

## **PROBLEMAS DE APLICACIÓN CON EL TIPO PENAL DE ENCUBRIMIENTO REAL DEL ARTICULO 405 DEL CODIGO PENAL**

**César Augusto Nakazaki Servigón,  
Abogado, Profesor de Derecho Penal  
de la Universidad de Lima y de la  
Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo de  
Lambayeque**

Con ocasión de procesar penalmente al ex Comandante General de las Fuerzas Armadas Nicolás de Bari Hermoza Ríos y a miembros de su familia como consecuencia del descubrimiento de cuentas bancarias en Suiza, el Ministerio Público formuló las siguientes denuncias penales:

- Denuncia penal contra el general Nicolás de Bari Hermoza Ríos como autor del delito de encubrimiento real por haber ocultado el dinero proveniente de la comisión de peculado y cohecho pasivo propio en las cuentas bancarias aperturadas en Suiza.
- Denuncia penal contra los hijos afines del General Nicolás de Bari Hermoza Ríos, como autores del delito de encubrimiento real por haber aperturado las cuentas bancarias o recibido dinero proveniente de la comisión de cohecho pasivo propio y de peculado.

Las denuncias penales fueron objeto de auto de denegación de procesamiento penal; la primera por la atipicidad del hecho imputado, y la segunda por no ser el hecho atribuido justiciable penalmente por la concurrencia de una causa personal de exclusión de la pena.

A continuación se demuestra la corrección de las decisiones judiciales emitidas por la Juez del Segundo Juzgado Penal Especial en los dos casos señalados.

**1.- Error de tipificación al subsumir la conducta de Nicolás de Bari Hermoza Ríos en el supuesto de hecho típico de encubrimiento real del artículo 405 del Código Penal.**

La demostración del error de tipificación que contiene la denuncia penal requiere de la previa determinación de la estructura típica del encubrimiento real.

El examen dogmático jurídico del tipo penal del artículo 405 del Código Penal establece que el delito de encubrimiento real tiene la siguiente estructura típica:

**COMPOSICIÓN TÍPICA DEL DELITO DE ENCUBRIMIENTO REAL CONFORME AL ARTICULO 405 DEL CODIGO PENAL**

**BIEN JURÍDICO**

El objeto de tutela penal es el correcto desarrollo de la función jurisdiccional, específicamente, para aplicar el derecho penal a los responsables del delito y brindar tutela efectiva.

PARTE OBJETIVA DEL TIPO	PARTE SUBJETIVA DEL TIPO
<p><b>1) <u>La previa realización de un delito.</u></b>  Debe existir un delito cometido con anterioridad para que se pueda configurar el encubrimiento. <sup>1</sup> No basta la comisión de una falta para que se verifique este elemento del tipo.<sup>2 3</sup></p>	<p><b>1) <u>El dolo .</u></b>  Conocimiento y voluntad de los elementos de la parte objetiva del tipo.</p>
<p><b>2) <u>Los sujetos.</u></b>  Sujeto activo es cualquier persona imputable, siempre y cuando no haya intervenido en el delito antecedente como autor o partícipe.<sup>4 5 6</sup></p>	

<sup>1</sup> Angel Calderón Cerezo y J. A. Choclán Montalvo, Derecho Penal, Tomo II, Parte Especial, Página 1110, Bosch, Barcelona, España, 1999.

<sup>2</sup> Enrique Orts Berenguer, Obra colectiva, Derecho Penal Parte Especial, 3º edición, Página 788, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 1999.

<sup>3</sup> La doctrina española afirma que este elemento del tipo se verifica en el caso que el hecho antecedente alcance a ser un injusto penal, esto es una acción, típica y antijurídica, sin que sea necesario que concurra el elemento culpabilidad, por ejemplo en el caso que un inimputable lesione con un cuchillo y el amigo oculte el arma para que no descubran al autor. Considero que la estructura del tipo penal del artículo 405 no permite aplicar en el Perú tal regla, ya que en la fórmula legal se hace expresa mención a que el hecho antecedente debe ser un delito, que exige la concurrencia de los tres presupuestos de la punibilidad: tipicidad, antijuricidad, y culpabilidad. Es más la regla de la doctrina española tiene expreso fundamento en el artículo 453 del Código Penal Español que establece la configuración del delito de encubrimiento así el hecho encubierto sea realizado por un inimputable; no existe en la legislación peruana norma similar.

<sup>4</sup> Enrique Orts Berenguer, Obra colectiva, Derecho Penal Parte Especial, 3º edición, Página 788, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 1999.

<sup>5</sup> Gonzalo Quintero Olivares, Obra colectiva, Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal, Página 1334, Aranzadi Editorial, Pamplona, España, 1999.

<sup>6</sup> Manuel Frisancho Aparicio, Delitos contra la Administración de Justicia, Página 69, Jurista Editores, Lima, Perú, 2000.

<p>Sujeto pasivo es el Estado como titular del bien jurídico función jurisdiccional.</p>	
<p><b>3) Acción.</b></p> <p>Dado a que se trata de un tipo penal alternativo, existen dos formas de realizar el encubrimiento real:</p> <p><b>a.-</b> Dificultar la acción de la justicia procurando la desaparición de las huellas, es decir el cuerpo del delito, su materialidad; o las pruebas, esto es las vías o medios que podrían ser utilizadas para su demostración, la del autor o los partícipes. <sup>7</sup></p> <p><b>b.-</b> Dificultar la acción de la justicia ocultando los efectos del delito, esto es, el producto de la realización del delito, por ejemplo el dinero obtenido en el caso del peculado doloso por apropiación.</p>	

<sup>7</sup> Cuando en la fórmula típica para describir la acción se utiliza la frase procurando la desaparición, se estaría estableciendo, como opina Frisancho Aparicio, que esta modalidad de encubrimiento real es un delito de pura actividad al no exigir para su consumación algún resultado, esto es, no se requeriría que desapareciera la huella o la prueba para considerar consumado el delito. Distinto es el caso de la otra modalidad en la que si se necesita que se produzca el ocultamiento de los efectos para la consumación, aquí si se trata de un delito de resultado.

Al hacer la operación de subsunción del hecho imputado a Nicolás de Bari Hermoza Ríos en el tipo penal de favorecimiento real, inmediatamente se ubica el error de tipificación que presentó la denuncia penal.

En efecto, si en la denuncia objeto de calificación se imputó, incluso por confesión, que Nicolás de Bari Hermoza Ríos habría cometido delitos de cohecho y peculado cuyo efecto era el dinero depositado en las cuentas bancarias, jurídicamente resultaba imposible considerar acto seguido que el imputado realizó el delito de encubrimiento real al ocultar el dinero en las cuentas bancarias al recurrir al mecanismo del trust.

Nicolás de Bari Hermoza Ríos no podía ser autor de encubrimiento real por ocultar los efectos de los delitos de cohecho y peculado que confesó, pues como ya se ha establecido, sujeto activo de favorecimiento real solamente lo puede ser quien no actuó como autor o partícipe en los delitos de cohecho pasivo propio y de peculado doloso por apropiación.

El respeto al límite formal de la función punitiva del Estado principio de legalidad, exigía que en cumplimiento del deber de adecuada tipificación se desestimase el extremo de la imputación de comisión de delito de encubrimiento real por Nicolás de Bari Hermoza Ríos, quien en estricta aplicación del derecho penal debía ser procesado solamente como autor de cohecho pasivo propio y de peculado.

La tesis de la defensa técnica del imputado efectuada en la fase de calificación fue recogida en el auto de denegación de procesamiento penal de fecha 22 de junio del 2001 expedido por la Juez del Segundo Juzgado Penal Especial.

**2.- Demostración del error de derecho que significó formular cargo de encubrimiento real a los hijos afines del General Nicolás de Bari Hermosa Ríos, al no ser el hecho atribuido justiciable penalmente por presentar una causa personal de exclusión de la pena.**

Como regla general la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad son los presupuestos materiales suficientes para generar la necesidad de pena; sin embargo existen ciertos casos en los que el injusto (acción, típica y antijurídica) culpable no es suficiente, sino que la decisión de punibilidad depende de otros elementos que se encuentra fuera del injusto culpable, las denominadas excepciones personales de punibilidad.<sup>8 9</sup>

Las excepciones personales a la punibilidad son de dos clases :

- Las causas personales de exclusión de la pena que son circunstancias que se oponen a la punición por concurrir en el momento de la acción delictiva; ejemplo el privilegio del parentesco en el caso del artículo 406 del Código Penal.<sup>10 11</sup>
- Las causas personales de levantamiento o cancelación de la punibilidad que son circunstancias que se producen después del momento de la acción delictiva y eliminan con carácter retroactivo la

---

<sup>8</sup> Hans Heinrich Jescheck, Tratado de Derecho Penal Parte General, Volumen Segundo, Página 756, Bosch Casa Editorial, Barcelona, España, 1981.

<sup>9</sup> Johannes Wessels, Derecho Penal Parte General, Página 142, Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1980.

<sup>10</sup> Hans Heinrich Jescheck, Obra citada, Página 757.

<sup>11</sup> Felipe Villavicencio Terreros, Obra citada, Página 133.

punibilidad ya surgida; ejemplo la prescripción extintiva de la acción penal del artículo 78 del Código Penal.<sup>12 13</sup>

El tipo legal del artículo 406 del Código de 1991 contempla una causa personal de exclusión de la punibilidad :

“Están **exentos de pena** los que ejecutan cualquiera de los hechos previstos en los artículos 404° y 405° si sus relaciones con la persona favorecida son tan estrechas como para excusar su conducta.”

Dentro de las relaciones “tan estrechas” entre el autor real y el favorecido se ubica el parentesco; que la doctrina en este tema denomina el privilegio del parentesco.

Los autores españoles **A. CALDERON CEREZO** y **J. A. CHOCLAN MONTALVO** señalan que la causa personal de exclusión de la punibilidad en el delito de favorecimiento real tiene como fundamento la no exigibilidad de otra conducta por las relaciones de afecto que se presume existen entre los parientes próximos.<sup>14</sup>

---

<sup>12</sup> Hans Heinrich Jescheck, Obra citada, Página 758.

<sup>13</sup> Felipe Villavicencio Terreros, Obra citada, Página 134.

<sup>14</sup> A. Calderón Cerezo y J. A. Choclán Montalvo, Derecho Penal, Tomo II, Parte Especial, Página 1112, Editorial Bosch S.A., Barcelona, España, 1999.

Los autores argentinos Carlos **FONTAN BALESTRA** <sup>15</sup>, Sebastián **SOLER** <sup>16</sup>, Ricardo **C. NUÑEZ** <sup>17</sup> y Carlos **CREUS** <sup>18</sup>, señalan como sujetos comprendidos en el ámbito de la excusa absolutoria en el caso de delito de encubrimiento; a la esposa, a los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, al amigo íntimo o a una persona a la que se debiese especial gratitud.

El artículo 454 del Código Penal Español establece que están exentos de pena los encubridores del cónyuge o de una persona a quien se hallen ligados por una relación de parentesco, dentro de la cual expresamente se contemplan a los descendientes por afinidad.

El artículo 17 del Código Penal Chileno ubica dentro del ámbito de la excusa absolutoria a los encubridores del delincuente con el que mantengan una relación de parentesco por afinidad en toda la línea recta y en la colateral hasta el segundo grado inclusive.

La condición de hijos de la esposa del imputado Nicolás de Bari Hermoza Ríos establece que con éste tengan una relación de parentesco afín conforme a lo establecido en el artículo 237 del Código Civil, que a la letra dice:

“Artículo 237.- Parentesco por afinidad

---

<sup>15</sup> Carlos Fontan Balestra, Tratado de Derecho Penal, Tomo VII, Parte Especial, Segunda Edición actualizada por Guillermo Ledesma, Páginas 474 y 475, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1980.

<sup>16</sup> Sebastián Soler, Derecho Penal Argentino, Tomo V, Páginas 255 a 257. TEA, Buenos Aires, Argentina, 1978.

<sup>17</sup> Ricardo C. Nuñez, Manual de Derecho Penal, Parte Especial, 2° Edición actualizada por Víctor F. Reinaldi, Páginas 473 y 474, Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, Argentina, 1999.

<sup>18</sup> Carlos Creus, Derecho Penal Parte Especial, Tomo 2, 3° edición actualizada, Páginas 362 y 363, Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1990.



El matrimonio produce parentesco de afinidad entre cada uno de los cónyuges con los parientes consanguíneos del otro. Cada cónyuge se halla en igual línea y grado de parentesco por afinidad que el otro por consanguinidad.

La afinidad en línea recta no acaba por la disolución del matrimonio que la produce. Subsiste la afinidad en el segundo grado de la línea colateral en caso de divorcio y mientras viva el ex-cónyuge.

Los hijos de la cónyuge de Nicolás de Bari Hermosa Ríos resultaron parientes afines en línea recta y en primer grado de éste.

Francesco **MESSINEO**, el gran maestro italiano, define a la afinidad como un vínculo familiar que surge entre el cónyuge y los parientes del otro cónyuge.<sup>19</sup>

Doménico **BARBERO**, el maestro italiano, define a la afinidad como una relación natural entre un cónyuge y los parientes del otro que se funda en el vínculo del matrimonio.<sup>20</sup>

Guillermo **BORDA**, el gran civilista argentino, afirma que el parentesco por afinidad es el que nace del matrimonio y se encuentra limitado al cónyuge que queda unido así a los parientes consanguíneos del otro cónyuge.<sup>21</sup>

---

<sup>19</sup> Francesco Messineo, Manual de Derecho Civil y Comercial, Tomo II, Doctrinas Generales, Páginas 147 y 148, EJE, Buenos Aires, Argentina, 1971.

<sup>20</sup> Doménico Barbero, Sistema del Derecho Privado, Tomo I, Introducción, Parte Preliminar-Parte General, Páginas 216 y 217, EJE, Buenos Aires, Argentina, 1967.

<sup>21</sup> Guillermo Borda, Tratado de Derecho Civil, Familia, Tomo I, 7ma. Edición ampliada y

Gustavo **BOSSERT** y Eduardo A. **ZANONI**, los profesores de la Universidad de Buenos Aires, se refieren al parentesco por afinidad como un vínculo jurídico que genera el matrimonio entre un cónyuge y los parientes consanguíneos del otro cónyuge.<sup>22</sup>

La importancia de la relación de parentesco que vincula a los denunciados con el imputado Nicolás de Bari Hermoza Ríos se aprecia al examinar el artículo 237 segundo párrafo del Código de 1984, pues a pesar de tener su origen en el matrimonio la afinidad en línea recta no terminaría aún cuando se disolviese el vínculo matrimonial; es decir, que a pesar que dejase de ser la madre de los denunciados esposa de Nicolás de Bari Hermoza Ríos, aquellos mantendrían con éste la condición de hijos por afinidad.

El Estado político criminalmente decide sacrificar la aplicación penal en el caso del delito de encubrimiento para proteger la familia cuyo funcionamiento se afectaría si se impusiese a los parientes el deber de no encubrir, en el caso sub examen, al padre por afinidad, pues el bien jurídico familia respecto al bien jurídico función jurisdiccional tiene mayor jerarquía en la escala de objetos de tutela penal.

Pese a poder haberse cometido delito de encubrimiento real en la modalidad de ocultamiento de los efectos del delito, la estrecha relación con Nicolás de Bari Hermoza Ríos constituyó la causa personal de exclusión de la punibilidad del artículo 406 del Código Penal, que justificó la declaración de improcedencia de la denuncia penal.

---

actualizada, Páginas 28 y 29, Editorial Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1984.

<sup>22</sup> Gustavo Bossert y Eduardo Zanoni, Manual de Derecho de Familia, 2da. Edición ampliada, Páginas 32 y 33, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1989.

La tesis de la defensa técnica de los imputados efectuada en la fase de calificación fue recogida en el auto de denegación de procesamiento penal de fecha 24 de mayo del 2002 expedido por la Juez del Segundo Juzgado Penal Especial.