

SECCION DE JURISPRUDENCIA

Comentarios a la jurisprudencia del Tribunal Supremo

Sección dirigida por
SANTIAGO MIR PUIG
Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Barcelona

CASOS LIMITE ENTRE EL ENCUBRIMIENTO Y LA RECEPCION

(Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1987)

ELENA FARRE TREPAT
Profesor titular de Derecho penal de la Universidad de Barcelona

I

Francisco S. V. recibió de su amigo Santiago M. F., autor de un delito de robo, algunas de las joyas sustraídas para que las vendiera y le entregara después el dinero obtenido. Francisco S. V. recibió por la venta de las joyas la cantidad de 29.700 pesetas, que entregó a Santiago. A cambio de ello éste le dio la cantidad de 1.000 pesetas.

La sentencia de la Audiencia condenó a Francisco S. V. como *autor de un delito de receptación* del artículo 546 bis a) del Código penal con la agravante de reincidencia a la pena de dos años, cuatro meses y un día de prisión menor y multa de 60.000 pesetas. Contra esta resolución el Ministerio Fiscal interpuso recurso en favor del reo. El Tribunal Supremo estimó procedente el recurso y condenó al procesado como *encubridor de un delito de robo con fuerza en las cosas*, con la agravante de reincidencia a la pena de tres meses de arresto mayor.

II

El presente comentario se centra en el análisis de la conducta de Francisco S. V. Esta clase de comportamientos, en los que el sujeto vende los efectos del delito anterior (en otros casos se limita a buscar

un comprador, o bien a acompañar al autor al lugar donde aquél se encuentra), y obtiene por ello una remuneración, son comportamientos que se dan con mucha frecuencia en la práctica. Su interés radica principalmente en el hecho de que todavía no se ha llegado a un acuerdo con respecto a su tratamiento jurídico-penal. Ya la diversidad de calificaciones que en relación al supuesto de hecho expuestos aportan la Audiencia y el Tribunal Supremo pone de manifiesto esta falta de acuerdo. Pero la misma jurisprudencia del Tribunal Supremo es contradictoria en el tratamiento de esta clase de conductas. En reiteradas ocasiones ha considerado el Tribunal Supremo que hechos de esta clase constituyen un delito de encubrimiento del artículo 17,1 del Código penal (1), pues al vender o ayudar a la venta del producto el intermediario «auxilia a los delincuentes para que se aprovechen de los efectos del delito». En otras sentencias, en cambio, ha considerado estos hechos constitutivos de un delito de receptación (2), por entender que mediante la gratificación que obtiene el sujeto «se aprovecha para sí de los efectos del delito». La impresión de desconcierto que se advierte en general en la jurisprudencia del Tribunal Supremo en torno al tratamiento de estos casos se ve confirmada por el hecho de que el mismo Tribunal Supremo haya afirmado en alguna ocasión que nos encontramos aquí ante «supuestos híbridos» (3), «de características confusas» (4) y «de difícil encuadramiento» (5).

III

1. En general, las relaciones existentes entre el encubrimiento y la receptación, que constituyen el marco dentro del cual deben encuadrarse los supuestos examinados, no son pacíficas (6). No se duda

(1) En este sentido, las sentencias de 26 de mayo de 1981 (A. 2.282), 14 de diciembre de 1981 (A. 5.002), 1 de junio de 1983 (A. 3.077), 30 de diciembre de 1983 (A. 6.759), 6 de marzo de 1984 (A. 1.711), 3 de mayo de 1985 (A. 2.435), 5 de mayo de 1986 (A. 2.415), 19 de noviembre de 1986 (A. 6.985), 7 de mayo de 1987 (A. 3.023) y 21 de octubre de 1987.

(2) Sentencias de 11 de noviembre de 1982 (A. 7.102); 3 de febrero de 1983 (A. 717); 24 de febrero de 1983 (A. 1.718), en la que la gratificación consistió en objetos provenientes del delito anterior; 8 de marzo de 1983 (A. 1.782); 13 de diciembre de 1984 (A. 6.273); 29 de abril de 1985 (A. 2.148); 27 de junio de 1985 (A. 3.078), en estas dos últimas parte de los efectos que recibió como gratificación también procedían directamente del delito anterior. También estimaron receptación las sentencias de 26 de noviembre de 1985 (A. 5.488), 7 de noviembre de 1986 (A. 6.817) y 16 de marzo de 1987 (A. 2.169).

(3) En este sentido se han expresado las sentencias de 17 de diciembre de 1982 (A. 7.717), 4 de febrero de 1985 (A. 866), 17 de enero de 1986 (A. 148), 5 de mayo de 1986 (A. 2.415), 3 de octubre de 1986 (A. 5.475) y 23 de diciembre de 1986 (A. 7.982).

(4) Así la sentencia de 5 de mayo de 1986 (A. 2.415).

(5) Sentencia de 3 de octubre de 1986 (A. 5.475).

(6) Sobre las relaciones entre el encubrimiento y la receptación en general véase CONDE-PÚMPIDO: *Encubrimiento y receptación*, 1955, pp. 236 y ss., y 299 y ss. Así como QUINTANO: *Tratado de Derecho penal*, P. E., t. III, pp. 376 y ss.

en atribuir una parte importante de las dificultades que existen para la distinción de ambas figuras a la desafortunada reforma de 9 de mayo de 1950, que dejó pasar la oportunidad que le brindaba el Proyecto de Reforma de adecuar la regulación legal del encubrimiento y la receptación al sentir doctrinal y a las legislaciones contemporáneas (7). La Ley de 9 de mayo de 1950 reguló en un delito autónomo, en el capítulo VII del título XIII del Código penal, sólo una parte de los supuestos que comprendía anteriormente el artículo 17,1: los de aprovechamiento en beneficio propio de los efectos procedentes de los delitos contra la propiedad (término que se modificó posteriormente por el de bienes). Los restantes supuestos, es decir, aquéllos en los que el autor auxilia a los delincuentes para que se aprovechen de los efectos del delito, continuaron regulándose en el artículo 17,1; por lo que continuó vigente para estos casos la discusión doctrinal existente en torno a la naturaleza jurídica de los mismos (8). El sistema que se siguió fue distinto, sin embargo, en relación con el aprovechamiento de los efectos que provienen de una falta —se refiere a ellos expresamente el artículo 546 bis c). En estos casos se establecen una serie de diferencias estructurales con respecto a la receptación y al encubrimiento de delitos (9). Si bien este distinto tratamiento no se estima justificado y más bien se considera una fuente de complicaciones (10).

2. Pero tratándose de un problema práctico de primer orden la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha esforzado en establecer criterios que permitan delimitar con la mayor claridad posible las relaciones entre ambas figuras. Con este fin ha acogido también, como se expondrá a continuación, los puntos de vista sostenidos por diversos sectores doctrinales. En este sentido últimamente se ha puesto

(7) En el proyecto de reforma se trasladaban al libro II todas las modalidades del artículo 17: en parte a los delitos contra la Administración de Justicia, en parte a los delitos contra la propiedad. Véase, sobre ello, MARTOS NÚÑEZ: *El delito de receptación*, 1985, pp. 54 y ss.

(8) Existen en nuestra doctrina básicamente tres posiciones en relación con la naturaleza del encubrimiento del artículo 17,1. A) En el artículo 17,1, a diferencia de los supuestos 2 y 3 del mismo artículo, se regula un acto de participación en el delito, el denominado «auxilio complementario» (Conde-Pumpido, Rodríguez Mourullo, Sáinz Cantero). B) El encubrimiento en ninguna de sus modalidades constituye una forma de participación, pero tampoco se trata de un delito plenamente autónomo (Mir Puig, Gómez Benítez y O. de Toledo/S. Huerta). C) El encubrimiento constituye un delito autónomo que lesiona un bien jurídico distinto al lesionado por el delito anterior (Silvela, Antón Oneca, Martos Núñez, Bustos y Cobo/Vives). En general, sobre esta temática, véase RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal español*, P. G., pp. 778 y ss. MIR PUIG: *Manual de Derecho penal*, P. G., pp. 352 y ss. O. DE TOLEDO/S HUERTA: *Derecho penal*, P. G. «Teoría Jurídica del delito», 1986, pp. 549 y ss.

(9) Cfr. BAJO-FERNÁNDEZ, M.: *Manual de Derecho penal*, P. E., en «Delitos patrimoniales y económicos», 1987, pp. 337 y ss.

(10) En sentido crítico MUÑOZ CONDE: *Derecho penal*, P. E., 6 ed., 1985, pp. 314 y ss. QUERALT JIMÉNEZ, J. J.: *Derecho penal español*, P. E., vol. II, 1987, p. 702.

de relieve en reiteradas sentencias (11) que existen entre el favorecimiento real del artículo 17,1 y la receptación del artículo 546 bis a) diversos elementos comunes a la vez que también algunos elementos diferenciales. Los *elementos comunes* a ambas figuras, en torno a los cuales existe acuerdo y en cuya consideración no entraremos en este lugar, son los siguientes: 1) Una intervención posterior en un delito ya cometido y que se halla en fase de agotamiento. 2) Conocimiento de la infracción previamente perpetrada. 3) Que el sujeto no haya participado en el delito anterior como autor o cómplice. Los *elementos diferenciales* que se señalan son los siguientes: 1) Por una parte, se advierte que el artículo 17,1 es aplicable a cualquier especie delictiva mientras que el artículo 546 bis a) sólo opera en los delitos contra los bienes, y, sobre todo, 2) se apunta hacia el hecho de que en el número 1 del artículo 17 el encubridor se limita a auxiliar a los delinquentes para que se aprovechen de los efectos de la infracción, obrando desinteresadamente y con «animus adjuvandi», mientras que, en el artículo 546 bis a), el receptor aprovecha para sí los efectos del delito, actuando con propósito de enriquecimiento o «animus lucrandi». Fundamentan la distinción en este último aspecto un gran número de sentencias (12). Sin embargo, este punto de vista plantea problemas en relación con los supuestos que aquí examinamos.

3. En primer lugar, es preciso señalar que al situar principalmente en el plano subjetivo el elemento diferencial esencial entre ambos delitos, la jurisprudencia se adhiere al punto de vista sostenido por un importante sector de nuestra doctrina, que también considera el elemento subjetivo el único que permite distinguir entre ambas figuras. En este sentido señala Conde-Punpido que si la ayuda que se presta al autor del delito contra los bienes «se realiza para obtener un lucro propio, podría hablarse de receptación, mientras que si se obra con otro fin... se dará favorecimiento. Hay que tener en cuenta siempre que el receptor actúa por un fin de lucro, el encubridor complementario por el mero fin de auxiliar al culpable a consolidar las ventajas de su delito. Es el móvil de la acción el elemento diferenciador» (13).

(11) Entre otras, las sentencias de 17 de diciembre de 1982 (A. 7.717), 4 de febrero de 1985 (A. 866), 3 de junio de 1985 (A. 2.954), 29 de noviembre de 1985 (A.A. 5.504 y 5.497), 17 de enero de 1986 (A. 148), 5 de mayo de 1986 (A. 2.415), 3 de octubre de 1986 (A. 5.475), 7 de noviembre de 1986 (A. 6.817) y 23 de diciembre de 1986 (A. 7.982).

(12) En este sentido, por ejemplo, las sentencias de 24 de febrero de 1983 (A. 1.718), 15 de junio de 1983 (A. 3.538), 17 de enero de 1984 (A. 29), 20 de marzo de 1984 (A. 1.838), 27 de marzo de 1984 (A. 2.297), 3 de junio de 1985 (A. 2.954), 22 de octubre de 1985 (A. 5.039), 3 de octubre de 1986 (A. 5.475), 7 de noviembre de 1986 (A. 6.817), 10 de marzo de 1987 (A. 2.140) y 21 de octubre de 1987.

(13) *Encubrimiento y receptación*, 1955, p. 21, nota 21, si bien posteriormente matiza este criterio en el sentido que se expondrá. También fundamentan la distinción exclusivamente en el elemento subjetivo QUINTANO RIPOLLÉS: *Tratado de Derecho penal*, P. E., T. III, pp. 364 y 377. Aunque considera que no «debe ser tomado

Pero aun dentro de este punto de vista, que sitúa en la parte subjetiva el elemento diferencial, es preciso distinguir dos tendencias, que conducen a resultados distintos en relación a las conductas que estudiamos. Por una parte, algunos autores así como un sector de la jurisprudencia interpretan la voluntad de auxiliar propia del encubrimiento en un sentido altruista, generoso y desinteresado. De esta forma se expresan Rodríguez Devesa, cuando señala que en «el encubrimiento el autor ha de proceder desinteresadamente» (14), y Quintano, quien estima que sobre todo después de la Reforma de 1950 hay que entender que el móvil altruista configura el encubrimiento y el móvil egoísta la receptación (15). Asimismo, la sentencia de 25 de octubre de 1983 (A. 4.795) manifiesta que la «diferencia fundamental que existe entre el delito autónomo de receptación o encubrimiento con ánimo de lucro del artículo 546 bis a), párrafo primero, del Código penal, y la figura de encubrimiento-participación del número 1 del artículo 17 del propio texto legal radica en la exigencia en aquél, como elemento esencial, de un ánimo de lucro que mueva la actividad del autor que no se requiere, o por mejor decir «se rechaza», en la propia definición del segundo...» (16). En esta dirección se encuentra la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código penal de 1983, que restringe los supuestos de favorecimiento real, situándolos entre los delitos contra la Administración de Justicia, entre otros, a los casos en que el autor auxilia, sin ánimo de lucro propio, a los ejecutores para que se beneficien del producto, provecho o precio de un delito (art. 423,1).

Según esta interpretación restrictiva del artículo 17,1, que no tiene base legal, quedarán al margen del mismo todos los casos en que el autor no actúa desinteresadamente, sino con ánimo de obtener un lucro propio. Estos supuestos pueden dar lugar a un delito de receptación. De seguirse este criterio de delimitación, las conductas de intermediarios que aquí comentamos, en las que normalmente concurre un móvil lucrativo y no generoso y desinteresado, quedarían al margen desde un principio del delito de encubrimiento del artículo 17,1 del Código penal, pudiendo en todo caso subsumirse en el delito de receptación siempre que concurren todos los requisitos del mismo (17).

4. Junto a esta posición restrictiva del encubrimiento, carente de base legal, otro sector doctrinal y jurisprudencial se limita a requerir

este criterio al pie de la letra, por ser posibles encubrimientos del artículo 17 perfectamente lucrativos para el encubridor, como son los retribuidos». RODRÍGUEZ DEVESA, en *Derecho penal español*, P. G., 1981, pp. 786 y ss. RODRÍGUEZ RAMOS, en *Compendio de Derecho penal*, P. E., 1985, p. 353.

(14) *Ob. cit.*, pp. 786 y ss.

(15) *Ob. cit.*, pp. 364 y ss. y 377.

(16) En este mismo sentido entre otras las sentencias de 4 de diciembre de 1985 (A. 5.982), 17 de enero de 1986 (A. 148), 5 de mayo de 1986 (A. 2.415) y 23 de diciembre de 1986 (A. 7.982).

(17) Llega, por tanto, a soluciones inconsecuentes con el punto de vista del que parte inicialmente la sentencia de 5 de mayo de 1986 (A. 2.415).

un distinto ánimo en una y otra figura, sin precisar más sobre las razones que han impulsado al autor a realizar su conducta. «En el delito de receptación del artículo 546 bis a) ha de darse un «*animus lucrandi*» y en el encubrimiento-participación del citado artículo 17, número 1, un «*animus adjuvandi*» (18). El «*animus adjuvandi*», constituye, por lo tanto, un elemento necesario, pero también suficiente en el aspecto subjetivo, para que concurra el encubrimiento del artículo 17,1. No es preciso que el agente actúe desinteresadamente o con ánimo altruista o generoso, ni queda excluida la citada tipicidad por el hecho de que el móvil de la conducta sea el lucro. Como señala Conde-Pumpido es suficiente con que se realice un acto que represente un auxilio para el aprovechamiento de los culpables, sea cual sea el fin que guiaba el acto, es decir, la compasión, el lucro o el afán de perfeccionar el delito iniciado (19). Según esto, es perfectamente posible la figura del encubrimiento del artículo 17,1 realizada con ánimo de lucro. Por consiguiente las conductas de intermediario, que aquí examinamos, podrán subsumirse en el citado tipo del encubrimiento. En este sentido algunas sentencias del Tribunal Supremo se refieren a estos supuestos como de «*favorecimiento real retribuido*» (20).

Pero en esta clase de conductas concurren en el agente los dos elementos subjetivos indicados: el ánimo de auxiliar a los delincuentes para que se aprovechen de los efectos del delito, pero también el ánimo de aprovecharse para sí de alguna forma de los mismos. Por ello, tampoco puede descartarse, en principio, la aplicación a estos casos del delito de receptación. Podría acudirse, en todo caso, a un concurso de normas o de delitos, sin embargo, el Tribunal Supremo se adhiere a una tercera vía de solución.

En efecto, en relación a esta clase de supuestos algunas sentencias del Tribunal Supremo matizan la anterior distinción entre el encubrimiento y la receptación en el sentido de considerar como elemento diferencial entre ambas figuras el «*interés principal*» que ha movido al agente. Cuando el autor persigue *principalmente* —aunque consiga también cualquier provecho para sí— ser útil a otra persona ayudándola a consolidar las ventajas que proceden del hecho delictivo, se estará en la hipótesis del artículo 17,1, mientras que será de aplicación

(18) Sentencia de 29 de noviembre de 1985 (A. 5.504). En el mismo sentido, entre otras, las sentencias de 24 de febrero de 1983 (A. 1.718), 15 de junio de 1983 (A. 3.538), 17 de enero de 1984 (A. 29), 20 de marzo de 1984 (A. 1.838), 3 de junio de 1985 (A. 2.954), 22 de octubre de 1985 (A. 5.039), 7 de noviembre de 1986 (A. 6.817), 10 de marzo de 1987 (A. 2.140) y 21 de octubre de 1987.

(19) *Op. cit.*, p. 290. Le sigue RODRÍGUEZ MOURULLO: *Comentarios al Código penal*, t. I, 1976, p. 919. También en este sentido las sentencias de 1 de junio de 1983 (A. 3.077), 6 y 20 de marzo de 1984 (AA. 1.711 y 1.838, respectivamente) y 29 de noviembre de 1985 (A. 5.497).

(20) Así sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 1985 (A. 866), 17 de enero de 1986 (A. 148) y 23 de diciembre de 1988 (A. 7.982).

el delito de receptación si el sujeto actúa *primordialmente* con fin de lucro y provee a su propia utilidad (21). A esta posición se adhiere en sus fundamentos de derecho la sentencia que comentamos: «La más reciente doctrina de esta Sala... ha venido poniendo el acento diferenciador, en estos supuestos no del todo claros, en el ánimo o propósito que prima y predomina en el agente...». En la doctrina española han acogido también este punto de vista Conde-Pumpido (22) y Quintano, aunque con reservas (23).

5. Antes de exponer mi punto de vista sobre esta posición tiene interés hacer referencia a un grupo de sentencias, el ponente de las cuales es Vivas Marzal, que añade un nuevo factor a tener en consideración en la determinación de estos supuestos: «En la praxis —señala la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 1985 (A. 866)— abundan y se dan con frecuencia casos límite, híbridos o mestizos que podrían bautizarse con la denominación de «favorecimiento real retribuido»... debiéndose en estos casos dirimir la cuestión atendiendo a diversos criterios circunstanciales, pero, muy especialmente, acudiendo a dos factores, esto es, a si la gratificación supone la percepción directa de parte de los efectos del delito, o si el encubridor, al prestar su cooperación, lo hizo movido principalmente por “*animus adjuvandi*” y sólo secundariamente por el “*animus lucrandi*” o viceversa; en el primer caso su comportamiento debe subsumirse en el artículo 17,1 del Código penal y, en el segundo, en el artículo 546 bis a) del referido cuerpo legal» (24).

IV

1. El criterio diferencial, que atiende exclusivamente al ánimo principal, en orden a la delimitación entre el encubrimiento y la receptación, debe rechazarse. En primer lugar, porque no tiene en consideración todos los elementos que intervienen en la delimitación legal de estas figuras. En segundo lugar, porque la aplicación en la práctica del citado criterio plantea grandes dificultades, como admite el Tribunal Supremo en varias sentencias también en la que comentamos (25), por no decir que resulta imposible.

Ya señaló Quintano que para intentar solventar las dificultades de carácter práctico que conlleva el indagar en la mente del autor

(21) Así la sentencia de 22 de octubre de 1985 (A. 5.041) y también las de 5 de mayo de 1986 (A. 2.415), 17 de enero de 1986 (A. 148) y 21 de octubre de 1987.

(22) *Ob. cit.*, p. 301.

(23) *Ob. cit.*, p. 379.

(24) En idénticos términos se expresan las sentencias de 17 de diciembre de 1982 (A. 7.717), 17 de enero de 1986 (A. 148) y 23 de diciembre de 1986 (A. 7.982).

(25) Así lo manifiestan las sentencias de 22 de octubre de 1985 (A. 5.041), 5 de mayo de 1986 (A. 2.415), 21 de octubre de 1987, y también QUINTANO: *ob. cit.*, p. 379, y CONDE-PUMPIDO: *ob. cit.*, pp. 301 y ss.

cuál fue el móvil predominante, cabe acudir, aunque ello no constituya una solución definitiva del problema, a la consideración de factores circunstanciales como, por ejemplo, las relaciones que median entre el encubridor y el encubierto: que éstas sean de carácter comercial, de amistad, de conocimiento, de convivencia, de parentesco, etc. (26). El Tribunal Supremo ha acogido esta vía de solución en algunas sentencias: vía de solución que, por otra parte, admite siempre que se trata de determinar la voluntad que guiaba al autor (27). Así, por ejemplo, en varias sentencias la cantidad de dinero que a cambio de su colaboración recibe el intermediario se ha considerado una circunstancia a tener en cuenta para determinar el ánimo principal. Cuando la cantidad que se ha entregado ha sido poca, el hecho se ha calificado de encubrimiento (28); de receptación, en cambio, cuando la cantidad ha sido más importante (29). En esta línea se sitúan las sentencias de 9 de junio de 1986 (A. 3.125) y 7 de mayo de 1987 (A. 3.023). En ellas se establece la distinción en el ánimo predominante y se señala la posibilidad —cuando el «animus adjuvandi» es el imperante— de que se dé un encubrimiento con la esperanza en el sujeto de obtener alguna ventaja económica, pero «siempre que esta recompensa sea proporcionada a su secundaria actuación, pues si es de algún modo equiparable a la de su mandante, entonces su responsabilidad queda también equiparada, haciéndose reo del más grave delito de receptación». Parece, pues, que la cantidad de dinero que recibe el intermediario pasa a constituir realmente el elemento diferencial entre ambas conductas.

Las dificultades que surgen en la determinación de «ánimo principal» se ponen también de relieve, por ejemplo, en la sentencia de 5 de mayo de 1986 (A. 2.415), que calificó de encubridora de un delito de robo a María Dolores M. R., quien había actuado de mediadora en la venta o intercambio por dinero y droga de los objetos robados. A cambio de ello recibió una dosis de heroína que se inyectó. El Tribunal Supremo estimó que la finalidad que movía principalmente la actividad de María Dolores no era la de obtener un provecho propio, sino la de ayudar a los autores del delito anterior y ello en base a la relación afectiva que la ligaba a uno de ellos —era su novia—, el hecho de que no se quedara con ninguno de los objetos robados —joyas, relojes, etc.— y a su estricta intervención facilitadora de la liquidación de aquéllos. Aun cuando se aceptase la califica-

(26) *Op. cit.*, p. 379.

(27) Sobre la forma de inducir la existencia del dolo de matar o de lesionar en orden a la distinción entre las lesiones consumadas y el homicidio frustrado, véase mi comentario: *Dolo eventual, imprudencia y formas de imperfecta ejecución*, en «ADPCP», 1986, pp. 269 y ss.

(28) Además de la sentencia comentada, las sentencias de 26 de mayo de 1981 (A. 2.282) y 21 de octubre de 1987, en las que la gratificación asciende a 1.000 pesetas.

(29) En la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 1983 (A. 1.782), 11 de noviembre de 1982 (A. 7.102), en la que el intermediario recibió 60.000 pesetas, y 13 de diciembre de 1984 (A. 6.273), con una ganancia de 600.000 pesetas.

ción de encubrimiento para este supuesto, no se puede dejar de reconocer que los argumentos por los que se llega a esta solución son discutibles y que, apuntando hacia otras circunstancias —como, por ejemplo, la drogadicción de la muchacha— se hubiera podido llegar también a la solución contraria. Lo más grave del caso es que la diferencia de pena entre el encubrimiento y la receptación puede ser considerable, como es el caso de la sentencia que se comenta. Por ello, el Tribunal Supremo ha considerado en alguna sentencia (30), que si no fuera posible determinar el ánimo principal que movía al agente, en virtud del principio «in dubio pro reo» habrá que castigar por encubrimiento.

2. En mi opinión, la nota distintiva entre ambas figuras debe extraerse tanto del texto legal como de la interpretación de los preceptos y no radica en un elemento estrictamente subjetivo tan difícil de determinar como el expuesto. La receptación consiste en que el autor se aproveche de los efectos procedentes del precedente delito y el encubrimiento en prestar auxilio a los delincuentes para que éstos se aprovechen de los efectos del mismo (31). En primer lugar, el *elemento diferencial* entre ambas figuras radica, por tanto, en determinar, como también ha manifestado el Tribunal Supremo en algunas ocasiones (32), el destinatario del aprovechamiento. Si el sujeto en cuestión se aprovecha para sí de los efectos del delito: receptación; si auxilia a los delincuentes para que se aprovechen: encubrimiento. Pero tampoco bastaría con cualquier clase de aprovechamiento por parte del encubridor para convertir el hecho en receptación. *Sólo concurre un delito de receptación si el aprovechamiento lo es de los efectos que proceden directamente del delito*. La denominada receptación sustitutiva, es decir, el aprovechamiento de los efectos adquiridos por lo sujetos a cambio de los efectos directos del mismo, queda al margen de la receptación descrita en el artículo 546 bis a).

3. Lo cierto es que no existe acuerdo en la doctrina penal española en relación al tratamiento de la *receptación sustitutiva*. Rodríguez Devesa se muestra contrario a su aceptación cuando exige que «los efectos en cuestión sean los provenientes del delito, y no lo es, verbigracia, el reloj comprado con el dinero sustraído» (33). Pero, en cambio, Conde-Pumpido considera que la receptación puede recaer sobre cualquier efecto de un delito contra los bienes, tanto si constituye un producto directo del mismo, como si es sustitutivo de

(30) Así la sentencia de 17 de enero de 1986 (A. 148).

(31) También las sentencias de 29 de octubre de 1976 (A. 4.379), 28 de febrero de 1977 (A. 719), 16 de octubre de 1978 (A. 3.167), todas de Hijas de Palacios, y 4 de octubre de 1978 (A. 3.083), entre otras.

(32) Sentencias del Tribunal Supremo de 1 de junio de 1983 (A. 3.077), 3 de julio de 1984 (A. 3.775) y 6 de marzo de 1984 (A. 1.711), con referencias a otras sentencias.

(33) *Derecho penal español*, P. E., 8 ed., 1980, p. 575.

otros y se ha obtenido mediante permuta o compra con los objetos o dinero originarios (34). También Quintano y Rodríguez Mourullo aceptan este punto de vista (35).

Ciertamente, la discusión sobre la punibilidad o no de la recepción sustitutiva no puede moverse exclusivamente en el terreno de la letra del artículo 546 bis a); pues este precepto se limita a constatar que el aprovechamiento ha de serlo de los efectos de un delito contra los bienes. Por tanto, también el aprovecharse del producto del intercambio de los efectos directos puede ser considerado un aprovechamiento de los efectos, aunque sea indirectamente y en sentido amplio. Sin embargo, la impunidad de estos supuestos me parece evidente, ya que su aceptación comportaría una ampliación indeseable del tipo de la receptación a conductas no merecedoras de pena y conduciría también a una gran inseguridad jurídica. Supongamos, por ejemplo, que A, autor de un robo de joyas, se las vende a B y con el dinero que obtiene de la venta le compra a su esposa C un abrigo de pieles e invita a D y E a unas copas en el bar de F, con el dinero que le sobra. Su esposa C le regala más tarde el abrigo a su amiga G. De considerarse punible la receptación sustitutiva, no sólo la conducta de B constituiría delito, sino también las de C, D, E, F y G, en la medida en que conocieran la procedencia del dinero.

Aunque no se infiera claramente de la letra de la Ley la impunidad de la receptación sustitutiva puede extraerse del fundamento mismo del delito de receptación. Constituye una opinión doctrinal comúnmente admitida la que atribuye a la receptación un doble fundamento (36). En primer lugar, se castiga al receptor porque con su actividad promueve la comisión de delitos contra la propiedad, dando lugar a hechos antijurídicos que no se producirían si el autor no tuviera la seguridad de poder obtener el provecho que le garantiza el receptor. La receptación constituye una forma indirecta de protección de los bienes jurídicos atacados a través de los delitos precedentes. En segundo lugar, la actividad del receptor aumenta o completa la lesión del bien jurídico, que produce el delito anterior. Pues bien, en las conductas de receptación sustitutiva no concurre ninguna de las dos razones señaladas. Por una parte, porque únicamente el que intercambia el efecto del delito anterior en dinero u otro producto o lo acepta tal como es, por las razones que sean, hace surgir en los posibles delincuentes la expectativa de que podrá obtener algún provecho de la realización de un delito contra los bienes. En el ejemplo anterior, tan sólo la conducta de B, garantiza

(34) *Ob. cit.*, p. 198.

(35) QUINTANO: *ob. cit.*, pp. 395 y ss., aunque con reservas. RODRÍGUEZ MOURULLO: *Comentarios al Código penal*, t. I, pp. 917 y ss.

(36) Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA; *Derecho penal español*, P. E., p. 573, MUÑOZ CONDE: *ob. cit.*, p. 314. BAJO FERNÁNDEZ: *ob. cit.*, pp. 331 y ss.

a A la obtención de un provecho efectivo de su delito (37). Por otra parte, porque sólo aquél que obtiene directamente el efecto del delito, puede proseguir o aumentar la lesión del bien jurídico atacado con el delito anterior.

V

1. Después de lo expuesto en torno a la receptación sustitutiva, cabe concluir que Francisco S. V., así como otros sujetos que lleven a cabo conductas de intermediarios, no podrán ser considerados normalmente autores de un delito de receptación. El provecho que el intermediario obtiene en este caso proviene indirectamente de los efectos del delito. Sería distinto si, como sucede en ocasiones, la gratificación consiste en uno o varios de los efectos provenientes del delito anterior, en cuyo caso sí puede considerarse al intermediario autor de un delito de receptación. Así lo ha estimado también el Tribunal Supremo en varias sentencias (38). De cualquier forma, dado que en estos supuestos límite que se analizan, la delimitación entre el aprovechamiento directo o indirecto de los efectos del delito puede plantear dificultades, considero acertada la solución de la P.A.N.C.P. de incluirlos expresamente en el delito de receptación.

Ahora bien, aun cuando su conducta no comporte un aprovechamiento directo de los efectos del delito, el intermediario deberá ser considerado, en mi opinión, *partícipe en un delito de receptación*. Lo que realmente realiza este sujeto, en todo caso, es una intervención en un delito de otro, del verdadero receptor. Su intervención puede consistir en una inducción al delito de receptación —si logra causar en el receptor la resolución de cometer el delito—, o bien de cooperación al mismo. En este último caso su aportación puede constituir una cooperación necesaria (art. 14,3) o sólo una complicidad en la receptación (art. 16) (39). También el Tribunal Supremo

(37) En base a estas consideraciones cabría sostener que la receptación de dinero se situaría normalmente al margen de la punibilidad; pues, al constituir el dinero el efecto del delito anterior, el autor, normalmente, no precisará de ulteriores conductas para poder aprovecharse del mismo, como sucede, en cambio, si se trata de joyas u otros objetos. Esta cuestión no ha sido planteada doctrinalmente en España. En Alemania se acepta la receptación de dinero y se discute si debe tratarse exclusivamente del dinero obtenido con el delito anterior, así la doc. dom., o bien si cabría receptación también sobre el dinero intercambiado, así ROXIN: *H.Mayer-Festschrift*, pp. 470 y ss. El Tribunal Supremo español ha aceptado la receptación de dinero en la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1983 (A. 4.141).

(38) Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 1983 (A. 1.718), 19 de abril de 1985 (A. 2.148) y 27 de junio de 1985 (A. 3.078).

(39) Sobre la difícil distinción entre cooperación necesaria y complicidad véase GIMBERNAT ORDEIG: *Autor y cómplice en Derecho penal*, 1966, pp. 152 y ss. RODRÍGUEZ MOURULLO: *ob. cit.*, pp. 872 y ss. MIR PUIG: *Derecho penal*, parte general, pp. 348 y ss.

ha tenido en cuenta este aspecto de intervención en un hecho ajeno para calificar, en la sentencia de 26 de mayo de 1983 (A. 2.784), la conducta de José C. A. de cooperación necesaria en un delito de receptación. Este se limitó a poner en contacto a su padre —comprador de las joyas robadas— con el autor del robo, trasladando a aquél en el automóvil de su propiedad hasta el lugar donde se consumó la operación.

2. Pero, ciertamente, con su aportación, el intermediario no se limita a intervenir en el hecho del perista; también realiza objetivamente un auxilio al autor del delito anterior para que se aproveche de los efectos del mismo. Es preciso, por consiguiente, dar respuesta a la cuestión de si además del delito de receptación, del que responderá como autor o como partícipe según que se aproveche él mismo o ayude al perista a aprovecharse directamente de los efectos del delito, el intermediario realiza también un delito de encubrimiento. En la citada sentencia de 26 de mayo de 1983 (A. 2.784) se descarta la calificación de encubrimiento junto a la de cooperación necesaria de receptación en atención al criterio, anteriormente expuesto y rechazado, del ánimo preponderante.

Para dar respuesta a esta cuestión es preciso detenerse, aunque de forma breve, en la parte subjetiva del tipo de encubrimiento descrito en el artículo 17,1 en relación con el respectivo delito encubierto. La expresión: «para que se aprovechen de los efectos del delito o falta», que utiliza el citado artículo, puede ser interpretada, por lo menos, en dos sentidos distintos. En primer lugar, como expresión de una particular exigencia finalista, que restringiría el encubrimiento a las conductas de auxilio a los delincuentes con el fin de que se aprovechen de los efectos del delito. La relación entre el encubrimiento y la receptación podría describirse, por tanto, como dos círculos secantes. Al margen del encubrimiento, permanecerían aquellas conductas de aprovechamiento propio en las que no concurre la finalidad señalada, por más que objetivamente comporten en todo caso un auxilio a los autores del delito anterior que les permite obtener las ventajas del mismo. Estas conductas darían lugar a la figura de receptación si el aprovechamiento lo fuera de los efectos del delito. En la parte común a ambos círculos se situarían los comportamientos de aprovechamiento propio de los efectos del delito con la finalidad de que el autor del delito precedente obtenga las ventajas de su hecho antijurídico. En estos casos la solución dogmáticamente más correcta podría ser, en principio, el concurso de delitos (40).

(40) La aceptación de esta solución dependería, sin embargo, de cuál sea el bien jurídico que se considera lesionado a través del delito de encubrimiento del artículo 17,1. Pues, en opinión de algunos autores, el bien jurídico lesionado sería en estos casos la Administración de Justicia, en opinión de otro sector doctrinal, en cambio, el bien que se lesiona es el mismo que en el delito anterior (cfr. nota 8 de este texto).

Sin embargo, es preferible la interpretación de la doctrina española que no exige en el encubrimiento del artículo 17,1 ninguna finalidad específica. Con la expresión: «para que se aproveche», se quiere poner de relieve en qué debe consistir el auxilio al que se refiere el citado precepto. «La proposición “para”, está al servicio de la descripción de la conducta en su aspecto objetivo y no implica la presencia de un ánimo específico» (41). Por tanto, para la realización de esta modalidad de encubrimiento es suficiente que concurra el denominado por la jurisprudencia dolo genérico. La conducta de receptación comportará la de encubrimiento del artículo 17,1. Por ello, la relación entre ambas figuras es la de concurso de normas, siendo la receptación Ley especial frente al encubrimiento (42).

VI

En relación con la sentencia comentada, cabe extraer, por consiguiente, las siguientes conclusiones:

1. El criterio jurisprudencial que acoge últimamente el Tribunal Supremo en relación con las conductas de intermediario, como la de Francisco S. V., que aquí se analiza y que atiende exclusivamente a la finalidad principal —ya sea ésta un «animus lucrandi» o bien un «animus adjuvandi»— con la que actúa el sujeto, no puede aceptarse. En primer lugar, porque no tiene en cuenta otros elementos diferenciales expresados legalmente; en segundo lugar, porque su aplicación práctica reviste grandes dificultades.

2. El elemento diferencial entre ambas figuras se encuentra, también en relación con las conductas de intermediario, en el hecho de que el aprovechamiento propio lo sea o no de los efectos directos del delito.

3. Aunque no se desprenda de la letra de la Ley, la receptación sustitutiva es impune, como puede extraerse del fundamento de la punición del delito de receptación.

4. La conducta de Francisco S. V. y normalmente las conductas de intermediario, pueden dar lugar a la comisión de dos o más delitos. En primer lugar, si el sujeto se aprovecha directamente de los efectos del delito precedente debe ser considerado autor de un delito de receptación. Las conductas de inducción a un delito de receptación o bien de cooperación necesaria o complicidad con el mismo, que también puede realizar quedarán subsumidas en la anterior califica-

En este último caso, la solución del concurso de delitos no sería aceptable, por atentar ambas figuras —el encubrimiento del artículo 17,1 y la receptación— al mismo bien jurídico.

(41) Cfr. CONDE-PUMPIDO: *ob. cit.*, p. 290. RODRÍGUEZ MOURULLO: *ob. cit.*, pp. 198 y ss.

(42) Cfr. GÓMEZ BENÍTEZ: *Teoría jurídica del delito*, 1984, p. 546.

ción. En el supuesto de que el intermediario no se aproveche directamente de los efectos del delito anterior, que es el caso de Francisco S. V., deberá estimarse sólo concurrente una conducta de participación en un delito de receptación. La calificación que me parece más adecuada para el supuesto de hecho de la sentencia que comentamos es la de *inducción a un delito de receptación*, o en todo caso, por no constar en los hechos probados ninguna actividad de inducción, la de *cooperación necesaria*. Pero, por otra parte, el intermediario realiza también un delito de *encubrimiento del artículo 17,1*, pues auxilia, por lo menos con dolo directo de segundo grado, al autor para que se aproveche de los efectos del delito.

5. Al no exigir el delito de encubrimiento del artículo 17,1 ninguna finalidad específica para su realización, la relación existente entre las dos conductas señaladas será la de concurso de leyes, que deberá resolverse en base al principio de especialidad. La calificación que se estima más correcta para el supuesto de hecho estudiado es, por tanto, la de *cooperación necesaria en un delito de receptación*.