una penalidad superior, ante la afectación a la administración y procuración de justicia y al patrimonio con una misma conducta.

Esto pone de manifiesto que la afectación a la Administración y Procuración de Justicia no es relevante en la receptación, aunque no se pueda negar que exista, y que la afectación al patrimonio en el encubrimiento es irrelevante, aunque igualmente se produzca.

MODALIDADES

1) Adquiera, posea, desmantele, venda, enajene, comercialice, trafique, pignore, reciba, traslade, use, u oculte los objetos o productos del delito, con conocimiento de esta circunstancia.

La materialidad de la receptación, consiste en adquirir, recibir u ocultar dinero, cosas o efectos o intervenir en su adquisición, recepción u ocultación. Con los tres verbos empleados para definir la acción, se abarcan los supuestos que caracterizan los actos del encubridor al que inspira el fin de lucro. Ya se dijo al señalar la diferencia entre el encubrimiento y la receptación, que en ésta el autor actúa en provecho propio.

En el verbo “adquirir” están comprendidos todos los medios de adquisición, pues significa, obtener, conseguir por cualquier acuerdo; dentro del acto de recibir se

⁴⁶ HERNÁNDEZ GARCÍA, Javier, GOYENA HUERTA, Jaime, GRINDA GONZÁLEZ, José, MUÑOZ CUESTA, Javier, “Los delitos contra la Administración de Justicia”, Aranzadi, Navarra-España, 2002, pág. 49-50.

comprenden todos aquellos actos no traslativos de dominio, como guardar o recibir en prenda; y con el verbo ocultar se refiere la ley a esconder.

Con ello se observa que, bastaría que en nuestro código penal se incluyeran únicamente esos verbos para la receptación, pues están por demás el vender, comercializar, traficar y demás, pues la palabra 'adquirir' los incluye.

Esta forma de comisión, recibe también el nombre de "aprovechamiento", la acción constitutiva del delito, consiste en adquirir, recibir u ocultar el producto de un delito en el cual no ha participado el encubridor, pero de cuya procedencia tiene el debido conocimiento. Al referirse a *adquirir* el sujeto aprovecha para sí de los objetos del delito. En tal hipótesis típica, se ubica el comprador de objetos robados, actividad común en nuestro medio, en el que debido a la falta de control de nuestras autoridades, hace prosperar dicha actividad delictiva, la cual inclusive propicia el robo de toda clase de objetos, preferentemente partes de automotores.

Al referirse nuestro ordenamiento penal al "recibir y ocultar" el producto del delito, cuando el encubridor no ha participado en él, se trata en estos casos de la receptación de cosas que constituyen el producto de un delito, con lo cual se favorece al autor de éste y a los intereses del encubridor, entendiéndose por producto todo objeto material obtenido por la ejecución de un delito, que representan un valor de cambio para su poseedor.

Se podría clasificar este delito de la receptación, por su duración, en instantáneo y en permanente, pues al referirse a adquirir, el hecho queda consumado en el traslado de la cosa, mientras que la recepción y el ocultamiento el hecho se prolonga en el tiempo; asimismo se está ante un delito doloso, es decir, se requiere de un dolo directo, que abarque la certeza acerca de la procedencia delictuosa de la cosa adquirida, pues el encubrimiento no consiste en adquirir la cosa de mala fe, sino en perturbar con ello la acción de la justicia:

Por ello, se exige para la tipificación de esta primera parte de la receptación, que el autor sepa que las cosas provienen de un delito y el fin de lucro. Sin embargo, el señalado conocimiento no se extiende hasta el extremo de que el encubridor sepa cual

es el delito cometido y cuáles son las circunstancias de su comisión, es suficiente con que se sepa que las cosas receptadas provienen de un delito.

El tipo requiere el conocimiento, por parte del agente, de que los productos que adquiere, recibe u oculta son mal habidos, consecuencia de un delito, en el que el encubridor no ha participado en alguna forma. Viene a ser el aludido conocimiento como un elemento de culpabilidad, pues no se trata de una simple sospecha, sino de la convicción de que el producto que se adquiere, en cualquiera de las modalidades, proviene de un hecho delictivo.

El tipo exige en el autor el ánimo de lucro, ello no implica que necesariamente deba lucrar con las cosas u objetos del delito, basta la concurrencia del simple ánimo de lucrar para satisfacer las exigencias de la norma penal.

Asimismo, Fontán Balestra afirma que la figura de la receptación se caracteriza por el fin de lucro que inspira la acción y que se trata de “un elemento subjetivo que tipifica la acción y la acompaña en el elemento del hecho. Por ese motivo, no es típica la obtención del lucro perseguido, y el delito se perfecciona sin ella. Por lucro se entiende cualquier beneficio material apreciable económicamente. Ese beneficio puede ser perseguido para el propio receptor o para un tercero. Es indiferente que el lucro consista en la adquisición o en el simple uso de la cosa, en tanto que de ello resulte el beneficio señalado. El motivo de la particular gravedad de esta forma de encubrimiento radica en que desarrollando el receptor una actividad habitual, los delincuentes antes del delito ya saben que pueden contar, aún sin promesa anterior expresa, con la ulterior cooperación de esa clase de individuos. Constituye así una verdadera forma intermedia entre el encubrimiento y la complicidad. En virtud de ello, la conducta del autor requiere cierta permanencia, que sea algo más que la reiteración. No es necesario, sin embargo, que constituya el único o principal medio de vida del autor.”⁴⁷

Los receptadores, como es fácil de advertir son aquellas personas que se aprovechan para sí o auxilian a los delincuentes, para que éstos, disfruten, gocen o

⁴⁷ FONTAN BALESTRA, Carlos, op. cit., pág. 945.

aprovechen el producto de su delito, mediante la realización de cualquiera de las hipótesis señaladas en este apartado.

2) La otra modalidad radica en que si el que recibió la cosa en venta no tomó las precauciones indispensables para cerciorarse de su procedencia o para asegurarse de que la persona de quien la recibió tenía derecho para disponer de ella.

Respecto a esta hipótesis, Fontán Balestra afirma que ésta "se pena con dolo condicionado. La presunción del origen ilegítimo de las cosas o la duda o sospecha sobre su origen legítimo, equivale en este caso a la ciencia. Esa es, precisamente, la actitud psicológica propia del dolo condicionado. Maggiore, cree que el autor obra culposamente."⁴⁸

Para excluir las formas culposas, es suficiente recordar la exigencia del fin de lucro, elemento subjetivo específico incompatible con un obrar imprudente o negligente. También para ésta hipótesis de encubrimiento por receptación se requiere el fin de lucro.

En relación con esta hipótesis, me parece conveniente citar la siguiente tesis, que no deja lugar a dudas.

ENCUBRIMIENTO POR RECEPCION (LEGISLACION DEL ESTADO DE NUEVO LEON. De acuerdo con el artículo 411 del Código Penal de Nuevo León, el encubrimiento por receptación se configura cuando se adquiere o pignora la cosa robada a sabiendas, o si el agente omite tomar las precauciones, indispensables para asegurarse de que el vendedor era propietario y tenía derecho a disponer de ella. Ahora bien, aunque es verdad que no cabe racionalmente imponer al comprador ocasional de ciertos objetos la obligación de cerciorarse de su legítima procedencia precisamente mediante la exhibición de la factura o título de propiedad, también lo es que el adquirente debe recabar elementos que razonable y objetivamente hagan deducir que el vendedor está autorizado para disponer de la cosa sin que baste el simple dicho de este último para concluir que el comprador tomó las precauciones debidas. SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL CUARTO CIRCUITO. Amparo

⁴⁸ Idem.

directo 761/88. Eduardo Galaviz Romero. 22 de febrero de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Leandro Fernández Castillo. Secretario: Abraham S. Marcos Valdés.

La norma castiga definitivamente, a quien, de acuerdo con las circunstancias, debía sospechar provenientes de un delito las cosas que recepta. No debe pensarse que la ley introduce una presunción de dolo, lo que se hace es determinar elementos de juicio para que el juez aprecie la existencia del dolo.

2.6. LA RESPONSABILIDAD PENAL.

La responsabilidad penal es aquella que tiene por objeto la reparación del daño causado a la sociedad por la comisión de un delito. Esta responsabilidad además, se traduce, en el cumplimiento de una pena. Tiene un alcance y un propósito eminentemente social, a diferencia de la responsabilidad civil, la cual tiene un fin eminentemente individual y privado, consistente en resarcir a la víctima, mediante una indemnización pecuniaria. En la responsabilidad penal la víctima es la sociedad entera, mientras que en la civil, la víctima es un particular. La responsabilidad penal exige la investigación de la culpabilidad del agente, o cuando menos, la comprobación de la peligrosidad del responsable.

El profesor. Francisco Pavón Vasconcelos, en su manual de derecho penal mexicano, al respecto señala: "para que una persona pueda ser declarada culpable y consecuentemente ser sujeto de consecuencias penales como resultado de su responsabilidad, es indispensable que en ella concurra la capacidad de imputación, esto es que en momentos de la comisión del hecho sea mentalmente apto para entender sus actos como para realizarlos en una libre expresión de su voluntad."⁴⁹

La responsabilidad penal para el tratadista Luis Jiménez de Asúa, viene a ser "La consecuencia de la causalidad material del resultado, de la injusticia del acto (noción valorativa y objetiva), del reproche de culpabilidad (noción normativa y subjetiva) y de la punibilidad de la acción u omisión típicamente descriptivas por la "Ley", aclarando que todos estos caracteres son necesarios para que surta la

⁴⁹. PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, "Manual de derecho penal mexicano", parte general, 16ª edición, Porrúa, México, 2002, pág. 372.

responsabilidad, por lo cual, si falta alguno de los elementos, la consecuencia penal, no se produce, la responsabilidad penal, no debe confundirse con la culpabilidad, que es uno de los elementos del delito, dado que aquella recae sobre todo el delito y ésta fuera de él, puesto que es una consecuencia suya.”⁵⁰

La afectación al bien jurídico es propia –aunque éste sea el mismo que lesiona o pone en peligro el autor- lo que conllevaría de manera obligada a realizar una medición de la pena en atención a su propio contenido de injusto.

Ruiz Rodríguez señala que “si el encubrimiento supone una afectación a la Administración de Justicia, debería estar graduada la intensidad de la reacción penal en función del interés que para la misma representan los diferentes hechos delictivos. “el interés en que un delito no quede impune es directamente proporcional a su gravedad”⁵¹

El maestro Eugenio Cuello Calón señala que es penalmente responsable el individuo imputable que por haberse probado su culpabilidad debe responder del hecho realizado y de sufrir de sus consecuencias jurídicas.

La imputabilidad es una posibilidad, mientras que la responsabilidad representa una realidad, ya que todos los que no son dementes ni menores son imputables, pero sólo son responsables penalmente cuando han ejecutado un hecho punible por el cual están obligados a responder, de donde surge que la imputabilidad es un estado anterior a la comisión del delito, en tanto que la responsabilidad surge, en el momento de su perpetración.

A mi parecer, la obligación de soportar la consecuencia específica del delito constituye la responsabilidad penal. La cual recae únicamente sobre el delincuente, ya que la consecuencia específica del delito es la pena, la que sólo puede imponerse al autor o partícipe.

⁵⁰ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, “Principios de derecho penal”, parte general, 9ª edición, segunda conforme al código penal de 1995, Dykinson, Madrid, 199, pág. 188.

⁵¹ RUÍZ RODRÍGUEZ, Luis Ramón, “El delito de encubrimiento”, Atelier, Barcelona, España, 2001, pág. 45.

Es decir, se trata de una consecuencia del delito, que determina que el sujeto activo debe cargar con la pena impuesta por el delito cometido, retribución que la sociedad le impone como un reproche por su conducta.

Cuando el artículo 320 de nuestro ordenamiento penal, castiga a quien omite impedir la comisión de delitos, debería graduar la pena del autor en función de la importancia de los bienes jurídicos afectados conciente el legislador de que la Procuración o Administración de Justicia pueden verse más afectadas en los supuestos mas graves.

En relación a qué pasa con el probable responsable por encubrimiento, cuando en el delito principal *no se ha satisfecho la querella*. Me parece importante señalar este punto, pues, al fin y al cabo es un requisito para que el encubridor pueda responder penalmente.

ENCUBRIMIENTO. QUERELLA NECESARIA SI EL DELITO PRINCIPAL EXIGE ESE REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD. El derecho penal mexicano reconoce grados de participación, como son el de autoría, complicidad y encubrimiento. Por lo tanto, si el delito principal es el previsto y sancionado por el artículo 111 de la Ley de instituciones de Crédito y para su persecución es necesario que se presente querella en contra del presunto responsable de ese ilícito, tal requisito también es necesario para poder proceder en contra del presunto encubridor, pues no debe perderse de vista, que si la persecución del delito principal requiere querella de parte ofendida, y el encubrimiento no viene a ser más que un grado de participación en relación con ese delito, porque lo accesorio debe seguir a lo principal, es de concluirse que también por el ilícito de encubrimiento en ese tipo de casos, debe presentarse la querella correspondiente, a fin de cumplir con el requisito de procedibilidad. TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO CIRCUITO. Amparo en revisión 286/92. Enrique Castro Lozano. 13 de septiembre de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Gilberto Pérez Herrera. Secretaria: Mercedes Montealegre López.

"No resulta sostenible una construcción dogmática del encubrimiento que pasase por la parte general como tipo accesorio o subsidiario. No obstante como esta

solución no resulta plenamente satisfactoria habrá que centrar la crítica en la regulación finalmente adoptada por el legislador y plantear, de la misma forma, la conveniencia de limitar de manera específica sus consecuencias jurídicas, ya que la aplicación indiscriminada de las reglas generales, sobre todo en materia de autoría y participación, pueden ir en contra de principios como el de proporcionalidad de las penas, de igualdad, de intervención mínima y de merecimiento y necesidad de pena.⁵²

Otra cuestión que ha dado que hacer a los intérpretes es la que se refiere a la configuración del hecho como delito y especialmente a su punibilidad. Debe sentarse el principio de que la condena o absolución por el delito encubierto no decide siempre respecto al encubridor.

"Es muy claro que el hecho de que el ladrón sea condenado no supone, sin más, que quien compró la cosa indebida sea autor de receptación. En el caso de que *no medie condena por el hecho anterior* deben distinguirse distintas situaciones. En primer término, el encubrimiento debe haber tenido lugar antes de mediar la absolución o sobreseimiento, pues, de otro modo, ni se entorpece u obstaculiza la acción de la justicia, ni es posible pensar en encubrir un hecho no delictuoso o un autor no culpable. Este no vale, naturalmente, para el caso de ser declarado impune uno o varios intervinientes en el delito, y encubierto otro u otros. Consideración aparte merece el supuesto de los *delitos prescritos*, puesto que bien puede decirse que participan de las características de las eximentes objetivas y de las personales. Debe comenzarse distinguiendo el caso de encubrimiento de un hecho no prescrito, que luego concluye en un fallo que declara el hecho no punible por prescripción del que se halla ya prescrito al tiempo de ser encubierto. En el primer supuesto, ni siquiera podría decirse que haya encubrimiento de un delito ya prescrito. La segunda hipótesis da lugar a opiniones divididas. En nuestra opinión, falta en el delito prescrito la perseguibilidad que resulta de la pretensión punitiva y que es presupuesto del encubrimiento."⁵³

Bueno parece señalar los supuestos de ayuda posterior en los que no hay encubrimiento. Descartados los casos de cumplimiento de promesa anterior, queda

⁵² RUÍZ RODRÍGUEZ, Luis Ramón, op. Cit., pág. 20.

⁵³ FONTAN BALESTRA, Carlos, op. cit., pág. 935.

aún por considerar el *favorecimiento efectuado en el curso de un delito permanente*, que se caracteriza porque la consumación se prolonga en el tiempo.

En tal caso, el que presta ayuda, participa en el delito continuo, puesto que actúa contemporáneamente a la consumación. Y a propósito de esto último, nos resta para concluir el presente capítulo, señalar las diferencias que tiene el favorecimiento con la participación.

2.7. DIFERENCIA ENTRE EL ENCUBRIMIENTO Y LA PARTICIPACIÓN.

Es conveniente, empezar este apartado, entendiendo que es la participación. La mayoría de los delitos requieren para su ejecución la conducta de un solo individuo, por excepción, como en el caso de la Asociación delictuosa, se hace necesario una conducta plural, ahora bien “cuando sin requerirlo el tipo, intervienen varios individuos, cooperan en la realización de un ilícito penal, se presenta la participación.”⁵⁴ Incluso, afirma el maestro Pavón Vasconcelos, que “para la existencia de la participación o concurso eventual de sujetos, se requiere: a) unidad en el delito, y b) pluralidad de personas. Sólo con estos elementos es posible, elaborar el concepto de participación criminal, siendo necesario para establecer la definición del concurso partir del concepto de autor del delito.”⁵⁵

En el derecho romano, las distintas figuras de copartícipes, fueron designadas con los nombres de *conscii, socii, adiutores, satellites, ministri, participes* (cómplices, correos, auxiliadores, encubridores, ejecutores, partícipes), y se dio categoría distinta a los que en el delito tuvieran una intervención decisiva, *principes sceleris*, (principales en el crimen), y a los que hubieran prestado a los dirigentes o a los ejecutores materiales una simple ayuda (*ministerium*). En ciertos casos, se admitió también el concurso negativo: *eadem poena afficitur is qui cum prohibere tale qui potuit, non prohibuit* (será castigado con la misma pena, el que, habiendo podido impedir el delito, no lo impidió).

⁵⁴ Cfr., OSORIO Y NIETO, César Augusto, “*Síntesis de derecho penal*”, parte general, 4ª edición, Trillas, México, 2002, pág. 97.

⁵⁵ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, op. Cit., Pág. 528.

La punibilidad se condicionó al hecho de que se verificara el delito principal, y así se echaron las bases de la naturaleza accesoria del concurso. El encubridor, fue considerado como socio (*socius*) del delito y castigado lo mismo que el ladrón (*latro*).⁵⁶

Se tiene entendido entonces que hay participación, cuando fuera de los casos de concurso necesario, concurren varias personas para la producción de un delito.

La principal novedad que se introduce en el Código penal, respecto al tema que nos ocupa, lo constituye sin duda, la extracción de las conductas de encubrimiento de su clásica configuración como forma de participación a su actual consideración como delito autónomo.

“La ciencia no puede de ningún modo admitir que se confundan con una simple expresión ideas que son tan diferentes: que la palabra complicidad, que significa concurrencia al delito, se aplique también a lo que sólo presenta una concurrencia a los resultados del delito; de ahí la denominación del encubrimiento como, participación impropia y extensiva; en el mismo sentido, el encubrimiento ocupa un lugar en la teoría de la complicidad por razón de analogía, no por causa de pertinencia. La opción finalmente escogida por nuestro legislador de conceder la autonomía funcional y sistemática a la figura del encubrimiento, descansa sobre sólidas razones. Junto al clásico y comúnmente citado criterio, de que no se puede participar en un hecho típicamente consumado, cabe destacar los siguientes argumentos justificativos: en primer término, el reconocimiento de un espacio propio de protección penal en el delito de encubrimiento, respecto al delito encubierto, en cuanto el interés jurídico violado por el autor del delito principal no tiene porqué coincidir con el violado por el encubridor; en segundo lugar, la existencia de móviles diferentes y la no correspondencia entre los aspectos subjetivos del delito encubierto y la conducta encubridora; en tercer término, que el mantenimiento de las conductas encubridoras dentro de las formas de participación dificulta al máximo, extender la responsabilidad, a aquellos sujetos que fuesen partícipes en el propio acto de encubrimiento; en cuarto lugar, la autonomía permite superar las dificultades para castigar al encubridor conocido, cuando el autor del hecho principal es desconocido, o los problemas planteados respecto a la

⁵⁶ Cfr., MAGGIORE, Giuseppe, “Derecho penal”, volumen II, el delito, la pena, medidas de seguridad y sanciones civiles, reimpresión de la segunda edición, Themis, Bogotá 1989, pág. 93-94.

aplicación de los problemas de territorialidad; y en quinto lugar, la autonomía posibilita la punición de formas imperfectas de producción de la conducta encubridora.⁵⁷

La ubicación entre las formas de autoría y participación, y la actual semejanza entre los verbos que definen el encubrimiento («auxiliar», «favorecer» y los propios de «ayuda» o «auxiliar», contemplados para la participación, plantean la cuestión de cómo distinguir el encubrimiento de las formas de intervención delictiva (autoría y participación). De ahí el esfuerzo de la doctrina y la jurisprudencia por diferenciarlo de la complicidad, que conduce sobre todo al criterio temporal «después de la ejecución».

La existencia de promesa anterior, es otro elemento que caracteriza al cómplice secundario y lo diferencia del encubridor. En afinidad, Fontán Balestra expresa: "la razón es sencilla, quien prestó una ayuda posterior sin promesa anterior no ha puesto una condición del resultado por lo que queda excluido como individuo a quien se le pueda atribuir causalmente el resultado, y con ello también como culpable, desde que falta el aspecto causal previo para poder considerar la concurrencia de voluntades que requiere la participación. En cambio, quien antes del hecho del otro dio promesa de ayuda posterior, es posible que haya puesto una condición del resultado, pues quien o quienes ejecutan el hecho pueden haberse decidido a cometerlo por contar con esa ayuda. Por eso no es partícipe quien simplemente sabe que el hecho va a cometerse o aquel de quien el autor por las suyas espera ayuda, porque no puede resultar responsable por lo que ocurre en la cabeza de otro; por esa razón también obviamente, no puede ser encubridor quien ha sido autor o partícipe en cualquier grado del delito anterior, es oportuno recordar aquí que en los delitos permanentes es posible participar después de consumado el hecho común, puesto que en tales infracciones la consumación puede prolongarse en el tiempo y en cualquier momento de ella se puede intervenir como partícipe; sólo se es encubridor cuando el hecho dejó de cometerse y no ha mediado promesa anterior."⁵⁸

Por ello, la falta de promesa anterior al delito, es requisito del encubrimiento y característica diferencial de la forma de participación, consistente en la ayuda posterior.

⁵⁷ Cfr., HERNÁNDEZ GARCÍA, Javier, GOYENA HUERTA, Jaime, GRINDA GONZÁLEZ, José, MUÑOZ CUESTA, Javier, op. Cit. Pág. 40.

⁵⁸ FONTÁN BALESTRA, op. Cit., pág. 936.

Es anterior la promesa que ha tenido lugar hasta el momento de la comisión del hecho tentado o consumado.

Al respecto afirma Emiliano Sandoval que, dada la redacción de las conductas de encubrimiento, se percibe fácilmente que quien ayude, auxilie, oculte, etc., podría al menos ser cómplice. Por eso se explica el empeño en centrar la distinción de encubrimiento y complicidad por medio del criterio temporal. El favorecedor posterior no será autor ni participe en la medida en que no pueda afirmarse que su conducta pone en peligro el bien jurídico en cada caso tutelado, en unos porque ya ha transcurrido el momento en que esto pueda llevarse a cabo; en otros, porque siendo aún posible adherirse como participe (vg., en delitos permanentes, etc.) no se aporta nada relevante en el sentido del riesgo propio del tipo respectivo. Sólo quien se adhiere a los ya intervinientes, y no incrementa mantiene o crea un riesgo para el bien jurídico de aquellos que en cada caso pretendía prevenir el tipo respectivo, puede responder como encubridor.⁵⁹

Para este autor, más que una diferencia de carácter temporal, el encubrimiento encierra un problema de definición de tipicidad, mientras que autoría y participación son categorías propias de la realización del tipo, lo que es típico para el encubridor, resulta atípico para el participe, el encubrimiento se presenta entonces como un tipo genérico de favorecimiento a quienes han llevado a cabo previamente un delito.

Resulta formal en exceso, la crítica de que no cabe intervenir en algo ya concluido, pues deja sin aclarar qué es aquello en lo que participa. La diferencia más que cronológica es de márgenes de tipicidad y es ésta la que debe indagarse, pues encierra en cada caso una ponderación sobre lo que se entiende oportuno a la intervención penal: hasta donde intervenir con la amenaza de una pena. Criticar su concepción como forma de participación -aunque esté justificado hacerlo así - puede pasar por alto precisamente la finalidad buscada con la crítica (defender su concepción como delito autónomo) y por tanto, qué es lo propio y singular del encubrimiento.

⁵⁹ Cf., SANDOVAL DELGADO, Emiliano, op. cit. Pág. 25.

Partícipe y encubridor siguen la calificación del delito del autor: el primero porque es el delito en el que participa, y el segundo porque la determinación de la pena que le va a corresponder podría verse condicionada por la calificación que tenga el delito previo. Esto último sería, lo mejor para no cometer injusticias.

CAPÍTULO III.

ESTUDIO DOGMÁTICO DE LA FRACCIÓN V DEL ARTÍCULO 320 DEL CÓDIGO PENAL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL.

El sistema jurídico penal llamado "causalista" nace a partir de la obra de Franz Von Liszt, quien se apoya en el concepto de "acción" como un fenómeno causal natural como punto de partida del delito; Liszt recoge las ideas de las Escuelas Clásica y positivista y aplicando el método naturalístico estructura el delito, naciendo así la dogmática jurídico penal, es decir, el conocimiento del delito a través del dogma, de la ley. Por lo que la teoría causalista parte de una base naturalística, causalista, que es el acto o acción humana.⁶⁰ Es con base en este sistema, el estudio dogmático

3.1. CONDUCTA.

El delito es ante todo una conducta humana y para denominar este elemento positivo del delito se han usado términos como *acción, acto o hecho*, el término más conveniente, me parece *conducta*, ya que dentro de él se puede incluir perfectamente tanto el aspecto positivo como el negativo; los cuales procederé a analizar.

3.1.1. ACCIÓN Y OMISIÓN

La explicación naturalística del acto o acción humana se basa en relaciones de procesos causales. La acción nace de un movimiento corporal que es un proceso, que va a producir un cambio en el mundo exterior, es decir un efecto, y entre una y otra se da una relación. La acción humana debe ser voluntaria pero tal voluntariedad está referida únicamente al movimiento corporal voluntario, que produce un resultado material. La voluntad tiene dos caracteres, uno interno y otro externo, el primero consiste en el contenido de la voluntad, mientras que el segundo consiste en la manifestación de la voluntad. En la teoría causalista, en el estudio del acto, lo que interesa es la fase externa, la interna corresponde a otro nivel, es decir, a la culpabilidad, en donde se analiza si el contenido de la voluntad fue doloso o culposo.

⁶⁰ Cfr., ORELLANA WIARCO, Octavio A., "Teoría del delito, sistemas causalista, finalista y funcionalista", 13ª edición, Porrúa, México, 2003., pág. 9.

La acción es una de las formas de conducta, constituyendo por lo tanto una especie de ésta. Consiste en la actividad o el hacer voluntario, dirigido a la producción de un resultado típico, es por ello que da lugar a un tipo de prohibición. La acción consta de tres elementos: a) Manifestación de voluntad, b) Resultado, y c) Relación de causalidad. La voluntad constituye el elemento subjetivo de la acción. Existen varios criterios con respecto a si la relación de causalidad y el resultado deben ser o no ser considerados dentro de la acción. La razón de esa divergencia radica, en el uso de una terminología variada, si al elemento objetivo se le denomina acción, evidentemente en ella se incluye tanto el resultado como el nexo causal, dada la amplitud otorgada a dicho término; lo mismo cabe decir respecto a otros, tales como acto, conducta y hecho. Por eso se habla de conducta o hecho, aunque para Porte Petit esta no incluye un resultado material, mientras el segundo abarca tanto a la propia conducta como al resultado y al nexo de causalidad cuando el tipo particular requiere una mutación del mundo exterior.

OMISIÓN SIMPLE.

La omisión consiste en realizar la conducta típica con abstención de actuar, esto es, no hacer o dejar de hacer. Constituye el modo o forma negativa del comportamiento. A la omisión simple también se le conoce como omisión propia, por ejemplo, portación de arma prohibida.⁶¹

La omisión viene a ser una de las formas de la conducta. El delito de omisión presenta dos clases: a) Propio delito de omisión (puro delito de omisión, simple omisión, omisión verdadera); y b) Delito de omisión impropia, o sea, el delito de comisión por omisión, que debe denominarse resultado material por omisión; división de la omisión, que ha sido criticada de "absurda nomenclatura".

En primer lugar, se dará la noción de la omisión simple. En la doctrina abundan conceptos sobre esta forma de la conducta. La omisión simple consiste en el no hacer voluntario o involuntario (culpa), violando una norma preceptiva y produciendo un resultado típico dando lugar a "un tipo de mandamiento" o "imposición".

⁶¹ Cfr., AMUCHATEGUI REQUENA, Irma Griselda, "Derecho penal", 2ª edición, Oxford, México, 2003, pág. 51.

Una vez expuesto el concepto de la omisión simple procederemos a señalar sus elementos constitutivos al igual que la acción. Algunos autores consideran en la omisión, el mismo número de elementos que en la acción. Cuello Calón expresa que concurren, pues, en la omisión tres elementos: a) un acto de voluntad, b) una conducta inactiva; y c) deber jurídico de obrar. Jiménez de Asúa señala tres elementos: a) manifestación de voluntad, b) resultado y c) relación causal entre ambos.

Los elementos, que constituyen la omisión, de acuerdo con el maestro Porte Petit son: "a) voluntad o culpa; b) inactividad o no hacer; c) deber jurídico de obrar, y d) resultado típico.

a) La voluntad en la omisión consiste en querer no realizar la acción esperada y exigida, es decir, en querer la inactividad, o realizarla culposamente. En consecuencia, en la omisión, existe al igual que en la acción, en su caso, un elemento psicológico: querer la inactividad o llevarla a cabo en forma culposa.⁶²

Mezger expresa: "Aún el delito de omisión propia, puede cometerse, según las circunstancias dolosa o culposamente. En algunos casos de delitos culposos de omisión, se pone de manifiesto que, para que se realice un delito de omisión propio, no sólo no es necesaria actividad alguna, sino tampoco voluntad alguna. Pero aquí tampoco se trata de un simple no querer, sino, como de costumbre, de un "no querer algo."⁶³

La manifestación de voluntad consiste en no ejecutar voluntariamente un movimiento corporal que debiera haberse realizado, haciendo a un lado a la omisión culposa.

"b) La omisión estriba en una abstención o inactividad voluntaria o culposa, violando una norma preceptiva, imperativa; no se hace lo que debe hacerse. Por tal motivo, son las omisiones a modo de acciones negativas.

⁶² Cfr., PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino, "Apuntamientos de la parte general de derecho penal", 20ª edición, Porrúa, México, 2003, pág. 241.

⁶³ MEZGER, Edmund, op. Cit., pág. 120.

c) Se dice que no debe de ser incluido el deber jurídico de obrar, como elemento constitutivo de la omisión. El mismo Mezger, que estudia el deber de obrar en la omisión, anota que "este problema pertenece desde el punto de vista del sistema, a la teoría de la antijuridicidad, pero por razones practicas lo examina de la siguiente manera: que al introducir el elemento normativo en toda forma de omisión, se acaba de confundir el problema de la omisión, no sólo con el de la antijuridicidad, sino también con el de la culpabilidad. Si en realidad, la colocación sistemática del deber de hacer está en la antijuridicidad, es el momento oportuno de recordar que la antijuridicidad en los delitos de pura omisión no ofrece variantes con respecto a los delitos de comisión, y como en la omisión se impone bajo pena el cumplimiento de una determinada actividad, ella es siempre antijurídica, salvo el caso excepcional de que medie un fundamento de justificación"⁶⁴

La esencia de la omisión se basa en un no hacer que implica haber omitido la realización de una acción exigida.

d) El resultado en la omisión simple es únicamente típico. al existir un mudamiento en el orden jurídico y no material, ya que se consuma el delito, al no cumplirse con el deber jurídico ordenado por la norma penal.⁶⁵

"La conducta humana manifestada por medio de un no hacer activo, corporal y voluntariamente, teniendo el deber legal de hacer, constituye la omisión (de omisión, no ejecución, abstención). Es acción esperada, pensada, que se omite ejecutar, es no ejecución de movimiento corporal que debió realizarse, y no incluye la inactividad forzada por un impedimento legítimo. En cuanto al resultado es indirecto efecto de la omisión en algunas clases de ésta, pero en otras sólo se traduce en una simple desobediencia a la ley, sin resultado concreto, pero con peligro de que se produzca."⁶⁶

Sin duda, la fracción que se analiza constituye una omisión, lo cual queda remarcado con las siguientes tesis jurisprudenciales:

⁶⁴ PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino, op. Cit., pág. 241..

⁶⁵ PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino, op. Cit. Pág. 242.

⁶⁶ CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl, CARRANCÁ Y RIVAS, Raúl, "Derecho penal mexicano", parte general, 18ª edición, porrúa, México, 1995, pág. 279

ENCUBRIMIENTO, ARTÍCULO 400, FRACCIÓN V, DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL. ES DELITO DE INACCIÓN, YA QUE SE INTEGRA POR HECHOS DE NATURALEZA OMISIVA. Si de las constancias del sumario se desprende, que el sujeto activo tuvo conocimiento de que se realizaría una operación de compraventa de marihuana, y aún así, proporcionó el transporte e incluso condujo al vendedor del narcótico a determinado lugar, a fin de que se concretara la operación, teniendo la promesa de que recibiría una retribución por sus "servicios", y dicha conducta la consideró la autoridad penal, como constitutiva del delito de encubrimiento a que se refiere el artículo 400 fracción V del código penal federal, es evidente que tal declarativa judicial resulta inexacta por ser contraria a derecho. En efecto, la doctrina penal, unánimemente ha sostenido que el encubrimiento es un delito autónomo, que por lo general tiene vida con posterioridad a la perpetración del hecho delictivo, del cual resulta subsidiario; y en esas condiciones, el encubridor no participa ni interviene en la producción de ese delito. Ahora bien, **el tipo penal de encubrimiento a que se refiere la fracción V, del artículo 400 del código punitivo federal, implica un ilícito de naturaleza omisiva**, pues incurren en ese comportamiento, las personas que permanezcan pasivas ante la comisión de un delito; así pues, la hipótesis típica en comento, se integra y se conforma por hechos de carácter negativo (omisión) que específicamente consisten en no evitar o impedir la ejecución de un delito que se esté cometiendo o se vaya a cometer. Por consiguiente, si en la especie desplegó actos de cooperación tendientes a la realización y consumación del delito contra la salud, es inconcuso que su conducta no es típica de encubrimiento, sino de copartícipe de aquél delito. SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO CUARTO CIRCUITO, Amparo directo 233/96. Marco Antonio Mezquita Contreras. 4 de julio de 1996. unanimidad de votos. Ponente: Luis Armando Cortés Escalante. Secretaria: Ma, Isabel Cetina Rosas.

ENCUBRIMIENTO, DELITO DE. Conforme al artículo 400, fracción I (texto anterior), del Código Penal Federal, para estimar que hay delito de encubrimiento, basta la sola **omisión de impedir que se cometan otros delitos**, salvo en el caso de que se encuentre probado que exista riesgo para la persona del sujeto activo si hubiera tratado de impedir la comisión del ilícito cuyo encubrimiento se le imputa. PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL NOVENO CIRCUITO. Amparo directo 542/87. José

Gurrola Montes. 28 de abril de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: María del Carmen Torres Medina de González. Secretaria: Judith de la Concepción Morales Sosa.

El no procurar impedir un delito, "constituye una omisión pura, pues no cabe exigir en este caso, llevar a cabo una actuación dirigida a "evitar" el delito. La omisión típica se dará pues, cuando teniendo el sujeto capacidad de intervenir, y sea previsible que dicha intervención pudiera evitar el delito o la mayor gravedad de las consecuencias de éste, voluntariamente se abstiene. Y esto con independencia de que el resultado del delito a impedir deje de producirse por otras razones. Además de que el hecho delictivo no podría impedirse: quizás si su consumación. Tocante a los delitos de comisión por omisión, el resultado se produce a virtud de la omisión del movimiento corporal y por designio del pensamiento criminal que la ordena. Por cuanto a la omisión se relaciona con la voluntad y ésta queda revelada indirectamente como desatenta o inerte, de lo que se deriva un resultado antisocial. La omisión es, pues, reveladora de una actividad psíquica en el agente; la voluntad omite ordenar el movimiento corporal que pudo impedir el mal que amenaza a un semejante en ciertas condiciones y cuando nos es fácil oponemos."⁶⁷

Ante deberes específicos que recaen sobre ciertas personas para actuar, posiblemente estemos ante un delito distinto de omisión pura. Así están consideradas con tipo propio las omisiones, como en el caso de quien requerido por las autoridades no de auxilio para la averiguación de los delitos o para la persecución de los delincuentes, y además la consistente en no procurar por los medios lícitos que (el sujeto) tenga a su alcance, impedir la consumación de los delitos que sabe van a cometerse o se están cometiendo.

Esto por lo que se refiere a la mera omisión, pero téngase en cuenta lo que deriva de la conducta activa del funcionario que tiene el deber de perseguir. Aquí si estaríamos ante la presencia de una comisión por omisión.

3.1.2. RESULTADO

⁶⁷ Idem.

En los delitos de acción el resultado es material, en los delitos de omisión, el resultado material no se presenta, lo que ha llevado a pensar a algunos penalistas que existen delitos sin resultado. Sin embargo eso es imposible, no puede haber delitos sin resultado, y en los delitos de omisión simple el resultado es únicamente jurídico.

La acción es causa de un resultado, que es la modificación del mundo exterior, el cambio sensible o perceptible por los sentidos en los hombres o en las cosas; en los delitos de daño externo, de lesión o de daño, cambio tangible y material como sucede con las lesiones, o en los de simple actividad, cambio sólo psíquico, como las amenazas.

Al respecto, opina el ilustre jurista Raúl Carrancá y Trujillo: "mirando a la base típica del resultado, se le define también como la total realización típica exterior, o sea la conducta corporal del agente y el resultado externo que ella causa; en suma, el resultado comprende "tanto las modificaciones de orden físico, como las de orden jurídico y ético; tanto las cosas materiales, como los estados de ánimo del sujeto pasivo y de la sociedad; es no sólo cambio en el mundo material, sino también en el mundo psíquico y aún el riesgo o peligro."⁶⁸

La exigencia de un elemento subjetivo en la configuración de las conductas, dota de sentido específico a la alteración, ocultamiento, y en concreto para la omisión del deber de intervenir para impedir un delito, dicho sentido específico es precisamente el de estar dirigida la conducta a entorpecer la actuación de la Administración y Procuración de Justicia, o a complementar el hecho previo. Este bien jurídico, -institucionalización- de diversas funciones estatales frente a la infracción del ordenamiento que el delito lleva consigo, facilita –aunque no impide- su configuración como de mera actividad, en cuanto que supone una abstracción del objeto de referencia de la conducta.

Por otra parte, el peculiar sentido que la conducta adquiere se encuentra en consonancia con la teleología del encubrimiento: lo que hace que una conducta de

⁶⁸ CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl y CARRANCÁ Y RIVAS, Raúl, op. Cit., pág. 277.

auxilio sea encubrimiento y no otro delito (o una conducta indiferente o exigida por la norma) es precisamente la finalidad que aporta a la conducta su pleno sentido típico.⁶⁹

3.1.3. NEXO CAUSAL.

En cuanto a la relación de causalidad, que hace de la acción (acto u omisión) la causa de la que es efecto el resultado, es éste un problema filosófico abundantemente debatido. Desde el punto de vista de la intencionalidad y de la imprudencia hay causalidad subjetiva o moral. Al respecto opina Mezger: "La punibilidad del hecho presupone la causalidad del acto de voluntad, entre los diferentes elementos que integran el hecho de comisión, debe existir para que puedan ser atribuidos al hecho, una relación mutua en el sentido de una relación causal. La causalidad (*relación de causalidad*), presupone que no se puede suprimir un suceso determinado (la *causa* y, por consiguiente, el acto de voluntad y su actuación) sin que con ella desaparezca también el *efecto* del mismo en su forma concreta; en otras palabras, aquel suceso es la *conditio sine qua non* del resultado. Es causal todo suceso que no se puede suprimir sin que con ello desaparezca también el resultado."⁷⁰ Para explicar mejor este tema, es necesario referirnos a las teorías que tratan sobre la causalidad.

3.1.3.1. TEORÍAS CAUSALISTAS.

Es necesario estudiar a grandes rasgos, cual es la causa física adecuada para producir el resultado, por lo que de manera general describiré las teorías alemanas sobre la causalidad eficiente; se puede resumir a dos las doctrinas sobre la causalidad a) aquella que considera a todas las condiciones como causa del resultado; y b) las que entresacan de todas las condiciones, una como productora del resultado en consideración de una nota temporal, cuantitativa o cualitativa (individualizada).

A) *Teoría de la equivalencia de las condiciones*. El defensor más connotado de esta teoría fue Von Buri, arrancando ésta de Stuart Mill quien, en su "lógica" criticó ya la generalizada opinión que considera como causa física uno sólo de los antecedentes de la consecuencia, pues el resultado se debe a la unión de todos los antecedentes

⁶⁹ SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo, op. Cit., pág. 117-118.

⁷⁰ MEZGER, Edmund, op. Cit., pág. 109.

que juntos forman la verdadera causa. Con el filósofo inglés quedó sentada la base de la teoría, hoy imperante sobre la causalidad eficiente, llamada también Teoría de la equivalencia de las condiciones.⁷¹

Al explicar esta teoría hay dos criterios: a) que toda condición es causa del resultado; y b) que el conjunto de todas las condiciones son causa del resultado. Como autor del delito, lo mismo que como participante, sólo puede ser punible el que ha puesto con su acción una condición del resultado. La tesis que aparece como correcta para decidir sobre la presencia de la causalidad, es la que afirma que ésta existe cuando hay equivalencia de las condiciones, relevancia de las mismas y culpabilidad del agente. Existe causalidad cuando las condiciones son equivalentes, relevantes y culpables. Una condición es equivalente, cuando suprimida, no se produciría el resultado; pero la condición debe ser relevante, ello es, debe ser tal que la capte la ley en cualquiera de las descripciones que hace de las conductas humanas que erige en delitos; y debe además ser culpable el sujeto que pone la condición, pues de lo contrario, se estaría desconociendo el nexo causal psicológico.

La teoría generalmente aceptada sobre el nexo de causalidad, no es otra que la denominada teoría de la *conditio sine qua non*, la cual se enuncia diciendo que causa es el conjunto de condiciones positivas o negativas concurrentes en la producción de un resultado; y siendo las condiciones equivalentes, es decir, de igual valor, dentro del proceso causal, cada una de ellas adquiere la categoría de causa, puesto que si se suprime mentalmente una condición, el resultado no se produce.

B) *Teoría de próxima, inmediata o última condición*. Es formulada por Ortmann, su fundamento lo constituye un criterio temporal, es decir se debe de tomar como causa del resultado, la última condición realizada; se dice que esta teoría es infundada, pues el Derecho en muchos casos atribuye el resultado a quien ha puesto en movimiento un antecedente, que no presenta aquel carácter, por ejemplo, no realiza la última condición aquél que para matar a su adversario arma la mano de un loco.⁷²

⁷¹ Cfr., CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl y CARRANCÁ Y RIVAS, Raúl, op. Cit., pág. 281.

⁷² Cfr., PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino, op. Cit., pág. 273.

C) *Teoría de la condición más eficaz*. Fue creada por Birkmeyer, y para esta teoría sólo es causa del resultado aquella condición que en la pugna de las diversas fuerzas antagónicas tenga una eficacia preponderante (criterio cuantitativo). Viene a constituir una limitación a la de la equivalencia de las condiciones, pero su carácter individualizador la hace inaceptable al negar, con exclusión de las otras condiciones, la eficacia de las concausas y por ende la participación en el delito.⁷³

D) *Teoría de la prevalencia, preponderancia o del equilibrio*. Es sostenida por Binding, y su fundamento se apoya en un criterio de cantidad, pues coloca la premisa, de que el mundo se rige sobre un equilibrio de fuerzas, cuya mutación es originada por una prevalencia de aquellas que tienden a modificar tal equilibrio, frente a aquellas que tienden a conservarlo. Sin embargo, se le critica que si la acción humana para ser causal, debería realizar la última de las condiciones que, con su intervención, modifica la situación de equilibrio, caería el sistema en todo y por todo, en el principio de la causa próxima. Y si un resultado no se verifica no es porque las condiciones positivas estén en equilibrio con las negativas, sino únicamente porque no está completa la serie de los antecedentes necesarios, es decir, porque no están presentes todos los factores indispensables.

E) *Teoría de la adecuación o de la causalidad adecuada*. Únicamente, considera como verdadera causa del resultado, la condición normalmente adecuada para producirlo (criterio cualitativo). La causa es normalmente adecuada cuando dicho resultado surge según lo corriente y normal de la vida. Si el resultado se aparta de lo común, no hay relación de causalidad entre él y la conducta. También llamada "teoría de la adecuación". Fue formulada por V. Bar desde 1871, considerándola como una limitación a la teoría de la equivalencia de las condiciones, porque no acuerda que cualquier condición sea causa del resultado, sino que únicamente toma una de ellas, escoge la que considera productora del resultado, fundándose en un criterio cualitativo. Por lo que es una teoría individualizadora. Supuestamente se debe de considerar causa dentro de esta teoría, aquella que es apropiada para producir normalmente el resultado. Limitando esta teoría a la de la equivalencia de las condiciones; ya que no todas las condiciones se equivalen, sino que al escoger una, forzosamente se está

⁷³ Cfr., CASTELLANOS TENA Fernando, "Lineamientos elementales de derecho penal", 36ª edición, Porrúa, México, 1998, pág. 159.

tomando en consideración cualquier otra circunstancia, para no dar fuerza idéntica a las demás condiciones. Sus principales objeciones son que puede ofrecer al imputado una cómoda escapatoria para eludir a las mallas de la justicia, que presenta el defecto opuesto al de la doctrina de la condición, pues extiende exageradamente el campo de la irresponsabilidad penal, llevando a excesivas absoluciones; por último, confunde el problema de la causalidad material con el de la culpabilidad. Esta teoría de la adecuación, trató de evitar según sus sostenedores las exageraciones a que llevaba la equivalencia de las condiciones.

F) *Teoría de la causa eficiente o de la cualidad*. Se funda en un criterio cualitativo, distinguiendo la causa de la condición, y de la ocasión, ya que la causa, como lo indica el nombre de la propia teoría, tiene la eficiencia de ocasionar el resultado. Sin embargo, se le objeta la dificultad de encontrar la base para establecer el concepto de causa eficiente; objetándosele también la circunstancia de que al igual que la causa, la condición y ocasión son necesarias para la producción del resultado.

G) *Teoría de la causa humana exclusiva*. Pertenece a Antolisei, la cual debe colocarse aunque con diferencias notables, dentro del marco de la causalidad adecuada. No es sino una corrección a esta última, y dispersa los límites distintivos entre la causalidad y la culpabilidad, además de que falta un criterio preciso para establecer, la excepcionalidad de los factores que excluyen la relación causal.⁷⁴

Entre la conducta y el resultado ha de existir una relación causal; es decir, el resultado debe tener como causa un *hacer* del agente, una conducta positiva, por supuesto, sólo tiene sentido estudiar la relación de causalidad en los delitos en los cuales el tipo exige una mutación en el mundo externo, a cuyo elemento objetivo Porte Petit le denomina "hecho".

En cuanto al nexo de causalidad en la omisión, quienes lo niegan, sostienen que "de nada, nada puede resultar", o bien, "de la nada, no puede nacer nada". Ante la infundada afirmación de que en la "comisión por omisión" no hay causalidad.

⁷⁴ PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino, op. Cit., pág. 273-276.

El problema de la causalidad en la acción es, opuesto al de la omisión, pues en la causalidad en la acción, si suprimimos una de las condiciones, el resultado no se produce, en tanto que en la causalidad en la omisión, si suprimimos la acción esperada y exigida, el resultado se produce.

Quienes admiten el nexo de causalidad, parten de los siguientes principios: a) Teoría del aliud actum, agere o facere contemporánea o diversa; b) Teoría de la acción precedente; c) Teoría de la interferencia; y d) Teoría de la omisión misma.

A) En la teoría de la acción contemporánea, se sostiene que la causa debe encontrarse en la acción que lleva a cabo el omitente; en vez de realizar la acción esperada y exigida, o la causalidad del resultado consistirá precisamente en la acción positiva paralela a la omisión; esta teoría es inaceptable porque no puede encontrarse el nexo causal, en la acción contemporánea diversa, sino en la omisión. al no realizar la acción esperada y exigida.

B) La teoría de la acción precedente, consiste en que, al realizar el sujeto una conducta (acción) se coloca en la obligación de realizar una acción esperada y exigida, para evitar el resultado. En estas condiciones, se quiere ver entre el resultado producido y la acción precedente, un nexo causal. Si la actividad precedente no basta, para producir el resultado, sino que es necesaria también la omisión, ésta será la causa verdadera, y la actividad precedente no podrá tener entonces valor de causa, sino de condición.

A esta teoría se le objeta: a) que no siempre existe una acción precedente, y b) que nos lleva a aceptar una culpabilidad subsequens, la que no es admisible, pues el derecho penal exige la coincidencia temporal de causación y culpabilidad.

C) Teoría de la interferencia. Se entiende por interferencia, cuando el omitente ha dominado el impulso que le compelia a actuar, produciéndose, por tanto, como contracorriente, un fenómeno de interferencia entre la fuerza que impulsa a obrar y el despliegue de la misma. Según esta teoría, hay en la psique del hombre, una energía impediende capaz de evitar cualquier resultado lesivo, y cuando entr esta fuerza psíquica, que tiende a obrar, y la acción efectiva, se interpone, como fenómeno de

interferencia, una energía contraria causando de tal modo el resultado delictuoso, tendríamos el acto causal. En conclusión, consiste en dominar por el sujeto el impulso que le compele a actuar, ¿Dónde se encuentra el nexo de causalidad? De acuerdo con esta teoría el nexo causal existe entre dos polos: la energía desplegada para dominar el impulso del sujeto y el resultado producido.

Esta teoría se fundamenta indudablemente en la actividad psíquica del agente del delito, que se origina a virtud de contener, reprimir el impulso a realizar la acción esperada y exigida, es decir, a obrar; teoría que como se advierte falla frente a la culpa sin representación, habida cuenta de que en esta forma de culpabilidad, no existe una actividad psíquica.

Se hacen principalmente tres objeciones a la teoría de la interferencia, que no es siempre verdadero que en la omisión exista la represión del estímulo que impulsa a obrar al sujeto; que en los delitos culposos la ausencia de tal estímulo se evidencia en forma absoluta; y que la base de la interferencia implica colocarse en el campo de la culpabilidad.

D) La teoría de la concepción normativa, sostiene que la relación causal debe hallarse en la omisión misma, lo que significa que el sujeto está obligado a realizar una conducta (acción), o sea que la acción esperada es además exigida, y si de llevarse a cabo tal acción, el resultado no se produce, indudablemente existe un nexo causal entre la omisión y el resultado acaecido. Esta es la teoría más certera.⁷⁵

Una vez analizadas estas teorías sobre el nexo causal en la omisión, se deduce que, en la omisión simple, no se puede hablar de un nexo causal, pues no produce un resultado que implique un cambio en el mundo exterior.

3.2. AUSENCIA DE CONDUCTA.

⁷⁵ PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino, op. Cit., pág. 277-279.

De acuerdo a la teoría planteada por Guillermo Sauer, de que a cada elemento positivo del delito se opone uno negativo, que impide su integración, y por ende, la del delito mismo, es preciso puntualizar, que al primer elemento del delito, o sea a la conducta, que puede hacer acción u omisión, se opone su ausencia; de esta forma el aspecto negativo de la conducta se presenta, cuando falta cualquiera de sus sub-elementos, como puede ser ausencia de conducta, falta de resultado, o no exista un nexo causal; por mencionar algunos ejemplos, podemos señalar al sonambulismo, a una fuerza física exterior irresistible (*vis absoluta* o *vis maior*), sueño, hipnotismo; etc.⁷⁶ la *vis absoluta*, consiste en que una fuerza humana exterior e irresistible se ejerce contra la voluntad de alguien, quien en apariencia comete la conducta delictiva; la *vis maior*, es la fuerza irresistible, pero proviene de la naturaleza; los actos reflejos, que también pueden provocar ausencia de conducta, son “aquellos que obedecen a excitaciones no percibidas por la conciencia, por transmisión nerviosa a un centro, y de este a un nervio periférico. Como el sujeto está impedido para controlarlos se considera que no existe la conducta responsable y voluntaria, y en caso de poder controlarlos a voluntad habrá delito.

Dado el estado de inconsciencia temporal en que se encuentra la persona, durante el sueño y el sonambulismo, algunos penalistas consideran que habrá ausencia de conducta, cuando se realice una conducta típica”.⁷⁷ Sin embargo, este último punto se puede confundir con el aspecto negativo de la imputabilidad.

Otra de las formas en que se puede incurrir en ausencia de conducta es la hipnosis, la cual es una forma de inconsciencia temporal.

En relación al delito de encubrimiento, si puede tener cabida una *vis absoluta*, o también muy remotamente puede ser por hipnosis, si en este estado se confiesa a alguien que se va a cometer un delito. Ya se ha establecido, que no se puede hablar de un resultado material, ni de un nexo de causalidad.

3.3. EL TIPO PENAL.

⁷⁶ ORELLANA WIARCO, Octavio A., op. Cit., pág. 15.

⁷⁷ AMUCHATEGUI REQUENA, Irma Griselda, op.cit., pág. 54.

El tipo es la creación legislativa, la descripción que el estado hace de una conducta en los preceptos penales. Basta que el legislador suprima de la Ley penal un tipo, para que el delito quede excluido no debe confundirse con la tipicidad, la cual es la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto.

El tipo del delito de encubrimiento se encuentra en el artículo 320, del código penal vigente para el Distrito Federal, dentro del capítulo VI, correspondiente al título vigésimo primero denominado "Delitos cometidos por particulares ante el ministerio público, autoridad judicial o administrativa", sin embargo la fracción que analizamos es la V, por lo que se procede a transcribir la misma:

"Artículo 320.- Se impondrán de seis meses a cinco años de prisión y de cien a quinientos días multa, a quien después de la ejecución del delito y sin haber participado en éste:

(...)

*V.- No procure por los medios lícitos que tenga a su alcance y sin riesgo para su persona, impedir la consumación de los delitos que se sabe van a cometerse o se están cometiendo, salvo que tenga obligación de afrontar el riesgo, en cuyo caso se estará a lo previsto en este artículo o en otras normas aplicables."*⁷⁸

3.3.1. LA TIPICIDAD.

Viene a ser la tipicidad, el segundo elemento dentro de la teoría causalista, el concepto de tipicidad parece arrancar a su vez del concepto "cuerpo del delito", pero el mérito de Ernesto Beling, fue desarrollar la teoría de la tipicidad, con una función significadora y sistematizadora de la teoría del delito, que como instrumento técnico garantizara el principio de legalidad, garantía del individuo frente al poder punitivo del Estado. De esta manera, la teoría del tipo y la tipicidad, consagraron el principio de *nullum crimen, sine lege*, mismo que se vemos en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al leer "en los juicios del orden criminal,

⁷⁸ CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, 12ª edición, ediciones fiscales ISEF, México, 2005.

queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata."⁷⁹

El tipo resulta ser expresado en forma simplista, como la descripción legal de una conducta como delictiva; y la tipicidad, como el exacto encuadramiento de esa conducta al tipo.

Para el maestro Porte Petit Candaudap, la tipicidad, consistirá: "en la adecuación o conformidad a lo prescrito por el tipo. La importancia de la tipicidad consiste en que se establece en una forma clara y patente que no hay delito sin tipicidad, encontrándonos en este caso, frente a un aspecto negativo de una relación conceptual del delito: la ausencia de tipicidad o atipicidad."⁸⁰

Al respecto, el jurista Castellanos Tena, opina, que la tipicidad "es el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la ley, la conciencia del comportamiento con el descrito por el legislador. Es, en suma, la acuñación o adecuación de un hecho a la hipótesis legislativa. El tipo es para muchos, la descripción de una conducta desprovista de valoración. La tipicidad es la razón de ser de la antijuridicidad, con referencia al ordenamiento positivo."⁸¹

Por lo tanto, la conducta del sujeto activo en el delito de encubrimiento, debe ser tal, que se encuadre dentro del tipo penal consagrado en el artículo 320 de nuestro ordenamiento penal. Es decir que a través de su conducta omisiva no procure impedir con medios lícitos, la consumación de un delito, cuando sabe van a cometerse o se están cometiendo.

3.3.2. SUJETOS.

a) Activo.

Se trata de un ilícito que puede ser cometido por cualquier persona que se encuentre en la situación fáctica que toma como punto de partida el tipo penal, siempre

⁷⁹ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, 146ª edición, Porrúa, México, 2004.

⁸⁰ PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino, op. Cit., pág. 333.

⁸¹ CASTELLANOS TENA, Fernando, op. Cit., pág. 168.

que pueda reconocerla y sea consciente de su capacidad. Por ello la fracción en comento castiga sólo a quien pudiendo hacerlo, no intenta frustrar la comisión de uno de los delitos o no denuncia su próxima o actual ejecución, resultando decisiva la delimitación de la posibilidad de hacer algo efectivo, para lo cual deberán tenerse en consideración otros elementos relacionados con la conducta típica, muy especialmente el dolo.

Estamos ante un delito común en el que el único requisito es que sea un particular.

El sujeto obligado a intervenir, en principio puede ser cualquier persona en tanto sea previsible que pueda «con su intervención» impedir un «delito que se vaya a cometer o se esté cometiendo». Tal obligación recae incluso en quien no teniendo la capacidad por sí sólo para intervenir impeditivamente, previsiblemente sí podría evitar el delito con el concurso de otros que perciben conjuntamente la situación.

La limitación de la esfera de la autoría no se identifica con la especial caracterización del sujeto, determinante del carácter especial del delito, pues no se trata de un deber específico.

El deber es en realidad inespecífico, pues existe o no existe en general y con independencia de especiales características del sujeto. Viene determinado por la situación y el conocimiento que se tiene y no por la existencia de un deber subjetivo específico; por ejemplo, a quien a través de las imágenes de la televisión presencia la comisión de un delito a mucha distancia de donde se perpetra, «no puede» intervenir (directamente) para impedirlo; sí en cambio, posiblemente el camarógrafo que lo filma.

No sólo se exige la intervención de quien *podría*, sino también una intervención eficaz en cuanto *fuese previsible la capacidad de impedir un delito*.

Claro está que ello rebasa el nivel de exigencia del Estado al ciudadano en la implicación de este para la evitación del delito, y además la capacidad impeditiva del delito puede quedar contradicha por el efectivo desarrollo de los hechos, de modo que

lo que en principio pudiera parecer evitable por la intervención del sujeto, luego no lo fuese, pero esto será tratado en relación a la culpabilidad.

b) Pasivo.

“El sujeto pasivo del delito es el titular del derecho violado y jurídicamente protegido por la norma. Mientras que el ofendido es la persona que resiente el daño causado por la infracción penal. Generalmente hay coincidencia entre el sujeto pasivo y el ofendido, pero a veces se trata de personas distintas.”⁸²

Parece que en coherencia con la identificación que hace el bien jurídico protegido en este delito: el sujeto pasivo es el Estado, por ser el titular formal de la Procuración y Administración de justicia y sólo mediatamente lo sería la víctima del delito que debía haberse intentado impedir. A éste último se le puede llamar ofendido.

Carece de la más mínima lógica imponer al sujeto pasivo el deber de intervenir para impedir esos comportamiento delictivos [quede claro que serían los de quien lo auxilia en su suicidio o los de quien interviene en su lesión] que conciente y para lo cual cuenta con la contribución de la persona a la que tendría que impedirselo.

3.3.3. OBJETOS.

a) Material.

Lo constituye sin duda, la persona o cosa sobre quien recae el daño o peligro, la persona o cosa sobre la que se concreta la acción delictuosa. En el delito de que se trata, el objeto material es el Estado como persona moral.

b) Jurídico.

El objeto jurídico es el bien protegido por la ley, y que el hecho o la omisión criminal lesionan. Es el bien jurídico protegido y afectado por el delito.

En la doctrina penal mexicana, y a diferencia de lo que sucede en Derecho Administrativo, no abundan los estudios rigurosos desde el punto de vista dogmático o

⁸² CASTELLANOS TENA, Fernando, op. Cit., pág. 151.

desde el punto de vista político criminal relativos al delito de encubrimiento en el derecho penal.

Es por ello que no se puede hablar de una evolución del delito en sí, y mucho menos del bien jurídico protegido a través de la tipificación de las conductas constitutivas de encubrimiento.

En el Código Penal vigente para el Distrito Federal, la regulación de esta conducta se encuentra dentro de los delitos cometido por particulares, ante el ministerio público, autoridad judicial o administrativa, por lo que se deduce que el bien jurídicamente afectado son la procuración y administración de justicia, según sea el caso. En este contexto, se hace necesario empezar por algo tan fundamental e imprescindible como es el contenido y la delimitación del bien jurídico protegido en el delito de encubrimiento. Sobre esta base, se realizará la interpretación de los demás componentes que forman la estructura del tipo de injusto, como la determinación del sujeto activo, el objeto material, etcétera.

La doctrina mayoritaria considera que la misión principal del Derecho Penal, es la protección de bienes jurídicos, llegándose a establecer que la razón de ser de esta rama del ordenamiento jurídico se basa en la existencia misma de los bienes jurídicos, por lo que no debe haber delito sin un bien jurídico preciso y concreto.

Para la determinación del bien jurídico protegido en el delito de encubrimiento en el Código Penal para el Distrito Federal, es necesario recurrir a las diferentes elaboraciones doctrinales que se han formulado en torno a la teoría del bien jurídico protegido en el derecho penal, y establecer esos límites en su intervención; sobre todo si tenemos en cuenta que la violación de la norma penal, aún por omisión simple, como es el caso del delito que nos ocupa, tiene como consecuencia la pérdida de los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos, como pueden ser: la libertad.

Una de las ventajas que proporciona la delimitación del bien jurídico en cada tipo delictivo, es la de facilitar la clasificación de estos en la parte especial del Código Penal; de ahí que algunas veces su ubicación dentro de la norma positiva pueda

ayudar a establecer el bien jurídico que se pretende proteger a través de la incriminación de determinadas conductas.

El hecho de que en el Código Penal vigente, el delito de encubrimiento se encuentre dentro de los delitos cometidos por particulares ante el ministerio público, autoridad judicial o administrativa, obliga a dotar de contenido y delimitar el bien jurídico dentro de éstos parámetros.

Sin embargo, es fundamental en mi investigación hacer una breve referencia a las elaboraciones doctrinales realizadas con relación al bien jurídico protegido por este delito en nuestra regulación actual.

"La actual ubicación del Código Penal vigente conduce a que pueda mantenerse ahora con mejores argumentos que lo tutelado es la Administración y Procuración de Justicia. A pesar de ello, dicha realidad no da razón de todos los aspectos implicados en el encubrimiento. Pero si se admitiera que se trata de una infracción el bien jurídico propio, cabría poner en duda su carácter de verdadero delito y volveríamos a la idea de encubrimiento-participación tan criticada en las legislaciones anteriores. Sin embargo, no parece descartable que el encubrimiento se refiera de algún modo al bien jurídico del delito previo. No por ello hay que mantener que se trata de una forma de participación. Cabe otorgarle autonomía y a la vez buscar alguna relación con el hecho previo.

Por tal razón se expondrán las dos tesis fundamentales en la materia con los pros y contras de cada una.

A favor de que se tutele la Administración y Procuración de Justicia, se encuentra, en primer lugar, en su ubicación sistemática dentro del código penal. Lo mismo, resulta de comparar el actual sistema con el adoptado en otros Derechos de nuestro entorno, donde el encubrimiento se prevé de una forma u otra, como delito que afecta la función de ejercicio de la justicia que en las sociedades modernas cumple la administración.

**ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA**

En segundo lugar, obraría en su favor un argumento histórico, vinculado a la evolución de la posición del individuo frente al Estado. Parece que el desarrollo de la idea de Administración de Justicia –en sentido orgánico–, particularmente en el Estado moderno, puede merecer protección y en ocasiones necesitarla frente a posibles obstáculos que opongan los individuos. La tipificación del Código penal vigente, concibió al Encubrimiento como una muestra de intervencionismo estatal en la esfera del individuo, para pasar a ser reflejo de deberes del individuo hacia otros o hacia el Estado.

Cabe mantener, en tercer lugar, que se tutela la Procuración y Administración de Justicia, porque el encubrimiento sólo tiene viabilidad cuando ha transcurrido la ejecución de un delito. Aparece entonces, un interés público en la persecución del delito y sus intervinientes, que requerirá ser preservado frente a eventuales obstáculos. El mismo, configuraría un contenido de injusto propio y distinto.”⁸³

“Si lo anterior es cierto, cabría mantener –al menos como hipótesis– que el encubrimiento afecta al bien jurídico del delito previo. Junto a los argumentos anteriores, a favor de la posición del bien jurídico Administración de justicia, operaría en primer lugar el argumento de que permite otorgar fuerza crítica limitadora al tipo de encubrimiento. Se trataría de un bien jurídico identificable que permitiría justificar su protección penal en la misma medida en que lo fuera el del delito previo.

En segundo lugar, la traslación de este delito, supone aceptar necesariamente que se tutela la Administración de Justicia, porque es claro que en el mismo título se encierran conductas contra bienes jurídicos más precisos. Cabe concebir al encubrimiento como una forma genérica de favorecimiento posterior relacionada tanto con el delito previo, como con la función de procurar y administrar justicia. En la medida en que se mantenga su relación de dependencia respecto del bien jurídico previo, este le otorgaría contenido de injusto.

Además en tercer lugar, la exigencia de que para sancionar por encubrimiento sea preciso contar con un hecho previo que sea al menos antijurídico, se confirmaría

⁸³ SÁNCHEZ OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo, op. Cit. Págs. 50-52.

no sólo la relación con este delito, sino sobre todo por el bien jurídico mediante él protegido.

Resulta difícilmente defendible que en los casos en que se ha producido ya una lesión que ha llevado consigo la desaparición del objeto material, se esté tutelando el mismo bien jurídico.

Mas aún resulta difícil mantener que se afecte el bien jurídico "vida" cuando el favorecimiento pretender ocultar el cadáver a la vista de las investigaciones; o que cuando se hace desaparecer el arma, se esté atentando nuevamente contra el bien jurídico "vida". Afectaría algo diverso, novedoso, que no logra explicar la tesis en cuestión.⁸⁴

Una vez analizadas, las dos tesis que tratan sobre el bien jurídico protegido por el delito de Encubrimiento, me inclino por la teoría clásica, la cual también ha sido adoptada por nuestro ordenamiento penal, admitiendo como bien jurídico tutelado la Procuración y Administración de Justicia.

La idea de Administración de Justicia permitiría interpretar el precepto exigiendo un peligro para la misma, como bien jurídico. Dicho peligro consistiría en la relevancia de la conducta de favorecimiento en términos de entorpecimiento – al menos potencial – de la acentuación propia de la Administración y Procuración de Justicia. No se trata de exigir un obstáculo efectivamente lesivo, de daño, ni tampoco un peligro concreto, pero sí una relevancia en términos de capacidad de frustrar la actuación de la justicia con la conducta de ayuda del encubridor.

No se exige un perjuicio efectivo a la Administración y Procuración de Justicia, como sería el resultado de ocultación, sustracción o huída, pero sí entender inequívocamente a dificultar la actuación de los órganos que se encargan de procurar e impartir justicia. Se trata, por tanto, de un delito de mera actividad y de peligro abstracto.

⁸⁴ SÁNCHEZ OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo, op. Cit., págs. 54-55.

3.3.4. LUGAR Y TIEMPO DE COMISIÓN DEL DELITO.

Fundamentalmente un delito se considera cometido en el lugar y en el momento en donde y cuando el tipo se ha realizado.

Para Edmundo Mezger, "lugar del hecho es todo lugar en el que ha sido realizada alguna parte integrante del hecho, tratándose de la actividad corporal del autor o del resultado posterior."⁸⁵

En la mayoría de los casos, la actividad o la omisión se realizan en el mismo lugar, en donde se produce el resultado; el tiempo que media entre el hacer o el no hacer humanos y su resultado; es insignificante y por ello pueden considerarse concomitantes.⁸⁶

Para efectos legales, se tendrá por cometido el delito en el lugar y tiempo en que se realicen la conducta o el hecho, o se produzca el resultado. Como consecuencia del carácter específico del encubrimiento, es evidente que el lugar de comisión de este delito es independiente del lugar en que el delito anterior haya sido cometido, lo mismo ocurre con relación al tiempo. El encubrimiento tiene su propio término de prescripción, que comienza a correr en el momento en que la acción se ha cumplido. La consumación depende de las distintas formas que el delito pueda asumir; trasladándolo a la V fracción del artículo en estudio, se considera que el delito comienza cuando el sujeto activo sabe que se va a cometer un delito y no realiza acto alguno para impedirlo, con la intención de vulnerar la Procuración y Administración de Justicia.

Como consecuencia del carácter específico del encubrimiento, es evidente que el lugar de comisión de este delito es independiente del lugar en que el delito anterior haya sido cometido. Lo mismo ocurre con relación al tiempo.

3.4. AUSENCIA DE TIPICIDAD.

⁸⁵ MEZGER, Edmundo, op. Cit., pág. 115.

⁸⁶ Cfr., CASTELLANOS TENA, Fernando, op. Cit., pág. 161.

Cuando no se integran todos los elementos descritos en el tipo penal, se presenta el aspecto negativo del delito llamado atipicidad. La atipicidad es la ausencia de adecuación de la conducta al tipo. Si la conducta no es típica jamás podrá ser delictuosa.

Se distingue entre ausencia de tipo y de tipicidad; la primera se presenta cuando el legislador deliberada o inadvertidamente, no describe una conducta que según el sentir general, debería ser incluida en el catálogo de los delitos; mientras que la ausencia de tipicidad surge cuando existe el tipo, pero no se amolda a él la conducta dada; aunque en el fondo en toda atipicidad hay ausencia de tipo, si un hecho específico no encuadra exactamente en el descrito en la ley, respecto de él no existe tipo. Las causas de atipicidad dice el maestro Castellanos Tena, pueden reducirse a las siguientes: "a) ausencia de calidad o del número exigido por la Ley en cuanto a los sujetos activo y pasivos; b) si faltan el objeto material o jurídico; c) cuando no se dan las referencias espaciales o temporales requeridas en el tipo; d) al no realizarse el hecho por los medios comisivos específicamente señalados en la Ley; e) si faltan los elementos subjetivos del injusto legalmente exigidos, los cuales constituyen referencias típicas a la voluntad del agente o al fin que persigue, como ejemplos: "intencionalmente", "a sabiendas", "con el propósito"⁸⁷, constituyen características subjetivas, situadas en el alma del autor.

Como el encubrimiento por favorecimiento se encuentra dentro de los delitos cometidos por particulares. La atipicidad se podría presentar:

1. Si el sujeto activo fuera un servidor público. Aunque aquí hubiera sido mejor, no incluir en el título vigésimo primero "*cometidos por particulares*". Para dejar margen a que se pueda sancionar en un momento dado a un servidor público.

2. Si el delito principal o previo no se ha cometido. Pues como sabemos es un presupuesto del encubrimiento, aunque aquí entra la contradicción con la fracción que se analiza, pues esta se refiere a la omisión de impedir la consumación de un delito que "*se va a cometer o se está cometiendo*".

⁸⁷ CASTELLANOS TENA, Fernando, op. Cit., págs. 175-176.

3. Si al tratar de impedir, no se emplean *medios lícitos*, pues a lo mejor en este supuesto estaríamos ante otra figura delictiva distinta de encubrimiento. Por ejemplo, si al enterarse Juan por Pedro de que éste va a cometer un robo, Juan para impedirlo lo priva de la vida, efectivamente se impedirá la comisión del delito, pero no empleó un medio lícito, por lo que no podríamos hablar de encubrimiento, sino de homicidio.

4. Si falta el elemento *a sabiendas*, que aunque no lo marca de esta manera el código penal, queda inmerso en la frase "*se sabe van a cometerse o se están cometiendo*".

5. cuando la actividad para impedir el delito, implique un *riesgo* para la persona que fuese a impedirlo.

3.5. LA ANTIJURIDICIDAD.

Comúnmente se acepta el concepto de antijuridicidad como lo contrario a derecho, actúa antijurídicamente quien contradice un mandato del Poder; si una conducta es típica, se tiene que verificar si el hecho examinado, además de cumplir ese requisito de adecuación externa, constituye una violación al Derecho, entendido en su totalidad, como organismo unitario. La antijuridicidad es puramente objetiva, atiende sólo al acto, a la conducta externa.

Para afirmar que una conducta es antijurídica, se requiere necesariamente un juicio de valor, una conducta es antijurídica, cuando siendo típica, no está protegida por una causa de justificación; la antijuridicidad radica en la violación del valor o bien protegido a que se contrae el tipo penal respectivo.

El maestro Castellanos Tena, afirma que el acto será formalmente antijurídico cuando implique trasgresión a una norma establecida por el Estado (oposición a la Ley) y materialmente antijurídico en cuanto signifique contradicción a los intereses colectivos.⁸⁸

⁸⁸ Cfr., CASTELLANOS TENA, Fernando, op. Cit., pág. 180.

“Lo que funda la antijuridicidad del encubrimiento es la *antijuridicidad del hecho previo*, y no las circunstancias de los concretos intervinientes: si el hecho no resulta ser antijurídico, no lo es para todos los intervinientes, en fase ejecutiva (autores y partícipes) y en fase posterior (encubridores). Esto último conduce a que la no mención de los cómplices no altere el que se siga exigiendo lo mismo, que el delito sea típico y antijurídico, pues las causas de exención requeridas provienen del hecho previo, y no de sus intervinientes.”⁸⁹

3.6. CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

Puede suceder que la conducta típica esté en aparente oposición al Derecho y sin embargo no sea antijurídica por mediar alguna causa de justificación, por lo que son estas causas de justificación las que constituyen el elemento negativo de la antijuridicidad. A las causas de justificación también se les llama justificantes, o causas de licitud. Las justificantes no deben ser confundidas con otras eximentes, hay entre ellas una distinción precisa en función de los diversos elementos esenciales del delito que anulan.

Las causas de justificación son objetivas, referidas al hecho e impersonales, ya que las de inculpabilidad son de naturaleza subjetiva personal e intransitiva. Como las causas de justificación recaen sobre la acción realizada son objetivas, se refieren al hecho y no al sujeto. Las justificantes por su objetividad conciernen a todos los copartícipes, mientras que otras eximentes no.

Las causas de justificación son:

a) Legítima defensa, la cual es necesaria para rechazar una agresión actual o inminente e injusta, mediante un acto que lesione bienes jurídicos del agresor;

b) Estado de necesidad, que es cuando un bien jurídicamente protegido se encuentra en peligro actual o inmediato, y que sólo puede evitarse mediante la lesión de bienes también jurídicamente tutelados, pertenecientes a otra persona. Para

⁸⁹ SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo, op. Cit., pág. 94.

precisar la naturaleza jurídica del estado de necesidad es necesario distinguir si los bienes en conflicto son de igual o diferente valor; si el sacrificado es de menor jerarquía que el amenazado si estamos ante la presencia de una causa de justificación; pero a la inversa, el delito se configura, y si son de igual jerarquía los bienes jurídicamente protegidos, el delito no se configura. La diferencia del estado de necesidad con la legítima defensa, es que aquel constituye en sí mismo una acción o ataque, mientras que la defensa es reacción contra el ataque;

c) Cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer un derecho y que éste último no se realice con el propósito de perjudicar a otro;

d) Consentimiento del interesado, es decir que se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, debiendo cubrir los requisitos de que el bien jurídico sea disponible, que el titular del bien tenga capacidad jurídica para disponer del mismo y, que el consentimiento sea expreso o tácito, sin que medie algún vicio.⁹⁰

Puede ser una circunstancia que excluye la pena, el estado de necesidad, por haberse visto uno obligado a salvarse a sí mismo o a salvar a un pariente próximo de un perjuicio grave o inevitable en la libertad, por ejemplo, si el pariente está secuestrado, y no se denuncia por el posible daño que pueda ocasionarle, ya sea en la libertad, integridad corporal o hasta pudieran privarlo de la vida.

Puede pensarse en casos de encubrimiento por la propia víctima. Al margen de los supuestos de encubrimiento en estado de necesidad (se comunican amenazas a la víctima para que no delate a los autores, por ejemplo), son problemáticos aquellos en que la víctima prefiere, mantener el anonimato tras haber sufrido una agresión sexual y silencio los hechos.

Es decir debe tenerse en cuenta la ponderación de los intereses en juego, que permitiría en algún caso la apreciación de una causa de justificación como el ejercicio de un derecho o estado de necesidad.

⁹⁰ Cfr., CASTELLANOS TENA, Fernando, op., cit., págs. 192-216.

En lo referente al cumplimiento de un deber, se trata de los casos en que se plantea la colisión del deber de impedir delitos y la de abstenerse de realizar una acción prohibida (o de realizar otra acción ordenada).

La realidad nos ofrece interesantes conflictos de esta naturaleza, en los que entra en juego el deber de impedir delitos contra la vida o la integridad corporal, libertad sexual o libertad personal. Se trata de las limitaciones al deber de secreto médico y particularmente cuando el facultativo tiene conocimiento de que un paciente VIH, conociendo tal circunstancia continúa manteniendo relaciones de riesgo sin protección. Pues bien, cuando el médico cuente con el conocimiento fundado de que dicho paciente sigue realizando, consciente de su estado tales conductas, estaría obligado a intervenir para evitar la transmisión. Pero a la vez vendría también obligado por el deber de secreto a no revelar las circunstancias cuyo oportuno conocimiento podría servir para impedir un delito contra la integridad corporal.

La respuesta a la pregunta de cuál de los deberes debe cumplir, en éste y otros casos similares, debe considerar los intereses en conflicto. El sujeto normalmente vendrá obligado a dar cumplimiento al deber de mayor rango en tanto no suponga un atentado a la dignidad de la persona humana.

Sin embargo aún y cuando en este ejemplo, se tomarían en cuenta otros peligros para la salud pública derivados de la propagación de una enfermedad grave y por el momento incurable, me inclino a sustentar la solución a favor del deber de intervenir para impedir el delito, basándome, precisamente, en que el conflicto debe resolverse atendiendo a los intereses en juego.

En conclusión, me parece que la justificación del hecho previo despliega sus efectos en el hecho posterior, es decir la licitud del hecho previo extiende sus efectos al encubrimiento

3.7. LA IMPUTABILIDAD.

Viene a ser un concepto pilar de la teoría del delito; es aceptable que el sujeto tenga un margen de elección, de decisión, de respetar la ley o de violarla, en esta

posibilidad radica la imputabilidad, la cual equivale a libertad. “Es la posibilidad que tiene el sujeto de conducirse o no conforme a la ley, es la capacidad de querer y entender. La imputabilidad exige dos límites mínimos, para su existencia: a) un límite físico, es decir una edad mínima en la que el sujeto al alcanzar determinado desarrollo logra el desarrollo psíquico suficiente para podersele considerar imputable; b) un límite psíquico, o sea la capacidad de querer y entender.”⁹¹

En efecto, y como acepta prácticamente la totalidad de la doctrina española, omite *quien puede*, quien tiene *capacidad concreta de acción*; de modo que la posibilidad de realizar la acción (ordenada) es requisito de la omisión. Quien no pueda, no omite.

La imputabilidad supone el dolo (genérico), es decir, conciencia y voluntad de ayudar. Basta el conocimiento de la acción de la justicia hacia el sujeto activo del delito previo, y la voluntad conciente de impedir esa acción. Es indiferente que la ayuda se preste por amistad o por otro motivo.

3.8. INIMPUTABILIDAD.

Son aquellas que constituyen el aspecto negativo de la imputabilidad, es decir en este caso, el sujeto ha ejecutado una conducta típica y antijurídica, no resulta imputable, porque no reúne los requisitos psíquico y físico que exige la ley; no alcanza el límite de edad señalado por la ley, o las características psíquicas previstas en la norma. Puede incluso el sujeto que cometió el delito alcanzar la edad, prevista por la ley, pero pudo no haber comprendido el hecho o conducta que realizó, ya por tener trastorno mental o desarrollo intelectual retardado. A no ser que el sujeto hubiera provocado su trastorno mental.

3.9. CULPABILIDAD.

Antiguamente se castigaba al autor de un delito, en consideración al resultado dañoso que había producido, no importaba la intención; al transcurrir el tiempo se

⁹¹ ORELLANA WIARCO, Octavio A., op. Cit., pág.35.

fueron elaborando los conceptos de dolo y culpa, como manifestaciones de la culpabilidad y es con la Escuela clásica en donde el dolo y la culpa pasan a integrar la culpabilidad. Carrara, citado por Orellana Wiarco, define el dolo como "la intención más o menos perfecta de ejecutar un acto que se sabe es contrario a la Ley, la culpa se define como la voluntaria omisión de diligencia en calcular las consecuencias posibles y previsibles del propio hecho"⁹²,

A) El dolo.

De acuerdo con Edmundo Mezger, el dolo es "la comisión del hecho con conocimiento y voluntad. El dolo, consiste en consecuencia, en circunstancias de hecho determinadas, no es de por sí, un concepto valorativo."⁹³

Es una forma básica de la culpabilidad. "Es necesario un conocimiento determinado del tipo y de las partes que lo integran. Consiste el dolo en *circunstancias de hecho*, determinadas, a saber, el conocimiento y la voluntad del hecho. De ahí que el dolo se presenta como una *forma de culpabilidad*." ⁹⁴

Para Luis Jiménez de Asúa, "el dolo existe cuando se produce un resultado típicamente antijurídico, con conciencia de que se quebranta el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica." ⁹⁵

En cuanto al dolo en el encubrimiento se tiene que parte de la doctrina suele tratar de forma separada el conocimiento por parte del encubridor de la perpetración de un delito, del dolo de encubrir, aquel como presupuesto subjetivo común a todas las formas de encubrimiento, éste como elemento subjetivo de la conducta encubridora, como si el dolo de encubrir se pudiera separar en función de la clase de elementos objetivos del tipo a los que afecte.⁹⁶

⁹² *Idem*.

⁹³ MEZGER, Edmundo, op. Cit., pág. 226.

⁹⁴ *Idem*.

⁹⁵ Citado por ORELLANA WIARCO, Octavio a., op. Cit. Pág. 52.

⁹⁶ Cf., RUIZ RODRÍGUEZ, Luis Ramón, op. Cit., pág. 47.

El conocimiento del hecho previo no debe, sin embargo, convertirse en un sustituto del dolo de encubrir. Tampoco puede convertirse en un elemento subjetivo adicional. Por el contrario se trata de uno de los elementos objeto del dolo. *Se exige conocer que con anterioridad ha tenido lugar un delito.* Sólo en razón de este conocimiento el favorecimiento adquiere sentido típico y la conducta puede ofrecer la orientación hacia dejar que se cometa el delito, o eludir la investigación etc., pero estas deben a su vez ser objeto de representación, de dolo por el sujeto activo. "Estamos ante una peculiar forma de favorecimiento, que es tal en la medida en que existe y va conectada a un delito previo conocido. De esta manera, entre el conocimiento del hecho previo y la orientación de la omisión (conducta) de favorecimiento a dificultar la actuación de la Administración y Procuración de Justicia existe conexión: no se trata de realidades separadas, como si fueran dos hechos diversos, objeto del dolo separadamente. Si es posible, en cambio, exigir un diferente grado de certeza entre el dolo respecto al hecho previo y el dolo de encubrir al no procurar impedir el delito."⁹⁷

Lo que requiere el tipo de encubrimiento para todas las modalidades es que se tenga conocimiento de la comisión de un delito, en el caso que nos ocupa se trata de tener conocimiento de que un delito se va a cometer o se está cometiendo.

El conocimiento debe ser certero, fundarse en datos reales, y al respecto me parece pertinente subrayar la siguiente tesis jurisprudencial:

ENCUBRIMIENTO, CONFIGURACION DEL DELITO DE. (LEGISLACION DEL ESTADO DE PUEBLA). De la fracción I del artículo 209 del Código de Defensa Social del Estado de Puebla, que define el delito de encubrimiento, se infiere que una forma de configuración de este delito consiste ***en que el sujeto activo tenga conocimiento de que se va a cometer un hecho delictuoso y omita cumplir con el deber legal de impedir su consumación, debiendo tal conocimiento fundarse en datos reales, perceptibles, y no en el simple enunciado de una conducta futura de la que se haga confidente a una persona, sin visos de probabilidad en cuanto a su realización. Así que el delito de encubrimiento es omisivo y sólo puede tipificarse***

⁹⁷ SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo, op. Cit., pág. 131.

si existe el dolo, consistente en la voluntad y conciencia de omitir el empleo de los medios impeditivos, dejando así de procurar que el delito no sea cometido. Y otra forma la constituye el que, el sujeto activo, con sus actos de omisión no impida que se consumen delitos que sepa se están cometiendo; esto, evidentemente, implica el pleno conocimiento de su parte de que está en proceso de ejecución una conducta delictuosa. SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO. Amparo directo 44/90. Martín Rzepka Glockner y otros. 14 de noviembre de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: José Galván Rojas. Secretario: Armando Cortés Galván. Amparo en revisión 248/88. Vicente Cuatli Blanco. 6 de septiembre de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: Jorge Alberto González Álvarez. Semanario Judicial de la Federación y su gaceta. Novena época, tomo IV, agosto de 1996. tesis XIV 2º 11 P. pág. 670.

Las dudas sobre la cualidad del hecho previo no hacen desaparecer el dolo. La duda no es incompatible con el dolo, como tampoco con el error. Es incompatible eso sí, con la certeza del conocimiento que se tenga del objeto.

Cabe obrar con dudas sobre cual sea el delito previo (se duda sobre si se favorece tras un homicidio o tras unas lesiones, por ejemplo): se actúa con dolo suficiente pues se representa que se ha cometido un delito. Distinto será si las dudas recaen sobre si se ha cometido o no un delito previo, cualquiera que sea. En estos casos parece posible la idea de que la duda podría ser la manifestación de un error vencible de tipo. Pero no es la duda misma, o la duda en sí lo que da lugar al error, según las circunstancias puede ser vencible o invencible con resultado de impunidad en ambos casos, debido a la no previsión de encubrimiento imprudente.

Pueden tener a su vez relevancia otras divergencias sobre la gravedad del hecho encubierto: se cree encubrir una conducta delictiva, pero de diversa gravedad a la realmente favorecida, por ejemplo, se cree favorecer al autor de un delito por daño a la propiedad, cuando en realidad lo es de un homicidio. La desproporción en uno y otro caso conduce a extravagancias si se entiende que basta el mero favorecer un delito para hacer posible el encubrimiento.

B) La culpa.

Para el causalismo, la culpa es la segunda e inferior especie de la culpabilidad. La culpa no siempre ha sido aceptada como especie de la culpabilidad, pues se afirma que *nadie puede ser penado por una acción no querida por él*. Y si la distinción fundamental entre el dolo y la culpa consiste en que en la primera el agente sí quiere la conducta y su resultado, en cambio en la segunda el resultado no se quiere, por lo que se afirma que no es posible punir las conductas culposas.

La culpa, "es la producción de un resultado típicamente antijurídico que pudo y debió ser previsto y que por negligencia, imprudencia o impericia del agente, causa un efecto dañoso."⁹⁸

Desde luego que para mi punto de vista puede verificarse la imprudencia en la hipótesis que se analiza al omitir impedir un delito, pues una de las preguntas a hacerse es si el sujeto obligado interviene con el inequívoco propósito de impedir el delito, cumplirá con el mandato con cualquier intervención, o por el contrario, no cumplirá con las exigencias del tipo un comportamiento no ajustado al objetivo deber de cuidado, esto es, ¿Qué ocurriría si teniendo el sujeto la posibilidad de evitar el delito, su torpe intervención en los hechos, por más que motivada en impedirlos, no evita el delito?. Claro, que se puede dar un "*encubrimiento*", de manera imprudente.

Al respecto se considera que indiscutiblemente nos encontramos ante un delito de omisión propia, precisamente, porque no cabe exigir al sujeto más que su intervención que tenga por motivo impedir el delito, y no que lo consiga.

Podría ocurrir por otra parte, que el sujeto no acierte a representarse adecuadamente la situación típica (puede ser por inobservancia en el cuidado objetivamente debido en el enjuiciamiento de la situación típica), o que apreciando correctamente dicha situación, erróneamente se considere incapaz de realizar la acción impeditiva y no actúe (esto puede ser por inobservancia del cuidado objetivamente debido sobre la apreciación de la posibilidad de cumplir el mandato); o que decidido a intervenir no consiga impedir el delito, porque aún siéndole posible habérlo evitado no actuó en la forma adecuada.

⁹⁸ ORELLANA WIARCO, Octavio A., op. Cit. Pág. 55.

Estas posibilidades estructurales han sido con las que ha contado un sector de la doctrina, para pronunciarse a favor de la admisión de la forma imprudente de estos delitos de omisión pura.

En mejor modo, (desde luego, haciendo desaparecer la referencia al resultado de impedir la comisión del delito), habrá que entender que lo que exige la fracción V del artículo 320 de nuestro ordenamiento penal, no es más que la intervención impositiva (que puede quedar en el intento), y no necesariamente su éxito. Aunque debe quedar claro que en caso de que se pudiera presentar la imprudencia, esta no sería punible.

3.10. LA INCULPABILIDAD

Sin duda son aquellas causas que impiden integrar la culpabilidad, y tienen que dirigirse a la no configuración, sea el dolo, o la culpa, porque no se reúnan los elementos que para esas especies se requieren.

Se aceptan como causas genéricas que excluyen la culpabilidad: el error y la no exigibilidad de otra conducta.

Para efectos del derecho, el error y la ignorancia son conceptos que se identifican. El error, concepción equivocada de la realidad se clasifica en *error de hecho* y *error de derecho*. "el sistema causalista acepta el error como causa de inculpabilidad, cuando el sujeto a virtud de una equivocada e invencible concepción de la realidad fáctica produce un resultado típico, en cambio rechaza el error de derecho, pues su falsa apreciación de que el derecho ampara su actuar no releva de responsabilidad. Por lo que el *error de derecho* es irrelevante.

"El error de hecho se subdivide en error *esencial* y error *accidental*, a su vez el error *esencial* se clasifica en error *esencial invencible* y error *esencial vencible*. Por su parte el error de hecho *accidental* se clasifica en error en el golpe y error en la persona.

El error esencial de hecho invencible se presenta cuando el sujeto llega a una concepción equivocada de la realidad, pero debido a circunstancias que no podía

superar su equívoco puede recaer sobre elementos del delito o sobre circunstancias agravantes de penalidad, y en ese caso se presenta el error como causa de inculpabilidad.”⁹⁹

Yo creo que en el caso anterior, se podría excluir el encubrimiento por inculpabilidad, por ejemplo, si Juan avisa a una patrulla de seguridad pública que Pedro va a cometer un robo, y Juan se asegura de que los elementos de la patrulla acuden al lugar en donde se suscitarán los hechos, y Juan huye para no ser descubierto; sin embargo los patrulleros no hacen nada para impedir el delito. Juan estaba seguro de que los elementos iban a actuar, sin embargo al omitirlo, el delito se efectúa.

“El error de hecho *esencial vencible* es aquel en que la persona tuvo la posibilidad y por ello debió prever el concepto equívoco que se formó. Este tipo de error excluye el dolo, pero el sujeto responde por haber incurrido en una conducta culposa. El error de hecho *accidental* se presenta cuando el sujeto se equivoca pero respecto de elementos no esenciales del delito, sino sobre circunstancias objetivas que son accidentales. En estos casos, la conducta es culpable a título de dolo, ya que su error se refiere a accidentes de la conducta típica.

El error de hecho *accidental en el golpe*, radica en que el sujeto se propone un resultado delictivo en contra de un bien jurídico tutelado, pero su acción daña precisamente el bien jurídico tutelado que quería si bien en una persona o cosa distinta. Sería difícil que se presentara en la hipótesis que se estudia. El error de hecho *accidental en la persona*, es semejante al anterior, pues se presenta cuando se propone dañar un bien jurídicamente tutelado, y se logra, pero hay error en la persona. Su conducta resulta punible a título de dolo.”¹⁰⁰

La *no exigibilidad* se encuentra en que “el derecho no puede exigir comportamientos heroicos, o en todo caso no puede imponer una pena cuando en situaciones extremas alguien prefiere realizar un hecho prohibido por la Ley antes que sacrificar su propia vida o integridad física.”¹⁰¹ Pueden ser causas de inexigibilidad la

⁹⁹ ORELLANA WIARCO, Octavio A. op. Cit., pág. 68.

¹⁰⁰ *Idem.*

¹⁰¹ ORELLANA WIARCO, Octavio A. op. Cit. Pág. 71.

violencia moral y miedo, exceso en los eximentes, encubrimiento de próximos parientes. Desde luego, que se puede presentar en el encubrimiento esta figura; por ejemplo, el no denunciar una privación de la libertad, por miedo a perder la vida si los secuestradores se enteran de que denunció; incluso, por violencia moral, si el que pudiera impedir el secuestro se encuentra amenazado de muerte.

Nuestro ordenamiento penal, únicamente regula el error de hecho invencible y la no exigibilidad de otra conducta como causas de inculpabilidad, y en el delito que nos ocupa sí podrían presentarse ambas figuras.

3.11. CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD.

Generalmente éstas condiciones objetivas de punibilidad se refieren a condiciones de procedibilidad (la querrela de la parte ofendida en los delitos que se persiguen a instancia de parte, o bien a cuestiones prejudiciales (la declaración previa de quiebra, en el delito de quiebra); la declaración previa de perjuicio (en los delitos fiscales). Por lo que la falta de las mismas impide que pueda procederse contra el agente aún cuando los elementos del delito estén plenamente configurados. Por ello, se niega su existencia en la teoría del delito, pues el ilícito se da con independencia de tales condiciones objetivas, que son referibles a aspectos procesales, no de derecho sustantivo penal.

Viene a mi mente el hecho de se encubra un abuso sexual, y teniendo cubiertos todos los elementos que integran el encubrimiento, no se satisfaga la querrela en el delito previo, sin embargo, ésta es una cuestión de carácter procesal.

3.12. LA PUNIBILIDAD.

Para el maestro Pavón Vasconcelos, la punibilidad es "la amenaza de pena que el Estado asocia a la violación de los deberes consignados en las normas jurídicas, dictadas para garantizar la permanencia del orden social."¹⁰²

¹⁰² PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, op. Cit. Pág. 395.

“La punibilidad consiste en una amenaza de privación o restricción de bienes que queda plasmada en la Ley, para los casos de desobediencia al deber jurídico penal.”¹⁰³

El delito de encubrimiento sanciona con “... prisión de seis meses a cinco años y de cien a quinientos días multa...”¹⁰⁴

“Es oportuno recordar, como el favorecedor posterior ha recibido diversas sanciones a lo largo del derecho histórico: comenzó recibiendo en algunos casos la misma pena que el autor; en ocasiones se permitía su atenuación; más adelante se atenuaba siempre hasta llegar ahora a recibir una pena autónoma, aunque limitada por la del hecho previo. Puede afirmarse, que la previsión de los delitos de encubrimiento es exponente, en los ordenamientos actuales, de una concepción precisa sobre la intervención penal.”¹⁰⁵

Para poder sancionar al encubridor, se exige la constatación de un hecho que sea al menos antijurídico y conocido por quien favorece. Para responder por encubrimiento es necesaria la existencia de al menos un hecho previo típicamente antijurídico; y, por otra, que quien favorece a un autor personalmente exento de pena o irresponsable, no resulta a su vez impune. El hecho previo deberá reunir el requisito básico de constituir una acción en sentido jurídico penal, que sea típica y antijurídica; si en cambio existe una causa de justificación, no procederá la responsabilidad por encubrimiento para el favorecedor. Por el contrario, la ausencia de los elementos que se ubican en la culpabilidad (imputabilidad, mayoría de edad, conocimiento de la prohibición y exigibilidad de actuar conforme a la norma), o a la presencia de las que se refieren exclusivamente a la punibilidad (excusas absolutorias, condiciones de no punibilidad, etc.), mantendrá la sanción del encubridor.

Si el desistimiento da lugar a la impunidad, iguales motivos existen para la impunidad del encubridor. En mi opinión sería bueno establecer como límite la pena del delito previo, ya que aún y cuando el encubrimiento posee un injusto propio, su

¹⁰³ RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, “Penología”, 2ª edición, porrua, México, 2000, pág. 88.

¹⁰⁴ CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, 12ª edición, ediciones fiscales ISEF, México, 2005

¹⁰⁵ SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIERREZ, Pablo, op. Cit., pág. 21.

autonomía de todas maneras no logra superar la dependencia que procede del bien jurídico del hecho previo. Debe tomarse en cuenta la gravedad del hecho previo y el dificultamiento que produzca a la Procuración y Administración de Justicia para la determinación de la pena del delito.

Para castigar al encubridor es necesario que el hecho previo sea típico y antijurídico, no teniéndose que exigir la culpabilidad del sujeto, ni obviamente la punibilidad del delito, por lo que la única posibilidad de evitar la calificación como encubrimiento reside en la inexistente afectación al bien jurídico protegido. Si la parte perjudicada no da inicio a la actuación procesal por propia voluntad, no existe afectación alguna a la Procuración y Administración de Justicia que no puede comenzar la tarea investigadora, objeto de la protección.

3.13. EXCUSAS ABSOLUTORIAS.

Para el maestro Rosalío Bailón Valdovinos, las excusas absolutorias son "circunstancias o hechos, que siendo antijurídicas, liberan de la sanción penal. Son circunstancias que no modifican la cualidad directiva de la conducta pero que excluyen la responsabilidad penal."¹⁰⁶

"En efecto, la excusa absolutoria como categoría general encierra una propuesta de clasificación, basada mas en criterios de exclusión de las otras categorías que en fundamentos dogmáticos específicos, que si bien pudo constituir un notable intento de sistematización al tiempo de su formulación carece en la actualidad de toda operatividad caracterizadora. En la doctrina de nuestro país cabe observar esta categorización por exclusión del encubrimiento entre parientes como un supuesto de excusa absolutoria. No puede ser ilícita la conducta de quien encubre al pariente próximo, burlando a la ley y su aplicación, pues el castigo del delincuente a una exigencia social que está por encima de las conveniencias particulares y hasta familiares."¹⁰⁷

¹⁰⁶ BAILÓN VALDOVINOS, Rosalío, "400 preguntas y respuestas sobre el derecho penal", parte especial, (delito), PAC, México, 2000, pág. 15.

¹⁰⁷ HERNÁNDEZ GARCÍA, Javier, GOYENA HUERTA, Jaime, GRINDA GONZÁLEZ, José, MUÑOZ CUESTA, Javier, op. Cit., pág. 62.

El código penal en el artículo 321, establece. *"No comete el delito a que se refiere el artículo anterior, quien oculte al responsable de un hecho calificado por la ley como delito, o impida que se averigüe, siempre que el sujeto tenga la calidad de defensor, ascendiente o descendiente consanguíneo en línea recta o colateral hasta el cuarto grado, por adopción, por afinidad hasta el segundo grado, cónyuge, concubina o concubinario o persona ligada con el delincuente por amor, respeto, gratitud o estrecha amistad."* ¹⁰⁸

El encubrimiento entre parientes plantea el problema del tratamiento a dispensar en los casos de ayuda por un pariente y, por un no pariente. El extraño no puede quedar amparado por una causa personal de exención de la responsabilidad penal que en él no concurre.

Esta solución deriva del motivo que inspira la exención en sede de encubrimiento y que da lugar a esta causa de exención: no es el carácter del hecho, sino ciertos criterios policriminales los que conducen a eximir de pena, pero son consideraciones que no afectan al hecho, luego el efecto eximente dependerá de la presencia o no en cada sujeto que actúa. Esta situación no afecta a la tipicidad o antijuridicidad del hecho, entre otras razones porque la responsabilidad de los partícipes no parientes subsiste a la exención de los parientes.

Podría considerarse que viene referida a la culpabilidad, como motivo de inexigibilidad de otra conducta, y así se ha mantenido en parte de la doctrina y cierta jurisprudencia. Sin embargo, la eficacia eximente del parentesco, por encima de si produce o no efectos en el sujeto que actúa, o de si existe una situación de conflicto de bienes, impide conceptuarla, con carácter general, como una previsión de la inexigibilidad de otra conducta.

"El desconocimiento de la situación de parentesco al encubrir no impide la apreciación de la exención. (...) finalmente, encubrir al autor del encubrimiento de un pariente, no resulta afectado por la exención: aunque resulta impune para quien encubre a un pariente, no se transmite la exención a quien a su vez encubre al

¹⁰⁸ CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, 12ª edición, ediciones fiscales ISEF, México, 2005

encubridor exento, porque no es una causa que venga referida al hecho, sino a cada sujeto actuante.¹⁰⁹

¹⁰⁹ SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo, op. Cit., pág. 144.

CAPÍTULO IV.

NECESIDAD DE DEROGAR LA FRACCIÓN V DEL ARTÍCULO 320 DEL CÓDIGO PENAL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL.

4.1. PROBLEMÁTICA QUE PRESENTA LA ACTUAL FRACCIÓN V DEL ARTÍCULO 320 DEL CÓDIGO PENAL VIGENTE PARA EL D. F.

Por naturaleza, el hombre espera el éxito al final de sus actos, por lo que el delincuente espera una doble finalidad, la realización del fin del delito y la impunidad, cuando se siente incapaz de conseguir sus objetivos, busca auxilio en otro ser humano.

Esta figura consistente en actos de ayuda, posteriores al delito y prestados conscientemente en favor del delincuente, ha sido recogida por nuestra legislación penal, bajo la denominación de encubrimiento; y como el fin último de la administración de justicia es la lucha contra la delincuencia, su obtención debe asegurarse contra los actos de solidaridad de los delincuentes que la traten de frustrar, por ello el encubrimiento que era una forma de participación, se torna una conducta dotada de autonomía, pero también dependiente de un hecho previo, que sería el delito principal.

Nuestra legislación penal acoge dos tipos de encubrimiento: por receptación y por favorecimiento, dividiéndose el encubrimiento por favorecimiento en: real y personal, en este último realizara diferentes conductas para ayudar al delincuente, tales como ocultarlo, ayudarlo a evadir de cualquier forma la acción de la justicia, o *no procurar por los medios lícitos que tenga a su alcance y sin riesgo para su persona impedir la consumación de los delitos que sabe van a cometerse o se están cometiendo, salvo que se tenga la obligación de afrontar el riesgo*, es esta ultima forma la que nos concierne y sobre la cual ha girado el presente trabajo.

En esta modalidad de encubrimiento, desde luego que el legislador no se refiere al heroísmo, pues diría el maestro Raúl Carrancá y Rivas, en alguna de sus clases que a tal actitud ninguna ley obliga, ya que no se podrían utilizar medios que impliquen peligro para el agente, las únicas que podrían arriesgarse son las corporaciones policíacas y esta excepción la contempla nuestro código penal.

Si bien es cierto, el encubrimiento se consideró durante mucho tiempo como forma de participación, logrando la autonomía, también lo es que la diferencia entre una y otra es un aspecto de temporalidad, ya que en la participación se requiere una promesa de ayuda anterior a la comisión del delito, mientras que en el encubrimiento no hay un acuerdo previo; por otro lado, quiero recalcar que para encubrir es menester la existencia de un hecho sobre el cual habrá de recaer la conducta del encubridor, es decir, necesariamente **el delito principal debió haber sido ejecutado**, por lo tanto ¿porqué sancionar a quien no impida la consumación de un delito que sabe **se va a cometer** o se está cometiendo?, lo que se observa en esta conducta contemplada en la fracción v del artículo 320 de nuestro código penal vigente para el Distrito Federal, es que aun no se ejecuta el delito, lo cual es un presupuesto para integrar el delito de encubrimiento, por lo que es ilógico e injusto el pretender hacer responsable a un sujeto, cuando el delito principal ni siquiera se ha cometido.

El legislador dice que, se tiene que impedir la consumación del delito por los medios lícitos que tenga a su alcance y **sin riesgo para su persona**, ¿qué querrá decir con medios lícitos y sin riesgo?, quiero pensar que se refiere a denunciar al sujeto que sabe va a cometer un delito, pues ello no implica peligro, pues a veces basta con una llamada telefónica, para que la policía se presente en el lugar en donde supuestamente se va a cometer el delito, pues bien, si un sujeto no denuncia al que va a cometer el delito ¿incurrimos en encubrimiento?, mas bien pienso que estamos hablando de dos delitos diferentes el delito de encubrimiento y **la omisión de denuncia**, este último delito ha sido recogido por varios países como España, Alemania, Argentina, Guatemala, etc., ya sea cometido por servidores públicos o por particulares; Además soy de la idea que el encubrimiento única y exclusivamente se debe entender como una conducta de acción y no de omisión, pues la ayuda debe ser positiva, consistir en un hacer, no en un dejar de hacer.

Ahora, si los únicos que tienen la obligación de impedir delitos son los servidores públicos, como las corporaciones policiacas, porqué se encuentra esta fracción V dentro del artículo 320, que pertenece a un título destinado a **particulares**.

Por otro lado, ¿a qué delitos se estará refiriendo la fracción V del artículo 320?, sin duda a los que se persiguen de oficio, pero también a los de querrela, ya que el

ordenamiento no lo señala. A mi parecer, los únicos que deben ser contemplados en esta fracción son los delitos graves.

Definitivamente, esta fracción no debe estar contemplada en este artículo 320 relativo al encubrimiento, por las cuestiones aludidas.

4.2. CONSUMACIÓN Y EJECUCIÓN.

El tratadista Luis Jiménez de Asúa, señala al respecto, que **"cuando el delito objetivamente se perfecciona, cuando el delincuente realizó la lesión jurídica que resolvió ejecutar su voluntad, se dice que el delito se encuentra consumado.** Los Códigos penales no lo definen en la parte general; pero se entenderá por delito perfecto aquel que reúna los requisitos que en cada caso señale la legislación penal, sin embargo el artículo 43 del Código toscano decía que el delito **es consumado cuando todos los elementos que componían su esencia se encuentran reunidos en el hecho criminal de que se trata.**"¹¹⁰

El delito es perfecto cuando la previsión del tipo legal se convierte en realidad concreta.

El requisito de intervenir con posterioridad a la ejecución. Se exige en nuestro ordenamiento penal, esa fase, que inicia tras la comisión de un delito, y que constituye el ámbito propio del delito en estudio: el encubrimiento.

El criterio seguido por nuestro legislador penal es el de la comisión del tipo por los autores y en algunas ocasiones con la intervención de partícipes, como se desprende del artículo 320 del código penal para el Distrito Federal. De esta manera, las intervenciones posteriores no pueden considerarse de autoría o participación en un tipo anterior, ya concluido, aunque los verbos típicos coincidan o sean semejantes como "ayudar" o "auxiliar".

¹¹⁰ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, op. Cit., pág. 492-493.

La determinación del momento final de la ejecución se presenta, sin embargo, difícil entre otras razones, porque no existe un concepto legal de ejecución, realización o comisión, que permita extraer una idea unívoca, capaz de abarcar las variedades de los distintos tipos; de ahí que es preciso entonces determinar el momento de la denominada «ejecución».

La *ejecución* es elemento de referencia, posee en el código penal, un sentido estrictamente activo, también designa el más amplio de realización que admitiría la *omisión*, y se refiere a la conducta del hecho previo, sea activa, sea omisiva.

"Después de la ejecución", es la frase que utiliza el código penal en su artículo 320, sin embargo es necesario determinar si significa en ese mismo contexto "consumación", o posee un significado distinto. Cuando el ordenamiento legal trata de la "consumación" en el artículo 20 que enuncia la tentativa, parece referirse al fin de la ejecución, a ésta sigue el resultado allá donde el tipo lo exija.

De esta manera, *"ejecución" se identificaría con la realización del tipo; y "consumación" con el final de la ejecución o realización, pero no con la producción de un resultado separado de la conducta, pues no siempre se define éste (delitos de mera actividad). Tampoco puede identificarse con un momento o un instante preciso, ya que en ciertos casos cabe afirmar que el tipo ha concluido en su realización, (es decir se ha consumado), y todavía subsisten los efectos prolongados en el tiempo; y sin embargo no puede decirse que cese la consumación, sino que, por el contrario, ésta perdura (delitos permanentes).*

Efectivamente, afirmar que cabe el encubrimiento desde que finaliza la ejecución, con independencia de cual sea el estado para el bien jurídico, supone cerrar la posibilidad a la autoría o participación adhesivas en los mismos. Lo cual no parece coherente con el sentido de la institución del encubrimiento, y menos con el de la participación.

Tampoco el elemento de "posterioridad a la ejecución" es determinante de la presencia de encubrimiento, pues cabe actuar con posterioridad y responder como

cómplice (como sucede con la promesa de auxilio posterior, plasmada en el artículo 20 del CPDF).

Debe admitirse entonces, que aún siendo equivalentes en el preámbulo del artículo 320 CPDF "ejecución y comisión", no significan consumación o ejecución completa, ni producción de resultado, lo cual acarrea consecuencias sobre el sentido que en nuestro ordenamiento penal adquiere la llamada «ejecución» frente a la «consumación». Sobre el sentido de ésta última en unión con la "terminación".

Por tanto, ni la producción del resultado, ni la consumación, determinan el comienzo del encubrimiento.

Al respecto, me parece conveniente citar una tesis jurisprudencial:

ENCUBRIMIENTO. SIGNIFICADO JURIDICO DEL TERMINO "CONSUMACION DE LOS DELITOS", EMPLEADO EN EL ARTICULO 209, FRACCION I, DEL CODIGO DE DEFENSA SOCIAL PARA EL ESTADO DE PUEBLA. Los autores del Derecho Penal coinciden en señalar que la tentativa es un delito autónomo, en cuanto a que tiene sus elementos propios y es punible por sí; asimismo, es un delito consumado cuando se realizan todos sus elementos que son: a) el moral o subjetivo, consistente en la intención dirigida a cometer un delito; b) el objetivo que consiste en los actos realizados por el agente y que deben ser de naturaleza ejecutiva, y c) un resultado no verificado por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo. Ahora bien, el término "consumación de los delitos" que empleó el legislador en el artículo 209, fracción I del Código de Defensa Social para el Estado de Puebla (que tipifica el delito de encubrimiento por **no procurar impedir la consumación de los delitos que se estén cometiendo o se sepa van a cometerse**), jurídicamente debe considerarse que se refiere tanto a los delitos con resultado, a los que los autores llaman perfectos, como a los de peligro, a los que doctrinariamente se les denomina imperfectos o **tentados**; ya que, ambos delitos **se consuman cuando se realizan por parte del sujeto activo todos los elementos establecidos por la ley**. TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO. Amparo en revisión 101/93. Felipe Hernández Hernández. 18 de marzo de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Jaime Manuel Marroquín Zaleta. Secretario: Othón Manuel

4.3. OMISIÓN DE DENUNCIA.

Empezaré a analizar en que consiste la **omisión de denuncia**; como se sabe la "omisión" consiste en no hacer lo que se debe hacer ya sea voluntaria o culposamente, con lo cual se produce un delito, aunque no haya un resultado material, de modo que se infringe una norma preceptiva; mientras que la "denuncia" consiste en poner en conocimiento del Ministerio Público, verbalmente o por escrito, lo que se sabe respecto a la comisión de hechos que son o pueden ser constitutivos de delito.

Aunque en el caso que se estudia, opino que la omisión de denuncia es un delito que se puede dar únicamente a título de dolo, pues abarca el conocimiento de que se entorpece la actuación de la justicia.

El jurista Giuseppe Maggiore, señala que la omisión de denuncia consiste en una disposición de carácter excepcional, que recuerda el antiguo *crimen silenti*, y está inspirada en el principio de la razón de Estado.

La omisión consiste en no hacer denuncia inmediata a la autoridad indicada de un delito contra la personalidad del Estado, del que se tuvo noticia, siendo esta última cualquier conocimiento directo o indirecto, por experiencia propia o por información ajena. Sea como fuere, debe revestir seriedad; y no puede ser cualquier habladuría o rumor que corre en el pueblo, vago e incomprobable.

No es causa de justificación el secreto profesional, porque la obligación legal de la denuncia desvincula al profesional del deber del secreto y da origen a una "causa justa" de revelación.

Se imputa este delito a título de *dolo*: voluntad consciente de omitir la denuncia. No queda excluido ese dolo por ignorar la obligación de la denuncia, ni por ignorar la índole del delito cuya denuncia es obligatoria, por tratarse de ignorancia común de una

ley penal. *Objeto* de esta incriminación es el interés público de que la intervención de la justicia penal no se frustre o retarde por la omisión dolosa de personas.¹¹¹

Por eso, dentro del contorno del deber de intervención para impedir determinados delitos, será prioritaria la obligación de denuncia ante la autoridad o sus agentes, cuando se esté aún a tiempo de evitarlos, y subsidiará cualquier otra.

Me parece conveniente citar el artículo 450 del Código penal español. A efecto de ejemplificar como sí se puede conformar un delito autónomo de omisión de deber de impedir delitos.

“CAPITULO II. De la omisión de los deberes de impedir delitos o de promover su persecución.

Artículo 450. 1. El que, pudiendo hacerlo con su intervención inmediata y sin riesgo propio o ajeno, no impidiere la comisión de un delito que afecte a las personas en su vida, integridad o salud, libertad o libertad sexual, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años si el delito fuera contra la vida, y la de multa de seis a veinticuatro meses en los demás casos, salvo que al delito no impedido le correspondiera igual o menor pena, en cuyo caso se impondrá la pena inferior en grado a la de aquél.

2. En las mismas penas incurrirá quien, pudiendo hacerlo, no acuda a la autoridad o a sus agentes para que impidan un delito de los previstos en el apartado anterior y de cuya próxima o actual comisión tenga noticia.”¹¹²

El segundo párrafo no es más que un complemento al primero, y por ello su estudio puede ser realizado de manera unitaria, lo cuál sería facilitado por la previsión de penas idénticas. Por ello, si la misma persona que tuvo ocasión de intervenir personalmente no lo hizo y, además, sabiendo de la posibilidad de acudir a la autoridad o a sus agentes tampoco lo hizo, sólo responderá de un delito, pues los párrafos

¹¹¹ Cfr., MAGGIORE, Giuseppe, “derecho penal”, parte especial, de los delitos en particular, op. Cit., pág. 314.

¹¹² SOLA RECHE, Estebán, “La omisión del deber de intervenir para impedir determinados delitos del art. 450 CP.”, Estudios de derecho penal dirigidos por Carlos Romero Casabona, editores Comares, Granada, 1999, pág. 1.

primero y segundo que compondrán el artículo, recogerán tan sólo modalidades omisivas de un solo delito.

La denuncia del delito aún no cometido, podría ser una forma de impedir su producción.

Por su parte el código penal alemán, también recoge el delito de omisión de denuncia. Pues es el parágrafo al que se invoca como disposición análoga del artículo 450 del código penal español.

“§ 138: No denuncia de planes delictivos:

(1) quien teniendo noticia creíble de que se prepara o ejecuta (1. La preparación de un delito de agresión bélica (§ 80), 2. Un delito de alta traición en los casos de los §§ 81 a 83 apartado 1, 3. Un delito de traición a la patria o de un peligro a la seguridad exterior en los casos de los §§ 94 a 96, 97a ó 100, 4. Un delito de falsificación de moneda o de papel moneda en los casos de los §§ 146, 151, 152 o de una falsificación de impresos para eurocheque o tarjetas de eurocheque en los casos del § 152a apartado núm. 1, 2 ó 3, 5. Un delito de tráfico de personas en los casos del § 181 núm. 2, 6. Un delito de asesinato de homicidio o de genocidio (§§ 211, 212 ó 220a), 7. Un hecho delictivo contra la libertad de las personas en los casos de los §§ 234, 234a, 239a, ó 239b, 8. Un robo o un chantaje (§§ 249 a 251 ó 255), ó 9. Un hecho delictivo de peligro colectivo en los casos de los §§ 306 a 308, 310b, apartados 1 a 3, 311 apartados 1 a 3, 311a apartados 1 a 3, 311b, 312, 313, 315 apartado 3, 315b apartado 3, 316a, 316c ó 319) a tiempo de que pueda evitarse su ejecución o producción y omite avisar oportunamente a las autoridades o al amenazado, será castigado con una pena de privación de libertad de hasta cinco años o con multa.

(2) Igualmente será castigado quien, teniendo noticia creíble de que se prepara o ejecuta un hecho delictivo de los del § 129a, a tiempo de que pueda evitarse su ejecución, y omite denunciarlo inmediatamente a la autoridad.- (3) Quien imprudentemente omite la denuncia, a pesar de haber tenido noticia creíble de que se

prepara o ejecuta el hecho antijurídico, será castigado con pena privativa de libertad de hasta un año o con multa.”¹¹³

En relación al mismo, ya de entrada ha de tenerse presente que, refiriéndose a la no denuncia de hechos penales de cuya preparación o ejecución se tenga conocimiento, el § 138 se encuentra en el apartado de los delitos contra el orden público.

A diferencia de la disposición española, así como de la nuestra, este delito se encuentra localizado sistemáticamente entre los delitos contra el orden público, que ofrece aún mayor amplitud, de manera que además de bienes jurídicos de carácter personal en el § 138 se protegen otros de naturaleza distinta.

Para aclarar el panorama, es necesario citar el artículo 320 en su fracción V de nuestro ordenamiento penal, únicamente para damos cuenta de que efectivamente se trata de un delito distinto del encubrimiento, y que constituye un deber de impedir delitos.

“Artículo 320.- se impondrán de seis meses a cinco años de prisión, y de cien a quinientos días multa, a quien después de la ejecución de un delito y sin haber participado en éste:

(...)

V. No procure por los medio lícitos que tenga a su alcance y sin riesgo para su persona, impedir la consumación de los delitos que sabe van a cometerse o se están cometiendo, salvo que tenga obligación de afrontar el riesgo, en cuyo caso se estará a lo previsto en este artículo o en otras normas aplicables.”¹¹⁴

En el código penal mexicano, sin duda, ha quedado claro que no se castiga la omisión de denuncia de delitos ya consumados, cuya persecución también demandaría el ideal de justicia - sobre todo tratándose de bienes jurídicos personales tan importantes.

¹¹³ SOLA RECHE, Esteban, op. Cit., pág. 21-22.

¹¹⁴ CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, 12ª edición, ediciones fiscales ISEF, México, 2005.

De ahí se quiere deducir que la omisión de ese deber significa la inasistencia a los órganos – entre los que se incluyen algunos de los pertenecientes al poder ejecutivo, encargados de la prevención de los delitos.

Considero que la actitud a tomar en el estudio de estos delitos no ha de ser la de buscar un criterio definitivo respecto a sí el bien jurídico que protegen es la administración de justicia o la solidaridad humana, sobre todo si no se olvida que cualquiera de ellos es el recurso para aglutinar una serie de figuras coincidentes en que se trata de la infracción de un deber de impedir otros delitos que protegen otros bienes jurídicos personales.

Ahora bien, ¿a partir de **cuándo se debe impedir el delito**? No se puede pedir a persona alguna actuar conforme a las reglas legales o socialmente exigibles si no es a partir del conocimiento de la situación en la cual se plantea la posibilidad de actuar de una u otra manera.

Tal y como exige el texto legal se requiere que se impida un delito, por lo que la acción a evitar e interrumpir deberá reunir las elementales características, al menos a priori de un ilícito. Son, por tanto, dos los requisitos que parecen deducirse, uno material y otro formal.

Primero, para que surja la obligación de impedir el resultado lesivo la acción del autor deberá haber puesto en peligro el bien jurídico de que se trate; mientras que la obligación de denuncia, desde que se tenga noticia de la “próxima o actual comisión del delito”; es indispensable que se esté cometiendo o se vaya a cometer inmediatamente un delito, y precisando aún más, que se tenga la certeza o creencia seria de que el delito va a ejecutarse.

Para el maestro Sola Reche, el carácter delictivo de la conducta que se puede estar obligado a intentar impedir, debe, así mismo, ser precisado en relación con su desarrollo temporal. Para ello, el más acertado enfoque que se ha hecho en relación a esta cuestión plantea la determinación de los límites mínimo y máximo del deber de intervención.

El límite mínimo puede ser localizado en función de la interpretación, pues si nuestro artículo quedara como el del ordenamiento español, estaríamos hablando de dos momentos distintos:

1. El que no impidiere la comisión de un delito, y
2. El que no denuncie un delito de cuya próxima o actual comisión tenga noticia.

Hubiera sido mejor, de acuerdo con la opinión de Sola Reche, que en un solo párrafo se hubieran recogido de mejor manera todas las posibles formas de intervención que se requieren del ciudadano, no es necesario dedicar mayores esfuerzos a buscar una interpretación que haga coincidir el momento en el que se exige la intervención inmediata para impedir un delito o la denuncia, a pesar de las diferentes expresiones que uno y otro párrafo contienen.

El deber de intervención, cuya modalidad prioritaria en su caso, sería el de acudir a la autoridad o a sus agentes, surgiría desde que se tenga noticia de la comisión de un delito, esto para *la omisión del deber de impedir delitos*, e incluso cuando ese conocimiento se refiera a su preparación, *esto en lo concerniente a la omisión de denuncia*.

Lo normal será que si el sujeto sabe de la próxima realización del delito tenga la posibilidad de denunciarlo. Pero si éste no fuera el caso – el sujeto no puede denunciar pero sí intervenir personalmente en la fase preparatoria del delito, por ejemplo, porque el inicio de su ejecución es inminente–, considero que ya le sería exigible, de darse las condiciones previstas para que surja el deber –previsibilidad de una intervención eficaz y sin riesgo propio o ajeno– dicha intervención personal.

No obstante, esto no puede significar que exista la obligación de denunciar la preparación de cualquier delito; y no basta con la mera creencia del sujeto de que se va a cometer un delito, sino que es preciso que la resolución delictiva se haya manifestado objetivamente de alguna manera a través de indicios suficientes como para fundamentar una sospecha seriamente fundada de que el delito en cuestión va a ejecutarse.

El límite máximo se localiza en el momento en el que ya no es posible intervenir -acudiendo a la autoridad correspondiente personalmente o instando a un tercero para impedir el delito. Esto ocurrirá si el delito ya se ha consumado, si se ha interrumpido su ejecución o si aún estando en su fase ejecutiva, no hay posibilidad de interrumpirla.¹¹⁵

En este sentido, sí ha sido suficientemente claro que en los artículos citados, correspondientes a la legislación española, alemana y mexicana, no se conmina a denunciar delitos consumados.

Entre los dos límites, lógicamente está comprendido el deber de intervención cuando es previsible que se cometerá alguno de los delitos que habría que intentar impedir.

El deber de intervención existe desde que es previsible que se cometa alguno (cualquiera), uno o varios de los delitos, como pueden ser: contra la vida, contra la integridad corporal, contra la libertad personal y contra la libertad sexual.

Para establecer la pena del delito de omisión habrá que considerar la perseverancia en la omisión del sujeto, de modo que si ha permanecido impasible durante un periodo de ejecución prolongado (del delito a impedir), en la medida que su intervención era exigible, se tendrá en cuenta una posible mayor gravedad del hecho.

La intervención tardía pero significativa que sin embargo sea previsiblemente eficaz, y que en cualquier caso da lugar al delito de omisión, ha de comportar la atenuación de la pena.

Por otro lado, la omisión del deber de impedir delitos, debe estar únicamente enfocada a los **delitos graves** cuando éstos atenten contra la vida, la integridad corporal, la libertad personal y la libertad sexual, por citar algunos ejemplos.

¹¹⁵ Cfr., SOLA RECHE Esteban, op. Cit., págs. 128-135.

El **deber de intervención** queda supeditado a que ésta no suponga un riesgo. Se trata pues de una cláusula limitativa del deber de actuar, basada en el principio de no exigibilidad, especialmente característica, por otra parte, en los delitos de omisión pura.

Así, quien teniendo la posibilidad de intervenir para impedir un delito, pero su actuación comporta un riesgo para su persona, no tendría normalmente el deber de intervenir, lo cual no impide que el sujeto ejercite la facultad de defensa a la que sin estar obligado, cabría amparar, de darse los requisitos por las causas de justificación de legítima defensa o estado de necesidad.

Por lo tanto, la ausencia de riesgo propio o ajeno no dejaría de ser, en este delito de omisión, un elemento del tipo objetivo.

Nuestro ordenamiento penal en su artículo 320 fracción V, se basa en un imperativo que debe tener carácter excepcional en un Estado liberal, por cuanto subordina al individuo a intereses generales.

La limitación de esa excepcionalidad lógicamente, humanamente, no puede rebasar el punto de exigir al sujeto que arrostre riesgos o ponga en peligro intereses de terceros de superior o igual valor que el atacado por el delito que se trata de impedir.

En efecto, la delimitación del deber de actuar se plantea de términos de exigibilidad, categoría que ha sido desarrollada esencialmente en el marco de la teoría de la culpabilidad; pero por más que tal delimitación constituya una manifestación del principio regulativo de exigibilidad, expresa el respeto a otros intereses individuales implicados que son tenidos en cuenta por el legislador para configurar el tipo de lo injusto. En esas condiciones la idea de exigibilidad no tiene porque ser asociada a la idea de reprochabilidad.

Sin en el artículo 320 no especificara "*sin riesgo para su persona*", bastaría cualquier riesgo, para cualquier bien, para que desapareciera el deber de intervenir; incluso, cuando ese riesgo lo fuera para cualquier (tercera) persona.

Es doctrina mayoritaria la conclusión de que para enervar el deber de intervención ha de tratarse de un bien de *carácter personal* el que ha de correr el riesgo. Por consiguiente, se rechaza que el deber de intervenir desaparezca, por ejemplo, cuando sea un bien patrimonial, el que con la intervención corra peligro.

Pero la restricción debe llegar más lejos: para el caso concreto debe haber una cierta proporcionalidad entre el peligro que supone el delito a impedir y el que entraña para el interviniente la actuación impeditiva.

Ciertamente, este principio de proporcionalidad no tiene el respaldo inmediato del pronunciamiento legal, pero me parece que la limitación del deber de intervenir ni puede ir tan lejos como para que fácilmente decaiga, dada la importancia de los bienes jurídicos que se protegen, ni puede quedar reducida hasta el punto que la exigencia de solidaridad rebase la entidad de la amenaza que se pretende impedir.¹¹⁶

Esa relación proporcionada creo que se ajusta a la correspondencia entre la naturaleza del riesgo y la del delito a impedir, lo cual se traduce en que el riesgo personal que no haga surgir el deber de intervenir ha de darse en relación a delitos graves, como aquellos que atentan contra la vida e integridad corporal, o libertad personal, por ejemplo.

Sin embargo, dicha proporcionalidad no debe ser entendida del todo como equivalencia, es decir no tiene que establecerse entre bienes de la misma naturaleza; esto es, por ejemplo, que sólo si el riesgo lo es para la vida del que podría impedir el delito dejaría de estar obligado a impedir un delito contra el mismo bien jurídico. Se entiende por el contrario, que dicho deber podría quedar eliminado si, aún tratándose el delito a impedir de uno contra la vida, el riesgo lo fuese por ejemplo, contra la integridad corporal, libertad sexual o libertad personal.

En relación a la participación en los delitos de omisión, no hay obstáculo para admitirla. Por ejemplo, quien careciendo de capacidad de intervención impeditiva, convence a otro que sí podría intervenir, para que omita la actuación ordenada por la

¹¹⁶ Cfr., SOLA RECHE, Esteban, op. Cit., pág. 159-161.

norma y realice así la omisión típica; es decir, quien teniendo conocimiento de la inminente realización de un delito distanciado del lugar de los hechos, de modo que carezca de la posibilidad de intervención, convence a quien sí tiene la capacidad e intención de impedirlos de que le conviene no intervenir, y así omite. Entonces aquél respondería por la inducción al delito de omisión.

Con todo, lo frecuente será que quien pueda inducir a otro a que realice la omisión tendrá también la capacidad de actuar impeditivamente, en uno u otro modo, y por tanto deba responder como autor del delito de omisión.

La participación, como se observa requiere una contribución que podría ser omisiva, y que constituye la implicación del sujeto en el hecho delictivo.

En cuanto al concurso en este delito, desde luego que se puede presentar, por ejemplo se presenta el concurso real de omisión de impedir un delito y la omisión de socorro, si el sujeto después de no haber intervenido cuando debía para impedir el delito, además, habiendo cesado la agresión no socorriese a la víctima.

Para finalizar este apartado, me parece prudente citar una tesis jurisprudencial que respalda mi punto de vista respecto al deber de impedir algún delito y la omisión de denuncia.

ENCUBRIMIENTO, DENUNCIA COMO MEDIO PARA EVITAR EL DELITO DE. (LEGISLACION DEL ESTADO DE PUEBLA). Es plenamente conocido por la generalidad, que uno de los medios para impedir la ejecución de un delito, es hacerlo del conocimiento de la autoridad, es decir, **denunciar ante la autoridad correspondiente la existencia de una conducta delictiva que se va a cometer, se está cometiendo o ya se ejecutó**, siendo en consecuencia la denuncia un medio que cualquier persona tiene a su alcance **para impedir la consumación de los delitos**, lo que no necesita demostración, ya que más que una facultad en favor de todo individuo, es una obligación cuando el delito es de aquéllos que se persiguen de oficio, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 60 del Código de Procedimientos en Materia de Defensa Social del Estado de Puebla. SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO. Amparo directo 44/90. Martín Rzepka Glockner y otros. 14 de

noviembre de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: José Galván Rojas. Secretario: Armando Cortés Galván.

4.4. TENTATIVA.

Este tema se abordará más que nada en el sentido de si es posible encubrir una tentativa.

El jurista Ruiz Rodríguez Luis Ramón, al respecto afirma que “la tentativa es un hecho punible en principio, pero no sería delito en sentido estricto. Si utilizamos las definiciones clásicas elaboradas por la dogmática y usadas por la doctrina, tampoco llegamos a conclusiones muy diferentes. Hecho típico, antijurídico y culpable.

En primer lugar la definición resulta poco útil en tanto que la culpabilidad no es un requisito para que exista el encubrimiento, justo al contrario, este es punible aunque el sujeto responsable del delito previo no sea culpable. Lo cual deja la definición ciertamente maltrecha a los efectos del encubrimiento. Pero es que ni siquiera la tipicidad es un requisito válido si aceptamos la tentativa en estos delitos, ya que estaríamos hablando de tipicidades parciales.”¹¹⁷

Al expresar Carrara “después de consumado el delito”, dio ocasión a algunos para creer que se trataba de una contraposición a la fórmula –después de la tentativa-, “como si yo hubiera querido establecer que en la tentativa no debe admitirse favorecimiento punible. La definición puede ser censurable en este punto, por comprender menos de lo definido, pero lo cierto es que no tuve la idea que se me supone.

Una vez que ha surgido la tentativa punible, este es un delito ya completo en su forma y su autor es un delincuente; por lo tanto, podrá favorecerse para poder salvarlo de la pena en que haya incurrido y si esto sucede no podría entenderse el motivo de que ese favorecimiento quedara impune.

¹¹⁷ RUÍZ RODRÍGUEZ, Luis Ramón, op. Cit., pág. 55.

Lo cierto, es que si el auxilio se le presta al que intenta llevar adelante la ejecución de su delito, se tiene más bien un auxilio que un favorecimiento; pero esto queda incluido en la noción general, pues el auxilio no es un simple favorecimiento cuando lleva el delito a consecuencias posteriores. Por lo demás la Corte de Casación de Florencia, estableció en 1871 que es punible el favorecimiento prestado al que es culpable tan sólo de delito intentado, y esa decisión es justísimo.¹¹⁸

A primera vista, podría mantenerse que no es típico el favorecimiento personal de delitos que quedaron en fase de tentativa; como tampoco por lo que se refiere al favorecimiento de los actos preparatorios punibles de los mismos.

Aunque la cuestión es discutible, no contradice la teleología de la tutela jurídica en fase postejecutiva el que se sancione el favorecimiento tras la tentativa de dichos delitos. En una interpretación más coordinada mantengo que cabe encubrimiento de la tentativa, por ejemplo si Pedro dispara a Juan, pero este último trae chaleco antibalas, por lo que no sufre lesión alguna, aquél huye y Pablo lo esconde para que la policía no lo encuentre.

Por lo que cabe encubrir una tentativa, "siempre que la intervención no suponga incrementar, mantener ni modificar el riesgo en el sentido del tipo previo. Quien oculta el arma de una tentativa de homicidio, encubre. Incluso si se interviene durante la ejecución colaborando en el desistimiento del autor, motivado éste por el ocultamiento que le ofrece quien encubre, habría encubrimiento, pero entiendo que **éste puede y debe quedar impune en la medida en que el hecho previo lo sea**. Cabe también el encubrimiento de los actos preparatorios punibles previstos. Si el hecho previo resulta justificado, no procede la sanción por encubrimiento."¹¹⁹

Como lo expuse, aunque existen razones para pensar que en él favorecimiento personal la tentativa pudiera no ser objeto de encubrimiento de los delitos ahí previstos, hay razones de mayor peso para mantener que sí lo son: entre otras cosas, piénsese que si el favorecedor oculta la pistola de una tentativa de homicidio, cometería

¹¹⁸ CARRARA, Francisco, op. Cit., 411.

¹¹⁹ CONDE PUMPIDO FERREIRO, Cándido, "Encubrimiento y receptación", Ley de 9 de mayo de 1950, Barcelona, Bosch, 1955, pág. 207.

favorecimiento real, mientras que si lo hace del autor, quedaría impune, lo cual no me parece que sea coherente; en el favorecimiento personal, cabe encubrir esos delitos cuando quedan en fase de tentativa.

La tentativa, aunque con desarrollo imperfecto, es también un delito, y como tal, tiene señalada una pena, por lo que sí es posible su encubrimiento.

Trasladando la tentativa a la omisión del deber de impedir un delito, podría considerarse la omisión de no haber impedido un delito que se quedó en fase de tentativa, únicamente si ésta se considerara por su penalidad, un delito grave.

Al respecto, la Corte señala: "TENTATIVA PUNIBLE. REQUIERE UN PRINCIPIO DE EJECUCION. Aun cuando la conducta realizada por los acusados se hizo consistir en que, comisionados por una tercera persona, estuvieron "ofreciendo en venta" la marihuana relacionada con la causa, la cual era propiedad de este último, sujeto. Sin embargo, tal actividad del "ofrecimiento en venta de la droga" no puede por sí sola encuadrarse dentro de la figura típica de la tentativa por constituir tan sólo un acto preparatorio y no ya un principio de ejecución del delito. A este respecto la Suprema Corte de Justicia ha sostenido el criterio de que **"la tentativa punible, para surtirse, no requiere de meras actitudes que permitan suponer con más o menos fundamento que se va a cometer un delito, sino de actos positivos que constituyan un principio de ejecución de ese delito, el cual no llega a su consumación por el concurso de una fuerza extraña al autor que lo impide y que es ajena a la voluntad del delincuente;** estos actos, que son ya un inicio de penetración en el núcleo del tipo, que individualizan la tentativa, ordinariamente se identifican como tales en cuanto constituyen medios idóneos o aptos para causar la lesión en el bien jurídico tutelado, conforme a la determinación subjetiva previa adoptada por el autor, y por no llegar a la meta propuesta entraña un mero peligro a dicho bien" (V. Apéndice de Jurisprudencia de 1985, Pág. 578). Y aunque lo anterior se sostuvo con referencia a la modalidad de compra en grado de tentativa del delito contra la salud, lo mismo debe sostenerse respecto a la modalidad de venta, pues así como la sola promesa de compra no es, de acuerdo con el anterior criterio, "un acto ni directa ni inmediatamente dirigido a la consumación, sino mero acto previo o preparatorio", en

igual sentido debe entenderse el acto por el cual únicamente se ofrece en venta la droga. No pasa desapercibido el hecho de que el anterior criterio se sostuvo sobre la base de los elementos propios de la tentativa, sustraídos de una definición que actualmente no rige, ya que el artículo 12 del Código Penal Federal, después de la reforma publicada en el Diario Oficial del catorce de enero de mil novecientos ochenta y cinco, ya no define a la tentativa como "la ejecución de hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un delito, si éste no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente", sino que ahora se habla de que "existe tentativa punible **cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza ejecutando la conducta que debería producirlo u omitiendo la que debería evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente**". Sin embargo, esta nueva redacción del precepto citado, no excluye ninguno de los elementos de la anterior definición, a saber: a) La intención de cometer un delito; b) La ejecución de actos encaminados directa e inmediatamente a la consumación del mismo; y c) El resultado que no llega a consumarse por causas ajenas a la voluntad del agente. Sólo que ahora, la nueva redacción admite específicamente la hipótesis del delito intentado por omisión o inejecución y reafirma la necesaria idoneidad de los medios de cometerlo, al referirse a la ejecución de la conducta que debería producirlo o a la omisión de la que debería evitarlo. Amparo directo 5065/86. José Flores Ambríz y otro. 16 de febrero de 1987. 5 votos. Ponente: Luis Fernández Doblado. Secretario: Alfredo Murguía Cámara.

En relación a la tentativa de encubrimiento, dogmáticamente no es incompatible la concepción de éstos tipos como de mera actividad con la tentativa de los mismos, pero será difícil distinguirlos. Sobre todo cuando estas conductas de ayuda, socorro, colaboración, etc., pueden encerrar significados equívocos en cuanto a si suponen dar comienzo a realizar el tipo.

A pesar de ello, sabiendo que difícilmente se comprobaría, creo que es conveniente mantener la posibilidad de tentativa, pero únicamente cuando el encubrimiento suponga conductas positivas, es decir, cuando implique *un hacer*; esto solamente abracaría a las tres primeras fracciones del artículo 320 de nuestro ordenamiento penal, por ejemplo si el acusado cava una fosa, prepara un horno incinerador, construye un doble fondo oculto en su vehículo, concierta tras la comisión

de un delito que favorecerá al autor, etc., en los mismos, entiendo que el ayudar, u ocultar, admiten el intento, sin que llegue a ser efectivamente prestación de conducta.

En cuanto a la tentativa de encubrimiento, específicamente en la fracción V del multicitado artículo, a mi parecer no es admisible, toda vez que, para que surja la tentativa se debe de exteriorizar la resolución de cometer el delito, así como realizar en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, y se me hace absurdo el realizar actos ejecutivos para no procurar impedir un delito que se va a cometer o se está cometiendo.

CONCLUSIONES.

1.- Además de la administración de justicia, el encubrimiento afecta a la procuración de justicia, por ser un delito que también puede cometerse ante el Ministerio Público, y la idea de administración y procuración de Justicia hace referencia al efecto que despliegan aquellas conductas que, tras la comisión de delitos, buscan de un modo u otro la sustracción del autor y/o partícipe a las consecuencias jurídicopenales de sus actos.

2.- El encubrimiento, es un delito *sui generis*: constituye la forma prevista genéricamente para sancionar las intervenciones adhesivas posteriores a la comisión de cualquier delito.

3.- Lo propio del encubrimiento es evitar las intervenciones adhesivas de terceros ajenos a la realización de un hecho previo, que tienden a frustrar la adopción de las consecuencias penales derivadas de los respectivos delitos. Todo ello conduce a que sea preciso contar con unos criterios básicos, tanto para estructurar las adhesiones postejecutivas, y hacerlas compatibles con los preceptos legales, como para valorar la gravedad del hecho en cada caso.

4.- El concepto de ayuda constituye un elemento conceptualmente inseparable del favorecimiento. La fórmula ayuda presenta una estructura peculiar que podría calificarse de sintética, en cuanto integra conceptualmente tres elementos de referencia: una conducta (indefinida), un objetivo, (cuya eventual realización permitiría una descripción objetiva a modo de resultado) y, como elemento caracterizador, la intención del agente.

5.- La diferencia entre favorecimiento personal y real, radica en el hecho de que en el primero la acción recae sobre la persona misma, *ayudare a alguien*, dice la ley; en tanto que en el segundo la ayuda se presta haciendo recaer la acción sobre las cosas, como cuando se trata de *asegurar el producto o provecho del delito*. La diferencia de ambas formas de encubrimiento por favorecimiento con la receptación es

clara. Ésta última se realiza en beneficio propio y se caracteriza por el fin de lucro; tanto es así que, nuestro código penal sitúa el encubrimiento por receptación en los delitos contra el patrimonio.

6.- Los presupuestos del delito de encubrimiento son: *el conocimiento de que se ha cometido un delito*, dicho conocimiento no requiere precisión y detalle; se requiere paralelamente *no haber participado en el mismo*. Asimismo, la intervención propia del encubrimiento, debe prestarse *con posterioridad a la ejecución del hecho anterior*. Es posible la intervención inmediata, como la que comienza largo tiempo después, no es esencial al tipo de encubrimiento una inmediatez temporal respecto al hecho previo.

7.- El sujeto pasivo en el favorecimiento es el Estado, como titular del «ius puniendo»; pero el carácter participador que en nuestro derecho tiene aquella figura, coloca al lado de éste, al sujeto pasivo del delito previo favorecido, y en el cuál la ley declara de alguna manera partícipe al favorecedor. En cierto modo esto no deja de ser cierto, ya que al favorecer al responsable del delito encubierto o impedir su descubrimiento se perturba la integración de los derechos lesionados.

8.- El encubrimiento muestra autonomía, porque posee un contenido de injusto propio. Aunque no cabe encubrimiento sin hecho antijurídico previo, posee elementos específicos que fundamentan la penalidad, con independencia de aquel. Sin embargo, el legislador al establecer la pena en el favorecimiento, debería recurrir fundamentalmente a la pena impuesta al delito que se encubre. Es decir, si el encubrimiento supone una afectación a la Administración de Justicia, debería estar graduada la intensidad de la reacción penal en función del interés que para la misma representan los diferentes hechos delictivos: más los mas graves, menos los menos graves.

9.- En la legislación mexicana, cabe observar la exclusión del encubrimiento entre parientes, como un supuesto de excusa absolutoria; sin embargo, no puede ser concebida la conducta de quien encubre al pariente próximo, burlando la Ley y su aplicación, pues el castigo del delincuente es una exigencia social que está por encima de las conveniencias particulares y hasta familiares.

10.- La obligación de denuncia, surgirá desde que se tenga noticia de la próxima o actual comisión del delito, para ello, es indispensable que se tenga la certeza o creencia seria de que el delito va a ejecutarse.

11.- Para ser castigada la conducta de omisión de impedir algún delito, se exige conocer la valoración jurídica del hecho previo en lo referente a su calificación como delito.

12.- En la omisión del deber de impedir delitos, no se castigaría a aquel que omitió la acción esperada por la presencia de un riesgo relevante, por lo que no se habrá de medir tanto por la gravedad del delito a impedir cuanto por la exigencia del sacrificio por parte del Estado, que al fin y al cabo, delega una función propiamente pública; por lo que la exigencia legal de intervenir no es absoluta. Sin embargo, no se incluye el riesgo sobre bienes materiales.

13.- Es perfectamente posible defender el mantenimiento de la omisión de impedir, directa o indirectamente, ciertos delitos entre los que afectan a la administración y procuración de justicia, por entenderla como falta de cooperación en la realización de una función que también corresponde a los órganos de Justicia y que constituye la finalidad de muchas de sus actuaciones. Se aduce, para ello, que el mandato de actuación impeditiva dirigido a los particulares supone un aumento de protección de los bienes jurídicos expresados en el precepto; y está claro que esto significa que los particulares se ven implicados en la lucha contra la delincuencia por un específico deber de colaboración ciudadana en las tareas de prevención de determinados delitos.

14.- Dentro del contorno del deber de intervención para impedir determinados delitos, será prioritaria la obligación de denuncia ante el Ministerio Público, cuando se esté aún a tiempo de evitarlos, y subsidiaria cualquier otra.

PROPUESTA LEGISLATIVA.

En mi opinión la fracción V del artículo 320 de nuestro ordenamiento penal debe ser derogada, al no reunir los requisitos que el delito de encubrimiento exige.

En primer lugar, en la práctica, los únicos que están obligados a impedir delitos, son los servidores públicos, mientras que dicha fracción se encuentra en un artículo que está destinado a los particulares.

En segundo lugar, en el delito de encubrimiento es menester que el delito principal se haya ejecutado, mientras que en la fracción que se comenta, la omisión de impedir delitos, se dirige a los que se van a cometer o se están cometiendo.

Por lo tanto me parece que esta fracción V se tiene que derogar, para incluirse dentro del mismo título vigésimo primero "Delitos cometidos por particulares ante el ministerio público, autoridad judicial o administrativa" pero como delito autónomo denominado "Omisión del deber de impedir delitos", en el cual deben de incluirse dos hipótesis, la primera destinada a los delitos graves, tales como aquellos cometidos contra la vida y la integridad corporal, libertad personal, y libertad sexual, que se **omitió impedir**, de ninguna manera se obliga al heroísmo, sin embargo hay otras formas para impedir un ilícito, incluyendo solicitar la ayuda de una tercera persona que no sean la autoridad administrativa en funciones de procuración de justicia, es decir mediante la comunicación de tal riesgo a un tercero que estuviera en disposición de evitarlo.

Mientras que la segunda para los delitos que **se van a cometer o se están cometiendo**, cuando el sujeto activo no los denuncie, pero tiene que ser una noticia creíble de la próxima comisión de un delito.

Es decir un primer párrafo en el que se castigue la omisión del deber de **intentar impedir** los delitos que se enumeran mediante intervención inmediata del sujeto activo, mientras que en un segundo párrafo que complementa el anterior, se incluya el deber y la protección de los bienes amparados por los mismos delitos, castigar la omisión del deber de solicitar la ayuda de la autoridad administrativa.

Para quedar de la siguiente manera:

Omisión del deber de impedir determinados delitos.

Se impondrán de seis meses a cinco años de prisión y de cien a quinientos días multa:

I. A quien pudiendo hacerlo con su intervención inmediata, no procure por los medios lícitos que tenga a su alcance y sin riesgo para su persona, impedir la comisión de un delito contra la vida e integridad corporal, libertad personal y libertad sexual, que sea considerado por la ley como grave.

II. En las mismas penas incurrirá quien, pudiendo hacerlo, sin riesgo para su persona, no acuda a la autoridad correspondiente para que impidan la consumación de un delito calificado por la ley como grave, y de cuya próxima o actual comisión tenga noticia.

Se hablaba de una genérica posibilidad de «impedir un delito» independientemente de la fase en la que éste se encontrara. En cambio en la segunda hipótesis del artículo que se propone crear se hablaría de «impedir la comisión de un delito»; por lo tanto la intervención inmediata será en cuanto afecte a su fase ejecutiva. Dicho de otra manera, iniciado el delito lo que importa es la inmediata intervención – directa y personalmente, requiriendo a un tercero, o a la autoridad, o a sus agentes-; teniendo el sujeto noticia creíble de la próxima comisión de un delito, lo únicamente procedente y exigido, es la denuncia de los hechos, pues no parece lógico demandar una intervención personal preventiva al margen del conocimiento y a la averiguación cualificada por parte de la autoridad o de sus agentes.

Sólo existiría el deber de intervenir para impedir delitos dolosos.

La conducta típica consiste en la omisión de la intervención del sujeto impeditiva de un delito, que afecte a las personas en su vida, integridad corporal, libertad personal y libertad sexual, siempre y cuando se trate de delito grave. Esa actuación impeditiva debe ser entendida también dado el carácter de delitos permanentes de alguno de los hechos a impedir (por ejemplo la desaparición forzada de persona, como actuación tendente a la no prolongación en el tiempo del hecho delictivo.

La exigencia legal de intervenir no sería absoluta, e incluso, por ser la naturaleza del deber del que tratamos de carácter excepcional (pues es el propio Estado el que delega en el ciudadano el deber de protección), debe ser interpretada de forma restrictiva. Por eso el artículo castiga la omisión de tal deber, sólo cuando se pueda llevar a cabo "sin riesgo para su persona" pero únicamente referido al riesgo en la vida o integridad corporal.

No se incluye el riesgo sobre bienes materiales, ya que el análisis del riesgo excluyente del deber de actuar debe regirse por criterios de proporcionalidad, lo cual excluye criterios de apreciación arbitrarios o particulares, esto por los especiales sistemas de valores que pueda tener cada individuo que esté obligado a actuar, y la exclusión de riesgos materiales o patrimoniales respecto a delitos contra la vida, por ejemplo.

Por otra parte, el riesgo debe de ser grave y debe ser referido a la persona obligada a actuar, de manera que será cualquier riesgo que razonablemente lleve a una persona a no actuar. Puede decirse que no se castigará a aquél que omitió la acción esperada por la presencia de un riesgo relevante; por lo que no se habrá de medir tanto por la gravedad del delito a impedir cuanto por la exigencia de sacrificio por parte del Estado que al fin y al cabo, delegaría una función propiamente pública. Ya que si algo así sucede nos encontraríamos en un caso de inexigibilidad de otra conducta

BIBLIOGRAFÍA.

- 1.- AMUCHATEGUI REQUENA, Irma Griselda. "Derecho penal", curso primero y segundo, 2ª edición, Harla, México, 2003.
- 2.- BAILÓIN VALDOVINOS, Rosalío. "400 preguntas y respuestas sobre el derecho penal", parte especial (delito), PAC S.A. de C.V., México, 2000.
3. BRAVO VALDES, Beatriz, BRAVO GONZÁLEZ, Agustín, "Segundo curso de derecho romano", reimpresión, Pax, México, 2001.
- 4.- CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl y CARRANCÁ Y RIVAS, Raúl. "Derecho penal mexicano", parte general, 20ª edición, Porrúa, México, 1999.
- 5.- CARRARA, Francisco, "Programa de Derecho Criminal", parte especial, volumen V, 4ª edición revisada, Themis, Bogotá, 1993.
- 6.- CASTELLANOS TENA, Fernando. "Lineamientos elementales de derecho penal", 44ª edición, Porrúa, México, 2001.
- 7.- CONDE PUMPÍDO, Ferreiro Candido, "Encubrimiento y Receptación, ley de 9 de mayo de 1950", Barcelona Bosch, 1955.
- 8.- FLORIS MARGADANT S., Guillermo, "El derecho privado romano", 16ª edición, Esfinge, México, 1997.
- 9.- FONTAN BALESTRA, Carlos. "Derecho penal", parte especial 13ª edición, actualizada por Guillermo A.C. Ledesma, reimpresión, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992.

10.- GILI PASCUAL, Antoni, "El encubrimiento en el código penal de 1995" análisis del favorecimiento personal, Valencia tirant lo blanch, 1999.

11.- HERNÁNDEZ GARCÍA, Javier, GOYENA HUERTA, Jaime, GRINDA GONZÁLEZ, José, MUÑOZ CUESTA, Javier, "Los delitos contra la Administración de Justicia", Aranzadi, Navarra-España, 2002.

12.- JIMENEZ DE ASÚA, Luis. "Principios de derecho penal", la ley y el delito, Abeledo Perrot, Sudamericana, Buenos Aires, 1997.

13.- MAGGIORE, Giuseppe. "Derecho penal", volumen II, el delito, la pena, medidas de seguridad y sanciones civiles, reimpresión de la 2ª edición, themis, Bogotá, 1989.

14.- MAGGIORE, Giuseppe. "Derecho penal", tomo II, de los delitos en particular, Bogotá, 2000.

15.- MEZGER, Edmund, "Derecho penal", parte general, 2ª edición, Cárdenas editor y distribuidor, México, 1990.

16.- MOMMSEN, Teodoro, "Derecho penal romano", versión castellana de P. Dorado, reimpresión, Themis, Bogotá- Colombia, 1991.

17.- ORELLANA WIARCO, Octavio A. "Teoría del delito", sistema causalista, finalista y funcionalista, 13ª edición, Porrúa, México, 2003.

18.- OSORIO Y NIETO, César Augusto, "Síntesis de derecho penal", parte general, 4ª edición, Trillas, México, 2002.

19.- PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. "Manual de derecho penal mexicano", parte general, 16ª edición, Porrúa, México, 2002.

- 20.- PETIT, Eugene, "Tratado de derecho romano", 11ª edición, reimpresión, Porrúa, México, 2002.
- 21.- PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino, "Apuntamiento de la parte general de derecho penal", tomo I, 20ª edición, Porrúa, México, 2003.
- 22.- RUÍZ RODRÍGUEZ, Luis Ramón, "El delito de encubrimiento", Atelier, Barcelona, España, 2001.
- 23.- SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIERREZ, Pablo, "El encubrimiento como delito", Tirant lo blanch, Valencia, 1998.
- 24.- SANDOVAL DELGADO, Emiliano. "Encubrimiento como delito en el derecho penal", Ángel, México, 2000.
- 25.- SOLA RECHE, Esteban, "La omisión del deber de intervenir para impedir determinados delitos del art. 450 CP.", Estudios de derecho penal dirigidos por Carlos Romero Casabona, editores Comares, Granada, 1999.
- 26.- SOLER, Sebastián. "Derecho penal argentino", 10ª reimpresión, Tipografía, editora Argentina, Buenos Aires, 1994.

LEGISLACIÓN

- 1.- CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, 146ª edición, Porrúa, México, 2004.
- 2.- CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, 12ª edición, ediciones fiscales, ISEF, México, 2005.

DICCIONARIOS

- 1.- PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, "Diccionario de derecho penal", 2ª. Edición, Porrúa, México, 1999.
- 2.- DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, de la Real Academia Española, tomo I, 21ª edición, Madrid, 1992.

HEMEROGRAFÍA

- 1.- DIARIO OFICIAL. Órgano del gobierno constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, no. 6966, Talleres gráficos de la Nación, México, 7 de diciembre de 1871.
- 2.- DIARIO OFICIAL, Órgano del gobierno constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, tomo LVI, número 28, talleres gráficos de la Nación, México, 05 de octubre de 1929.
- 3.- DIARIO OFICIAL, Órgano del gobierno constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, talleres gráficos de la Nación, México, 14 de agosto de 1931.
- 4.- DIARIO OFICIAL, Órgano del gobierno constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, México, 9 de marzo de 1946.
- 5.- DIARIO OFICIAL, Órgano del gobierno constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, primera sección, México, 14 de enero de 1985.