

# El encubrimiento entre parientes

(Art. 18 del Código penal)

JOSE MARIA NAVARRETE URIETA

Catedrático de Derecho penal

Dentro del encubrimiento, en el artículo 18, se establece una exención de la penalidad a favor de determinadas personas ligadas por vínculos familiares con el autor del delito. La figura tipificada en el artículo 17 sigue siendo, a pesar de la reforma de 1950, una *forma de participación*, encontrándose el encubrimiento en una situación de accesoriedad en relación con el hecho principal. También en las legislaciones que consideran al encubrimiento como un *delito autónomo*, se nos presenta como una variable dependiente de otro delito fundamental que lo condiciona, respecto a la pena. Se trata no de una participación «a posteriori», sino de una *conexión objetiva de delitos*, de un delito subsiguiente. De esta manera el encubrimiento viene a ser un delito adherente que supone otro principal al que va necesariamente unido (1).

La reforma de 1950 no ha influido para nada en el contenido del artículo que nos ocupa, pues las conductas que han pasado a integrar el artículo 546 bis, ya estaban fuera del radio de acción del artículo 18 (2).

\* \* \*

Comenzamos el estudio de las vicisitudes históricas del encubrimiento entre parientes en el punto en que comienza la codificación española, es decir, en el Código de 1822.

La Comisión designada por las Cortes presenta el 21 de abril de

---

(1) Sobre el encubrimiento en general, véase MOSQUETE, *El delito de encubrimiento*, Barcelona, 1946, y la obra más reciente de CONDÉ-PUMPURO, *El encubrimiento*, Barcelona 1955. Sobre las razones en pro y en contra del encubrimiento como delito autónomo vid. ANTÓN ONCEA, *Tratado de Derecho penal*, tomo I, págs. 433 y sigs., Madrid, 1949. Sobre lo dicho en el texto, vid. P. JERÓNIMO MONTES, *Derecho penal español*, Madrid 1917, Parte General, vol. I, página 498.

(2) Sobre la reforma de 1950, vid. CUELLO CALÓN, *Derecho penal*, Apéndice al tomo II (Parte especial), 7.<sup>a</sup> ed. Barcelona, 1950. JUAN DEL ROSAL, *Reciente modificación del encubrimiento en la Legislación Penal española*, en *Studi*, en memoria de ARTURO ROCCO, Milán, 1952, t. I.

1821 (3) un Proyecto de Código penal. En este Proyecto preliminar el artículo que trataba del encubrimiento entre parientes figuraba con el número 27 y estaba redactado en los siguientes términos: "Las personas receptadoras o encubridoras de sus padres o ascendientes en línea recta, de sus hijos o descendientes en la misma línea, de sus maridos o mujeres, de sus parientes consanguíneos o afines, hasta el cuarto grado inclusive, de sus amos, maestros, tutores o curadores o de aquellos con quienes estuvieran unidos por amistad, amor, motivo de gratitud o compañía, no serán castigados, sino con la octava a la cuarta parte de la pena prescrita contra los autores del delito". En esta redacción inicial los vínculos familiares, amistosos, amorosos o de gratitud o compañía, sólo tienen el carácter de una atenuante.

Este artículo 27 se discute en la Sesión del 10 de diciembre de 1821, si bien el texto que se discute no es el primitivo del Proyecto, sino uno nuevo reformado por la propia Comisión en vistas de las enmiendas presentadas. El artículo pasa a ser el 21 del Proyecto reformado y su texto, dividido en dos párrafos para hacer más fácil la discusión, queda redactado en los siguientes términos: "Las personas receptadoras o encubridoras de sus padres o ascendientes en línea recta, de sus hijos o descendientes en la misma línea, de sus maridos o mujeres o de sus hermanos, no sufrirán por esto pena alguna, excepto si expendieran o distribuyeren alguno de los efectos en que consiste el delito, o se aprovecharen de alguno de ellos, sabiendo su procedencia, en cuyo caso serán castigados con la octava a la cuarta parte de la pena prescrita contra los autores del delito".

"También se castigará solamente con la octava a la cuarta parte de dicha pena en todos los casos, a las personas receptadoras o encubridoras de sus parientes consanguíneos o afines hasta el cuarto grado inclusive, de sus amos, maestros, tutores o curadores o de aquellas con quienes estuvieran unidas por amistad, amor, gratitud o compañía doméstica de dos meses por lo menos antes de la recepción o encubrimiento y de una manera que sea conocida en el pueblo respectivo la amistad, amor, motivo de gratitud o compañía doméstica."

La innovación introducida consiste en elevar a la categoría de eximente la relación de parentesco en línea recta (ascendente y descendente) y a los hermanos y al cónyuge siempre que se trate de encubrimiento y dejar en pie el carácter de atenuante para el parentesco consanguíneo o afín hasta el cuarto grado y para los vínculos de amistad, amor, gratitud y compañía doméstica.

Calatrava expuso en nombre de la Comisión las diecisiete enmiendas presentadas a este artículo, enmiendas que constituyen la base de la reforma y que podemos sintetizar así:

1.º Partidarios de *eximir totalmente* a los ascendientes, descen-

(3) La Comisión estaba compuesta por los Diputados Marina, Calatrava, Vadillo, Caro, Victorica, Crespo Cantolla, Rivera, Flórez Estrada y Rey. Véase el Diario de Sesiones de 1 de noviembre de 1821, Apéndice al núm. 33.

dientes, hermanos y cónyuges, los informes del Tribunal de Ordenes y de las Audiencias de Valladolid, Granada y Madrid.

2.º Partidarios de *eximir totalmente* a los ascendientes, descendientes, hermanos y cónyuges, *excepto* en los casos en que se trató de un delito de *conspiración*, los informes de la Audiencia de Mallorca y de la Universidad de Osuna.

3.º Partidarios de la *exención* solamente en los casos de "*receptación personal*" pero no cuando se trató de "*expedición*", que habrá de castigarse con la *octava* parte de la pena señalada al autor, el informe de la Audiencia de Sevilla.

4.º La Audiencia de La Coruña se manifiesta en el sentido de que con las personas enumeradas en el texto se pueden hacer dos grupos. El primer grupo estaría constituido por los ascendientes, descendientes, hermanos y cónyuges y el segundo grupo por todas las demás personas. De esta división resulta que la pena impuesta a los primeros es *excesiva*, mientras que parece *demasiado blando* el tratamiento impuesto a los segundos.

5.º El informe del Supremo Tribunal de Justicia se inclina porque la *rebaja de la pena* sólo debe comprender a los parientes hasta el cuarto grado; los demás no merecen tal rebaja o si se considera que deben ser beneficiados, nunca en el grado en que lo son, sino que debe imponerse *penas más graves*.

6.º La Universidad de Alcalá es partidaria de que todas aquellas personas unidas por vínculos naturales o sociales deben quedar exentas de pena.

7.º El Colegio de Abogados de Barcelona propone que al igual que ocurre en el art. 130 (4), todos los comprendidos en este artículo deben quedar *exentos de pena*.

8.º El Colegio de Abogados de Pamplona ve bien la exención de ascendientes y descendientes y propone el establecimiento de una escala para las demás personas.

9.º El Colegio de Abogados de La Coruña, propone que queden *exentos* de pena los parientes cuando sean meros encubridores, pero que merecen *más pena* los padres y maridos cuando sean "auxilia-dores".

10.º Según el parecer del Fiscal de Mallorca la amistad sólo debe tomarse en cuenta cuando sea por motivos justos.

11.º La Audiencia de Granada propone que *no deben excusar* el amor, la amistad ni la gratitud.

12.º Los *receptadores* de objetos robados *no deben tener excusa* según el informe de don Antonio Pacheco.

13.º La Universidad de Salamanca propone que debe darse mayor amplitud a los jueces para apreciar las penas, margen que por lo menos debería oscilar entre la octava parte y la mitad.

(4) El art. 130 del Proyecto trataba de aquellas personas que quedaban exentas de la obligación de denuncia. Esta obligación queda establecida definitivamente en los arts. 125 y 126 y la exención en el art. 127.

Mantiene Calatrava, como deber que su calidad de miembro de la Comisión le impone, el texto reformado, admitiendo como justas las observaciones hechas al texto primitivo, texto que al decir de él sólo se explica en virtud de una equivocación o de un defecto de redacción, aunque las diferencias entre uno y otro texto son de tal naturaleza que no creemos sean debidas a las razones dadas por Calatrava. Distingue éste en su informe a la Cámara la existencia de dos conductas distintas: la simple "receptación" de personas o efectos del delito, en cuyo caso y siempre que se trate de ascendientes, descendientes, hermanos y cónyuges debe quedar impune y cuando la conducta no se limite solamente a encubrir, sino que se aprovechen o expendan a sabiendas los efectos del delito, tratándose entonces no de encubridores sino de auxiliares, aunque en atención a los lazos que los unen se impongan penas tan suaves. En realidad se trata de una serie de circunstancias objetivas y subjetivas. junto a los lazos familiares se encuentran el amor, la amistad y el agradecimiento, constituyendo vínculos tan sagrados que en vano las Cortes intentarán destruir.

El diputado Moreno impugna el Proyecto abogando por que no se castigue a los que se encuentran ligados por vínculos de amor, amistad o gratitud, apoyándose en textos del Pentateuco, Montesquieu y Cicerón.

El diputado, don Antonio García, propone una aclaración, que se diga de una manera expresa "amor o amistad inocente", pues, según su parecer, hay casos en los que estas circunstancias debieran funcionar como una agravante en vez de tener un efecto de atenuación.

Zapata defiende el texto del artículo en cuanto a la gradación, pero se muestra disconforme respecto al párrafo que dice: "excepto si se expendieren los efectos del crimen o se aprovecharen de alguno de ellos". Para este diputado la intervención del familiar en el encubrimiento puede quedar reducida a los siguientes supuesto de hecho:

- 1.º No hacer otra cosa que ocultar al delincuente.
- 2.º No ocultándolo, distribuir los efectos del delito.
- 3.º Ocultar y distribuir o aprovecharse.

En el primer caso no hay pena; en el segundo nada dice la ley y en el tercero se pena un conjunto de dos supuestos, de los cuales uno se ha considerado inocente (ocultar al delincuente) y el otro se silencia (el distribuir o aprovecharse solamente), concluyendo el citado diputado que si no hay pena en el primer caso no hay por qué determinarla en el tercero, en función del delito que cometió el autor. Si el familiar ha contribuido a expender o a aprovecharse, la pena debe ser la correspondiente al que se aprovecha. Respecto a la amistad, critica no el que se valore, sino el que tan a la ligera se declare su existencia y, lo que es más, que esa amistad se equipare a los parientes.

Por último, el diputado Lagrava defiende la amistad diciendo que el hermano es un amigo que nos depara la naturaleza y el amigo un hermano que buscamos guiados por la recta razón. Establece un paralelo entre este artículo y el 130 del Proyecto (véase la nota 4) donde se eximen a todas las personas de la obligación de la denuncia, debien-

do quedar impune el que encubre siempre que no se trate de un crimen atrocísimo, pues, en definitiva, el negar cobijo a una persona viene a ser una denuncia de hecho. Frente a las afirmaciones de Lagrava pone Calatrava de manifiesto que el negar cobijo no es denunciar, lo cual supone poner en conocimiento de las autoridades.

El artículo en cuestión pasa a ocupar el número 20 con el mismo texto que presentó la Comisión, el cual no sufre alteración alguna a través de la discusión parlamentaria.

Resumiendo: la regulación del encubrimiento entre parientes en el Código de 1822 pondemos sintetizarla así:

a) *Exención total* en favor del parentesco en línea recta, tanto ascendente como descendente, extendiéndose al cónyuge y a los hermanos.

b) *Atenuación de la pena*, que comprende tres grupos distintos de personas: 1) personas relacionadas por un *vínculo familiar* consanguíneo o afín hasta el cuarto grado; 2) personas unidas por una *relación de dependencia*: amos, maestros, curadores y tutores; 3) personas unidas por un *vínculo sentimental o de hecho* como es el amor, la amistad, la gratitud o la compañía doméstica.

El *Código de 1848* —de donde arranca la formulación actual—, simplifica grandemente el contenido de esta exención que alcanza solamente a los ascendientes, descendientes, cónyuges, hermanos o afines en los mismos grados, quedando todas estas personas enunciatas exentas de pena. La exención no constituye en este código un artículo independiente, sino que pasa a integrar el último apartado del artículo 14. Lo mismo ocurre en el *Código de 1850*. En el *Código de 1870* vuelve la exención a recobrar su independencia (art. 17), apareciendo por primera vez la aclaración de que el parentesco puede ser legítimo, natural o adoptivo. El *Código de 1928* en su art. 51, recoge la exención con la misma extensión que el Código de 1870, pero hace una referencia a la responsabilidad civil que queda expresamente establecida. El *Código de 1932* vuelve a la formulación del viejo Código de 1870 con la única diferencia meramente circunstancial de que pasa a ser el artículo 18 en vez del 17, donde continúa con el mismo contenido en el *Código vigente de 1944*. En todos los Códigos, por expresa disposición, la eximente no cobija conductas consistentes en aprovecharse por sí mismo o en auxiliar a los delinquentes para que se aprovechen de los efectos del delito.

Los comentaristas Tomás M.<sup>a</sup> de Vizmanos y Cirilo Álvarez Martínez (5) abundan poco más o menos en las mismas razones que se pusieron de manifiesto en la discusión parlamentaria del Código de 1922. Para estos autores “hay una ley más antigua que las sociedades y superior a sus leyes, la ley de la naturaleza; y sería inmoral que una ley humana exigiese de un padre, de un hijo, de una mujer, que

(5) TOMÁS M.<sup>a</sup> DE VIZMANOS Y CIRILO ALVAREZ MARTÍNEZ, *Comentarios al nuevo Código Penal*, Madrid, 1848, t. I, págs. 178 y sigs. El comentario del artículo 14 está hecho por CIRILO ALVAREZ MARTÍNEZ.

sofocase esos honrosos sentimientos que ennoblecen tan bellos nombres y que enaltecen tanto a nuestra especie". Estos autores justifican la existencia de la exención en los sentimientos naturales que en este caso van acordes con la moral. Pero tales sentimientos no son patrimonio exclusivo de personas unidas por vínculos familiares, sino que pueden darse, y de hecho se dan, entre personas que no están vinculadas por tales lazos. Ahora bien, la admisión de una eximente basada en la existencia de tales sentimientos fuera del círculo familiar (como serían, por ejemplo, la amistad o la gratitud), llevaría consigo grandes dificultades prácticas, ya que su prueba —según el parecer de los citados comentaristas— sería sumamente difícil. Por eso la ley abandona esta circunstancia subjetiva y sigue un camino objetivo eximiendo de la pena siempre que exista el parentesco exigido con independencia de la existencia o no del elemento afectivo. El admitir los conceptos de amigo y bienhechor, si bien satisfacen anhelos de justicia, por la imprecisión y vaguedad de los términos podría conducir a aplicaciones prácticas incorrectas.

Un autor de la época, don Joaquín Francisco Pacheco, cuyas opiniones gozan de gran autoridad ya que tienen casi el valor de una interpretación auténtica, nos ha dejado dos comentarios muy interesantes para conocer la verdadera esencia de esta exención. En el primero (6) dice que a este respecto no sólo caben causas de excusa, sino de *justificación*. En el segundo considera que en el encubrimiento entre parientes se plantea un conflicto entre las leyes sociales y las de la naturaleza que debe resolverse en favor de éstas (7).

Viada y Vilaseca ve también una prevalencia de un deber natural sobre un deber legal (8) y en parecidos términos se manifiesta Groizard, quizá todavía de forma más enérgica, declarándose incluso partidario de que se amplíe el círculo de personas que se beneficien de la exención ya que propone que deberían quedar comprendidos también los tíos, sobrinos y primos. La exención quedaría siempre circunscrita al círculo familiar (9).

Para Silvela, "las obligaciones, el cariño y el afecto que debe reinar en tales personas, justifican a no dudarlo la exención" (10).

Para Cuello Calón se trata de una excusa absolutoria basada en el respeto que a la ley merecen los lazos de la sangre (11). En otro

(6) JOAQUÍN FRANCISCO PACHECO, *Estudios de Derecho penal*, Lecciones pronunciadas en el Ateneo de Madrid durante el curso 1839-40; 3.<sup>a</sup> ed. Madrid, 1868, págs. 188-9.

(7) JOAQUÍN FRANCISCO PACHECO, *El Código penal concordado y comentado* 3.<sup>a</sup> ed. Madrid, 1867, t. I, pág. 275.

(8) VIADA Y VILASECA, *Código penal reformado de 1870*, 3.<sup>a</sup> ed. Madrid, 1885, pág. 66.

(9) GROIZARD, *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, Madrid, 1902, t. I, pág. 682.

(10) LUIS SILVELA, *El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, 2.<sup>a</sup> ed. Madrid, 1903, t. II, págs. 238-9.

(11) CUELLO CALÓN, *El nuevo Código penal español* Barcelona, 1929, Libro I, págs. 112 y 173-4.

lugar se inclina por la ausencia de culpabilidad motivada por el influjo avasallador que sobre la conducta tienen los lazos de la sangre (12).

Jiménez de Asúa y Antón Oneca (13), establecen que así como el fundamento de la punición del encubrimiento es el quebrantamiento de la solidaridad civil necesaria, que el encubrimiento significa, el dejar impune, al pariente encubridor obedece al interés que la ley tiene en conservar la solidaridad familiar. Antón Oneca (14) se manifiesta en el sentido de que el encubrimiento entre parientes es una causa de exclusión de la culpabilidad por utilidad social, ya que hay que respetar los vínculos de la sociedad familiar, poniendo de manifiesto cómo hay una presunción en favor de la existencia del afecto que impone al juez la obligación, de aceptarlo sin dejarle margen para su constatación como ocurre con las demás causas de inculpabilidad. Es este un caso en el que la culpabilidad nos viene objetivamente excluida.

Quintano Ripollés (15), considera al encubrimiento entre parientes como una excusa absolutoria del mismo rango y naturaleza que la del art. 564 y Puig Peña (16), lo incluye dentro de las excusas absolutorias sin plantearse el problema de su naturaleza jurídica, justificando su existencia por el respeto que merecen los vínculos de la sangre.

Como hemos podido ver, en las opiniones recogidas no reina, ni mucho menos, una unanimidad sobre la naturaleza jurídica del encubrimiento entre parientes. Se habla de *excusa absolutoria*, de *exclusión de culpabilidad*, de *ser justo*. Es Rodríguez Muñoz quien inicia una nueva dirección para el esclarecimiento de la naturaleza jurídica del artículo 18, considerándolo como una causa de *exclusión de la culpabilidad*, "más concretamente, de un reconocimiento en nuestro Derecho del principio de la no exigibilidad" (17). Siguen la misma orientación Del Rosal (18) y Ferrer Sama (19), aunque este último toma también en consideración otras posturas.

Llegado a este punto se hace necesario que hagamos una breve referencia al concepto y extensión de las llamadas *excusas absolutorias*.

Bajo el nombre un tanto amplio de *excusas absolutorias* se vienen comprendiendo un conjunto de circunstancias de dudosa naturaleza jurídica que por la dificultad que entraña su clasificación y

(12) CUELLO CALÓN, *Derecho penal*, 9.<sup>a</sup> ed. Barcelona, 1948, t. I, páginas 525-6.

(13) JIMÉNEZ DE ASÚA y ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, Madrid, 1929, tomo I, pág. 198.

(14) ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, Madrid, 1949, págs. 317 y sigs. y 448.

(15) QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código penal*, Madrid, t. I, páginas 300 y sigs. Esta postura es mantenida en su *Compendio de Derecho penal*, tomo I, Madrid, 1938, pág. 402.

(16) PUIG PEÑA, *Derecho penal*, Barcelona, 1944, t. I, págs. 253-4.

(17) RODRÍGUEZ MUÑOZ, notas a la traducción del *Tratado de Mezger*, 2.<sup>a</sup> edición, t. I, pág. 162 y sigs.; tomo II, págs. 6 y sigs.

(18) JUAN DEL ROSAL, *Comentarios a la doctrina del Tribunal Supremo*, Valladolid, 1952, pág. 275.

(19) FERRER SAMA, *Comentarios al Código penal*, Murcia, 1947, t. II, páginas 90 y sigs.

por la característica externa de su colocación junto al delito que afectan, se han agrupado bajo aquella denominación.

Solamente podremos hablar de la existencia de una *excusa absolutoria* propiamente dicha en aquellos supuestos donde una razón de política criminal aconseja dejar sin pena la comisión de determinados hechos considerados por la ley como delitos. Las excusas absolutorias dejan indemnes la *antijuricidad* y *culpabilidad*, recayendo únicamente sobre la *punibilidad*. Puede darse el caso de que concurren razones de política criminal con causas de justificación o de inculpabilidad, pero esta concurrencia no debe enmascarar la verdadera naturaleza jurídica de la exención. La ley suele declarar expresamente la inexistencia de pena, pero esto es sólo la consecuencia del fallo de alguno de sus presupuestos. Para que pueda hablarse de la existencia de una excusa absolutoria, han de darse la antijuricidad y la culpabilidad, quedando sin aplicarse la pena.

Si pasamos una rápida ojeada sobre los distintos supuestos agrupados al amparo del concepto amplio y poco exacto de excusas absolutorias, nos daremos cuenta de la distinta naturaleza de las mismas. Vamos a sintetizarlas en los siguientes apartados:

1.º *Excusas absolutorias impropias consistentes en la ausencia de tipo.*—En el art. 456 se dispone que “el acusado de calumnia quedará exento de toda pena probando el hecho criminal que hubiere imputado”. El Código habla de *exención de pena* y, por tanto, podría parecer a primera vista que se trata de una excusa absolutoria. Sin embargo, de lo que se trata es de un caso de *ausencia de tipo*, ya que al probarse la verdad de la imputación no llega a surgir la figura del artículo 453 consistente en la *falsa imputación* (20).

2.º *Excusas absolutorias impropias consistentes en una causa de justificación.*—Dentro de este grupo pueden considerarse dos casos:

a) En materia de descubrimiento y revelación de secretos dice el Código en el art. 497 que las sanciones establecidas en ese mismo artículo no son aplicables a los padres, tutores o quienes hagan sus veces en cuanto a los papeles y cartas de sus hijos o menores que se hallen bajo su dependencia. En este caso se trata de una aplicación concreta de la eximente II.ª del art. 8 y no de una excusa absolutoria en el sentido estricto que hemos aceptado.

b) El art. 461, párrafo último, habla de la absolución del acusado si probare la verdad de las imputaciones siempre que se trate de injurias proferidas contra funcionarios públicos sobre hechos concernientes al ejercicio de su cargo o cuando en el caso del art. 458, 1.º, el injuriante tenga derecho a querrellarse. En estos casos se trata de conductas justificadas en virtud del principio del interés preponderan-

(20) RODRÍGUEZ MUÑOZ, lug. cit. t. I, pág. 165, JIMÉNEZ DE ASÚA. *La Ley y el delito. Curso de dogmática penal*, Cap. XXXVI, núms. 269-70. JIMÉNEZ DE ASÚA Y CARRI, *Códigos penales iberoamericanos. Estudio de legislación comparada*, Caracas, 1946, t. I, pág. 299.

te (21). En el mismo caso se encuentra el que con arreglo al art. 491 penetre en morada ajena para evitar un mal grave a sí mismo, a los moradores o a un tercero, o al que lo hace para prestar algún servicio humanitario o a la justicia.

3.º *Excusas absolutorias en sentido estricto.*—Si comparamos los casos enumerados anteriormente con los contenidos en los artículos 226 y 564, nos daremos cuenta de la diferencia sustancial que los separa. La exención de pena que se establece en el art. 226 en favor de los sediciosos o rebeldes que se disuelvan y la establecida en el art. 564 en favor de las personas que allí se citan en atención a las relaciones familiares por los hurtos y demás delitos contra la propiedad que cometan entre sí los parientes, tiene una naturaleza muy distinta a la de los casos analizados anteriormente, pues el efecto de estas excusas se deja sentir solamente en la pena. La antijuricidad y la culpabilidad quedan intocadas, pero en cambio la pena queda sin aplicación sola y exclusivamente por razones de utilidad y conveniencia. Nos encontramos en estos dos casos frente a dos auténticas excusas absolutorias.

Admitimos la postura de Rodríguez Muñoz, que ya hemos reseñado, el cual ve en este artículo, junto con la eximente de miedo insuperable (art. 8, núm. 10), uno de los pilares para sostener que en nuestro Derecho tiene vigencia una concepción normativa de la culpabilidad que aflora, en este caso concreto, bajo la forma de no exigibilidad de la conducta. La acción es la resultante de una dura alternativa, en la que no sería humanamente posible un comportamiento distinto, no llegando a surgir el reproche de la conducta que es lo que constituye la esencia de la culpabilidad (22).

El límite de la culpabilidad está constituido por la no exigibilidad. Pero este límite no siempre es objeto de un respeto absoluto por parte de la ley. El estado de necesidad descansa sobre la no exigibilidad de la conducta, aunque se impone el sacrificio cuando el autor tenga la obligación de hacerlo. La existencia de la obligación de sacrificarse en *casos excepcionales* nos pone de manifiesto que *normalmente* tiene vigencia la no exigibilidad. El artículo 18 exime aun en los casos en que el pariente encubridor haya procedido con abuso de funciones públicas, lo que puede entenderse como la existencia de especiales deberes de perseguir el delito. El deber de impedir determinados delitos (art. 338 bis) y el deber de prestar socorro (art. 489 bis) están limitados por el pensamiento de la no exigibilidad, que actúa en nuestro derecho no como una causa de inculpabilidad genérica sino como un principio informativo o regulativo (23).

La obligación jurídica de abstenerse, impuesta por el art. 18, queda

(21) RODRÍGUEZ MUÑOZ, lug., cit. t. I, pág. 166. *En contra Jiménez de Asúa y Carsi.* Como Silveira creen que es ausencia de tipo.

(22) SCARANO, *La non exigibilità nel Diritto penale*, Nápoles, 1948, págs. 66 y sigs., 107-8 y 138 y sigs. MEZGER, *La culpabilidad en el moderno Derecho penal*, Valladolid, 1956, pág. 14.

(23) HENKEL, *Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip*, Munich y Berlín, 1954, págs. 249-309. (*Festschrift für E. Mezger*.)

en suspenso ante la posibilidad de un sacrificio, no ya de carácter material (como es el pensamiento dominante en el estado de necesidad y en los deberes de impedir determinados delitos y de prestar socorro), sino de tipo anímico, del sufrimiento moral que puede producir el ir en contra de los sentimientos naturales. Unase a esto, además, el interés legítimo que el encubridor del pariente puede tener en salvaguardar el honor del nombre, para ver surgir con mayor claridad el pensamiento de la no exigibilidad (24). Si en los casos de un sacrificio de tipo material queda el derecho en suspenso al entrar en colisión con el instinto de conservación, en el encubrimiento entre parientes choca con el mundo de los afectos nobles cuya mecánica no siempre ha sido exactamente comprendida por moralistas y juristas (25).

El reproche de culpabilidad, aunque de naturaleza jurídica, lleva algunos impactos de carácter ético. Lo que se reprocha al autor es el desvalor ético-jurídico de su acción. De esta forma, a la par que se libra a la dogmática jurídico-penal de una fórmula vacía y circunstancial, se reconoce la esencia de la culpabilidad jurídico-penal en su realidad objetiva: culpabilidad es el desvalor ético-jurídico de una acción (26).

Más claro se ve aún la inexistencia de la *reprochabilidad* si penetramos en su esencia. Presupuesto existencial de la reprochabilidad es la libre autodeterminación del autor. La reprochabilidad están constituida por elementos *intelectivos* y *volitivos*. Dejando a un lado la posibilidad que el autor tenga de reconocer en este caso concreto la antijuricidad de su acción (elemento intelectual), lo que más nos interesa es poner de relieve la ausencia del elemento *volitivo*. El solo conocimiento de la antijuricidad de su acción no es suficiente para fundamentar la *reprochabilidad*, sino que ésta surge cuando simultáneamente, el autor, al encontrarse en la concreta situación de decidir, pudo determinar su voluntad, libremente, a la vista del injusto. Hay situaciones de decisión en las que no es exigible otro comportamiento al autor imputable aunque tenga pleno conocimiento de la antijuricidad, si bien el Derecho, por razones obvias, limite en alto grado tales situaciones (27).

Carrara apunta la verdadera esencia de esta causa de exención ad-

(24) TOMÁS M.<sup>a</sup> DE VIZMANOS y CIRILO ALVAREZ MARTÍNEZ, *loc. cit.* t. I, págs. 181-2.

(25) Ejemplo de esto es la cita que trae Hinojosa ("Influencia que tuvieron en el Derecho Público de su Patria y singularmente en el Derecho penal los filósofos y teólogos españoles anteriores a nuestro siglo", Madrid, 1890, págs. 163-4), donde trae un pasaje de Alfonso de Castro ("De iusta haereticorum punitione", I, II, c. 26) en el que defiende la opinión de que el hijo del hereje está obligado en conciencia a denunciar a su padre, sin que ni la voz de la sangre, ni la consideración de los males que podrían sobrevenirle (infamia y confiscación) debieran retraerle del cumplimiento de este deber. Confiesa Castro que nunca consiguió tal sacrificio por parte de uno de sus hijos de penitencia. Aun en el fuero íntimo de la conciencia se imponen los sentimientos naturales.

(26) SEELING, *Die Schuld im Strafrecht*, Saarbrücken, 1953, pág. 15.

(27) WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, Berlín, 1956, págs. 128, 145 y 146.

mitiendo que se trata de un reconocimiento por parte de la ley de un derecho natural inderogable. Según este autor (28), hay que sacar al encubrimiento de la teoría del grado y llevarlo a los principios cardinales de la imputabilidad política. La exención no puede tener su fundamento solamente en la fuerza de los afectos. Este reconocimiento de la fuerza afectiva no debe bastar para su total desincriminación. Además, en este caso, el encubridor de su familiar obra con plena deliberación, sin que pueda aplicársele ninguna eximente de las que actúan sobre el elemento psíquico del hombre y que producen la inimputabilidad. Obra con pleno conocimiento, asume toda la responsabilidad moral de su actuar, lo que ocurre —a juicio de Carrara—, es que no es políticamente imputable. Trasladado el lenguaje de Carrara a la terminología moderna equivale a decir que no surge la reprochabilidad por no serle exigible otra conducta al autor.

Esta exención del encubrimiento entre parientes encuentra eco universal. Se halla reconocida —extendiéndose algunas veces a amigos íntimos y bienhechores—, en los Códigos de Argentina (art. 278 y 279), Bolivia (art. 41), Brasil (art. 348, párrafo 2.º), Colombia (art. 202), Costa Rica (art. 402), Cuba (art. 343, C), Chile (art. 17), República Dominicana (art. 248), Ecuador (art. 9), Guatemala (art. 33), Haití (art. 206, párrafo 2.º), Honduras (art. 15), México (arts. 15, IX; 400), Panamá (art. 197, párrafo 2.º), Perú (art. 331, párrafo 2.º), Salvador (art. 15, párrafo último), Paraguay (art. 45), Uruguay (art. 42), Venezuela (art. 285).

Pero no solamente encontramos protegido el encubrimiento entre parientes en estos códigos pertenecientes a países donde tanta influencia tuvo la legislación española, sino también en códigos de países cuyas diferencias con el nuestro son grandes. Así se encuentra reconocida la exención en el Código penal danés, art. 125, modificado por la ley de 7 de junio de 1952, que agrava la pena del encubrimiento e incluye nuevos tipos de conductas en términos parecidos a nuestro Código. La exención se establece en favor de próximos parientes, si bien este concepto no se fija ni aquí ni en ninguna otra parte del Código. El fundamento, según la opinión de Marcus, parece ser un derecho de necesidad afín en cierto modo con la legítima defensa (29). En el artículo 105 del Código penal japonés, modificado en 1947, substituyendo las palabras "no será castigado" por las de "podrá ser liberado de la pena". El concepto de pariente se establece en el art. 725 del Código civil, considerando como tales a los consanguíneos hasta el sexto grado, los esposos y los afines hasta el tercer grado. También se establece en el artículo 257 la exención para los parientes receptadores en los delitos contra la propiedad (30). En el Código penal de Yugoslavia se esta-

(28) CARRARA, *Programma*, números 2.836 y 2.837.

(29) FRANZ MARCUS, *Das Strafrecht Dänemarks*, en *Das ausländische Strafrecht der Gegenwart*, publicado por MEZGER, SCHÖNKE y JESCHKECK, Berlín, 1955, t. I, págs. 93 y 141.

(30) KINSAKU SAITO, *Das japanische Strafrecht*, véase nota anterior, t. I, págs. 312-3 y 350.

blece en el art. 281, incluyendo al hijo adoptivo (31). En el Código penal finlandés se establece la exención en el art. 20 del Capítulo 16, remitiendo al art. 10 del mismo Capítulo para la determinación de quienes son parientes en el sentido de la exención (32). En el Código penal suizo, donde se establece la exención en el art. 305, párrafo 2.º, comprendiendo al encubridor que esté en próxima relación con el autor (33) y en el Código penal alemán, art. 257, párrafo 2.º

Nuestro Tribunal Supremo perfila la extensión de esta exención en una sentencia del 10 de junio de 1882, donde al mismo tiempo que reconocía que dicho artículo sólo era aplicable a las personas taxativamente expresadas en él, establecía que no podía convertirse por analogía en motivo de atenuación de la pena al amparo del apartado último del artículo 9.

Un punto importante es la determinación del ánimo de lucro por parte del encubridor, ya que el art. 18 deja fuera de su ámbito a tales conductas. El Tribunal Supremo en las sentencias de 20 de mayo de 1905 y 22 de abril de 1910 se refiere a mujeres casadas que recibieron cantidades de sus respectivos maridos con conocimiento de la procedencia ilícita. En ambos casos se absuelve a la acusada por estimarse que ambas conductas estaban amparadas por el art. 18 (17 del Código de 1870). La sentencia del 22 de abril exige que se preste "voluntad consciente al dolo específicamente propio" de forma que no constando el dolo específico —ánimo de lucro— no puede considerarse encubridora, ya que el empleo de cantidades para el cumplimiento de sus obligaciones como mujer casada no constituye el ánimo de lucro exigido según la otra sentencia de 20 de mayo de 1905. Por el contrario la sentencia de 15 de octubre de 1951 excluye de la exención del artículo 18 (17 del Código de 1870), a la esposa que conoce la procedencia ilícita de los efectos, los guarda y ayuda a venderlos acompañando a los suscriptores o haciéndolo personalmente y aprovechándose del producto ya que vivían de ello. En este mismo sentido la sentencia de 10 de mayo de 1954.

Respecto a la responsabilidad civil del encubridor —tenida en cuenta por el art. 51 del Código penal de 1928— nada dice nuestro Código vigente. Quintano Ripollés (34), se muestra partidario de su existencia basándose en criterios de justicia extralegales y estableciendo un paralelo entre el art. 18 y el 564, paralelismo que ya hemos rechazado. El Tribunal Supremo se manifestó en contra de su admisión en una sentencia de 7 de diciembre de 1898. Con este fallo jurisprudencial se casó la sentencia de la Audiencia de Granada en la que se condenaba al pago de una indemnización mancomunada y soli-

(31) AUGUST MUNDA, *Das Strafrecht Jugoslawiens*, véase nota (29), t. I, pág. 441.

(32) BRYNOLF HONKASALO, *Das finnische Strafrecht*, véase nota (29), t. II, págs. 88 y 91.

(33) H. F. PFENNINGER, *Das schweizerische Strafrecht*, véase nota (29), tomo II, pág. 338.

(34) QUINTANO RIPOLLÉS, *lug., cit., t. I, pág. 301.*

dariamente, al encubridor de un hermano político, sentando el principio de que "la irresponsabilidad criminal produce la irresponsabilidad en el orden civil". La regla general establecida en el art. 19 y las excepciones contenidas en los arts. 20, 21, 22 y 564, son más que suficientes para decidir la no admisibilidad de la responsabilidad civil, ya que estas excepciones no pueden ser extendidas a casos distintos de los expresamente enunciados.

En el campo civil el encubrimiento entre parientes carece de relevancia entre las causas de desheredación y de indignidad para suceder, ya que según el art. 756 del Código civil se exige el haber sido *condenado* en juicio.