

SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

Comentarios a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo

Sección dirigida por
SANTIAGO MIR PUIG

FUNCIONARIO QUE NO PROMUEVE LA PERSECUCIÓN DE DELITOS: UN CASO ENTRE EL ENCUBRIMIENTO Y LA OMISIÓN DEL DEBER DE PERSEGUIR DELITOS

Comentario a la STS de 18 de abril de 1997.
(Ponente Sr. Granados Pérez)*

PABLO SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ**

I

1. Como consecuencia de la denuncia formulada por..., se acordó la entrada y registro en la casa del procesado V., donde fueron encontradas

* Principales abreviaturas empleadas: CDJ, *Cuadernos de Derecho Judicial*; CE, Constitución Española; CP, Código Penal; DJ, *Documentación Jurídica*; DP, Derecho Penal; L, Ley; Lecr., Ley de Enjuiciamiento Criminal; LK, *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*; LL, *Revista Jurídica La Ley*; LO, Ley Orgánica; PE, Parte Especial; PG, Parte General; SAP, Sentencia de la Audiencia Provincial; StGB, *Strafgesetzbuch* (Código Penal alemán); SK, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*; STS, Sentencia del Tribunal Supremo.

** Profesor Titular de Derecho Penal. Universidad Pompeu Fabra. Este comentario se enmarca en el Proyecto DI 059326, financiado por la Dirección General de Enseñanza Superior, del Ministerio de Educación y Cultura.

enterradas en el jardín de la misma «cinco bolsitas de plástico, conteniendo una caja y dentro de la misma 3 cajas de medicamento Halción, con un total de 88 comprimidos, una pastilla de “Hachís”, con un peso de 84,7788 gramos y otros cuatro trozos de la misma sustancia con un peso de 13,1776 gramos, envueltos en un resguardo de incautación de drogas a nombre de M.P.A., otras dos bolsas, con medicamento conocido como “Sueroral Casen”, un envoltorio de papel metalizado dorado con la anotación “black”, conteniendo tres sellos compuestos de LSD (...), y en una última bolsa de color azul una pistola semiautomática marca “Star”, de fabricación española núm. de serie 136302, (...), arma y sustancias todas ellas de procedencia ilícita y que le habían sido entregadas meses antes, en fecha no exactamente determinada, por el también acusado A., Jefe del Grupo de la Brigada de Seguridad Ciudadana, de la Jefatura Superior de..., a cuya disposición estaba, para que los hiciese desaparecer o los destruyese, ante el temor de este último acusado de que como consecuencia de las diligencias que se venían practicando por el Juzgado de Instrucción núm. 7 de los de esta Capital en otras dependencias policiales por otros hechos, pudieran ser encontrados en su poder, dado que la referida pistola, carente de toda documentación, obraba en las dependencias a su cargo desde el año 1989 sin que por el citado A., como Jefe del Grupo, se hubiese practicado diligencia alguna con carácter oficial para averiguar su origen y razón por la que allí se encontraba, ni hubiera dado tampoco cuenta a sus superiores, pese al tiempo transcurrido ni la hubiese remitido a la Dirección General de la Policía ni al Laboratorio Territorial de Policía Científica, Sección de Balística de la referida Jefatura, para determinar su estado y funcionamiento, quien fuese su propietario y si la misma había sido anteriormente utilizada, y en cuanto a las drogas encontradas, no constaba a quien fueron intervenidas, ni el motivo o causa por la cual se encontraban en dicha dependencia, sin haber sido remitidas al Juzgado de Guardia o al Instituto de Toxicología para su examen y análisis, y sin que tampoco hubiere practicado por el referido Jefe de Grupo diligencia alguna de carácter oficial en relación a ellas, ni dado cuenta a sus inmediatos superiores de la existencia de la misma. (...)» (1).

2. La Audiencia condenó a A. y V. como autores de un delito de prevaricación a la pena a cada uno de ellos de seis años y un día de inhabilitación especial para cargo público que implique ejercicio de función policial u otros relativos a la investigación de cualquier género de infracción, de acuerdo con lo previsto en el artículo 359 CP 1973 –“dejar maliciosamente de promover la persecución y castigo de los

(1) Sentencia publicada en *Actualidad Penal*, núm. 468/97, sin relato de hechos probados. Las cursivas son añadidas.

delincuentes»– (2). Asimismo, en aplicación del artículo 254 CP 1973, fueron condenados como autores de un delito de tenencia ilícita de armas a sendas penas de multa de cien mil pesetas; por lo que parece haberse hecho uso de la facultad, que prevé el artículo 256 del mismo texto, de rebajar la pena en (uno o) dos grados, en función de los antecedentes de los procesados y/o de la «escasa peligrosidad social», deducida de las «circunstancias del hecho», y/o «la patente falta de intención de usar las armas con fines ilícitos» (3). No se procedió, en cambio, a condenar por la posible responsabilidad por el tráfico o tenencia de sustancias estupefacientes. A. y V. interpusieron recursos de casación basados en la infracción de los artículos 254 y 359 CP 1973, que fueron desestimados por el TS.

3. Los hechos descritos plantean diversas cuestiones y problemas de los que analizaremos en concreto los que hacen referencia a la conducta de no promover la persecución de los delitos de los que una persona, obligada a ello, adquiera conocimiento. Para facilitar el análisis del caso, procederemos a distinguir en el relato de hechos tres estadios. En un primer momento, parecen haber tenido lugar unas conductas relativas al tráfico de estupefacientes. Posteriormente, en un segundo momento, dichas sustancias y una pistola llegan a poder del acusado A., funcionario de Policía, quien sin embargo retiene dichos objetos, sin dar inicio a procedimiento alguno de investigación. Por último, en un tercer momento, ante el temor de que todo ello trascendiese al conocimiento de

(2) Dispone ahora el artículo 408 (CP 1995), ubicado en el capítulo destinado al abandono de destino y omisión del deber de perseguir delitos: «La autoridad o funcionario que, faltando a la obligación de su cargo, dejare intencionadamente de promover la persecución de los delitos de que tenga noticia o de sus responsables, incurrirá en la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años.» Con ello se abandona la ubicación del anterior artículo 359 en sede de prevaricación, *nomen iuris* por el que fueron condenados los procesados. Sobre la relevancia de esta traslación, cfr. ahora MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, en QUINTERO OLIVARES (dtor.)/MORALES PRATS/VALLE MUÑIZ (coord.)/PRATS CANUT/TAMARIT SUMALLA/GARCÍA ALBERO, *Comentarios al Código Penal*, Pamplona, 1996, p. 1792.

La sustitución del adverbio *maliciosamente* de la anterior versión por el actual *intencionadamente*, puede tener más implicaciones de las que ahora resulta oportuno abordar: cfr. la alusión que realizaba CEREZO MIR, «Lo injusto en los delitos dolosos en el Derecho Penal español», en *Problemas fundamentales del Derecho Penal*, Madrid, 1982, p. 38, a propósito del contenido del *maliciosamente*, como determinante de un específico elemento subjetivo de lo injusto. Y también las referencias de la doctrina que excluyen ahora el dolo eventual (cfr. *infra* nota 11). En mi opinión, el ámbito del adverbio actual es distinto al del antiguo *maliciosamente*.

(3) El artículo 565 (CP 1995) establece que «Los Jueces y Tribunales podrán rebajar en un grado las penas señaladas en los artículos anteriores (s.c. 563 –prisión de uno a tres años– y 564), siempre que por las circunstancias del hecho y del culpable se evidencie la falta de intención de usar las armas con fines ilícitos.»

terceros, A. entrega dichos objetos a V., también funcionario de policía, para hacerlos desaparecer u ocultarlos, como así sucedió, hasta que fueron descubiertos.

4. El presente comentario tiene por objeto el análisis de la naturaleza jurídica de los actos de adhesión de V. a la solicitud formulada por A. de que hiciera desaparecer los objetos en cuestión (tercer momento en el curso de los hechos): se trata, en definitiva, de dilucidar si tales conductas constituyen omisión del deber de perseguir delitos –y/o tenencia ilícita de armas–, o bien encubrimiento de la conducta inicial de A. (segundo momento) de incumplimiento de sus funciones (II). Seguidamente, a propósito de la conducta de A., se aborda el estudio de las relaciones entre el delito de encubrimiento y el de prevaricación –según la denominación empleada por el Tribunal en su argumentación de acuerdo con la terminología del CP 1973–, con el fin de encuadrar las conductas de adhesión posterior en un sistema que abarque ambos tipos (III). Las consecuencias de todo ello se proyectan después sobre los hechos (IV).

II

1. Como se recordará, para evitar que la investigación, iniciada en otra sede de la misma Jefatura, llegue a conocimiento de que A. posee los objetos en cuestión, solicita éste a V. que los haga desaparecer; a lo que accede, por lo que ocultó los objetos en el jardín de su casa, enterrados. Posteriormente, los mismos objetos fueron descubiertos durante la práctica de un registro, iniciado por otros motivos que no vienen al caso. Procede preguntarse si los hechos de hacer desaparecer la pistola y sustancias estupefacientes, constituyen, por una parte, los delitos de omisión del deber de perseguir delitos y/o tenencia ilícita de armas; o bien, por otra, encubrimiento de la conducta prevaricadora inicial de A., por no haber promovido la persecución de los hechos delictivos de los que tuvo conocimiento. En la primera situación, podríamos estar ante una conducta de autoría de V. en el delito de omisión del deber de perseguir delitos (es también funcionario obligado a ello). En la segunda, ante un supuesto de encubrimiento de este último delito. De ser así, la conducta se sancionaría con la pena inferior en dos grados respecto a la del autor encubierto (arts. 17 y 54 CP 1973) o, con arreglo al nuevo régimen, con una pena autónoma, aunque dependiente de la del delito previo (arts. 451 y 452 CP 1995). Esta cuestión plantea ahora un interés específico, debido a la traslación que el encubrimiento ha experimentado (4) desde las

(4) Para el régimen del anterior Código, cfr. específicamente GÓMEZ PAVÓN, *El encubrimiento. Artículos 17 y 18 del Código Penal*, Madrid, 1988, *passim*; RODRÍGUEZ MOURULLO, en CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO/DEL TORO MARZAL/

formas de participación a los delitos contra la Administración de Justicia en el CP de 1995.

2. Dicha forma de responsabilidad criminal por intervención posterior a los hechos de otro, el encubrimiento, resultaba posible siempre que no se hubiera «tenido participación» en el hecho previo como autor o cómplice (en terminología empleada por el Código), y se actuara «con posterioridad a su ejecución» (art. 17 CP 1973). De este modo, quien se suma tras omitir otro la persecución de los hechos delictivos, podría ser encubridor de dicha omisión. El criterio determinante, en doctrina y jurisprudencia, se encontraba desde antiguo en el dato de la posterioridad: tras la ejecución no cabe participación, sino encubrimiento. La aparente claridad del criterio delimitador se

CASABÓ RUIZ, *Comentarios al Código Penal, I*, Barcelona, 1972, pp. 898-947; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Encubrimiento y receptación (Ley de 9 de mayo de 1950)*, Barcelona, 1955, *passim*; RODRÍGUEZ DEVESA, voz «Encubrimiento», en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, VIII, Barcelona, 1956, pp. 448 ss.; y las diversas contribuciones recogidas en *El encubrimiento, la receptación y el blanqueo de dinero. Normativa comunitaria*, CDJ, I, 1994. Específicamente para el actual régimen del encubrimiento, cfr. de VICENTE MARTÍNEZ, «La nueva regulación del encubrimiento en el Código Penal de 1995», en *AP*, 1996, I, pp. 467-483; CADENAS CORTINA, «El encubrimiento en el nuevo Código Penal», en *CDJ, IV, 1997, Delitos contra la Administración de Justicia*, pp. 87-129; SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *El encubrimiento como delito*, Valencia, 1998, *passim*; y en obras generales: CANCIO MELIÁ, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dtor.)/JORGE BARREIRO (coord.), *Comentarios al Código Penal*, Madrid, 1997, pp. 1187-1195; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dtor.), *et al.*, *Curso de Derecho penal español. Parte especial, II*, Madrid, 1997, pp. 476-486; SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal. Parte especial*, Madrid, 1998, pp. 774-778; BENEYTEZ MERINO, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dtor.), *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, Madrid, 1997, pp. 4215-4248, con análisis de jurisprudencia de ALBÁCAR LÓPEZ; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, Parte Especial*, Valencia, 1996, pp. 824-826; QUINTERO OLIVARES, en el mismo (dtor.)/VALLE MUÑIZ (coord.), *et al.*, *Comentarios*, pp. 1940-1947; ORTS BERENGUER, en VIVES ANTÓN, *et al.*, *Derecho penal, parte especial*, Valencia, 1996, pp. 729-732; CUERDA ARNAU, en VIVES ANTÓN (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, Valencia, 1995, pp. 1892-1911.

Por lo que se refiere a la anterior regulación, cfr. en obras generales: RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal español, Parte general*, Madrid, 1994, pp. 822-838; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal, Parte general*, Barcelona, 1994, pp. 452-453; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal, Parte general*, Valencia, 1993, pp. 401-403; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal, Parte general*, Valencia, 1991, p. 582; MIR PUIG, *Derecho penal, parte general*, Barcelona, 1990, pp. 441-443; SAINZ CANTERO, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, Barcelona, 1990, pp. 830-836; GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito*, Madrid, 1984 (reimpresión, 1988), pp. 541-553; QUINTERO OLIVARES, *Derecho Penal, Parte general*, Barcelona, 1989, pp. 579-582; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOSILDO, *Derecho Penal, Parte General*, Madrid, 1986, pp. 548-553; GIMBERNAT ORDEIG, *Introducción a la Parte General del Derecho Penal español*, Madrid, 1979, pp. 150-151; QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código Penal*, (2ª ed., puesta al día por GIMBERNAT ORDEIG), Madrid, 1966, pp. 277-289.

enturbia en cuanto se pretende determinar el fin de la ejecución en algunos delitos, aquellos que admiten adhesión durante la comisión, porque ésta se dilata en el tiempo (5). Estos supuestos parecen acoger la posibilidad de que quien se adhiere lo haga como autor (o partícipe), y no meramente como encubridor (6). Así, quien se suma a la petición efectuada por otro sujeto para ocultar el arma que ilícitamente éste posee, se suma a la tenencia de la misma, pues la ejecución de dicho delito se mantiene todavía cuando se efectúan la invitación y aportación. Por lo que no cabría el encubrimiento, sino un delito de tenencia ilícita de armas en el que se toma parte como autor sucesivo (arts. 254 CP 1973 y 563 CP 1995) (7). Semejante suerte parece correr la calificación de la conducta de, siendo funcionario de policía, ocultar la pistola, y con ello dejar de perseguir el delito del que procede: quien la oculta, parece sumarse a su vez a la falta de persecución de dichos hechos, por lo que incurriría también, en principio, en responsabilidad por omisión del deber de perseguir delitos (arts. 359 CP 1973 y 408 CP 1995).

Entiende la doctrina que este delito constituye un tipo de omisión pura (8); susceptible de comisión sólo por el sujeto cualificado y

(5) Problema semejante presenta la adhesión durante la tentativa, por lo que no es ésta una problemática reducida a los tipos de mera actividad, sino que puede plantearse en toda conducta en la que no se haya producido todavía el «final de la ejecución». He tratado esta cuestión, más por extenso en *El encubrimiento*, pp. 23 ss.

(6) Como autor de un delito de encubrimiento, entiéndase.

(7) Sobre esta cuestión y su tratamiento jurisprudencial, cfr. lo que expongo en *El encubrimiento*, p. 25, nota 26.

(8) Cfr. MUÑOZ CONDE, *DP, PE*, 1996, p. 857; MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, en QUINTERO OLIVARES, (dtor.)/VALLE MUÑIZ (coord.), *et al.*, *Comentarios*, p. 1792, como de «omisión propia», y p. 1793, de «omisión pura»; ORTS BERENGUER, «Consideraciones sobre los delitos de abandono de destino y omisión del deber de perseguir delitos y de desobediencia y denegación de auxilio», en *CDJ, XXX, Los delitos de los funcionarios públicos en el Código Penal de 1995*, 1996, p. 345; MUÑOZ CUESTA, «Omisión de impedir o denunciar delitos», en *Cívitas. Enciclopedia Jurídica Básica*, 1995, p. 4573; MANZANARES SAMANIEGO/ALBÁCAR LÓPEZ, *Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia*, Granada, 1989, p. 886; POLAINO NAVARRETE, en COBO DEL ROSAL (dtor.), *et al.*, *Curso de Derecho penal español. Parte especial, II*, Madrid, 1997, p. 314; como «delito propio de omisión», PAZ RUBIO/COVIÁN REGALES, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dtor.), *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, Madrid, 1997, p. 3886; como «delito puro de omisión», cfr. RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *DPE, PE*, 1994, p. 1139; según se desprende de la exposición, también QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal español, Parte especial*, Barcelona, 1992, p. 661; como delito de «omisión propia», BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, Barcelona, 1991, p. 368; así también, como delito de omisión propio, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *La prevaricación de funcionario público*, Madrid, 1980, p. 254; igualmente, SÁNCHEZ OCAÑA, en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA (dtor.), *et al.*, *Código Penal comentado*, Torrejón de Ardoz-Madrid, 1990, p. 682; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Derecho penal, Parte Especial*, Madrid, 1990, p. 541, de «omisión propia»; QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios*, p. 697, reconoce la naturaleza omisiva, pero considera

encargado específicamente de la persecución (9) y (10); que parece excluir la posibilidad del dolo eventual (11); que no consiste en el mero retraso o demora en la labor de persecución (12); y que sólo viene referido a la no persecución de delitos, no de faltas (13) y (14).

«algo superflua» esta previsión, debido a que se muestra partidario de equiparar la prevaricación comisiva con la omisiva, por la vía del artículo 1 CP anterior.

Por lo demás, sobre esta cuestión y otras referidas a la naturaleza de este delito, cfr. ahora la STS 6 de abril de 1997, ponente De Vega Ruiz, Aranzadi, 3149.

(9) Cfr. MUÑOZ CONDE, *DP, PE*, 1996, p. 857; MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, en QUINTERO OLIVARES, (dtor.)/VALLE MUÑIZ (coord.), *et al.*, *Comentarios*, p. 1792; ORTS BERENGUER, en VIVES ANTÓN (coord.), *Comentarios*, p. 1787; el mismo, en VIVES ANTÓN, *et al.*, *DP, PE*, 1996, p. 686; EL MISMO, en *CDJ, XXX*, 1996, p. 346 («jueces, fiscales y funcionarios señalados en el art. 283» Lecr.); POLAINO NAVARRETE, en COBO DEL ROSAL (dtor.), *et al.*, *Curso*, II, 1997, p. 314; y EL MISMO, en COBO DEL ROSAL (dtor.), *et al.*, *Manual de Derecho penal, Parte especial*, vol IV, Madrid, 1994, p. 272; PAZ RUBIO/COVIÁN REGALES, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dtor.), Código Penal, p. 3887, con referencias jurisprudenciales sobre los sujetos que resultan obligados «a perseguir»; QUERALT JIMÉNEZ, *DPE, PE*, 1992, p. 660; MUÑOZ CUESTA, en *Cívitas. Enciclopedia Jurídica Básica*, p. 4573; SÁNCHEZ OCAÑA, en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA (dtor.), *et al.*, *CP comentado*, p. 682.

Otros autores derivan del artículo 262 Lecr el deber de denuncia, por lo que se amplía el ámbito de los sujetos cualificados. Así, con ulteriores argumentos, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *La prevaricación*, p. 253, nota 945; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *DP, PE*, 1990, p. 541 (abarca a funcionarios que ejercen labores inspectoras en ámbitos diversos y perciben la existencia de un delito, por ejemplo, los inspectores de Trabajo: cfr. *ibidem*, p. 542); ROLDÁN BARBERO, «De la prevaricación administrativa», en *LL*, 1994, 1, p. 1024, con referencias jurisprudenciales y doctrinales a QUINTANO, PUIG PEÑA y MANZANARES/ALBÁCAR; también SÁNCHEZ OCAÑA, en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA (dtor.), *et al.*, *CP comentado*, p. 682.

(10) Por otra parte, entiende QUERALT JIMÉNEZ, *DPE, PE*, 1992, p. 660, que estamos —para la situación del art. 359 CP 1973— ante un *delito especial impropio*, que tendría como referente común, susceptible de realización por sujetos no cualificados, el encubrimiento (antiguo art. 17) y la receptación. El planteamiento me parece correcto de partida, y es la idea que se pretende exponer en el apartado III de este comentario. Contra, sin embargo, POLAINO NAVARRETE, en COBO DEL ROSAL (dtor.), *et al.*, *Manual, PE, IV*, 1994, p. 272, que lo concibe como «delito especial propio»; SÁNCHEZ OCAÑA, en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA (dtor.), *et al.*, *CP comentado*, p. 682, que establece la conexión con el anterior artículo 388 bis.

(11) Cfr. MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, en QUINTERO OLIVARES, (dtor.)/VALLE MUÑIZ (coord.), *et al.*, *Comentarios*, p. 1793; ORTS BERENGUER, en VIVES ANTÓN (coord.), *Comentarios*, p. 1787; EL MISMO, en VIVES ANTÓN, *et al.*, *DP, PE*, 1996, p. 686; EL MISMO, en *CDJ, XXX*, 1996, p. 346; FEIJOO SÁNCHEZ, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dtor.)/JORGE BARREIRO (coord.), *et al.*, *Comentarios*, p. 1099.

(12) Así, SÁNCHEZ OCAÑA, en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA (dtor.), *et al.*, *CP comentado*, p. 683; MUÑOZ CUESTA, en *Cívitas. Enciclopedia Jurídica Básica*, p. 4573; MANZANARES SAMANIEGO/ALBÁCAR LÓPEZ, *CP*, p. 887; para el actual artículo 408, MUÑOZ CONDE, *DP, PE*, 1996, p. 857.

(13) Así, PAZ RUBIO/COVIÁN REGALES, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dtor.), Código Penal, p. 3888; también FEIJÓO SÁNCHEZ, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dtor.)/JORGE BARREIRO (coord.), *et al.*, *Comentarios*, p. 1099; ORTS BERENGUER, en *CDJ, XXX*, 1996, p. 346. Efectivamente, la actual referencia expresa a «delitos», y no a «delin-

3. La solución a que se llega mediante este presupuesto, con ser correcta en la mayoría de los casos, pienso que deja sin abordar la cuestión realmente determinante de la presencia de encubrimiento. Y es que el encubrimiento no es un tipo que adquiera sentido meramente por su orientación a dificultar la actuación de la Administración de Justicia frente a los delitos cometidos. El encubrimiento es portador, más bien, de un sentido típico propio en la medida en que constituye la forma de sancionar las conductas de entorpecimiento de la tutela jurídica arbitrada por el ordenamiento tras la realización de otros delitos. Si a esto desea denominarse «Administración de Justicia», entonces cabe concebir el encubrimiento como un delito contra la misma (15). Pero más que de posterioridad o anterioridad al fin de la ejecución, la presencia del tipo de encubrimiento se dilucida en función del sentido diverso que la conducta adquiere: se trata de una conducta que no despliega un riesgo en el sentido del tipo al que viene a añadirse (16), sino que entorpece o dificulta que la tutela jurídica de los bienes jurídicos tras la comisión de delitos contra los mismos sea eficaz: cfr. *infra* III.1. De este modo, parece claro que quien se suma a una ejecución tras el final de ésta no pueda aportar una conducta que desarrolle un riesgo en el mismo sentido que el tipo realizado por el autor. Por esta razón, en cambio, aun en tipos cuya ejecución se dilata en el tiempo, sería posible el encubrimiento –obsérvese: en fase de ejecución– si, y sólo si, la conducta no constituye un riesgo en el sentido del tipo. Que ello resulte difícil no es consecuencia tanto de la prolongación temporal de la ejecución, cuanto de la peculiar descripción del tipo encubierto: en dicha fase, se prolonga todavía la tutela de los bienes jurídicos mediante los tipos. En definitiva, las intervenciones adhesivas que despliegan un riesgo en el sentido del tipo al que vienen a sumarse, constituyen autoría y/o participación en el

cuentas» como en el CP 1973, lleva consigo que, desde una interpretación sistemática e histórica, quede referido exclusivamente a dichas infracciones y se excluyan las constitutivas de *faltas*; para la situación anterior, indistinta, cfr. SÁNCHEZ OCAÑA, en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA (dtor.), *et al.*, *CP comentado*, p. 682, con referencia a CUELLO CALÓN.

(14) Por otra parte, el texto actual, se refiere a la persecución de los delitos, y no sólo a la de los «delincuentes», como hacía el anterior artículo 359. Lo cual amplía el ámbito del tipo: cfr. en este sentido, FEIJOO SÁNCHEZ, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dtor./JORGE BARREIRO (coord.), *et al.*, *Comentarios*, p. 1098.

(15) En cuanto al bien jurídico protegido mediante el delito de encubrimiento, la doctrina, al reclamar su traslación desde la participación a los delitos contra la Administración de Justicia, parecía aceptar, expresa o implícitamente, que constituía ésta el bien protegido, como ahora parece señalarse sin ambages: cfr. por todos MUÑOZ CONDE, *DP, PE*, 1996, p. 824; más por extenso, con ulteriores argumentos y referencias doctrinales, me he referido a ello en *El encubrimiento*, pp. 50-60.

(16) Sobre este criterio, cfr. mi exposición en *El encubrimiento*, pp. 26-28.

mismo, y no encubrimiento; podría haber encubrimiento, en cambio, si la adhesión supone un riesgo en sentido diverso al de la conducta previa.

4. En el caso que analizamos, sería posible el encubrimiento si el arma recibida fuera a continuación inutilizada y descompuesta, por ejemplo: por lo que podríamos decir que la intervención adhesiva viene a poner fin a la ejecución. No es participación en la misma. Los hechos sin embargo, como se recordará, no tuvieron lugar así. Por lo que se refiere al tipo de omisión del deber de perseguir delitos, si sobre quien se adhiere recae a su vez tal deber, entiendo que la conducta podría calificarse igualmente como constitutiva de dicha omisión (17).

III

1. Sin embargo, si el encubrimiento debe distinguirse de los delitos de omisión del deber de perseguir delitos y tenencia ilícita de armas, es porque previamente posee algo en común con los mismos. Además, tratándose de algo distinto, posee elementos de diferenciación. De dichos rasgos distintivos ya hemos tratado —según el criterio tradicional, la posterioridad a la ejecución, que entendemos en sentido correctivo, como se ha expuesto: II.3. Conviene que a continuación abordemos los posibles factores comunes, que son los que en la mayoría de los casos presentan problemas para la apreciación de encubrimiento. Los elementos en común proceden de la tipicidad concreta a la que viene a sumarse, en cada caso, la conducta de favorecimiento. Efectivamente, como ya se ha expuesto, lo específico del actual delito de encubrimiento es el sentido peculiar de la conducta, en cuanto —añadimos ahora— constituye un favorecimiento para impedir que la situación jurídica creada por un delito previo se vea re-estabilizada. De este modo, el encubrimiento sería la forma genérica de sanción de las conductas adhesivas posteriores a la realización de cualquier otro delito (18). Y su sentido típico específico residiría en el entorpecimiento —o en el dificultamiento efectivo, podría ser, dependiendo del modelo seguido en la tipificación— de la actuación del ordenamiento jurídico para re-

(17) De esta manera, podría ser tratado el caso como un supuesto de concurso ideal entre omisión del deber de perseguir delitos y tenencia ilícita de armas. Ello plantearía el problema de decidir cuál es el hecho más grave, tratándose de uno sancionado con la pena de inhabilitación especial, y otro con la de prisión menor (reducible uno o dos grados, en función de la gravedad), teniendo en cuenta que, de resolverse por la tenencia de armas como más grave, se exasperaría su pena, pero no se impondría como principal la inhabilitación.

(18) Así, la exposición que trazo *ibidem*, p. 31. Lo cual no obsta —se trataría de un concurso de leyes— la posibilidad de que la conducta en su caso constituya receptación, blanqueo de capitales u otros delitos.

estabilizar la situación creada por un delito previo. Por ello, se encuentra en dependencia o «accesoriedad» –en sentido literal lo digo, en cuanto que viene a acceder a un hecho, y no en sentido técnico jurídico-penal– respecto a otro delito.

2. Si la realidad de las descripciones legales de los delitos responde a este planteamiento, entonces puede reconocerse que la tipicidad, en la inmensa mayoría de los casos responde a una decisión políticocriminal precisa: establecer una frontera o límite a la intervención penal, situada en el fin de la ejecución de una conducta concebida como núcleo de lo injusto específico de cada caso. Más allá de ésta, no cabe responder penalmente por este título (19). Sólo es posible incurrir en responsabilidad por un título distinto: el que aportan entonces los tipos de encubrimiento, previsto genéricamente para dichas adhesiones, o el de la receptación, blanqueo de capitales, etc. (20). Que dicho límite de la intervención penal, el final de la ejecución, coincida con la producción del resultado, parece claro para muchos delitos, los de resultado (21). Pero también ha de admitirse que en los tipos de mera actividad, o en los que quedaron en fase de tentativa, la frontera no aparece tan nítida. Como también que en muchos delitos de definición legislativa más reciente, en los que los márgenes de la tipicidad se han visto incrementados en favor de englobar conductas de preparación o comienzo de ejecución, o de mero peligro, o de favorecimiento genérico, etc., no se ha mantenido dicha decisión, sino más bien otra: la de que los márgenes de la tipicidad se amplíen; y ello, en detrimento de apreciar conductas de encubrimiento (22). De esta manera, a una política criminal más intervencionista parecen responder definiciones de delitos que dejan menor margen al encubrimiento. No cabe descartar que sea éste el caso de muchas manifestaciones de la política criminal más reciente (tráfico de drogas y colaboración con bandas armadas, sobre todo). Singularmente, podría decirse que la decisión que en un delito de resultado se encierra es la de sancionar penalmente las conductas que generan un efecto social dotado

(19) Sobre esta decisión, cfr. *ibidem*, pp. 47-50.

(20) Estos delitos, como también el de encubrimiento, vienen a probar cómo tras la ejecución no cabe responder ya por el delito cometido por otros: es decir, ha «cesado la prohibición» penal de un tipo, y comienza la de otro u otros. Esto lleva consigo que la distinción entre los tipos principales y los de referencia (encubrimiento, etc.) no pueda provenir tanto de un momento preciso en el tiempo, como de un criterio normativo de distinción entre ambas prohibiciones: cfr. *supra*, II.3.

(21) «Resultado» y no «fin de la ejecución», por cuanto entre éste y aquél (situaciones de pendencia del resultado), cabe intervenir relevantemente: incrementando el riesgo; impidiendo el salvamento o cumpliendo deberes de socorro (simples o cualificados); o incluso mediante injerencia dolosa en la situación y responder en comisión por omisión; desistimiento (individual o de los co-intervinientes); etc.

(22) Cfr. *ibidem*, pp. 33-36.

de elevada carga comunicativa, la producción de un resultado de daño en un objeto material que era expresión de un bien jurídico penalmente protegido (23). Pero no es ésta la única que el legislador ha tomado, ni menos aún la única de las posibles. Por el contrario, en los tipos de tenencia ilícita de armas –por tratarse de un adelantamiento de la protección para otros bienes jurídicos–, o en los de omisión del deber de perseguir delitos –por consistir en la mera infracción del deber de su persecución–, el tipo no gira en torno al fenómeno dotado de mayor sentido comunicativo como sería un resultado de daño para un objeto que «corporeiza» o plasma el bien jurídico, sino uno de mera conducta. No carece ciertamente de sentido comunicativo, pero debe reconocerse que éste es diverso: no procede del quebrantamiento de la entidad de un objeto material portador de un bien jurídico, perceptible sensorialmente con mayor intensidad y facilidad que en otro caso. En estos supuestos, lo más relevante en términos de significado comunicativo para la sociedad no reside en el resultado-efecto.

3. Y es diverso su significado, porque con dichos supuestos se busca en unos casos, o bien asegurar el cumplimiento de diversos deberes, o bien la prestación de determinadas conductas. Y en otros, proteger un bien jurídico que se ha visto «espiritualizado». Consiguientemente, el encubrimiento en estos delitos vendría a ser una conducta cuyo significado se ve muy reducido. Así, a conductas previas dotadas de significado diluido (delitos de mera actividad) por lo que al contenido social-comunicativo de las mismas se refiere, corresponde un favorecimiento que aportaría escaso significado adicional: más bien supondría una conducta que reportaría un significado en gran medida coincidente con el del tipo previo, por lo que apenas se deja margen de viabilidad práctica al encubrimiento, sino que se ve éste reconducido al tipo previo. En cambio, en tipos dotados de elevado contenido social-comunicativo en función del «suceso» o «fenómeno» separado espacio-temporalmente de la conducta, como es lo propio de los delitos de resultado –y con independencia del papel que se le otorgue en la fundamentación del injusto al resultado (24)–, la posibilidad del encubrimiento es más elevada. En efecto, el encubrimiento encuentra su lugar precisamente en los delitos en los que el significado comunicativo se ha producido ya máximamente, y queda sólo aportar significados menos relevantes que los del tipo previo. Sin poder

(23) Sobre las funciones que cumple el resultado, cfr., por todos, en nuestra doctrina, LAURENZO COPELLO, *El resultado en Derecho Penal*, Valencia, 1992, *passim*.

(24) Cfr. al respecto, MIR PUIG, *El Derecho Penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Barcelona, 1994, pp. 57 ss., 98 ss., 188 ss., 231 ss.; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, pp. 415 ss.; LAURENZO COPELLO, *El resultado*, pp. 35 ss.; HUERTA TOCILDO, *Sobre el contenido de la antijuricidad*, Madrid, 1984, pp. 21 ss.

entrar ahora en esta cuestión, sí conviene partir de la idea de que el encubrimiento adquiere su sentido del significado social-comunicativo de que sea portador el «hecho» previo. Y en consecuencia, parece percibirse que la subsidiariedad se erige como la nota distintiva y criterio rector por excelencia del encubrimiento: es decir, la idea de que el encubrimiento entra en juego en defecto de otro tipo (25). En el caso que analizamos, debe repararse en que los delitos a que viene a adherirse V. son de mera actividad (26), por lo que el margen del encubrimiento, como venimos diciendo, se ve reducido (27) y (28).

Pero precisamente por ello, se hace necesario coordinar un delito contra la Administración Pública (la omisión de perseguir) y un delito contra la Administración de Justicia (el encubrimiento): quien omite perseguir, puede a su vez con esa misma conducta posibilitar la huida, la ocultación del delito previo, etc. Y, además, quien omite –para ello, debe ser funcionario– ¿no estará realizando ya, desde una perspectiva estructural y valorativa más coherente, un abuso de la función que sobre él recae, de tal modo que estaríamos ya ante un tipo de favorecimiento personal del artículo 451.3.º.b), en su caso? Finalmente, ello puede arrojar luces sobre el sentido de la sanción de las conductas de encubrimiento por funcionario, frente a las comunes.

4. Queda justificado que nos refiramos a estas cuestiones porque, según hemos expresado más arriba (cfr. II.3), el criterio que nos permite discriminar encubrimiento y delito previo es el sentido del tipo. Por otra parte, llama la atención el dato de que si se califica la conducta como encubrimiento, la pena puede ser –será, sin duda, pues cabe aplicar penas de prisión y/o inhabilitación especial– cualitativamente distinta a si sólo se sancionan por omisión del deber de perseguir delitos –con pena única de

(25) Cfr. esta idea en la exposición que trazo en *El encubrimiento*, pp. 105-109.

(26) Para el delito de tenencia ilícita de armas, cfr. por todos DÍAZ MAROTO, *El delito de tenencia ilícita de armas de fuego*, Madrid, 1987, pp. 96-97; y para el de tráfico de drogas, cfr. por todos REY HUIDOBRO, *El delito de tráfico de estupefacientes. Su inserción en el ordenamiento penal español*, Barcelona, 1987, p. 91.

(27) Por lo que a la posibilidad de apreciar encubrimiento de delitos de tráfico de estupefacientes se refiere, cfr. mi exposición en *El encubrimiento*, p. 151, nota 341.

(28) No es óbice a lo anterior el efecto que en cuanto a la pena se produce: quien se adhiere a un delito de mera actividad, será posiblemente sancionado como autor, o partícipe, del mismo, pero difícilmente como encubridor, por lo que la pena será la de aquél y no una que dispone de un límite máximo de duración (la del encubrimiento: cfr. art. 452 CP). A mi modo de ver, este efecto no contradice lo anterior, pues el significado que aporta quien se adhiere durante la ejecución de un tipo, es de intervención en éste, y no de adhesión propia del encubrimiento. Por su parte, la adhesión del encubrimiento, precisamente por serlo en un sentido diverso al del tipo al cual viene a sumarse, adopta otro significado, que justificaría el límite de la pena, en la medida en que aquél sea diverso (no en otro caso).

inhabilitación especial para empleo o cargo público de seis meses a dos años (29). Debemos entonces preguntarnos qué es lo que aporta específico contenido a la conducta del funcionario en el encubrimiento, frente a la de no perseguir los delitos de que se tenga conocimiento. Para contribuir a elaborar tal sistema y coordinación, conviene prestar atención a si subyace a ambos delitos un deber específico del funcionario respecto a los hechos delictivos de que se tenga conocimiento (cfr. *infra* 5). Si esto es así, debe reconocerse que las conductas no difieren tanto ni estructural, ni valorativamente, como para tener previstas penas tan diversas. Es más, podría pensarse que resultaría afectado el principio de igualdad, o el de proporcionalidad, al sancionarse la omisión de tal conducta por el funcionario, cuando si se tratara de favorecimiento activo del artículo 451, como encubrimiento, la pena de inhabilitación sería superior e incluiría, además, y sobre todo, una privativa de libertad. Efectivamente, existiendo deber de perseguir, la conducta de no hacerlo puede ocasionar el resultado de huida del delincuente, elemento que siendo más grave, ni siquiera parece exigirse de forma efectiva para el encubrimiento (30) en su variante de favorecimiento personal: «ayudando a los presuntos responsables de un delito a eludir la investigación... o a sustraerse a su busca o captura». Que ello suponga además abuso de funciones públicas, como requiere el artículo 451.3.º.b), me parece indudable en estos casos (31). Es más, si se interpreta que el favorecimiento personal no exige resultado efectivo de elusión o sustracción respecto de la Justicia, sino que basta la mera conducta para apreciar dicho tipo (32), entonces cabe concluir que la no persecución

(29) Cfr. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *La prevaricación*, p. 466 críticamente, frente a la pena de inhabilitación especial prevista por el artículo 358 CP 1973, válido para otros delitos de su título VII (cfr. *ibidem*). Su propuesta sin embargo no ha sido atendida por el legislador de 1995: cfr. ahora EL MISMO, «El delito de prevaricación de los funcionarios públicos», en *LL*, 1996, 5, p. 1524.

(30) Efectivamente, la traslación del encubrimiento desde las formas de participación a los delitos contra la Administración de Justicia no ha supuesto una modificación estructural que fuera más acorde con los aspectos valorativos de las conductas de favorecimiento. Particularmente ello se produce en lo referente a la exigencia o no de un resultado derivado de la conducta encubridora. Me he ocupado de ello en otro lugar: cfr. *El encubrimiento*, pp. 110-112. Véase también *infra*, IV.3.

(31) Para el antiguo delito de omisión del deber de perseguir, entendían RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *DPE, PE*, 1994, p. 1139, que nos encontraríamos ante un concurso de delitos (ideal, parece deducirse) entre aquél y el de encubrimiento del artículo 17.3.º, primera. A este propósito, recogen la opinión de QUINTANO, *Curso, II*, 1963, p. 558, donde se refiere a la posibilidad de apreciar autoría, complicidad o por lo menos encubrimiento, en casos de connivencia entre funcionario y el favorecido. Más restrictivos en este punto, sin embargo, RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *ibidem*.

(32) Cfr. en este sentido, para el encubrimiento como delito de mera conducta, BENEYTES MERINO, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dtor.), Código Penal, pp. 4222, 4225, 4228; CADENAS CORTINA, en *CDJ, IV*, 1997, p. 114.

(art. 408) que pueda entenderse como ayuda a eludir o sustraerse a la Justicia constituye tanto encubrimiento como, a la vez, omisión del deber de perseguir delitos (33); que, en principio, parecen encontrarse en una relación de especialidad, en favor del encubrimiento. Algo semejante cabe afirmar para los supuestos en que el obligado a perseguir oculta los objetos del delito cometido, previstos como favorecimiento real en el artículo 451.2.º: podría tratarse de un favorecimiento y a la vez de una omisión, si la ocultación fuera unida a no promover su persecución. Y no resulta sencillo dilucidar cuál de los dos delitos prevalece, por cuanto dicho favorecimiento exige que se lleve a cabo «para impedir su descubrimiento». Me inclino, en principio, por entender que existe relación de especialidad, también aquí, en favor del encubrimiento.

5. Estas razones hacen que sea conveniente elaborar un sistema de los delitos en cuestión en el marco de las conductas contra la Administración de Justicia, y en el todavía más amplio de la Administración Pública. Para ello es necesario, en mi opinión, atender al panorama de los deberes y las facultades de obrar previstos por el ordenamiento para las situaciones postdelictivas. a) En primer lugar, ha de tenerse en cuenta que sólo escasa y restringidamente existen deberes de actuar: existe el deber de denunciar los delitos que se hayan presenciado (art. 259 Lecr., con los matices señalados en los arts. 262, 263 y 264), sancionado con la multa de 25 a 250 pesetas; pero no existe un deber penal de denunciar, que haya alcanzado definición en un tipo (34) y (35). Distintos son los deberes que existen respecto

(33) A propósito del delito de acusación y denuncia falsa ha estudiado también la relación DÍAZ PITA, *El delito de acusación y denuncia falsas: problemas fundamentales*, Barcelona, 1996, pp. 128-139.

(34) El artículo 338 bis, párrafo segundo planteaba el problema de si se refería a delitos ya cometidos, o todavía evitables. Cfr. a este respecto *infra* nota 61.

(35) No sucedía así, sin embargo, con lo dispuesto en el artículo 576 CP 1973 («Los facultativos que, apreciando señales de envenenamiento o de otro delito en una persona a la que asistieren o en un cadáver, no dieran parte inmediatamente a la autoridad, serán castigados con las penas de cinco a quince días de arresto menor y multa de 5.000 a 50.000 pesetas, siempre que por las circunstancias no incurrieren en responsabilidad mayor.»), en la medida en que pudiera concebirse como un deber de poner en conocimiento de las autoridades la eventual infracción que otros hubieran cometido. Obsérvese, por otra parte, que en dicho precepto no estaba en juego el deber de solidaridad por hallarse alguien en peligro, sino el de colaborar con las autoridades (por lo que se exigía también cuando los signos de envenenamiento se apreciaran en un cadáver): deberes cuasi-policiales. Para la coordinación de este precepto, en la situación anterior, cfr. GÓMEZ PAVÓN, *El encubrimiento*, pp. 87-89. Por mi parte, entiendo que la despenalización de esta conducta, aunque pueda responder a una cuestión de ponderación y proporcionalidad —o quizá precisamente por eso—, evidencia que tras la comisión de delitos no existe un deber *penal* de actuar denunciando: el escaso fundamento que este precepto podía aportar en sentido contrario, ha desaparecido con su derogación. Además, por otra parte, en el artículo 338 bis, párrafo segundo, se ha aclarado la redacción, y con ello desaparecen las dudas que pudieran

a los delitos que puedan todavía impedirse (36): existe deber genérico de impedirlos, siempre que se den los elementos del tipo –sin riesgo propio o de tercero, y pudiendo impedirlo con la intervención inmediata (arts. 338 bis CP 1973 y 450 CP 1995). Como contrapartida de dichos deberes de actuar, ciertamente restringidos (37), el ordenamiento otorga y reconoce libertad de organización a los individuos, por lo que éstos gozan de amplias facultades de configurar su libertad al margen de prohibiciones o exigencias legales acompañadas de pena: el legislador ha decidido no exigir bajo pena ciertas conductas a los destinatarios de la norma. Y ello aunque les conste que otros han cometido un delito, o incluso que acaban de cometerlo, y ello ha sido presenciado por otro sujeto, espectador ocasional, que adquiere por ello conciencia de los hechos: no queda prohibido bajo la amenaza de pena organizar la propia esfera de libertad dando entrada a un sujeto que ha cometido un delito. Si el mismo ha sido presenciado, existe deber, pero no penal, de ponerlo en conocimiento del Juez de Instrucción (38); más allá de este deber, nada impide organizar la propia esfera, la libertad individual de actuación, aunque sea con un «delincuente» (39) (quien así lo haga correrá

darse en cuanto a los deberes de denuncia (cfr. *infra* nota 61). La conducta, con todo, subsiste en otros sistemas de nuestro entorno: en Italia se prevé entre las infracciones contra la Administración de Justicia (art. 365 del Código Penal).

Sobre la falta del artículo 576 CP 1973, cfr. SEGRELLES DE ARENAZA, en COBO DEL ROSAL (dtor.), *et al.*, *Manual, PE*, IV, 1994, pp. 470-474; POLAINO NAVARRETE, «Omisión de denuncia de indicio de delito por parte de facultativo (Art. 576)», en COBO DEL ROSAL (dtor.), *Comentarios a la Legislación penal, XIV-2*, Madrid, 1992, pp. 1035-1037; y en la doctrina anterior: TERUEL CARRALERO, *Las faltas (Doctrina. Comentario de las del Libro III del Código Penal. Las formuladas en leyes especiales)*, Barcelona, 1956, pp. 179-182.

(36) Ponen en relación, sin embargo, el delito de omisión del deber de impedir determinados delitos (art. 338 bis CP 1973) con el de perseguirlos (art. 359 CP 1973) QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios*, p. 697; SÁNCHEZ OCAÑA, en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA (dtor.), *et al.*, *CP comentado*, p. 683.

(37) El modelo seguido por nuestro Código Penal, a semejanza de sus predecesores, difiere del planteado en el Código italiano. En éste, efectivamente, existe previsto como infracción penal la de omisión de denuncia por sujeto no cualificado de los hechos conocidos constitutivos de delito contra la personalidad del Estado sancionados a su vez con la pena de muerte o reclusión perpetua (art. 364 CP italiano). En esta misma línea puede entroncarse también la modificación que experimentó nuestro artículo 388 bis, párrafo tercero, a propósito de los delitos de terrorismo de los que se tuviera conocimiento: cfr. la cuestión, dudosa y debatida, *infra* nota 61.

(38) Distinta puede resultar la situación por lo que se refiere, en ciertos casos, a los delitos perseguibles a instancia de parte. Para éstos, entiendo que la ausencia de denuncia impide que surja el deber de actuar promoviendo la persecución; pero no impide que surja el deber de actuar de algunos funcionarios, como sucede en el artículo 191.1, para la querrela del Ministerio Fiscal en los delitos contra la libertad sexual.

(39) O no es preciso (principio de subsidiariedad de la intervención penal), o no es adecuado (principio de proporcionalidad), exigir entonces bajo la amenaza de pena abstenerse de tales contactos sociales: es como si el legislador hubiera ponderado que

con las consecuencias) (40). Con otras palabras: no hay deber penal de actuar en un preciso sentido en favor de la Administración tras la comisión de un delito llevado a cabo por otro; y, aunque exista deber constitucional (art. 118 CE) de colaborar en el curso del proceso, éste lo es cuando se requiere (cfr. *ibidem*). Distinto es lo que sucede para los deberes de no actuar, y que dan lugar a los delitos de encubrimiento, en sus diversas formas. Éstos vendrán a ser la plasmación de aquellas conductas que únicamente se prohíben al ciudadano tras la realización de delitos por otros.

6. La situación es algo distinta, *b*) en segundo lugar, cuando se trata de un sujeto sobre el que, en razón de su peculiar situación en el cuerpo social, recae el deber de actuar: aquí sí surgen deberes penales específicos de obrar, de configurar la situación circundante, que puede llevar consigo –lleva de hecho– el rebasar los márgenes de las esferas individuales, y con ello la restricción de los márgenes de libertad individual ajena (41). Se trata del deber de promover la persecución (42), de que venimos hablando, recogido en el actual artículo 408, como también en su antecesor, el 359 CP 1973. Su contenido y sentido podría derivarse de lo dispuesto en el artículo 126 CE («funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente») (43). Si además prestan una aportación en términos de ayuda a sustraerse de la Justicia, se realiza el tipo del favorecimiento

el ciudadano que decida obrar así, se arriesga a sufrir *él* las consecuencias de tratar con delinquentes en la organización de su propia esfera de libertad →*allá él*».

(40) Se trata de la idea de las *expectativas* que rigen en la vida social, la hacen posible y la explican, según la dicotomía empleada por JAKOBS: unas, se ven confirmadas *por sí mismas*, por cuanto repercuten sobre el sujeto que obra al margen de ellas (expectativas cognitivas); otras, repercuten sobre el sujeto que obra al margen, *mediante la pena* (expectativas normativas): cfr. JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, trad. Cancio Meliá, Madrid, 1996, pp. 91-92; el mismo, *Sociedad norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, trad. Cancio Meliá/Feijoo Sánchez, Madrid, 1996, pp. 25-28; el mismo, *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. de la 2.^a ed. Cuello Contreras/Serrano González de Murillo, Madrid, 1997, 1/4-7a. Cfr. también la exposición de SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, «Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1995, pp. 198-200.

(41) Y, en consecuencia, genera deberes de tolerancia respecto a dichas intromisiones, siempre dentro de ciertos límites.

(42) Como también cabe incluir lo derivado del delito de no prestar auxilio debido por razón del cargo para evitar delitos «u otro mal», del artículo 412.3 CP 1995.

(43) En opinión, sin embargo, de OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, *La prevaricación*, pp. 252-254, no es la mera infracción del deber del cargo lo que da sentido a la antijuricidad propia de este delito, sino que es preciso, con base en la exigencia (del art. 359 CP 1973, recogida igualmente en el actual 408) de la expresión «faltando a la obligación de su cargo», exigir *además* (cfr. *ibidem*, p. 254) que resulte afectado el bien jurídico protegido: claramente en p. 253, cuando afirma: «su antijuricidad

personal con abuso de funciones públicas del artículo 451.3.º**b**). A todo ello se suman los deberes específicos señalados en la Lección (44). Ha de repararse en que el sujeto sobre el que recae este deber de actuar no es un tercero cualificado por encontrarse en posición competente en cierto modo respecto al peligro que se cierne sobre un bien jurídico (art. 195 CP 1995, en su caso). El sujeto obligado ahora a actuar es un sujeto cualificado por una función pública que desempeña y que tiene en consecuencia deber de ejercitar (45). La competencia específica del sujeto llamado a actuar entonces no deriva del peligro para un bien jurídico individual (46) que, en razón de su ser social exige una intervención de terceros en amparo activo (delito de omisión del deber de socorro, que plasma deberes de solidaridad intersubjetiva), sino de la

(s.c. del art. 359 antiguo) no se compone exclusivamente de la infracción del deber realizada al faltar el funcionario a la obligación de su cargo; es preciso determinar el bien jurídico atacado por la conducta descrita en el tipo que contiene.» Las consecuencias que extrae son interesantes, por cuanto le permiten afirmar que no sería suficiente el mero incumplimiento del deber (aun cuando se preste *erróneamente* a ser un dato formalista para apreciar el tipo): por el contrario, pueden darse casos en los que el cumplimiento del deber —*formal*, añadido— podría situar al que lo cumple ante un tipo de prevaricación (cfr. *ibidem*, p. 254). Cfr. sin embargo *infra*, nota 48. La propuesta de OCTAVIO DE TOLEDO es relativizada por BACIGALUPO ZAPATER, «Sobre la reforma de los delitos de funcionarios», en *Documentación Jurídica*, 37/40, 1983, II, p. 1099.

Con carácter general, a propósito del objeto de protección por los delitos contra la Administración Pública, cfr. por todos OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *La prevaricación*, pp. 239 ss.; y más recientemente el balance que traza ASÚA BATARRITA, «La tutela penal del correcto funcionamiento de la Administración. Cuestiones político criminales y delimitación respecto a la potestad disciplinaria», en LA MISMA (ed.), *Delitos contra la Administración Pública*, Bilbao, 1997, p. 20.

(44) Cfr. arts. 262, 282, 284-287, 289-291 Lección, entre otros. Cfr. también la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (arts. 443 ss.); la LO 2/1986, de 13 de marzo (art. 5.4); la L 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el estatuto orgánico del Ministerio Fiscal; y el RD 769/1987, de 19 de junio, sobre regulación de la Policía Judicial.

Por su parte, entendía POLAINO NAVARRETE, en COBO DEL ROSAL (dtor.), *et al.*, *Manual, PE*, IV, 1994, p. 273, que se trataba de un delito que encerraba una *ley penal en blanco*, que requería ser integrado mediante remisiones a diversas normas «que establezcan deberes de perseguibilidad delictiva por determinados funcionarios públicos».

(45) Deber que, según ha entendido el TS en diversas resoluciones, se mantiene aunque el funcionario adquiera conocimiento del delito fuera de las horas de servicio: cfr. estas referencias en FEIJÓO SÁNCHEZ, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dtor.)/JORGE BARREIRO (coord.), *et al.*, *Comentarios*, p. 1099, donde recuerda que ello resulta en virtud del artículo 5.4 de la LO 2/1986, de 13 de marzo; cfr. también ORTS BERENGUER, en *CDJ*, XXX, 1996, p. 346.

(46) A propósito del anterior artículo 338 bis, llama la atención sobre las diferencias valorativas entre impedir un delito evitable y denunciar el cometido, RODRÍGUEZ RAMOS, en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA (dtor.), *et al.*, *CP comentado*, p. 625.

función de re-estabilización de la situación jurídica *post delictum* que compete a sujetos determinados (delito de omisión del deber, que plasma funciones públicas, de perseguir delitos) (47). Queda por ver si dicha función pública se fundamenta en un deber de actuar distinto al que subyace al delito de omisión de socorro. En definitiva: o bien nos encontramos ante dos manifestaciones diversas del mismo fundamento, que sería la solidaridad; o bien, ante delitos diversos con fundamento a su vez diverso: en un caso la solidaridad intersubjetiva (delito de omisión de socorro), y en otro del cumplimiento de deberes de actuar por cumplimiento de una función, y que entonces permitirían –más: que impondrían el deber de– configurar situaciones sociales ajenas cuando en el cuerpo social ha tenido lugar un delito (delito de omitir la persecución) (48). A partir de entonces, recae sobre el particular un corresponsivo

(47) Por lo que este delito (arts. 408 CP 1995, y 359 CP 1973) no se halla tan lejos de los tipos que protegen la «Administración de Justicia»: cfr. LUZÓN PEÑA, en *Estudios penales*, Barcelona, 1991, p. 579; QUERALT JIMÉNEZ, *DPE, PE*, 1992, pp. 653 ss.; ROLDÁN BARBERO, en *LL*, 1994, 1, p. 1025; PAZ RUBIO/COVIÁN REGALES, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dtor.), *Código Penal*, p. 3887. Contra, MAGALDI PATERNOSTRO/GARCÍA ARÁN, «Los delitos contra la Administración de Justicia ante la reforma penal», en *Documentación Jurídica*, 37/40, 1983, II, p. 1174. Por su parte, critica OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, en *LL*, 1996, 5, p. 1517, la falta de criterio uniforme del legislador al ubicar en lugares tan diversos delitos contra las «funciones públicas» (entre otros, el recogido en el art. 408).

Por otra parte, la falta de omisión de denuncia por facultativos (antiguo art. 576 CP) podía ubicarse igualmente entre las infracciones contra la Administración de Justicia: así, POLAINO NAVARRETE, en COBO DEL ROSAL (dtor.), *Comentarios*, XIV-2, 1992, p. 1035 (sin embargo, pone en relación esta falta con la omisión prevista en el antiguo art. 338 bis); SEGRELLES DE ARENAZA, en COBO DEL ROSAL (dtor.), *et al.*, *Manual, PE*, IV, 1994, p. 470; MANZANARES SAMANIEGO/ALBÁCAR LÓPEZ, *CP*, p. 1584 (que resaltan su conexión con el deber recogido en el art. 259 Lecr.); CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *DP, PE*, 1990, p. 753 (por relación a los arts. 262 Lecr., 338 bis CP 1973 e incluso al encubrimiento); lo resaltaba ya TERUEL CARRALERO, *Las faltas*, p. 180, aunque poniendo de relieve la escasa conexión con dicha realidad.

(48) A diferencia de OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *La prevaricación*, pp. 252-254, citado *supra* en nota 43, entiendo que el incumplimiento del deber sí da lugar a la antijuricidad que el tipo recoge, pero resulta necesario contar con otros elementos que conforman dicho deber: en particular otros deberes e intereses que pueden resultar prevalentes. Estoy de acuerdo con él cuando afirma que no puede convertirse el mero incumplimiento del deber en el criterio único de determinación de la antijuricidad. Lo que él propone hallar en el *bien jurídico* afectado, estimo que puede lograrse también mediante la identificación del contenido que lleva consigo la función pública en este caso afectada (cfr. *infra*, IV.6-7) y exigiendo además la realización *material*, y no sólo *formal* del tipo, de manera que se dejarían fuera supuestos de incumplimiento en los que resulta salvaguardado un interés o bien superior que desplazaría el deber de perseguir (en realidad no llegaría a surgir), por que cedería ante realidades prevalentes: por ejemplo, intereses en la lucha frente a la delincuencia que, dentro de cierta proporcionalidad, hacen que no sea debido promover la persecución de un delito (interés menor, que cede), para obtener la de otros (interés superior prevalente).

deber de tolerar la intromisión del cualificado en su propia esfera de organización, para el esclarecimiento del hecho y la adopción de las consecuencias previstas en el ordenamiento (49).

7. Para aproximarnos a resolver la cuestión del fundamento, puede ser útil –como ya hemos efectuado– prestar atención a que los comportamientos que el Derecho penal exige tras la realización de delitos son muy limitados: concretamente, deberes de actuar de naturaleza penal existen sólo en el caso de sujetos competentes en la reestabilización jurídica de la situación, y no con carácter general. Esto supone, por un lado, que en la ponderación de intereses que plasma el Ordenamiento ha prevalecido la libertad de definición por los particulares de sus respectivas esferas organizativas, ámbito en el que el Derecho penal decide positivamente no intervenir, salvo contados casos (delito de encubrimiento); y no interviene por razones fácilmente comprensibles cuando se trata de un Derecho penal liberal, sometido a principios garantistas (50). Pero, por otro lado, los deberes existen, y se exigen, cuando se trata de sujetos cualificados, especialmente competentes: deberes de actuar, de perseguir, etc. En estos casos la premisa de la que se parte es la inversa: en lugar de libertad de organización, sobre el cualificado recaen deberes de configurar y organizar situaciones en las que se hallan implicados diversos sujetos (delinquentes o no), cuyas esferas de libertad se verán en consecuencia restringidas por la acción del cualificado obligado (el funcionario llamado a intervenir).

En estos casos, la esfera de organización se ve restringida por la competencia existente (51). Sin embargo, el Código no prevé un deber

(49) Esto abre múltiples cuestiones de gran relevancia, y que no podemos abordar aquí: la de la cualidad de los indicios de delito que fundamentan la existencia del deber de intervenir, la de la cualidad y entidad de la intromisión del cualificado, y la de los márgenes del deber de tolerar, entre otras. A este respecto, cfr. el planteamiento que traza y analiza BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa. Un estudio de las «situaciones de necesidad» de las que derivan facultades y deberes de salvaguarda*, Barcelona, 1995, pp. 176 ss., desde la óptica de las situaciones de estado de necesidad agresivo y defensivo. Entiendo que los deberes de tolerar deben configurarse a partir de la naturaleza del deber de salvaguarda frente al mal que constituyen los delitos cometidos.

(50) Que son plasmación de otros criterios como el de la presunción de inocencia, subsidiariedad de la intervención penal, etc.

(51) Competencia cuya fisonomía específica como derivada de una función pública puede conformar los límites del deber de perseguir. Así, en concreto, por lo que se refiere al «principio» de oportunidad en la persecución de delitos: cfr. QUERALT JIMÉNEZ, *DPE, PE*, 1992, p. 661; le siguen PAZ RUBIO/COVIÁN REGALES, en CONDEPUMPIDO FERREIRO (dtor.), *Código Penal*, p. 3888. Para FEUÓO SÁNCHEZ, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dtor.)/JORGE BARREIRO (coord.), *et al., Comentarios*, p. 1099, «la persecución no será típica cuando concurra un impedimento procesal (falta de

genérico de actuar para cualquier sujeto, que pudiera ser la base valorativa sobre la que construir y exigir un deber de actuar del cualificado. De existir un deber de socorrer que incluyera entre sus prestaciones la de denunciar un delito cometido, entonces cualquier ciudadano en dicha situación estaría obligado a denunciar, bajo amenaza de pena por omitir prestaciones debidas. Pero las cosas sabemos ya que parten de una situación diversa: no existe tal deber penal. Y ello es coherente, pues de lo contrario el «peligro manifiesto y grave» que da lugar a exigir penalmente deberes de amparo activo de terceros, se daría por existente tras la comisión de cualquier delito. Lo cual, además de desmedido –mantendría a los ciudadanos en «servicio permanente»–, resulta irreal –me parece apreciar más bien que los individuos, aunque confíen en una posible denuncia de los delitos por terceros, no se organizan contando con dicha creencia. La conclusión entonces se presenta fácilmente: no se trata de un deber basado en razones de solidaridad intersubjetiva. Su exigencia sólo tiene sentido para sujetos cualificados por la presencia de una función, la de perseguir delitos; por lo que el artículo 408 sería la plasmación penal de dichos deberes, que dejan de existir como tales en cuanto desaparece la cualificación propia de la función y nos encontramos ante un particular (52). Esto explicaría por qué los deberes de actuar genéricos son tan reducidos: cuando se trata de un particular, *in*-competente para dicha función, no hay deber penal de actuar (53). De otro modo, se harían recaer sobre el particular cargas y exigencias a las que el Estado liberal hace tiempo que decidió sustraerle (54) y (55).

denuncia de la persona agraviada) o cuando la persecución no es obligatoria sino facultativa de acuerdo con el principio de oportunidad».

(52) Cfr. MAGALDI PATERNOSTRO/GARCÍA ARÁN, en *DJ*, 37/40, 1983, II, p. 1173, donde destacan las diferencias valorativas que median entre el deber de promover la persecución que recae sobre el funcionario, y el «deber» de los particulares.

(53) El encubrimiento adquiere sentido en cuanto supone un obstáculo a la reacción penal frente al delito, en cuanto entorpece la reafirmación contrafáctica de la norma infringida, y siempre que no suponga añadirse a la pretensión misma del delincuente. En este sentido, la omisión del deber de perseguir delitos posee el contenido de ser mera infracción del deber de perseguir delitos que existe y recae sobre el funcionario: omisión de una «prestación» de iniciar la re-afirmación contrafáctica de la norma que compete llevar a cabo al funcionario. Si el funcionario, además de omitir, entorpece la reafirmación de la norma (favorecimiento real/personal), estamos ante una conducta que constituye otro delito, más grave, que permite imputar –en comisión, activa u omisiva– el resultado de dificultamiento o impedimento de la reacción penal frente al delito.

(54) Cfr. en este sentido la alusión que lleva a cabo GÓMEZ PAVÓN, *El encubrimiento*, p. 52, sobre el posible carácter de inconstitucionalidad del artículo 259 Lecr.

(55) Sobre la conexión de los deberes como contenido del injusto y planteamientos propios del Estado totalitario, cfr. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *La prevaricación*, pp. 234-236.

8. El panorama expuesto, de contenidos axiológicos, proyecta su sentido sobre las estructuras de imputación que coherentemente quepa construir. Así, el sistema prevé una omisión pura, consecuencia de la mera infracción de un deber de actuar genérico, pero que no ha adquirido contenido penal estricto: la omisión del deber de denunciar, prevista sólo en la Leocr (56). Frente a ésta, el encubrimiento vendría a suponer la tipificación expresa de ámbitos de libertad de organización vetados al individuo: delito susceptible de ser cometido activa u omisivamente, en función de los condicionamientos de la comisión por omisión y de los tipos definidos en el artículo 451, por sujetos cualificados o no (57). Pero entre los tipos de encubrimiento y la mera omisión genérica, el ordenamiento arbitra una estructura de imputación intermedia, la propia de aquéllos sobre los que recae un deber de actuar, sin que llegue a su vez a constituir el delito de encubrimiento. Se trata del delito de prevaricación omisiva, u omisión del deber de perseguir delitos, en la terminología del CP 1995, del artículo 408. Éste se configuraría como un delito de omisión pura (mera omisión del deber) de garante (sujeto

(56) Precepto que, sin duda, puede calificarse de *obsoleto*: se sanciona la infracción de dicho deber con una multa de 25 a 250 pesetas. El que no pueda menos que ser calificado como obsoleto no impide que su permanencia sea clara muestra de lo que *no* ha pasado a *formar parte* del Código Penal; y con ello de una precisa y peculiar ponderación sobre los deberes exigidos al individuo en la sociedad actual. Desplegaría por tanto un efecto como de testimonio de lo que en el Estado moderno no se exige *penalmente* al individuo.

(57) Sobre la posibilidad de realizar en comisión por omisión el delito de encubrimiento, cfr. lo que expongo en *El encubrimiento*, pp. 122-127 y 158. Por su parte, la doctrina alemana entiende que la existencia de un deber específico de actuar da lugar a la aplicación de un delito especial, previsto para los casos de funcionario que produce la frustración de las consecuencias jurídicas derivadas de los delitos (*Strafvereitelung im Amt*, § 258a): cfr. LACKNER/KÜHL, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, 22.^a ed., München, 1997, § 258, núm. marg. 7a (como doctrina dominante) y § 258a, núm. marg. 2. Sobre la peculiaridad de este tipo frente al previsto en nuestro Derecho, cfr. *infra* nota 87. Sobre el carácter específico del deber de perseguir, cfr. SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, *Strafgesetzbuch Kommentar*, München, 25.^a ed., 1997, § 258a, núm. marg. 4; TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, München, 48.^a ed., 1997, § 258a, núm. marg. 3.

Considera la doctrina alemana que el precepto del § 258a StGB constituye una modalidad cualificada respecto al delito *común* de frustración de las consecuencias jurídicas de infracciones (§ 258): cfr. LACKNER/KÜHL, *ibidem*, § 258a, núm. marg. 1; RUB, *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*, Berlin, New York, 11.^a ed., 1994, § 258a, núm. marg. 1; TRÖNDLE, *ibidem*, núm. marg. 1; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, *StGB*, München, 25.^a ed., 1997, § 258a, núm. marg. 1; SAMSON, en *Systematische Kommentar zum Strafgesetzbuch, II*, Berlin, (20.^a entrega) septiembre 1986, § 258a, núm. marg. 1. Que se trate de una modalidad cualificada no debe dar lugar a la interpretación de que el delito cometido por funcionario será más grave: será *distinto*, al dar entrada a la consideración del deber en cada caso infringido (que puede depender de la entidad del delito previo); cfr. al respecto *infra* 87.

competente para el desarrollo de una función). A propósito del delito de omisión del deber de socorro (arts. 489 ter CP 1973, y 195 CP 1995) ha trazado Silva Sánchez una configuración de estructuras de imputación en torno, por un lado a las omisiones puras; por otro, a la comisión (activa u omisiva) del tipo de resultado de que se trate; y como estructura de gravedad intermedia, las de omisión pura de garante, con penalidad a su vez intermedia (58). Entiendo que el tipo descrito por el legislador en el artículo 408 puede conceptualizarse como una estructura de omisión pura de garante (59). Esta calificación exige volver a la cuestión sobre la naturaleza de los deberes subyacentes.

9. Como ya se ha manifestado *supra*, 6-7, no es la relación entre los individuos la que condiciona la existencia de la omisión pura, en el artículo 259 Lecr. y la de una omisión pura intermedia, en el delito de los artículos 359 CP 1973 y 408 CP 1995. Ciertamente, tras la comisión de un delito, y en lo que a denunciarlo se refiere, no estamos en presencia de un peligro que se cierne sobre bienes jurídicos altamente valorados, la subsistencia y desarrollo de la persona en ciertos casos, por ser la entraña misma de la concepción social que exija de todos, *quivis ex populo*, impedir un efecto o «entrometerse» en la esfera ajena y socorrer. Por el contrario, el que el individuo siga gozando de autonomía organizativa, aun tras la comisión de otros delitos, lleva a exigir la intervención organizativa en esferas ajenas sólo a determinados sujetos cualificados. Como además no está en juego con ello la subsistencia misma del individuo (no amenaza un peligro inminente y grave, ni se pone directamente en peligro la subsistencia del sistema social), no hay motivo que justifique en el Estado liberal la intromisión organizativa más allá de determinados sujetos, los cualificados por la existencia de una específica

(58) Cfr. al respecto ahora SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, Barcelona, 1997, pp. 51 ss., con más referencias a las obras del mismo autor sobre el tema (*ibidem*, nota 125), a propósito de la comisión por omisión y el artículo 11 CP, donde expresa las formas de entender la omisión y su postura al respecto. Por su parte, cfr. a este respecto el planteamiento trazado por BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, pp. 54-59.

(59) La presencia de esta estructura intermedia permitiría atender al diferente grado de injusto y desvalor que se encierra en la conducta del funcionario obligado a perseguir que *deja* huir al delincuente por mera *no-intervención*. Entiendo que si sobre él recae un deber jurídico-penal de perseguir en función de un cargo, infringe tal deber, y nada impide que dicha infracción se considere *abuso* del cargo a efectos del artículo 451.3.º, b): por lo que dicha omisión constituirá delito de encubrimiento (nada difícil de apreciar, pues concurre el dolo respecto a la existencia de un delito previo, y respecto a la conducta de dejar huir con la abstención de intervenir). Sin embargo, entiendo que la dualidad de figuras delictivas (omisión del deber de perseguir y favorecimiento con abuso de funciones públicas) en el actual Código, como también en el anterior, y sus diferentes penas, aconsejan reconducir algunas conductas, las de menor gravedad, hacia la omisión pura *de garante*, del artículo 408, con pena inferior.

función (delitos de prevaricación omisiva, entre otros) (60). La solidaridad intersubjetiva no llega a tener, en el actual modelo de Estado, el suficiente contenido para hacer exigible a todos la prestación de una conducta de denuncia de los delitos cometidos por otros sujetos. Lo cual lleva a no darle contenido penal estricto, sino mantenerla más allá del Derecho penal, en la Ley de enjuiciamiento criminal. Entra en el ámbito penal, en cambio, cuando se tutela y exige la prestación de conductas que derivan de una función pública que hace competente a un sujeto para actuar. Este planteamiento sería correcto, y adecuado a los postulados de un Estado que se autoproclame liberal, pero deja sin explicar plenamente por qué no se exige a cualquier ciudadano bajo amenaza de pena que informe, que meramente ponga en conocimiento de las autoridades el delito que ha visto a terceros cometer contra otro u otros ciudadanos. De hecho, ese delito ha afectado a con-ciudadanos –quizá muy gravemente–, y sin embargo no hay deber genérico penal de actuar (61).

(60) Frente a la categoría de las omisiones puras de garante, últimamente HUERTA TOCILDO, *Principales novedades de los delitos de omisión en el Código Penal de 1995*, Valencia, 1997, pp. 28-29, al entenderlas como «variantes atenuadas de los delitos de comisión por omisión toda vez que, al igual que sucede en estos últimos, el deber de actuar en evitación de un resultado típico no se impondría en ellas con carácter general sino exclusivamente a un grupo restringido de personas y, también como en aquéllos, la conducta únicamente sería sancionable cuando supusiera la no evitación de un resultado de lesión o de peligro concreto.» (cursiva de la autora). Sin embargo, entendido el delito como una modalidad de omisión pura de garante, se atendería a la peculiar situación del sujeto cualificado y obligado a actuar, el funcionario, y no al resultado producido, que podría quedar en cambio en el ámbito del delito de encubrimiento. La lógica de la omisión pura de garante es, en cambio, la de la infracción de un deber de actuar, y no la imputación de un resultado: cfr. SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código Penal*, pp. 51 ss.

(61) Por esta razón, el delito de omisión del deber de impedir o evitar delitos, se ha puesto en conexión con deberes cuasi-policiales que sobre los individuos en ocasiones recaen, y no tanto sobre la solidaridad intersubjetiva, como sucede con el delito de infracción del deber de socorro (antiguo art. 489 ter; actual art. 195 CP). El antiguo artículo 338 bis motivó opiniones encontradas sobre su naturaleza. Efectivamente, cabía ver en el mismo, en su segundo párrafo, una incriminación de deberes de colaboración (así, por todos, HUERTA TOCILDO, *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, Madrid, 1987, pp. 205-206), que serían excesivos (así, por todos, LUZÓN PEÑA, en *Estudios penales*, p. 595). En consecuencia, se buscaban recursos para restringirlo: como medio de protección con carácter *excepcional* de los bienes jurídicos individuales mencionados en el párrafo primero, mientras pudieran ser aún evitados (HUERTA TOCILDO, *ibidem*, p. 216; VIVES ANTÓN, en EL MISMO, *et al.*, *Compendio de Derecho penal, Parte especial*, Valencia, 1994, p. 126; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Manual de Derecho penal, Parte especial*, III, Madrid, 1992, p. 141; MUÑOZ CONDE, *DP, PE*, 1988, p. 697; a quien siguen [ed. de 1983] en la crítica MAGALDI PATERNOSTRO/GARCÍA ARÁN, en *DJ*, 37/40, 1983, II, p. 1167, y añaden nuevos argumentos basados en la idea de Administración de Justicia como bien jurídico protegido; DEL TORO MARZAL, La omisión del deber de impedir y denunciar determinados delitos (art. 338 bis CP)», en VV.AA., *Delitos contra la Administración de*

10. Entiendo que se trata de dos universos valorativos distintos: uno que, partiendo de la solidaridad intersubjetiva, hace exigible penalmente ciertas prestaciones en favor de quien está sometido a un peligro manifiesto y grave (delito de omisión de socorro, sobre todo); y otro modelo, el de la traslación de deberes cuasi-policiales desde el Estado a los individuos (delito de omisión de conductas tras la comisión de delitos). Este último modelo permitiría, caso de ser el realmente presente, excluir aquellas traslaciones de deberes que supusieran una desproporcionada carga para los ciudadanos, con base precisamente en los postulados del Estado liberal: por lo que las excepciones al mismo pueden ser frecuentes. En el primer modelo, en cambio, al tratarse de un sujeto, como el que debe actuar, que se encuentra en peligro, los deberes sólo hallan excepción cuando existe un riesgo propio o de tercero. Los contenidos de la solidaridad intersubjetiva no llegan a ser de tal entidad que hagan exigible la denuncia de los delitos cometidos, por lo que no adquiere «fisonomía» penal. Queda entonces restringida a la exigencia de amparo activo por la existencia del eventual peligro que se cierne en su caso (delito de omisión del deber de socorro; y en cierto modo, al de omisión de impedir ciertos delitos). Los deberes de solidaridad intersubjetiva por un eventual peligro para el bien jurídico evidentemente se mantienen (62). Por ello, sobre quien se adhiere con posterioridad a un delito, el eventual encubridor, recae el deber de socorro, como sobre cualquier otro sujeto no competente por el peligro, y deberá socorrer si percibe que la víctima del delito previo está en peligro (63). Esto, que se da de hecho para los deberes de amparo, no se da en los deberes de re establecimiento de la situación originada por

Justicia, Granada, 1995, p. 345, aunque después amplía el ámbito del tipo al defender que debiera referirse a cualquier delito evitable, y no sólo a los determinados en el primer párrafo). Distinto, en cambio, MARTÍNEZ ARRIETA, «El encubrimiento», en *CDJ*, I, 1994, p. 38, cuando considera que el deber de denunciar existe, para quienes han presenciado el delito cometido aun después de haberse realizado, en virtud de un deber cívico de colaboración con la Administración de Justicia, derivado de los arts. 259 y 264 Lecr. El actual artículo 450.2 establece más claramente en su redacción la limitación de la conducta a la denuncia de delitos *evitables* (cfr. un estudio comparativo en TARDÓN OLMOS, «Omisión del deber de impedir determinados delitos o promover su persecución. Nueva regulación. Análisis comparativo respecto al texto anterior», en *CDJ*, IV, 1997, pp. 78-82; contra, sin embargo la interpretación que del antiguo artículo 338 bis.2 lleva a cabo BENEYTES MERINO, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), Código Penal, p. 4210). Por su parte, LUZÓN PEÑA, *ibidem*; y MAGALDI PATERNOSTRO/GARCÍA ARÁN, *ibidem*, p. 1165, aportan datos histórico-sistemáticos para probar cómo el párrafo segundo del antiguo artículo 338 bis venía referido a la denuncia de delitos ya *cometidos*.

(62) Por lo que si quien encubre, además no socorre, deberá ser sancionado también por este delito, en concurso real o ideal, según los casos. Me he referido a esta cuestión en *El encubrimiento*, pp. 156-158.

(63) Y no se trata de un deber cualificado, sino que es el común, salvo que sea competente por otros motivos respecto del peligro.

el delito (en la omisión del deber de perseguir delitos y encubrimiento), donde concurre un elemento cualitativamente diverso: la función de reestabilización de la situación *post delictum*.

11. En estos últimos casos, la estructura de imputación que permite atribuir responsabilidad al sujeto cualificado, al funcionario, es precisamente la existencia de una función pública (64). La misma se halla presente, tanto en el caso de la estructura de omisión pura de garante, como en las del encubrimiento. Donde no existe, en cambio, es en el supuesto de omisión de denuncia por particular, que como sabemos no adquiere fisonomía penal. No existe aquí una función; ésta no puede derivarse de la idea de traslado de deberes cuasi-policiales que laten tras el delito de omisión del deber de evitar determinados delitos (cfr. párrafo anterior). Sin embargo, que quepa derivar y fundamentar la responsabilidad de la existencia de dicha función, no da respuesta a la cuestión sobre el mayor o menor merecimiento de pena. Sería legítimo un sistema donde no se diferenciara, ya que la responsabilidad se basa en la función en ambos casos, y toda defraudación de expectativas de ella derivadas sería merecedora de pena (65). Sin embargo, considero más preciso un sistema donde encuentre acogida la diversa entidad de merecimiento de pena de las conductas (66). Es esto precisamente lo que

(64) La cuestión se encuentra en estrecha relación con la llamada responsabilidad fundada en una «institución», frente a la que lo es en la «organización». Sobre estas categorías, cfr. JAKOBS, «La competencia por organización en el delito omisivo», trad. PEÑARANDA RAMOS, en *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1997, pp. 347-363, especialmente pp. 348 y 363; ahora también, para los deberes de actuar derivados de *institución* en el ámbito de los empleados públicos, el mismo, «Omisión», trad. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, ponencia en *Presente y futuro de la dogmática penal europea. La aportación alemana*, Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, 28 y 29 de mayo de 1998, pp. 7-9 del mecanografiado inédito. El tema requiere un estudio y fundamentación que no podemos afrontar aquí.

(65) Así, el delito de *Strafvereitelung im Amt* (frustración de las consecuencias jurídicas del delito por funcionario) del § 258a StGB, sancionado con pena privativa de libertad de seis meses a cinco años; o en casos menos graves, con el límite de tres años, o multa.

(66) Ciertamente, si la responsabilidad tiene por fundamento la defraudación de las expectativas contenidas en la función, o institución, podría mantenerse que es más relevante, cuantitativamente más defraudatoria de expectativas, la omisión (pura de garante) de no promover la persecución, que la que acompaña a las conductas de favorecer, propias del encubrimiento. No faltaría razón a esta idea, y con ello, la distinción entre responsabilidad por organización y por institución demostraría que aporta elementos de juicio diversos a las categorías tradicionales de acción/omisión, delitos de infracción de un deber/de dominio. Sin embargo, en mi opinión, puede mantenerse correctamente, sin minusvalorar aquel binomio conceptual, la diversa gravedad –mayor– de las conductas de favorecer por un funcionario (art. 451), frente a las de mero no promover la persecución (art. 408). Y ello –precisamente dentro de la lógica propia de dichas categorías– porque, aun existiendo una función en ambos casos, el significado social que transmite la conducta de no promover o no perseguir

permite la existencia en nuestro Derecho (67) de la omisión del deber de perseguir y los tipos del encubrimiento (cfr. *infra* IV.6).

12. De lo anterior resulta que A. lleva a cabo cuando menos la conducta de no promover la persecución a que está obligado. Efectivamente, si recae sobre él un deber de perseguir, en cuanto encarna la función pública propia del funcionario obligado a ello, se infringe dicho deber. Más allá de esta situación, puede plantearse además la cuestión de si dicha conducta realiza también el tipo de encubrimiento, como favorecimiento, sea real del artículo 451.2.º, sea personal, del artículo 451.3.º.b). Proponemos en el apartado siguiente una coordinación de ambos.

IV

1. El sistema trazado en el apartado anterior nos puede servir a continuación para dilucidar si la conducta de esconder los objetos recibidos procedentes de delitos constituye omisión del deber de perseguir delitos, encubrimiento (real o personal), o ambos delitos a la vez. Si dichos delitos pueden sistematizarse, según se ha trazado, entonces se plantea la cuestión de si ambos sujetos han incurrido en responsabilidad por encubrimiento de los delitos originarios. Por lo que, si el injusto de la conducta de no perseguir los delitos quedara abarcado en el del artículo 451, las intervenciones posteriores de ambos constituirían encubrimiento de los originarios delitos de tráfico de estupefacientes y tenencia de armas, delitos de los que procedían los objetos ocultados (68).

es menos relevante, a la de favorecer la huida, por ejemplo. En el primer caso, el funcionario se suma al significado de la norma infringida mediante la conducta delictiva encubierta, a cuyo sentido vendría a *complementar*; mientras que en la omisión del deber de perseguir, no se complementaría dicho significado, sino que únicamente resultaría no iniciada la re-estabilización de la norma ya infringida. Al respecto, la coordinación trazada *infra*, IV.6 y nota 86.

(67) Para la determinación de la pena en el § 258a StGB, la gravedad del delito favorecido, así como la entidad del deber incumplido pueden jugar un relevante papel: cfr. TRÖNDLE, *StGB*, § 258a, núm. marg. 11; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, *StGB*, § 258a, núm. marg. 17. Cfr. *infra*, nota 87. En el § 258a se hace especialmente necesario, desde el punto en que recoge todas las conductas cometidas por funcionarios que frustren las consecuencias de infracciones –dejando aparte el quebrantamiento de condena del § 120, que también prevé una modalidad especial para funcionarios–, sin distinguir *expressis verbis* la entidad de la conducta.

(68) Por otra parte, la redacción actual plantea algunas cuestiones que en el régimen anterior del encubrimiento podían resolverse de modo diverso: me refiero, en concreto a la cuestión del conocimiento mínimo requerido para encubrir: lo que antes era conocimiento *del* delito (de la perpetración del hecho punible), ahora viene referido a *un* delito, genérico. Sobre la cuestión, cfr. lo que he expuesto en *El encubrimiento*, pp. 60-61; 128-135.

2. Una primera vía de solución radicaría en prestar atención a la literalidad de los preceptos. De esta manera, el artículo 408 constituiría un supuesto de mera omisión, tal y como se desprende de su letra, frente a un tipo, el de encubrimiento que se estructuraría sobre conductas activas de «ocultar» (párrafo 2.º) o de «ayudar» (párrafo 3.º). Sin embargo, entiendo que dicho argumento –literalista– no es decisivo (69) y (70). Por una parte, no lo es porque supondría ignorar el sentido adscriptivo de las conductas recogidas en los tipos del artículo 451, en el que no parece haberse definido actos en razón de la peculiaridad de los medios o aportaciones, sino en torno a la ayuda u ocultación postdelictivos, cualquiera que sea el medio (71). Por otra parte, dicha solución encerraría el equívoco de pensar que la pena, distinta y superior por la vía del artículo 451, resulta justificada sólo porque se trate de una conducta activa, frente a la meramente omisiva del artículo 408, por cuanto la pasividad –si es que es esto lo que constituye la omisión (72)– puede permitir igualmente, o

(69) Piénsese en casos, por ejemplo, como los siguientes: el funcionario obligado a perseguir, decide «hacer la vista gorda», y no detener al supuesto delincuente, por mucho que le consten indicios que le obligan a ello. Lo mismo si decide no incoar expediente alguno, sino «dejar aparcado» el asunto del que él ha tenido conocimiento. O bien, el caso del funcionario de policía, que requerido para intervenir urgentemente en un lugar donde se ha cometido un delito, «decide acudir con retraso», por emplear el itinerario más inadecuado en términos profesionales, con lo que consigue que el delincuente tenga la huida expedita. Etcétera. Obsérvese cómo, una vez que el tipo se construye sobre la idea de deber de actuar, no resulta tan relevante determinar si la conducta posee naturaleza activa o pasiva. Cfr. RUB, LK, § 258a, núm. marg. 4; cfr. sin embargo SAMSON, SK, § 258a (entrega núm. 20: septiembre 1986), núm. marg. 8-10.

(70) Entiendo que según la interpretación trazada a lo largo de estas páginas, el precepto del artículo 408, entendido como una forma de omisión pura de garante, complementada con una omisión pura *no penal*, definida en la Lecr. (art. 259), y por una comisión por omisión, en su caso, del delito de encubrimiento de que se trate, permite residenciar y dotar de contenido a estos delitos como delitos contra la Administración de Justicia. Por el contrario, la omisión (*pura*) del deber de evitar delitos o de ponerlos en conocimiento de la Autoridad, tendría sentido como delito que plasma la existencia de deberes cuasipoliciales de actuar –exigidos precisamente por el riesgo que lleva consigo para las personas la eventual realización del delito que amenaza ser cometido por terceros–, que se complementarían con la eventual comisión por omisión, en su caso, del delito no evitado concreto, sin posible omisión pura de garante intermedia expresamente prevista.

(71) Efectivamente, no importa tanto qué signifique literalmente, o en su contexto, «ocultar», cuanto su conexión a la existencia de una pretensión de conocimiento por la Administración de Justicia tras la comisión de un delito, para proceder a su re estabilización.

(72) Los planteamientos más coherentes en la doctrina de la omisión –cfr. por todos SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Barcelona, 1986, pp. 133 ss.– han llamado la atención sobre lo inadecuado de dirigir los esfuerzos dogmáticos hacia hallar una distinción en el plano sistemático –ontológico– de la acción. «Comisión» y «omisión» son categorías –normativas– propias de la *tipicidad*,

incluso en mayor grado, la sustracción a la acción de la Justicia, la ocultación de los objetos (73), etc., por lo que no daría explicación de una pena tan reducida cuando existe un deber específico, del funcionario o autoridad, de actuar. Es precisamente éste, el deber, lo que aporta un contenido de significado propio; se obre después configurando activamente el contexto o se limite a permanecer en pasividad.

3. Cabe otra vía –no tan literalista, más analítica y a la vez atenta a la realidad implicada–, consistente en interpretar los delitos del artículo 451 como tipos de resultado, al menos de peligro concreto para la actuación de la Administración de Justicia tras la comisión de delitos. Lo formulo como hipótesis. De este modo, se diferenciaría de la omisión del deber de perseguir delitos (art. 408) por ser ésta de mera actividad: constituiría, pues, un tipo de omisión pura (de garante), frente al encubrimiento, que sería un tipo susceptible de comisión, activa u omisiva, y que permitiría imputar un resultado a una conducta precedente (74). Existe ciertamente una dificultad para adoptar esta solución; y es que la redacción del precepto del artículo 451, parece construirse en torno al favorecimiento, como mera conducta. Lo cual resultaría avalado por la historia y antecedente del encubrimiento como forma próxima a la participación, en el artículo 17 CP 1973. Sin embargo, la solución que se propone resulta ser más acorde, en mi opinión, con una concepción coherente del encubrimiento en el sistema de deberes de actuar y de no actuar tras la comisión de delitos. En concreto, ello supone concebir el encubrimiento como una conducta vinculada con la realidad a la que afecta, lo que se da en llamar Administración de Justicia, respetando la ponderación de deberes impuestos al particular en el Estado

del ámbito de delimitación de lo antijurídico, y no de la conducta en sí, siempre presente si se contempla un proceso humano para atribuir responsabilidad, para imputar. A partir de esta premisa, queda por describir cuál es el fundamento del deber de perseguir que da lugar a un delito omisivo –de omisión pura de garante, según entendemos– en este caso: cuáles son los deberes, y su justificación político-criminal.

(73) Piénsese, particularmente, en el caso del delincuente que huye con los objetos del delito, a la vista y con la anuencia del funcionario: éste «ocultaría» «sin hacer nada» mediante la huida del delincuente (atípica). Estaríamos ante una estructura de autoría mediata, donde el instrumento (el delincuente que huye) obra atípicamente. Y, sin embargo, constituiría sólo omisión del deber de perseguir (!). Esta solución resulta formalista en exceso.

(74) En este sentido, lo expuesto resulta más acorde con algunos aspectos de la regulación alemana del correspondiente delito (*Strafvereitelung*: § 258), donde cabe distinguir más claramente la conducta (que apenas se describe) y el efecto de «frustración de las consecuencias penales», con todo lo que llevaría consigo en cuanto a la imputación objetiva del resultado. Cfr. sobre el resultado de dicho delito LACKNER/KÜHL, *StGB*, 22ª ed., 1997, § 258, núm. marg. 3-4; WAPPLER, *Der Erfolg der Strafvereitelung (§ 258 Abs 1 StGB)*, Berlin, 1998, pp. 172-184; GÜNTHER, *Das Unrecht der Strafvereitelung (§ 258 StGB)*, Berlin, 1998, p. 85. Téngase en cuenta, además, la punibilidad de la tentativa prevista en el § 258a, párrafo segundo (también en el tipo común del § 258, párrafo cuarto: cfr. GÜNTHER, *ibidem*, pp. 234-235).

liberal: autonomía en cuanto libertad de actuación, salvo que la conductas supongan favorecimiento, que en buena lógica debería ser entorpecimiento efectivo (resultado de peligro concreto) –pero no necesariamente quebrantamiento de una realidad (resultado de daño)–, y no mera conducta de favorecer. De lo contrario, la ponderación valorativa establecida en el ordenamiento –ciertamente a favor de la libertad, sin deberes de actuar penales, salvo de forma excepcional– se vería traicionada enseguida por la sanción penal de meras conductas de auxilio. Lo expuesto no me parece, por otra parte, contrario a la letra misma del precepto, si se tiene en cuenta que «ocultar», «ayudar a sustraerse», pueden interpretarse como resultados efectivos de entorpecimiento (ocultación, sustracción, etc.), sin que resulte afectado el sentido literal posible (75).

4. Con lo anterior no se resuelve todavía el caso analizado, sino que surge un problema adicional, concretamente el de si resulta posible encubrir un delito cuya existencia ya consta (76). Es decir, como el favorecimiento real (párrafo 2.º) se estructura en torno a la idea de ocultar un delito «para impedir su descubrimiento», la constancia de tal delito previo por parte de instancias policiales parece impedir dicho tipo, pues ya había sido descubierto (77). De esta manera, la conducta de quien oculta, en concreto, de quien entierra los objetos procedentes de delitos previos cuya comisión constaba en dependencias policiales, no podría realizar el tipo de encubrimiento; y sólo el de omisión del deber, caso de estar obligado a ello (en otro caso, impune). Ciertamente este problema se plantea por la aparente expresividad de la letra del precepto, que exige sin lugar a dudas que se obre para impedir el descubrimiento (78); y vendría avalado por la idea de que es valorativamente de mayor

(75) Lo anterior pone de manifiesto que posiblemente la redacción actual del delito de encubrimiento no sea la más idónea por lo que al resultado de que hablamos se refiere. Parece que la traslación desde las formas de participación, con algunos retoques y una previsión muy diferente en cuanto a la pena aplicable, haya dejado el precepto con el lastre de una tipicidad definida en función de la mera conducta y no por el resultado. En este sentido, parece que la elaboración del CP 1995 debiera haber sido el momento de definir nuevamente los delitos de encubrimiento, sobre la idea de afectación a la Administración de Justicia. Lo cual supone que la regulación del SIGB no resulta tampoco la mejor de las posibles, por cuanto centra su interés en la frustración de las consecuencias penales, sin prestar atención a las conductas en sí mismas.

(76) Cfr. el planteamiento que propongo más brevemente en otro lugar: *El encubrimiento*, p. 77.

(77) De esta opinión, BUSTOS RAMÍREZ, *Manual, PG*, 1994, 453: «si el hecho ya ha sido descubierto, no puede darse esta forma de encubrimiento (s.c. favorecimiento real, del párrafo 2.º del antiguo art. 17), porque entonces no hay ataque a la Administración de Justicia.»

(78) Sin embargo, obsérvese cómo la letra del precepto se refiere a «su descubrimiento», pudiendo tratarse entonces tanto del delito como de los objetos del mismo: cfr. RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *DPE, PE*, 1994, p. 836.

gravedad ocultar y con ello sustraer al conocimiento total de la Administración (encubrimiento, con pena más grave), que el ocultar esos objetos cuando ya han entrado en el ámbito de operación de la Justicia (impune como encubrimiento) (79). A pesar de todo ello, no me parece que resulte suficiente el que el delito ya «haya sido conocido» por la policía, lo que excluye su consideración como encubrimiento, frente a la omisión del deber de perseguir delitos. Y no lo es, porque esta última se estructura sobre la idea de deberes de actuar y su infracción, por lo que no se explicaría cómo la conducta del funcionario que positivamente oculta y con ello deja de perseguir, y posibilita que los autores huyan, no constituya encubrimiento y sólo omisión, con pena menor, cuando esta conducta puede producir, tanto que otros no persigan, como que queden frustradas las expectativas sociales de re-estabilizar la situación que la víctima padece.

5. La solución que se me alcanza está en relación precisamente con la propuesta de exigir resultado de entorpecimiento para la actuación de la Administración de Justicia (80). De esta manera, podría suceder que quien ocultara los objetos de un delito cuya existencia ya constaba podría realizar el tipo de encubrimiento si con ello se afecta a la función de re-estabilización que debe llevar a cabo propiamente la Administración de Justicia por dicho delito. Lo anterior supondría que si dicha re-estabilización ya se había iniciado, la ocultación vendría a ser una conducta contra el deber que sobre el funcionario recae (omisión del deber de perseguir delitos); mientras que si la ocultación se produce existiendo conocimiento de la realización del delito, pero sin haberse iniciado la re-estabilización específica frente al mismo, cabría encubrimiento (favorecimiento real) (81). Ciertamente, «descubrir el delito» supone hacerlo aparecer, llegar a conocimiento del mismo, por lo

(79) Contra, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Encubrimiento*, p. 292; RODRÍGUEZ DEVESA, en *NEJ, Seix*, VIII, p. 464; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *DPE, PE*, 1994, p. 836: entienden que resulta posible apreciar sin distinción encubrimiento en uno y otro caso.

(80) Por su parte, FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*, II, Murcia, 1947, p. 94, se mostraba contrario a apreciar encubrimiento, una vez que el delito fuera conocido, pero con diverso fundamento: la redacción del encubrimiento en el anterior CP hacía referencia al delito y no a sus responsables, por lo que sancionar a éstos supondría extender la interpretación de la letra del precepto indebidamente. Sobre esta cuestión, cfr. también GÓMEZ PAVÓN, *El encubrimiento*, pp. 94-95, aunque partidaria, siguiendo a RODRÍGUEZ MOURULLO, y CONDE-PUMPIDO FERREIRO (cfr. *ibidem*), de entender posible el encubrimiento «aun cuando se conozca el hecho, si se ignoran otra serie de circunstancias, como puede ser el autor»; se adhiere también ahora a esta tesis CADENAS CORTINA, en *CDJ, IV*, 1997, p. 111.

(81) Entiendo, además, que así puede darse sentido más coherente a la conducta descrita en el párrafo 3.º, configurada sobre la idea de «eludir la investigación» y «sustraerse a la busca o captura».

que gramaticalmente no cabe ocultar lo que ya se conoce. Pero en una interpretación más atenta y acorde con las consideraciones axiológicas que laten tras las conductas de encubrir y denunciar/perseguir delitos, el favorecimiento real del párrafo 2.º adquiere mayor sentido si se pone en relación con la función de administrar Justicia, entendida como re-estabilización de la situación antijurídica creada por el delito, de acuerdo con la exigencia que hacemos de un resultado de entorpecimiento de dicha función. La conclusión no resulta, por otra parte, contraria a la letra del precepto (82). Efectivamente, a mi modo de ver, «impedir su descubrimiento» (s.c. del delito) admite entender que cuando está en juego la re-estabilización no baste con conocer, aparecer, surgir al exterior su existencia. Puede también entenderse que descubrir supone que el suceso llegue a conocimiento de quien tiene a su cargo re-estabilizar la situación. De lo contrario, este delito devendría casi inaplicable: si todo delito es conducta humana, aparece ya aunque sea sólo a la vista de quien lo comete; y si recae sobre alguien como víctima, también para éste aparece. Por estas razones, el descubrimiento a que se refiere el artículo 451.2.º ha de ser algo más que la mera trascendencia del delito cometido.

La solución a estos casos de «ocultación de lo ya conocido» difícilmente puede llegar de entender que el tipo exige un elemento subjetivo (83) en virtud del cual quedarían excluidas las conductas de ocultación cuando ésta se mueve por otros fines, como el de facilitar la huida, por ejemplo. Para algunos autores, en cambio, se trataría de un elemento subjetivo que permitiría excluir los casos en que el sujeto obra con fines diversos al ocultar (84). Pero esta idea no permite dejar fuera del tipo los casos en que existe tal ánimo de impedir el descubrimiento, por mucho que ya sea conocido el delito por parte de la policía (85).

(82) Entiendo, en lo que se me alcanza, que nos encontramos ante un supuesto en el que la interpretación, con ser extensiva, resulta lícita, por quedar dentro del marco de lo que el legislador ha resuelto precisamente con los medios que las palabras de la ley aportan: cfr. a este respecto, con carácter general, la exposición de BALDÓ LAVILLA, «Observaciones metodológicas sobre la construcción de la teoría del delito», en SILVA SÁNCHEZ (ed.), *Política criminal y nuevo Derecho penal, Libro Homenaje a Claus Roxin*, Barcelona, 1997, pp. 357-385, en especial, 370-375, y 372.

(83) Parece considerarlo así CUERDA ARNAU, en VIVES ANTÓN (coord.), *et al.*, *Comentarios*, p. 1904.

(84) Cfr. así GÓMEZ PAVÓN, *El encubrimiento*, p. 94; también CUERDA ARNAU, *ibidem*, con cita de RODRÍGUEZ MOURULLO, y de la STS 30 de junio de 1992, que sigue esta concepción de la finalidad de ocultar. De «irrelevantes» califica las conductas ORTS BERENGUER, en VIVES ANTÓN, *et al.*, *DP, PE*, p. 731, caso de no concurrir la finalidad de impedir el descubrimiento.

(85) Al menos debería reconocerse que la finalidad de ocultar el hecho, cuando ya sobre el mismo existe el conocimiento por parte de la policía, constituiría una tentativa inidónea de encubrimiento. Ello debería hacer reflexionar sobre la afirmación de que los tipos de mera actividad no admiten tentativa.

6. Lo anterior permite coordinar los delitos de prevaricación omisiva (llamado ahora, delito de omisión del deber de promover la persecución de delitos) y encubrimiento. Concretamente, el artículo 408, como tipo de omisión pura de garante (cfr. *supra* III.8), sería el aplicable cuando la no intervención del sujeto obligado a ello (garante) se refiere a hechos que no han entrado todavía en el ámbito de la Administración de Justicia. Con otras palabras, que entrarían en el ámbito de la Administración si el sujeto obligado llegara a actuar; y es precisamente su pasividad lo que cierra dicha posibilidad. En este sentido la no-actuación transmite el significado de que no se da inicio a la re-estabilización que el ordenamiento tiene prevista tras la comisión de delitos. Por el contrario, la situación se presenta diversa una vez que la Administración ya ha actuado, por cuanto el significado que entonces se transmite es precisamente que la re-estabilización ha dado comienzo (86). Para estos casos, tendría cabida el delito de encubrimiento, susceptible de comisión activa y omisiva (87).

(86) No es óbice el pensar que más grave se presenta la primera conducta (pasividad ante un delito), que la segunda (encubrimiento, activo u omisivo). Ciertamente, resulta en apariencia más grave la primera, por cuanto es el funcionario el sujeto llamado a actuar directamente; mientras que si «sólo encubre», se limitaría a entorpecer la labor de la Justicia, que ya ha a actuar. Entiendo por el contrario, que en el primer caso la no-intervención del funcionario constituye en menos grave la conducta, por cuanto el delito cometido *sigue como estaba*, o sea, no se da comienzo a la re-estabilización (el funcionario se limita a actuar como particular: nada más, pero ahí está el contenido del delito). En el caso del encubrimiento, en cambio, el funcionario produce un efecto diverso: el entorpecimiento de la re-estabilización ya iniciada, que aporta un dato en favor de la mayor gravedad (el funcionario, atenta contra la función que sobre él recae).

(87) Con ello entiendo que la situación legislativa del CP español, aunque sea mejorable y requiera efectivamente una coordinación, resulta más apta que la del StGB. Éste no prevé (dejando aparte el auxilio complementario del § 257, que sí sería semejante a nuestro art. 451.1.º) un delito de encubrimiento como el tradicional en nuestro Derecho —ni para la situación anterior, ni para la actual siquiera—, sino que parte de una conducta, la de FRUSTRACIÓN DE LAS CONSECUENCIAS PENALES DE LAS INFRACCIONES (§ 258, como delito común, y 258a, como delito de funcionarios). En este último es donde deben encontrar cabida —cfr. *Roxin*, STRAFVERFAHRENSRECHT, München, 24ª ed., 1995, p. 50, referido a la actuación de la Fiscalía del Estado; *Lackner/Kühl*, StGB, § 258a, núm. marg. 3; *Tröndle*, StGB, § 258a, núm. marg. 3; *Ruß*, LK, § 258a, núm. marg. 4— las conductas tanto del funcionario que omite promover la persecución de los delitos, como la del funcionario que ayuda positivamente a la huida del delincuente. El precepto del § 258a no distingue de entrada entre conductas omisivas o activas: entiendo que en la determinación de la pena debería tenerse en cuenta, como elemento del injusto, para graduarla en función de la menor gravedad de las conductas de omisión pura de garante, frente a las de comisión (activa u omisiva), en la línea de lo propuesto en este trabajo. En favor de tener en cuenta a efectos de determinación de la pena, la gravedad del hecho previo, así como la entidad del deber infringido, *Tröndle*, IBIDEM, § 258a, NÚM. MARG. 11; *Schönke/Schröder/Stree*, StGB, § 258a, núm. marg. 17; *Ruß*, LK, § 258a, núm. marg. 15; *Samson*, en *SK*,

7. Estas ideas me llevan a plantear la conveniencia de interpretar las conductas de intervención adhesiva *post delictum* en torno, por un lado, a la idea de «organización»; y por otro, a la de «institución». En cuanto a lo primero, es el caso de las actuaciones de los particulares, no afectados por un deber penal de intervenir. Para ellos, toda intervención sería constitutiva de organización de la situación en cuanto entorpecimiento de la re-estabilización que el Derecho prevé tras la comisión de delitos. En estos casos, las conductas descritas en el artículo 451 —excepto la modalidad propia de funcionario— sería la base legislativa, con las necesarias reformas por otras causas. Por el contrario, para el sujeto cualificado, el funcionario, las conductas se polarizan en torno a la idea de defraudación de las expectativas vinculadas a una «institución», que es precisamente el título de su responsabilidad penal. Efectivamente, para el funcionario sí existe el deber de intervenir positivamente en la situación *post delictum*, para lograr la re-estabilización; y es esto lo que impide la conducta (pasiva u omisiva) del funcionario que no procede en consecuencia. A su vez, dentro de esta fuente de responsabilidad, la institución (léase función pública), pueden distinguirse los supuestos de no actuación cuando todavía no ha dado comienzo la re-estabilización (art. 408 actual, con una necesaria sistematización de la pena respecto a las conductas de entorpecimiento); y los supuestos de entorpecimiento (encubrimiento del art. 451), en la medida en que, iniciada la re-estabilización por un funcionario, en cuanto instrumento de la función pública, y no como sujeto individual concreto, se proceda después a interrumpir dicho proceso de re-estabilización. La intervención del sujeto-instrumento de la función pública permitiría distinguir la conducta de las de omisión (art. 408), y a su vez la identidad con la comisión activa, que es lo propio de la concepción de la comisión por omisión supra señalada, y que compartimos. No es la mera función, por tanto, la que daría lugar a la equiparación con la comisión activa.

8. No se decide por tanto la presencia de encubrimiento por el mero hecho de obrar contra el contenido de la función pública que sobre el sujeto (funcionario) recae (88). Más bien se centra en el aspecto de la relevancia de la conducta en la re-estabilización de la situación creada por el delito previo. A este respecto, conviene señalar que el que un funcionario conozca la existencia y comisión de un delito no supone que se haya iniciado la re-estabilización de la que hablamos. Más bien, será la

§ 258a, núm. marg. 18, que además observa que si el hecho favorecido es de escasa relevancia, no por ello desaparece la gravedad del delito de *Strafvereitelung* de funcionario, consistente en la infracción del deber.

(88) Cfr. *supra*, en nota 43, las observaciones formuladas por OCTAVIO DE TOLEDO sobre el contenido de injusto de los delitos contra la función pública.

efectiva adopción de medios que suponen afirmación de la norma infringida la que determine el comienzo de la re-estabilización. No me parece de igual gravedad ocultar el arma empleada en un homicidio, en cuanto homicidio, que ocultar el arma cuando ésta procede sólo de un delito de tenencia ilícita de armas. Y ello por cuanto en éste es dicho objeto lo que constituye en sí el delito en cuestión, mientras que en el homicidio es un indicio más, no exclusivo de la existencia del delito mismo. Iguales consideraciones cabe efectuar a propósito de un delito como el de tráfico de sustancias estupefacientes, porque éstas, su tenencia para el tráfico, constituyen el delito mismo, si se prueban además los restantes elementos típicos. Así, pienso que en el caso que nos ocupa la ocultación viene a producir, no sólo la no-actuación de investigación que al funcionario se le exige, sino también y sobre todo un retroceso en la misma. La ocultación de aquellos objetos encierra por un lado una infracción del deber de perseguir, y a la vez una infracción del deber de no actuar, de no entorpecer a la Administración. Y ello, porque, como digo, con la ocultación se hace desaparecer lo que constituye y prueba el delito a perseguir, el tráfico de esas sustancias y esa arma. Se ve afectada la re-estabilización de la norma infringida por los delitos previos, por lo que cabría concebirla como encubrimiento (89).

9. Por estas razones, cabe plantearse si la conducta realiza el tipo de la omisión del deber de perseguir delitos, a la vez que el de encubrimiento, que podría resolverse entonces según las reglas propias del concurso ideal. Para llegar a dicha conclusión debemos constatar que se ven afectados dos preceptos, que contemplan la conducta desde puntos de vista diversos, compatibles. Por tanto, parece que procedería en principio la agravación del más grave. No es esto, sin embargo, lo que aquí sucede. Se afecta a la misma realidad (defraudación de lo que cabe esperar de la función pública), aunque haya sido objeto de atención por el legislador en dos tipos diversos. La relación, por tanto, de ambos sería la propia de un concurso de leyes, en favor, del precepto del encubrimiento, por consunción. La pena de inhabilitación (90), impuesta como accesoria,

(89) En este sentido, y de *lege ferenda*, tras la comisión de un delito de homicidio, no me resultan de igual gravedad la ocultación del arma que la del cadáver: el artículo 451.2.º no parece, sin embargo, distinguirlos en cuanto a la gravedad. Y así ha sido por otra parte en la tradición legislativa de nuestro Derecho en materia de encubrimiento. Cfr. la interpretación que asumo en *El encubrimiento*, p. 73.

(90) A propósito de la pena del antiguo artículo 359, criticaba QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios*, p. 697 la extraordinaria benignidad, comparada la sanción con la correspondiente a la prevaricación judicial activa. La coordinación que establecemos entre el delito de omisión del deber de perseguir delitos y el encubrimiento, permitiría dar razón de la penalidad tan benigna que QUINTANO criticaba al ponerla en relación con la prevaricación judicial. Además de la benignidad –cualidad difícil de valorar cuando está en juego la privación del empleo

en virtud de lo previsto en el artículo 56, junto a la privativa de libertad, en su caso, de acuerdo con los artículos 451 y 452, daría lugar a que el desvalor de la conducta quedara plenamente abarcado (91).

V

1. Las ideas anteriores llevarían, en mi opinión, a enjuiciar el caso que comentamos, además de como un delito de tenencia ilícita de armas, como un supuesto de encubrimiento, en su faceta de favorecimiento real, del artículo 451.2.º CP 1995, respecto a la conducta de añadirse a los hechos de otro constitutivos de tráfico de drogas. Pero no como un delito de omisión del deber de perseguir delitos. No sucede lo mismo por lo que a la tenencia de armas se refiere. Efectivamente, en cuanto al delito de tráfico de drogas, quien se suma con actos de ocultación de sustancias estupefacientes, lleva a cabo una conducta que bien puede realizar, tal y como se ha descrito la conducta típica, el delito de tráfico de drogas. Sin embargo, entiendo que es ése un caso en el que las conductas aportadas por A. y V. pueden no realizar aquel tipo. Y ello, porque puede afirmarse que quien se suma ocultando aquellos productos no trafica con dichas sustancias, sino que las sustrae al tráfico, como también a la investigación policial; o al menos ello cabe deducir de los datos contenidos en el relato de hechos probados. Por esta razón, entiendo que la posesión de las

o cargo, como sucede en estos casos—, debe explicarse el salto cualitativo que se da entre la inhabilitación especial y la pena privativa de libertad (unida ésta a la inhabilitación en el caso del art. 451.3.º**b**). Cfr. nota siguiente.

(91) Ello plantea además la cuestión de la explicación de la pena de inhabilitación, absoluta y/o especial prevista en el artículo 451.3.º**b**) *in fine*, por cuanto sólo se prevé para el caso de abuso de funciones públicas, y no en otro supuesto. Cabe darle una explicación, coherente valorativamente, y es la de entender que las penas privativas de derechos aplicables como accesorias ya abarcarían el desvalor de la conducta cuando intervenga un sujeto funcionario; mientras que en el supuesto de favorecimiento personal, no bastarían dichas penas accesorias, sino que se ha arbitrado una sanción más grave que la que correspondería por la vía del artículo 56 CP. Pero lo que no alcanzo a ver es que el abuso de la función pública sea aplicable sólo en estos casos, a diferencia de todas las restantes modalidades de encubrimiento, que carecen de esta previsión. Si existe deber de actuar para la persecución de delitos, y no se persigue, entiendo que concurre abuso de tal función, de la que surge el deber. Lo contrario supondría entender que la omisión es menos grave por el dato de que es mera omisión, cuando, según entiendo, si existe deber expreso de actuar, hay gravedad suficiente para entender que constituye abuso de función pública.

Extrae consecuencias sobre la naturaleza de la infracción a la que va asociada la pena de inhabilitación especial en el delito de prevaricación, GONZÁLEZ CUSSAC, «La nueva regulación de los delitos de los funcionarios públicos en el Código Penal de 1995: la prevaricación», en *CDJ, XXX, Los delitos de los funcionarios públicos en el Código Penal de 1995, 1996*, p. 24.

sustancias no realiza el tipo de tráfico de drogas, pero sí el de encubrimiento de dicho delito, en su caso. Procedemos así de acuerdo con el criterio que describíamos en el párrafo II.3. Distinta suerte corre en cambio la conducta de ocultar el arma: en este caso, la tenencia ilícita de armas sí se realiza, porque para ésta basta poseer el arma. La pena a aplicar sería la de prisión de seis meses a tres años, junto a las penas accesorias que en virtud del artículo 56 cabe aplicar, por el delito de encubrimiento; en concurso real con el delito de tenencia ilícita de armas, cuya pena podría atenuarse, como parece que hizo la SAP.

2. La regulación que del encubrimiento ha efectuado el nuevo Código presenta una faceta diversa a la del antiguo artículo 17. Y es que ahora la pena aplicable es autónoma, aunque dependiente en cierto modo del delito previo al que viene a referirse: los límites de la misma respecto a la del delito previo. Además, el conocimiento que preveía el encubrimiento es distinto del que ahora cabe exigir como delito autónomo. La actual exigencia de conocimiento de la comisión de un delito anterior por otros rebaja la necesidad de conocer el delito concreto cometido, aun con cierto margen de imprecisión, a la exigencia de conocer que se ha cometido un delito, lo cual es ciertamente menos que lo exigido antes.

Por otra parte –y ello puede ser de mayor relieve en este caso–, si consideramos que el funcionario que oculta está encubriendo, y que responde por encubrimiento, podría ser sancionado por tal delito, sin que haya sido juzgado el autor del delito previo. Se requiere, eso sí, conocer cuál sería la pena aplicable al eventual delito, pero no sería preciso determinar la pena del autor, que puede ser desconocido (art. 452: «pena privativa de libertad que exceda de la señalada al delito encubierto»).