

EL ENCUBRIMIENTO Y SU RELACIÓN CON EL DELITO PRECEDENTE.

Rosario L. Rivera

SUMARIO: I. Introducción. II.- El bien jurídico protegido. III.- Presupuesto y condiciones del encubrimiento. IV.- La prescripción, concepto. V.-Fundamentos. VI.- Computo del término. VII.- Conclusión.

I.- INTRODUCCIÓN.

Se advierte como práctica común por parte de los Representantes del Ministerio Fiscal, la de atribuir también encubrimiento -en la modalidad de receptación-, a los imputados de Tenencia o portación de armas de fuego. Sucede, que en la mayoría de los hechos, el arma presenta su numeración registral limada, y aún cuando no se ha corroborado su inscripción en los registros destinados a tal fin, se suele calificar al hecho precedente como supresión de numeración registral (art. 289 inc. 3° del C.P).

Esta situación trae como consecuencia, que los defensores se opongan a tal imputación y esgriman ante los juzgados de control diferentes argumentos. Por ejemplo aducen, que si no se puede establecer la procedencia del arma, mucho menos aún se podrá establecer que ésta se obtuvo de un hecho delictivo, y por ello afirman que no corresponde el encuadre en el art. 277 Inc. c del C.Penal.

Por otra parte, y como al fijar el hecho de encubrimiento se establece en forma vaga e imprecisa las circunstancias de tiempo y lugar en que habría ocurrido, haciendo una mera referencia al delito anterior, los defensores se valen de esta falencia y aducen que el delito anterior -la supresión de la numeración registral del arma- podría encontrarse prescripto y por lo tanto, el encubrimiento resultaría atípico por carecer de uno de sus presupuestos.

Es este último argumento, el que motivó el presente trabajo de investigación a fin de encontrar la solución legal correspondiente.

II.- EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.-

Para abordar la cuestión que nos ocupa es necesario tener presente que, no se concibe que haya una conducta típica sin que afecte un bien jurídico, puesto que los tipos penales no son otra cosa que particulares manifestaciones de tutela jurídica de esos bienes. Si bien es cierto

que el delito es algo más –o mucho más- que la afectación a un bien jurídico, esta afectación es indispensable para configurar tipicidad¹.

Por otra parte también resulta imprescindible tener claro a qué nos referimos cuando hablamos de *bien jurídico protegido*. Se lo ha definido como: “*la relación de disponibilidad de un individuo con un objeto, protegida por el estado, que revela su interés mediante la tipicidad penal de conductas que le afectan*”².

Con relación al delito que nos ocupa, hay acuerdo en la doctrina en que el *bien jurídico protegido* es, en general, la Administración Pública y, específicamente, la Administración de Justicia, por cuanto su funcionamiento se ve perturbado como consecuencia de los obstáculos puestos por el delincuente a las acciones judiciales tendientes a la averiguación del delito y de sus responsables³. Dicho de otra manera, que la protección se singulariza en la actividad de individualización de los autores y partícipes de delitos, o en la recuperación de los objetos, la que puede verse perturbada por la conducta asumida por el encubridor⁴.

Como el encubrimiento por receptación ha sido incluido en los códigos penales de otros países junto a los delitos en contra de la propiedad, respecto a la ubicación que se le ha dado en el nuestro se ha dicho que: “*Sin negar que la receptación se halla vinculada a la lesión patrimonial, en la disyuntiva de optar por el bien jurídico más importante que es objeto de lesión y con miras de dejar señalada la autonomía de todas las figuras del encubrimiento y lavado de dinero, el lugar en que han sido situadas no parece censurable*”⁵.

Por lo expuesto hasta aquí y sin temor a equívocos, podemos adelantar que cuando el Estado ha perdido la disponibilidad de la acción penal por el transcurso del tiempo, ya no hay bien jurídico que proteger.

III.- PRESUPUESTOS Y CONDICIONES DEL ENCUBRIMIENTO.

Se exigen dos requisitos: uno positivo y negativo el otro. El primero está constituido por el delito anteriormente cometido independiente del encubrimiento y se trata, por ende, de un

¹ Cfr. FÍGARI, Rubén E., “*Encubrimiento y lavado de dinero (Ley 25.246)*”, Ed. Jurídicas Cuyo, 2002. p.24.-

² Autor y Ob. Cits, p.24.

³ Cfr. BUOMPADRE, Jorge E. *Delitos contra la Administración Pública*, Ed. Vieira, 2001. p.465

⁴ CREUS, Carlos. *Derecho Penal, Parte Especial*, 2ª ed. Actualizada, Astrea, 1988, t. 2, ps. 350 y ss.

⁵ FONTAN BALESTRA, Carlos, *Tratado de Derecho Penal, Parte Especial*, Tomo VII , 3º ed. actualizada, Ed. Lexis Nexis Abeledo- Perrot, Bs.As., 2004. p. 282.

hecho previo o antecedente. El negativo se refiere a la inexistencia de participación criminal, en todas sus formas, en el delito previo⁶.

Con relación al primero de los requisitos se predica que el encubrimiento en todas sus modalidades, es conexo. Y, sin embargo, autónomo. Es *conexo* porque su existencia está condicionada a la previa realización de otro delito. Es *autónomo* porque su perpetración no depende de la menor o mayor gravedad del delito anterior, aunque sí la distinción entre simple o agravado⁷.

Respecto al hecho anterior -al encubierto-, resulta necesario precisar que se debe tratar de un *delito*. Al respecto existe consenso en la doctrina en que *delito* debe traducirse como hecho típico penal - no faltas o contravenciones-, que puede ser doloso o culposo, consumado o tentado, y reprimido con cualquier tipo y especie de pena.

También la opinión mayoritaria afirma que el hecho anterior debe ser típico y antijurídico y que no debe estar cubierto por una causa de justificación o de inculpabilidad, pues, teniendo en cuenta que las causas de justificación vuelven al hecho a la juridicidad, afirmar el encubrimiento de un hecho justificado, esto es, lícito para todo el orden jurídico, es una contradicción insalvable⁸.

La consulta de la bibliografía citada, da cuenta que la doctrina se ha ocupado con mayor detenimiento de cuestiones tales como, qué ocurre cuando la persecución del delito precedente depende de instancia privada. Pero con relación al tema que nos ocupa (la prescripción del delito precedente) no se exployó demasiado.

En términos generales, al referirse al delito encubierto, se dice que no tiene que estar amnistiado, indultado o hallarse prescripto⁹. También, que es indiferente que el delito sea perseguible por acción pública de oficio o dependiente de instancia privada, o por acción privada; lo que importa es que, en el momento de ejecución del encubrimiento, esté expedita la persecución penal del delito.

Por otro lado se hace hincapié en que debe distinguirse: 1) Si el encubrimiento ha tenido lugar con anterioridad a la prescripción de la acción penal del delito encubierto - ya que en ese caso se daría el delito, aún cuando más tarde opere la causal extintiva-; 2) Si el encubrimiento se produce cuando ya la acción penal por el delito principal estaba prescripta, el hecho es atípico

⁶ DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho Penal Parte Especial*, Tomo III, Ed. Rubinzal-Culzoni, año, 2008. p.518.

⁷ BREGLIA ARIAS, Omar, *Código Penal Comentado*, Ed. Astrea, Bs. As. 2006 , p. 428

⁸ Cfr. BUOMPADRE, Jorge E. *Delitos contra la Administración Pública*, p.470, Ed. Vieira, 2001.

⁹ BREGLIA ARIAS, Ob. Citada, p 428.-

y, además, resulta imposible dar cumplimiento al requisito de perseguibilidad (promoción de la acción) del delito previo¹⁰.

En definitiva, lo que interesa es que al momento de ejecutarse el encubrimiento, esté expedita la persecución penal del delito, cualquiera sea en este caso el resultado respecto a la responsabilidad y castigo de los perseguidos¹¹.

También se dice respecto de los delitos prescriptos, que participan de las características de las exigentes objetivas y de las personales, tal como resulta del art. 67 del C. Penal Argentino. Para FONTAN BALESTRA, falta en el delito prescripto la perseguibilidad, que resulta de la pretensión punitiva y que es presupuesto del encubrimiento¹².

Por otro lado, al tratar sobre las reformas introducidas por las leyes 25.815, 25.890 y 26.087 al delito de encubrimiento, Horacio Leonardo DÍAS afirma que debe demostrarse, y no tan solo presumirse, un concreto delito previo, circunstanciado en día, horario y lugar, con sindicación de un sujeto pasivo y la relevancia jurídico-penal del acontecimiento. También afirma que resulta necesario que al momento de la comisión del presunto encubrimiento se presenten respecto del hecho previo los respectivos presupuestos de perseguibilidad, dado que, por ejemplo, con la amnistía y la prescripción de aquél, no hay afectación al bien jurídico en el hecho de encubrimiento¹³.

Entonces la individualización del hecho anterior resulta una exigencia normativa, saber cuál es la escala penal o el castigo con que se reprime la conducta criminal descrita en el tipo de encubrimiento, no solo es necesario a los fines de la aplicación del art. 279 inc.s 1 y 2 del C.Penal, sino a fin de establecer los términos de la prescripción penal¹⁴.

Pero cómo podemos saber si ha operado la prescripción del hecho encubierto, si no sabemos cuando fue que sucedió? Cabe perfectamente la posibilidad de que el hecho encubierto – en nuestro caso, la supresión de la numeración registral de un arma de fuego- estuviese prescripto al momento de la receptación, y si así fuera, los órganos encargados del ejercicio de la acción penal, habrían perdido su derecho a ejercerla. Siendo así la conducta del supuesto encubridor no estaría obstaculizando ninguna investigación y el hecho sería atípico.

Para comprender por qué el ejercicio de la acción penal por parte del estado tiene límites, resulta ineludible escudriñar sobre el concepto y los fundamentos de la prescripción penal. Tarea que se desarrolla a continuación.

¹⁰ Cfr. BUOMPADRE, Ob. Citada, p. 535

¹¹ Cfr. Ob. Citada, p. 472

¹² Cfr. FONTAN BALESTRA, Ob. Citada, p. 288,289.

¹³ DONNA, Edgardo A. y otros, *Reformas Penales –II*, Ed. Rubinzal –Culzoni. Bs.Fs. 2006, p. 173.

¹⁴ Cfr. LAJE ROS, Cristóbal, *Aspectos del encubrimiento y del lavado de dinero*, Ed. Alveroni, Cdba. 2004, p.31

IV.- LA PRESCRIPCIÓN, NOCIÓN.

La prescripción constituye una de las causales extintivas de la acción penal establecidas en nuestra legislación de fondo¹⁵. Conforme a ella, la acción penal se extingue con la constatación del tiempo transcurrido a partir de la comisión del delito, con arreglo a los términos y condiciones establecidas por la ley¹⁶.

En el estado de derecho, este instituto tiene por fin proteger al ciudadano contra los abusos de autoridad del estado. Evitar en definitiva, que se vean sometidos a un estado de sospecha y por ende a su constante persecución.

Se ha dicho que en el concepto mismo del Estado de Derecho, se encuentra la idea del poder limitado. Los límites son de distinta naturaleza y se los ha clasificado en *Límites Materiales*: solo se ejerce el poder cuando se transgrede una prohibición o mandato tipificado. *Límites Instrumentales*: solo se aplican penas establecidas legalmente. *Límites Formales*: respetando ciertas formas y procedimientos, *Límites Institucionales*: solo el poder judicial aplica penas y *Límites temporales*: solo es admisible aplicar el poder dentro de un plazo cuyo término debe ser preciso. Este límite temporal se encuentra en el mismo nivel político-institucional que las restantes limitaciones al ejercicio del poder penal, y el conjunto armónico de estos límites configura un escudo protector de la dignidad humana, frente al uso arbitrario o abusivo del poder¹⁷.

Como límite temporal que es, la prescripción condiciona el derecho-obligación del Estado de iniciar o proseguir una persecución penal en contra de una persona en forma indefinida y se refleja en la decisión de los órganos jurisdiccionales en dar por terminado un proceso en trámite o en dejar de aplicar la pena oportunamente impuesta.

Cabe aquí tener presente que la regla sentada por nuestra legislación de fondo, es que toda acción penal independientemente de la naturaleza del delito, esté sometida al régimen de la prescripción¹⁸.

V.- FUNDAMENTOS.

Se han esgrimido diversas razones para fundamentar el instituto que nos ocupa. Se afirma por ejemplo, que confluyen el desinterés social por el castigo, la buena conducta del imputado y la

¹⁵ HAIRABEDIÁN, Maximiliano - ZURUETA, Federico. *La Prescripción en el proceso penal*, Ed. Mediterranea, Córdoba, 2006, p. 23.

¹⁶ NUÑEZ Ricardo, *Tratado de Derecho Penal*, t. II, Ed. Lerner, Córdoba, 1988, p. 167.-

¹⁷ Cfr. HAIRABEDIÁN-ZURUETA, ob. Citada, p. 25

¹⁸ Autores y Ob. Cits., p.26.

falta de voluntad de persecución o de actividad de los órganos encargados de impulsar el procedimiento, con sus efectos sobre el proceso, tales como el debilitamiento o la extinción de las pruebas por el transcurso del tiempo ¹⁹.

Entre las distintas teorías que han ensayado la jurisprudencia y la doctrina, *La teoría de la desaparición del reclamo social del castigo*, que afirma que la prescripción se sustenta en que el paso del tiempo acalla la alarma social provocada por el delito y trasunta olvido y desinterés por el castigo, es para algunos estudiosos la tesis que fundamenta el instituto con mayor rigor científico. Después del transcurso del tiempo la sociedad olvida y considera inútil la persecución del delito o la ejecución de la pena. De tal manera, una condena tardía, en la medida que carece de efecto disuasivo, se presenta como inútil²⁰.

Se ha señalado que el límite temporal que se autoimpone el Estado para el ejercicio del poder penal, está basado justamente en el debilitamiento paulatino y posterior desaparición del impacto que provoca en toda sociedad, la comisión de un delito. De esta manera, el paso del tiempo acalla la exigencia social de su represión y esto le quita interés al Estado en hacer valer su pretensión punitiva.

Algunos autores también señalan a la dificultad probatoria por el transcurso del tiempo, como otro fundamento del instituto de la prescripción. NUÑEZ enseña que la desaparición de las pruebas del delito es una razón de carácter procesal, sólo aplicable a la prescripción de la pena y que mirada desde el punto de vista de la prueba del realmente inocente, constituye un fundamento solidísimo de la prescripción de la acción²¹.

Efectivamente, la realidad nos muestra que la instrucción se ve en dificultades para probar que quien porta un arma de fuego con su numeración registral limada es autor de la supresión, por eso le imputan el encubrimiento de ese delito. Pero para esto, tampoco cuentan con prueba suficiente. Esta situación, en casi la totalidad de los casos, no mejora durante el plenario.

Se hace innegable entonces que el excesivo transcurso del tiempo, entre el hecho delictivo y el desarrollo del proceso penal, atenta claramente contra las posibilidades concretas de hallar las pruebas del delito investigado, y, esa dificultad probatoria, genera inevitablemente mayores chances de error en el dictado de la sentencia.

Desde este punto de vista, y considerando particularmente el peligro de que el inocente no pueda defenderse adecuadamente por el tardío ejercicio de la acción penal, ello aparece como un argumento adecuado para justificar la prescripción de la acción penal²².

¹⁹ Cfr. HAIRABEDIÁN- ZURUETA, Ob. Cit., p.34.-

²⁰ Cfr. Autor y ob. Cits., p.34 y ss.-

²¹ Autores y ob cits., p.43

²² Autores y ob. Cits ,p. 44

VI.- COMPUTO DEL TÉRMINO.

El instituto de la prescripción requiere necesariamente del transcurso del tiempo, por lo que resulta imprescindible poder determinar el momento a partir del cual comenzará a correr el plazo establecido por ley para que opere la extinción de la acción penal. La acción penal nace con la comisión del delito, momento coincidente con el del surgimiento de la prescripción de la acción, ya que desde entonces comienza a operar la acción del tiempo²³.

Por eso sería conveniente, que si la instrucción no ha podido establecer ni siquiera en grado de aproximación la fecha de comisión del hecho precedente, se conformara con la sola imputación de tenencia o portación de arma de fuego.

La fecha en que se produce el secuestro del arma de fuego en poder del imputado, como única probanza, no resulta suficiente para establecer cuando la receptó y mucho menos cuando ocurrió la supresión de la numeración identificatoria de la misma. En este sentido, el TSJ de esta provincia ha dicho con relación a un hecho de tenencia de arma, que *“el secuestro de la misma en poder del encartado, en la fecha ya referenciada –única probanza al respecto-, en nada altera la postura de Landriel, toda vez que permite tener por cierta la finalización de la tenencia dolosa, pero nada aporta a esclarecer sobre el momento de la receptación, extremo consumativo del delito, ...”* (Sent. N° 258, “Landriel”, 2007).

VII.- CONCLUSIÓN.

Es deber de la instrucción precisar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que habría ocurrido el encubrimiento, consecuentemente, en el hecho intimado no debe hacerse una simple mención al delito anterior, sino que se debe precisarlo. De otra manera se estará violando el derecho de defensa en juicio del imputado, y la única manera de remediarlo será la declaración de nulidad de la intimación.

BIBLIOGRAFÍA.

FÍGARI, Rubén E., *“Encubrimiento y lavado de dinero (Ley 25.246)”*, Ed. Jurídicas Cuyo, 2002.

²³ Autores y ob. Cits. p.62

CREUS, Carlos. *Derecho Penal, Parte Especial*, t. II, Ed. Astrea, 2ª ed. actualizada,

NUÑEZ Ricardo, *Tratado de Derecho Penal*, t. II, Ed. Lerner, Córdoba, 1988.-

BREGLIA ARIAS, Omar. *Cod. Penal Comentado*. Ed. Astrea, Bs.As. 2006.-

HAIRABEDIÁN, Maximiliano - ZURUETA, Federico, *La Prescripción en el Proceso Penal*, Ed. Mediterranea. Córdoba, 2006.

FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado de Derecho Penal, Parte Especial*, Tomo VII , tercera ed. actualizada, Ed. Lexis Nexis Abeledo- Perrot, Bs.As.,2004.-

BUOMPADRE, Jorge E., *Delitos Contra la Administración Pública*, Ed. Viera, 2001.-

DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho Penal Parte Especial*, Tomo III, Ed. Rubinzal-Culzoni

LAJE ROS, Cristóbal, *Aspectos del encubrimiento y del lavado de dinero*, Ed. Alveroni, Cdba. 2004.

Rosario L. Rivera

Abogada adscripta de Penal I

E-mail: rosariorivera2002@yahoo.com.ar