

Propuesta de reglas sobre interacción de sujetos cualificados y no cualificados

1. Está pendiente la eventual definición de una regla comprensiva sobre los efectos de la interacción entre *intranei* y *extranei* en los delitos especiales.

2. El AP 2015 contiene una definición parcial sobre el tema en los siguientes términos:

“Tratándose de hechos cuya descripción legal exige la concurrencia de una calidad especial en la persona del autor, el interviniente en quien no concurre tal calidad sólo responderá como inductor o cómplice, según corresponda”.

Una regla como esta prescinde de distinguir entre distintas clases de delitos especiales y puede ser interpretada de diversos modos. Por ejemplo, alguien puede suponer o exigir para la mantención de la unidad del título de imputación (delito especial) que sea el sujeto cualificado el que ejecute el hecho. Otros pueden sostener que también podría ejecutar el *extraneus*, y que en tal caso se mantendrá la unidad del título de imputación (delito especial), pero el no cualificado responderá solo como inductor o como cómplice, considerando las formas de intervención como meras reglas de determinación de la pena.

3. Esta regla tiene tres problemas principales:

a) Tiende a eliminar la distinción entre las diversas clases de delitos especiales –por ejemplo entre la prevaricación del juez y el alzamiento de bienes de la persona deudora–, lo que parece un retroceso de proporciones en relación con el estado de la cuestión.

b) No entrega un criterio, aunque sea por defecto, para resolver los casos de interacción entre cualificado y no cualificado cuando no hay intervención delictiva sino autoría mediata, en especial cuando el instrumento ejecutor es el sujeto cualificado.

c) No entrega un criterio claro, ante el silencio de la ley, para el tratamiento del sujeto cualificado que no ejecuta, sino solo induce o colabora con el ejecutor no cualificado (p. ej. el funcionario induce y ayuda al particular para que se apropie de bienes que el funcionario tiene bajo su custodia). Si la ley nada dice, ¿solo inducción o complicidad del funcionario en un delito común cometido por el particular?

La Comisión advirtió acertadamente el segundo y el tercer problema. Sin embargo, no parece posible resolverlos sin adoptar una definición sobre el primer problema, señalado en 3 a).

4. Si el “autor mediato” no es sujeto cualificado y el ejecutor-instrumento sí lo es, las alternativas son básicamente tres:

i. el no cualificado que instrumentaliza al cualificado para que ejecute el hecho nunca puede ser autor del delito especial. Por lo tanto, el no cualificado:

- comete el delito bajo el cual se deje subsumir el hecho sin la calidad especial del ejecutor, es decir, considerando al ejecutor como un simple instrumento (lo cual puede significar que no comete delito alguno); o bien,

- si la ley lo establece así para cada caso, comete un delito común “parecido” al especial (p. ej., si el particular instrumentaliza al notario para que este produzca un documento público que consigna como verdaderos hechos que son falsos, realiza un tipo especial de falsedad de instrumento público que puede ser cometida por un particular).

ii. el no cualificado que instrumentaliza al cualificado para que ejecute el hecho puede perfectamente ser autor del delito especial. Por lo tanto, basta con una regla de la parte general que así lo disponga, y así por ejemplo el particular que instrumentaliza al juez para que prevarique sería autor de prevaricación.

iii. hay que distinguir distintas clases de delitos especiales. P. ej., el *extraneus* no podría ser autor de prevaricación, pero sí de un delito concursal que ejecuta la persona deudora a la cual aquel ha instrumentalizado. Para que esta alternativa sea viable, la ley debe introducir la distinción entre los diversos delitos especiales y resolver qué ocurre en cada caso. Obviamente, esto tendría efectos también en materia de intervención delictiva y no solo en autoría mediata.

En cambio, los casos en que el “autor mediato” es precisamente el sujeto cualificado, la solución parece mucho más simple: basta la regla legal sobre autoría mediata para tenerlo como autor del delito especial.

5. En cuanto al problema del sujeto cualificado que no ejecuta, sino solo induce o colabora con el ejecutor no cualificado en un hecho que, de haber sido ejecutado por el sujeto cualificado, sería sin duda un delito especial. Aquí las alternativas son cuatro:

i. como no ejecuta el sujeto cualificado, no se comete delito especial alguno y por lo tanto el cualificado solo sería interviniente en un delito común, si es que existe;

ii. es indiferente que el cualificado no ejecute, pues su intervención en el hecho basta para que el título de imputación para todos los intervinientes sea el delito

especial. Pero cada uno es castigado según su forma de intervención, también el cualificado.

iii. es indiferente que el cualificado no ejecute, pues su intervención en el hecho basta para que el título de imputación para todos los intervinientes sea el delito especial. Y además el cualificado será considerado como autor, pues él quebranta el deber especial con independencia de su forma de intervención.

iv. la cuarta alternativa consiste en distinguir entre diversas clases de delitos especiales y aplicar, según el caso, la solución (ii) y la solución (iii), o bien, la (i) y la (ii), o bien, la (i) y la (iii).

6. Mi propuesta sería adoptar un sistema diferenciado que se base en la distinción ya integrada en la PE entre calidad especial como elemento del tipo y calidad especial como fundamento de una agravación. En este último caso, la calidad especial solo es una regla de determinación de la pena –una agravante. Esta agravante puede ser concerniente al hecho o concerniente a la persona, según la ley decida en cada caso. Será asunto de la dogmática extraer todas las consecuencias de una u otra opción legislativa.

7. Por lo tanto, las reglas que aquí interesan solo dicen relación con los casos en que la ley ha decidido que la calidad especial sea un elemento integrante del tipo penal.

Para estos casos, y solo para estos casos, propongo adoptar un sistema estricto con las siguientes consecuencias:

a) Cuando el “autor mediato” no es sujeto cualificado y el ejecutor-instrumento sí lo es, el no cualificado comete el delito que corresponda “saltándose” al instrumento cualificado. Esto puede significar que no comete delito alguno, salvo que la ley haya establecido una figura especial como, por ejemplo, en el caso del particular que instrumentaliza al notario: la falsificación de instrumento público es un delito especial en sentido estricto y por lo tanto solo puede cometerse cuando el funcionario competente infringe su deber. En cambio, en el caso de que el no cualificado obligue al funcionario a “torturar” a una persona, aquel cometerá un delito de lesiones.

b) Cuando el “autor mediato” es el sujeto cualificado, es autor del delito especial.

c) Cuando el sujeto cualificado no ejecuta, sino solo induce o colabora con el ejecutor no cualificado en un hecho cuya descripción legal exige la concurrencia en el autor de una calidad especial, el título de la imputación será el delito especial, se considerará autor al sujeto cualificado, y el *extraneus* responderá como cómplice.

La implementación de a) y c) requiere disposiciones legales. En cambio b) es un caso que puede entenderse comprendido bajo la regla general sobre autoría mediata.

8. La propuesta sería la siguiente:

Art. 33. *Intervinientes en el hecho.* Es responsable de un hecho punible quien interviene en él como autor, inductor o cómplice.

Art. 34. *Intervención como autor.* Es autor quien perpetra el hecho por sí mismo o a través de otro que no es responsable.

Tratándose de hechos cuya descripción legal exige la concurrencia de una calidad especial en la persona del autor, el interviniente que ostentare tal calidad responderá como autor y aquel en quien no concurre, como cómplice, con independencia de su forma de intervención en el hecho.

El que sin ostentar la calidad especial a que se refiere el inciso precedente perpetra el hecho a través de otro en quien ella concurre, pero que no es responsable, solo comete delito si el hecho es punible con prescindencia de la calidad especial del ejecutor, a no ser que la ley disponga otra cosa.

Art. 35. *Intervención como coautor.* Son coautores quienes realizan el hecho conjuntamente. Se entiende que hay realización conjunta del hecho por parte de quien interviene:

1° tomando parte en su perpetración; o

2° prestando alguna contribución determinante, siempre que se hubiere concertado previamente con los demás.

9. A lo anterior deben agregarse las reglas de la PE que sancionan al autor mediato *extraneus* conforme al delito especial (como en falsedades y, sugeriría, al menos tortura).

AvW, 24.6.2018