

CONSULTA NUM. 8/1985

EN TORNO A LA COMPATIBILIDAD DEL ENCUBRIMIENTO EN SU FORMA DE FAVORECIMIENTO REAL CON EL SUBTIPO DE TENENCIA DE ESTUPEFACIENTES DEL ARTICULO 344 DEL CODIGO PEÑAL

I

En el resultando de hechos probados de sentencia dictada por una Audiencia Provincial se recogía la conducta siguiente: Tras un registro realizado por la Policía en el domicilio conyugal de los procesados A y B, se les ocuparon 8 gramos de heroína, y en el piso habitado por C, madre de A, correspondiente al mismo edificio en que habitan aquéllos, fueron intervenidos 27,5 gramos de la sustancia referida, propiedad del matrimonio A-B, preparados para su venta. Con estos hechos la Audiencia entendió que A y B eran autores de un delito previsto en el artículo 344 del Código Penal, pero no así C, porque no participaba en las operaciones de tráfico a que se dedicaban A y B, y porque la posesión de las drogas por C tampoco estaba orientada a favorecer la persistencia de sus hijos en las actividades de tráfico, sino tan solo a ocultar los efectos del delito a fin de impedir su descubrimiento. De esta manera C es considerada encubridora, pero queda exenta de responsabilidad en virtud de lo dispuesto en el artículo 18 del Código penal, dada su condición de madre de la condenada como autora directa A.

Si la actividad de C es calificada en la sentencia de

encubrimiento, se está concluyendo, dice el Fiscal que consulta, que su participación tuvo lugar con posterioridad a la ejecución del delito; y no está conforme con que el delito hubiere sido ya ejecutado por A-B, cuando, al mismo tiempo, se afirma que tanto la droga poseída por C como la hallada en poder de los condenados se encontraba preparada para su venta; precisamente esta última constatación no puede tener otro significado que el de situarnos ante una actividad de tráfico interrumpida antes de su planeada conclusión, aunque jurídicamente deba ser tenida por consumada a causa de la imposibilidad de apreciar en estos delitos formas imperfectas de ejecución; afirma, por último, que la mera observación de la realidad criminológica no permite deducir de los hechos que C tuviera la posesión de los 27,5 gramos de heroína después de que sus hijos dieran término a sus operaciones con el único propósito de hacer desaparecer la droga y evitar el descubrimiento del delito por ellos cometido.

De la sentencia, siempre según los antecedentes aportados, se extraen los siguientes datos a valorar:

— Que C, conociendo la actividad ilegal que desplegaban A-B, poseía la heroína propiedad de los condenados con el fin de ocultarla e impedir su descubrimiento.

— Que C ni había intervenido personalmente en operaciones de tráfico ni favorecía la persistencia de sus hijos en el tráfico; su única participación fue posterior a la ejecución delictiva.

II

No se ha proporcionado el texto íntegro de la sentencia, pero pese a desconocerse su literalidad, es preciso partir de que la modalidad de encubrimiento que se atribuyó a C es la del favorecimiento real definido en el artículo 17, 2.º del Código penal. Y ello por dos razones; una, porque en ella se emplea el giro legal de ocultar —la droga— para

impedir su descubrimiento, y otra, porque se aplica la exención de pena que describe el artículo 18 del propio Código, supuesto que carece de vigencia cuando se trata del otro tipo de favorecimiento real o actividad complementaria del artículo 17, 1.º

Estamos situados, pues, en el área del artículo 17.2.º forma de encubrimiento que consiste en intervenir con posterioridad a la ejecución del delito ocultando o inutilizando el cuerpo, los efectos o los instrumentos para impedir su descubrimiento. Y más en concreto en el favorecimiento real constituido por la ocultación del *corpus delicti*. En los hechos que proporciona la Consulta, es indiscutido el conocimiento de la perpetración de la conducta punible por la procesada, absuelta con causa en el artículo 18. Pero tiene especial interés el examen de otros requisitos, especialmente el positivo de intervenir después de la ejecución.

En efecto ¿interviene o no después de la ejecución quien posee con el fin inmediato de ocultar la droga perteneciente a otros y que se hallaba en disposición de venta? En la letra del artículo 17, párrafo primero, es esencial a todo encubrimiento la intervención *post delictum*. Si, según el supuesto de la Consulta, la droga ocultada por un tercero se encontraba ya con anterioridad en disposición de tráfico ilegal por aquellos a quienes pertenecía, es preciso concluir que cuando la poseedora actual interviene no sólo se han rebasado los actos preparatorios sino que se ha llegado al círculo de la fase ejecutiva e incluso al de la consumación formal; por ello a quien a partir de ese momento inicia su actividad, le cuadra, en principio, la condición jurídica de encubridor, y en mayor medida si observamos que en los delitos de mera actividad —naturaleza a la que responde el comprendido en el artículo 344— no se requiere que la acción vaya seguida de un resultado separable, puesto que la ejecución se produce con la realización formal de los elementos del tipo positivo de injusto; pero hay otra razón, y es que a diferencia del artículo 17,1.º —en el que los actos de favorecimiento se realizan de modo necesario des-

pués de consumado el delito principal como con los actos típicos del artículo 17,2.º lo que se pretende es la impunidad, éste tiene aplicación incluso en los favorecimientos de delitos imperfectos cualesquiera sea su naturaleza.

En suma, la conducta valorada en la sentencia no se separa abstractamente del encubrimiento tanto si consideramos a esta figura como participación accesoría que tiene lugar tras la ejecución, como si se exigiera que la intervención sea posterior a la consumación porque en el artículo 344 existen actos meramente ejecutivos que constituyen consumación anticipada. En el delito a que nos estamos refiriendo, la posesión con el fin de realizar actos dispositivos posteriores integran el delito de tráfico de estupefacientes para quien ejerce la posesión mediata, y la conducta del poseedor inmediato, por supuesto con ánimo no de tráfico propio sino de ocultación para que el autor se aproveche de ello, constituye un acto posterior que encaja en el artículo 17,2.º del Código Penal.

A cuanto antecede podría objetarse que dada la naturaleza del delito contenido en el artículo 344, es incompatible con el favorecimiento real tanto en su aplicación práctica como en un orden técnico. Es cierto que prácticamente la modalidad de encubrimiento del artículo 17,2.º que consiste en la ocultación no tiene virtualidad, como después veremos. Desde el punto de vista de su construcción teórica y partiendo de que el delito del artículo 344 es de carácter permanente, puede concluirse que si toda intervención tiene lugar durante la comisión y nunca *ex post*, cualquier participación se traducirá en cooperación y nunca en encubrimiento. Sin embargo, hay que precisar. Si todas las infracciones en cuyo tipo se halla la tenencia, por su propio sentido gramatical, representan una conducta de cierta duración o permanencia, la posesión ilegal para traficar encaja mejor que en un delito permanente de modo absoluto en la estructura de un delito permanente de modo eventual (también llamados instantáneos de efectos permanentes) en los cuales una actividad instantánea crea una situación anti-

jurídica prolongada; ello es así porque el subtipo de tenencia en el artículo 344 no exige que la actividad lesiva se prolongue durante cierto tiempo para estimar cometido el delito, y en él la consumación, en cuanto anticipada, está terminada antes del cese del comportamiento antijurídico. La consumación anticipada producida por el acto posesorio con vocación de tráfico extingue la consumación y, al impedir su continuación, cualquier intervención de un tercero en ese momento puede calificarse de postdelictiva.

Si hay, pues, actos consumativos en la actividad de A-B el comportamiento de C tendría su ajuste en el encubrimiento del artículo 17, 2.º, pues C es un mediador posesorio, subposeedor o poseedor *alieno nomine* sin otra finalidad que la de ocultar y conservar para impedir el descubrimiento del delito ya en su fase ejecutiva. Pero si formalmente en nuestro caso puede haber encubrimiento tras el examen de su estricta regulación positiva, son necesarias especificaciones que, en un orden práctico, impedirán la aplicación de la penalidad prevista para esta forma de participación; en efecto, en la tenencia de estupefacientes de pertenencia ajena con fines de ocultación —no de inutilización— caben otras proyecciones típicas cuya consecuencia punitiva excede en gravedad a la de la participación accesoria y no permite aplicar tampoco el artículo 18. Dado que la tenencia de drogas para ocultarlas con los requisitos y fines del artículo 17, 2.º sea técnicamente encubrimiento si se conoce y acepta el hecho típico doloso, en ocasiones ese mismo acto posesorio puede conformarse con la estructura de un específico tipo penal y en particular puede ser hábil para encuadrar la conducta directamente en el artículo 344, bien por haber concluido el eventual encubridor el tipo principal, o, mejor, por haber realizado una actividad dependiente en alguna de las formas legales de cooperación; en todos estos casos resultan inaplicables las sanciones para el encubrimiento, porque, de una parte, según el tenor del artículo 17, párrafo inicial, se excluye del encubrimiento cualquier participación que se integre en la auto-

ría o en la complicidad, y por otra, porque el artículo 55 condiciona la penalidad prevista en el artículo 54 a que la conducta constitutiva de encubrimiento no se halle especialmente penada por la Ley. En definitiva, como la posesión para ocultar que forma parte del favorecimiento constituye también un subtipo del artículo 344, el favorecedor será castigado con las penas correspondientes al autor o cooperador de ese delito, pues a tenor del principio de subsidiariedad que se recoge en el artículo 55 no es posible el concurso ideal cuando el mismo hecho del encubrimiento real integre otro delito, sino que en estos casos la responsabilidad por el encubrimiento queda absorbida por la de los autores o cómplices.

Todo ello quiere decir que la solución práctica a que llega el autor de la Consulta debe aceptarse, por cuanto la conducta de C, que, reunía las características precisas para ser sancionada como cooperación al delito cometido por A-B, fue incluida en otra penalmente menos relevante cual es la del encubrimiento.

Una reciente sentencia del Tribunal Supremo, la del 17 de febrero de 1984, considera una conducta análoga a la que antes hemos ponderado como constitutiva de cooperación necesaria del artículo 14, 3.º, aunque, ciertamente, su argumentación no se ajusta del todo a la expuesta. Sus hechos básicos eran estos: A, conductor de su automóvil y B que le acompañaba ocupando el asiento delantero, al despertar sospechas fueron objeto de un registro, hallándose bajo el asiento de B 220 gramos de hachís; efectuado después registro domiciliario, fueron intervenidos en el domicilio de A 4 kilogramos de hachís pertenecientes a B, quien los había entregado a aquél para su custodia y representaban el resto de 5 kilogramos que había adquirido para su reventa. B fue condenado como autor de un delito del artículo 344, en tanto que la conducta de A poseedor material de los 4 kilogramos de hachís fue calificada, sin más especificaciones, de encubrimiento por la sentencia de instancia. El Ministerio Fiscal formalizó recurso de casación

«por indebida aplicación del artículo 17 e inaplicación del artículo 14, 1.º, en relación con el artículo 344, todos del vigente Código penal». El Tribunal Supremo expresa que nunca debió calificarse de encubrimiento la conducta del procesado A «*toda vez que el delito se estaba cometiendo*, ya que en el resultando correspondiente se declara que fueron sorprendidos ambos procesados portando 220 gramos de hachís y que practicado un registro domiciliario en el de A fueron encontrados 4 kilogramos de hachís que *había recibido para su custodia* del otro procesado, resto de un total de 5 kilogramos que B había adquirido y del que había dispuesto de un kilogramo, teniendo destinado el que custodiaba A para la reventa, *poniéndose así de relieve el carácter indispensable del acto* por parte de A como es la custodia de gran cantidad de hachís que se proyectaba para su venta».

En resumen, respecto al mero acto material de custodiar y ocultar las drogas entregadas por un tercero conociendo que estaban destinadas al tráfico ilícito, caben estas posibilidades al tiempo de su integración típica: en un orden puramente técnico puede conformarse con la participación accesorio del encubrimiento por tratarse jurídicamente de una actividad *post delictum*; mas como ese mismo comportamiento está reflejado en alguno de los subtipos del artículo 344 como cooperación necesaria, estas serán las normas a aplicar en virtud del principio de subsidiariedad consagrado en el artículo 55; pero tampoco debe excluirse que la ocultación constitutiva del favorecimiento real del artículo 17, 2.º provoque una forma de favorecimiento del consumo ilegal de drogas capaz de satisfacer el tipo del artículo 344, que será entoces aplicable como delito propio y no como participación en el delito de un tercero.

Madrid, 14 de octubre de 1985.

EL FISCAL GENERAL DEL ESTADO

Excmos. e Ilmos. Sres. Fiscales Jefes de las Audiencias Territoriales y Provinciales.