

33

IN S'PRAXIDE ET PRO

Revista

Enero 2014

33

Revista Penal

Enero 2014



tirant lo blanch



Penal

Revista Penal

Número 33

Sumario

Doctrina:

– La agravante de reincidencia en el Código penal español. Consideraciones de política criminal, por <i>Viviana Caruso Fontán</i>	3
– Armonización europea y previsión de responsabilidad de las personas jurídicas en el Código penal español, por <i>Norberto J. de la Mata Barranco</i>	32
– Los desafíos de la política criminal frente a las generaciones futuras y al principio de precaución: el caso de los OGM, por <i>Donato Castronuovo</i>	66
– Recurso de apelación penal y debido proceso, por <i>María Luisa Escalada López</i>	80
– El bien jurídico protegido en los delitos tributarios, por <i>Juan Carlos Ferré Olivé</i>	91
– Sobre la accesoriadad de la participación en los casos de tendencia interna trascendente, por <i>Andreas Hoyer</i>	108
– Dogmática jurídico-penal y Política criminal: Una relación conflictiva, pero necesaria, por <i>Francisco Muñoz Conde</i>	117
– La situación actual de la justicia penal en Italia, por <i>Enzo Musco</i>	130
– Retos político-criminales ante la delincuencia transnacional financiera, por <i>Ana Isabel Pérez Cepeda</i>	137
– Neoliberalismo y política criminal contemporánea, por <i>Fábio da Silva Bozza</i>	159
– La suspensión de la pena en el proyecto de reforma del Código Penal. Un giro hacia el Derecho penal de autor, por <i>Margarita Roig Torres</i>	170
– Algunos planteamientos y reflexiones prácticas en relación al efecto directo de las Directivas Comunitarias en Medio Ambiente y la posibilidad de aplicar las mismas con el objeto de completar normas penales en blanco, por <i>Antonio Vercher Noguera</i>	208
Especial: Algunas notas sobre Filippo Grispigni y el Derecho penal fascista, por <i>Francisco Muñoz Conde</i>	218
Sistemas penales comparados: Derecho penal médico (Criminal Law & Medicine).....	230
Bibliografía Notas bibliográficas por <i>Francisco Muñoz Conde</i>	281
In Memoriam	
– Joachim Vogel in Memoriam, por <i>Adán Nieto Martín y Luigi Foffani</i>	289
– Ruperto Núñez Barbero in Memoriam, por <i>Miguel Ángel Núñez Paz</i>	291
Crónica: Informe sobre el Congreso de Ciencias Criminales realizado el 5 de julio de 2013 en la ciudad de Göttingen (Alemania) “Imputación de comportamientos macrocriminales - aspectos empíricos y teóricos desde una perspectiva comparada”, por <i>Stefanie Bock</i>	293
Informe final del Grupo de Trabajo sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas.....	297



tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo Olavide de Sevilla y la Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal.

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
jcferreolive@gmail.com

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen	Borja Mapelli Caffarena. Univ. Sevilla
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
David Baigún. Univ. Buenos Aires	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Enzo Musco. Univ. Roma
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
George P.Fletcher. Univ.Columbia	Claus Roxin. Univ. München
Luigi Foffani. Univ. Módena	José Ramón Serrano Piedecabras. Univ. Castilla-La Mancha
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Ulrich Sieber. Max Planck Institut- Freiburg
Vicente Gimeno Sendra. UNED	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
José Manuel Gómez Benítez. Univ. Complutense	Klaus Tiedemann. Univ. Freiburg
José Luis González Cussac-Univ. Valencia	John Vervaele. Univ. Utrecht
Winfried Hassemer. Univ. Frankfurt	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz, Susana Barón Quintero y Víctor Macías Caro (Universidad de Huelva). Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha). Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura) Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda y Nieves Sanz Mulas (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Carmen Gómez Rivero y Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Pablo Galain Palermo (Max Planck Institut - Universidad Católica de Uruguay), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

Sistemas penales comparados

Martin Paul Wassmer (Alemania)	Manuel Vidaurre Aréchiga (México)
Luis Fernando Niño(Argentina)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Alexis Couto de Brito (Brasil)	Carlos Muñoz Pope (Panamá)
Álvaro Orlando Pérez Pinzón (Colombia)	Frederico de Lacerda Costa Pinto (Portugal)
Elena Núñez Castaño (España)	Ana Cecilia Morón (República Dominicana)
Angie A. Arce Acuña (Honduras)	Svetlana Paramonova (Rusia)
Luca Ramponi (Italia)	Pablo Galain Palermo (Uruguay)
Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)	

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.S.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email:tlb@tirant.com
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997
ISSN.: 1138-9168
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.
MAQUETA: PMc Media

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas.



Sobre la accesoriedad de la participación en los casos de tendencia interna trascendente

Andreas Hoyer

Revista Penal, n.º 33. - Enero 2014

Ficha técnica

Autor: Prof. Dr. Andreas Hoyer

Adscripción institucional: Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Kiel

Sumario: I. La decisión del Tribunal Supremo alemán de 14.7.2010 II. El ánimo de lucro como elemento encubierto del acontecer fáctico externo (“*äußeren Tatgeschehens*”) III. El ánimo de lucro como circunstancia del hecho que eleva lo injusto IV. Remuneración del hecho como circunstancia relativa al autor V. Ánimo de apropiación como elemento relativo al hecho y al autor VI. En general, tendencias internas relativas al hecho VII. En general, tendencias internas relativas al autor VIII Conclusión

Resumen: Resumidamente, lo desarrollado a continuación puede sintetizarse en las siguientes constataciones:

- Cuando autor y partícipe divergen en relación con la concurrencia de elementos relativos al autor, en tal caso, tal divergencia no lleva nunca a un desplazamiento de tipos, sino en todo caso de los marcos penales aplicables a aquellos.
- Cuando autor y partícipe divergen en relación con la concurrencia de elementos relativos al hecho, en tal caso, tal divergencia no lleva nunca a un desplazamiento de tipos en perjuicio del partícipe, sino en todo caso, a un desplazamiento de tipos a su favor.
- Estos dos principios valen tanto para las circunstancias que fundamentan como para las que modifican o excluyen la pena.
- Los elementos referentes al autor, en el sentido del primer principio, dan cuenta de una especial necesidad de prevención con respecto a los intervinientes en el hecho que muestran los mismos. Los elementos referentes al hecho, en el sentido del segundo principio, se refieren por el contrario a lo injusto de la acción o el resultado del hecho, esto es, a la medida de la lesión del bien jurídico causada objetivamente o comprendida subjetivamente por el dolo.
- Los elementos referentes al autor y al hecho conservan su carácter con independencia de si pertenecen al tipo objetivo o constituyen el objeto de una tendencia interna trascendente, en el tipo subjetivo.

Palabras clave: Elementos personales especiales. Elementos que fundamentan y modifican la pena. Elementos relativos al hecho y al autor. Tendencias internas trascendentes. Ánimo de lucro.

Abstract: In summary of the subsequent statements, the following five observations can be made in any case:

- If perpetrator and participant differ in terms of personal characteristics, this difference will never lead to an adjustment of the elements of the offence, but to an adjustment in the range of punishment at most.
- If perpetrator and participant differ in terms of act-related characteristics, this difference will under no circumstances result in an adjustment of the elements of the offence to the detriment of the participant, but—if at all—only for his benefit.
- Both guiding principles mentioned above apply for elements that establish punishment as well as for elements that modify or exclude punishment.
- Personal characteristics in terms of the first guiding principle above take account of the special need for prevention with regard to the perpetrator or participant who features those characteristics. In contrast, act-related characteristics in

terms of the second guiding principle above refer to the wrong of the result or the action. Therefore, such characteristics refer to the scope of the injury of legal interests objectively caused or subjectively encompassed by the actor's intent.

–Personal and act-related characteristics retain their specific nature, independent of whether they are part of the objective elements of the offence or constitute extended mental elements within the mental elements of the offence.

Key words: Specific personal characteristics. Elements establishing and modifying punishment. Act-related and personal characteristics. Extended mental elements. Intent to enrich oneself

Observaciones: “Zur Akzessorietät der Teilnahme bei *überschießenden Innentendenzen*”, Goldammer's Archiv für Strafrecht, 2012, pp. 123 y ss. Traducción castellana: Fernando Guanarteme Sánchez Lázaro. Nota del traductor, § 28 del Código penal alemán: “Elementos personales especiales:

(1) Si faltan en el partícipe (inductor o cómplice) elementos personales especiales (§ 14, inciso 1) que fundamenten la punibilidad del autor, debe reducirse la pena (...).

(2) Si la ley determina que elementos personales especiales agravan, disminuyen o excluyen la pena, ello sólo rige para el interviniente (autor o partícipe) en quien concurran”.

Recepción del artículo: 10-09-2013

Evaluación favorable: 10-10-2013

En su contribución “¿Qué es la Dogmática del Derecho penal y con qué fin se cultiva?” (GA 2011, pp. 445 y ss.), *Bernd Schünemann* recurría a modo de ejemplo, a las sentencia del Tribunal Supremo alemán (BGHSt) 55, 229, para justificar su tesis de la “insuficiente consideración de la Dogmática del Derecho penal por parte de la jurisprudencia de los más altos tribunales” (op. cit., p. 458). La siguiente contribución muestra también (por lo general, coincidiendo con Schünemann) hasta qué punto se entiende mal el § 28 del Código penal alemán en la sentencia del Tribunal Supremo alemán (BGHSt) 55, 229, y en las demás sentencias referidas en ella. A diferencia de *Schünemann*, este diagnóstico no se atribuye únicamente a “una jurisprudencia que menosprecia y malogra la dogmática” (op. cit., p. 460), que “no ha buscado [suficientemente] en la estructura teleológica profunda del § 28 del Código penal alemán” (op. cit., p. 493). El hecho de que, en la citada sentencia, casi todo esfuerzo del Tribunal Supremo por fructificar la dogmática del Derecho penal para una solución del concreto problema jurídico, resulte finalmente errado, pudiera deberse también a que la dogmática jurídico-penal al respecto no ha cumplido suficientemente aún con su función de clarificación y explicación en relación con la “estructura profunda del

§ 28 del Código penal alemán”. En tal sentido, para superar posibles déficits internos de la dogmática jurídico penal, la siguiente contribución persigue de la mano de la sentencia del Tribunal Supremo alemán (BGHSt) 55, 229, tomar postura más allá de la cuestión del ánimo de lucro (“*Bereicherungsabsicht*”) tratada en ella, sobre el alcance, en general, de los presupuestos de la accesoriedad en los casos de tendencia interna trascendente (“*überschießenden Innentendenzen*”).

I. LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO ALEMÁN DE 14.7.2010

La decisión del Tribunal Supremo alemán de 14.7.2010¹, sobre la punibilidad de los partícipes en los supuestos cualificados de sustracción de menores, despliega su significado bastante más allá del § 235. El ánimo del lucro, elemento del tipo aludido en esta sentencia, debe entenderse como referido al hecho evidentemente no sólo “en el contexto del § 235 IV 2”², sino con carácter general, no constituyendo por ello “un elemento personal especial en el sentido del § 28 II”³. Esta potencialidad generalizadora de sus reflexiones sobre el ánimo de lucro en el § 235 IV 2, resultan ya de la referencia que hace el TS alemán a una correspondiente clasificación del mismo elemento del tipo en relación

1 BGH v. 14.7.2010 -2 StR 104/10, BGHSt 55, 229.

2 BGHSt 55, 229 (233).

3 BGHSt 55, 229 (231).

con el § 271 III, en una decisión anterior⁴, y excluye el § 28 con independencia de que el ánimo de lucro funcione como agravante (como en el § 235 IV 2) o, como en otros tipos (por ejemplo, § 263), como fundamento de la punibilidad⁵.

El significado de la decisión se acentúa aún más, por el hecho de que el TS en el fundamento de su decisión, va más allá del ánimo de lucro y alude a todos los tipos con tendencias internas trascendentes. Al menos, “por lo general”⁶, los elementos que exigen una tal tendencia, se presentan como referidos al hecho, pues aparecen, en el tipo, como elementos externos, constituyendo así un elemento encubierto del acontecer externo: “Mediante la mera anticipación del momento de consumación, un elemento relativo al hecho, por lo general inequívoco (como el lucro), no puede transformarse en un otro referido al autor”, establece el TS aludiendo como refuerzo a una decisión anterior en la que sienta jurisprudencia (“Grundsatzentscheidung”)⁷, y en la que mediante una argumentación correspondiente, clasifica el ánimo de apropiación (“Zueignungsabsicht”) en relación con el § 242, también como relativo al hecho.

II. EL ÁNIMO DE LUCRO COMO ELEMENTO ENCUBIERTO DEL ACONTECER FÁCTICO EXTERNO (“ÄUSSEREN TATGESCHEHENS”)

La argumentación del TS alemán concluye en una equiparación por principio, de todos los elementos intencionales (“Absichten”), pues estos se refieren, en su totalidad, a un “elemento del acontecer fáctico externo”⁸ perseguido por el autor, resultando por ello, elementos tan relativos al hecho, como si ese “elemento del acontecer fáctico externo” debiera realizarse efectivamente conforme a un correspondiente elemento objetivo del tipo. En el caso del § 235 IV 2, por ejemplo, debiera cometerse el hecho ya objetivamente “bajo remuneración”, de forma que ese elemento “descriptor

del hecho” constituye “sin duda” un elemento relativo al hecho: “lo mismo vale también para el ánimo de lucro”⁹.

Pero la cuestión de que sea realmente “indudable” y “unívoco”, el hecho de que la remuneración de la conducta deba considerarse como un elemento relativo al hecho, y considerarse igual que un hipotético elemento del tipo del tenor: “lucro a través del hecho”, resulta en contra de nuestro TS, absolutamente dudoso y en cualquier caso, todo menos unívoco. Para hacer más visible la duda, basta con señalar que el mismo TS, que caracteriza el ánimo de lucro (“Bereicherungsabsicht”) como relativo al hecho, califica reiteradamente, la codicia (“Habgier”), en cuanto elemento del asesinato, como relativo al autor¹⁰. Si se prescinde de los “excesos verbales impregnados de moralina” (“moralintriebenden verbalen Kraftmeiereien”)¹¹, mediante los que la jurisprudencia carga su definición de codicia (“incremento insano, moralmente obsceno y sin duda reprochable del afán emprendedor” (“Erwerbssinnes”), repugnante afán de lucro a cualquier precio, que supera ampliamente en su falta de escrúpulos y consideración la medida de lo soportable”)¹², una muerte por codicia presupone en todo caso, que el autor se decidió al hecho por razón de un incremento de patrimonio¹³. Ese afán de incremento patrimonial o enriquecimiento constituye un “elemento encubierto del acontecer fáctico externo”, que siguiendo los principios de la decisión de 14.7.2010, debiera considerarse en efecto, como “unívocamente” relativo al hecho¹⁴. Cuando el TS en la misma decisión remite como apoyo a otra decisión anterior en la que sienta jurisprudencia (“Grundsatzentscheidung”) sobre los bajos motivos en el marco del tipo de asesinato¹⁵, parece obviar que justo en esa decisión se califica la codicia como caso especial de los bajos motivos al igual que todos los demás elementos relativos al autor¹⁶. Pero por qué el móvil de la “codicia” o sea, “el ánimo de lucro”,

4 BGHSt 55, 229 (233), con referencia a la BGHSt 53, 34 (38).

5 BGHSt 55, 229 (233).

6 BGHSt 55, 229 (232).

7 BGHSt 55, 229 (232), con referencia a la BGHSt 22, 375 (380).

8 BGHSt 55, 229 (232).

9 BGHSt 55, 229 (233).

10 Cfr. por ejemplo BGHSt 22, 375 (379).

11 Así BGHSt 10, 399; 29, 317; BGH NJW 1993, 1664 (1665); Fischer, 58ª ed. 2011, § 211 marg. 8; Lackner/Kühl, 27ª ed. 2011, § 211 marg. 4; Mitsch JuS 1996, 121 (124); Otto Jura 1994, 141 (145); Wessels/Hettinger BT I, 34ª marg. 2010, marg. 94.

12 Cfr. BGHSt 29, 318; 10, 399; BGH NSTZ 1993, 386; BGH NJW 1995, 2365 (2366).

13 MK/Schneider (2003), § 211 marg. 58.

14 BGHSt 55, 229 (232).

15 BGHSt 55, 229 (232 y s.), con referencia a la BGHSt 22, 375 (378).

16 BGHSt 22, 375 (379).

debe entenderse como relativo al autor, cuando impulsa al autor a un homicidio, y por el contrario, como unívocamente relativo al hecho, cuando lo mueve a la sustracción de menores, resulta incomprensible¹⁷.

III. EL ÁNIMO DE LUCRO COMO CIRCUNSTANCIA DEL HECHO QUE ELEVA LO INJUSTO

Sin embargo, el TS intenta apoyar esta decisión formulada para el § 235, con consideraciones sobre el fin de protección de esa norma, la represión del tráfico comercial y organizado de menores: “siempre que la acción es ejecutada por remuneración o con ánimo de lucro, se trata de un tráfico de menores típicamente comercial y profesional, lo que conlleva una elevación de lo injusto del hecho y un incremento de su peligrosidad para los bienes jurídicos protegidos a través del § 235”¹⁸. Pero si esta deducción es correcta, entonces el elemento de la habitualidad (“*Gewerbsmäßigkeit*”), presente en numerosos tipos, debiera entenderse como relativo al hecho, pues indica siempre una comisión del hecho comercial y profesional (“*professionell*”), mostrándose así especialmente peligroso para el respectivo bien jurídico protegido¹⁹. Sin embargo, también el TS viene partiendo siempre, hasta ahora, de que la habitualidad en la comisión del hecho, como por ejemplo en el marco del § 260 I 1, debe entenderse como un elemento de cualificación relativo al autor²⁰.

Tampoco resulta evidentemente, sin más, que deba deducirse un “aumento de lo injusto del hecho”²¹ en los casos de comisión habitual (“*gewerbsmäßig*”) o de cualquier otro modo comercial o profesional (“*professionell*”). En el marco de un Derecho penal comprometido con la protección de bienes jurídicos, lo injusto de cada hecho particular se deriva objetivamente, por una parte, de la medida en que dañe bienes jurídicos (injusto de resultado) y subjetivamente, por otra, de la medida en que se dirija a dañar bienes jurídicos (injusto de la acción). La medida de la lesión del bien jurídico depende primero, del valor del bien jurídico lesionado, segundo, de la intensidad de las lesiones que lo amenazan y tercero, de la probabilidad con que amenazan estas lesiones. Una comisión habitual (“*gewerbsmäßig*”) y en general, comercial o profesional (“*professionell*”),

no afecta a la magnitud de ninguno de estos tres factores de los que depende la medida de la lesión del bien jurídico asociada al hecho.

Cuando más, en los casos de comisión habitual (“*gewerbsmäßig*”) y en general, comercial o profesional (“*professionell*”), concurre un mayor peligro de reincidencia en relación con la futura comisión de hechos por motivación similar. Un peligro de reincidencia tal no genera “aumento [alguno] de lo injusto del hecho”, sino únicamente una necesidad de prevención, como indican otros elementos relativos al autor, como por ejemplo, la codicia en un homicidio: que el autor esté dispuesto, literalmente, a pasar por encima de un cadáver para obtener un beneficio patrimonial, prueba una actitud errónea, que le pudiera inducir fácilmente a ulteriores infracciones y fuerzan así, por razones de prevención general y especial, a una reacción jurídico-penal especialmente rigurosa²². La medida de la lesión del bien jurídico, vinculada a la comisión del hecho y comprendida por el dolo, esto es, lo injusto del hecho, cambia tan poco por la “codicia”, en cuanto motivo del hecho, como por cualquier otro ánimo de enriquecimiento perseguido mediante ese hecho²³.

Por lo demás, lo injusto del hecho tampoco aumentaría entonces, cuando los beneficios patrimoniales perseguidos con codicia o ánimo de lucro constituyen un elemento objetivo del tipo en lugar de una tendencia interna trascendente. Que el autor consiga efectivamente el beneficio patrimonial perseguido con el hecho no acentúa, por tanto, ni el riesgo de lesión del bien jurídico asociado al hecho, ni su eventual intensidad. Un hecho *quasi* “recompensado” con un beneficio patrimonial efectivo puede generar, a lo sumo, una mayor necesidad de prevención que aquellos otros en los que el autor sólo hubiese perseguido vanamente el mismo. Mediante la (posible) mutación de la codicia o del ánimo de lucro en un elemento objetivo del tipo (“quien obtenga un beneficio patrimonial a través de...”)²⁴ no se afecta al hecho de que tales elementos sólo son relevantes para la medida de la necesidad de prevención, que debe satisfacerse mediante el correspondiente castigo de aquellos intervinientes que han generado el mismo.

17 Igualmente *Schünemann* GA 2011, pp. 445 (454).

18 BGHSt 55, 229 (233).

19 Así, igualmente *Schünemann* GA 2011, pp. 445 (456).

20 BGH NJW 1953, 955; BGH StV 1996, 87; BGH NStZ 2009, 95.

21 Así, en embargo, BGHSt 55, 229 (233); como aquí *Schünemann* GA 2011, pp. 445 (455 y s.).

22 NK/Neumann, 2ª ed., 2005, § 211 marg. 13; MK/Schneider § 211 marg. 60.

23 Así, igualmente *Schünemann* GA 2011, pp. 445 (454).

Pero si entre los intervinientes en el hecho se distingue la intervención de uno, que por su pretensión de beneficiarse genera una más alta necesidad de prevención, de la intervención de otro, entonces parece adecuado que estas diversas necesidades preventivas se puedan considerar mediante un marco penal correspondientemente diferenciado. Justo esto permite pues el § 28, tanto en relación con los elementos personales especiales que fundamentan de la pena (párrafo 1), como en relación también, con los que la modifican (párrafo 2).

Si se entiende por elementos “personales especiales” aquellos que atienden a una distinta necesidad de prevención para distintos intervinientes en un mismo injusto²⁴, entonces debiera contarse entre ellos la “obtención de un beneficio patrimonial” a través del hecho. Ello vale con independencia de que la “obtención” se entienda en un sentido objetivo (como “consecución”) o en un sentido subjetivo (como “tendencia”). En este sentido es correcta la consideración del BGH²⁵, de que la mutación de una tendencia interna trascendente en un elemento objetivo del tipo (o a la inversa) no modifica nada relativo a lo injusto o a los elementos personales especiales. Una tendencia interna trascendente relevante para lo injusto de la acción resulta, mediante su mutación (también) en elemento objetivo del tipo, relevante igualmente para lo injusto del resultado — mientras que una tendencia interna trascendente neutral para lo injusto de la acción no puede repercutir tampoco, tras la inclusión de un correspondiente elemento objetivo del tipo, en lo injusto del resultado.

IV. REMUNERACIÓN DEL HECHO COMO CIRCUNSTANCIA RELATIVA AL AUTOR

Ello vale también para la remuneración del hecho del § 235 IV 2 1, calificado por el BGH como “indudablemente”²⁶ relativo al hecho: La aplicación del § 28, no depende de si el hecho debe ser ejecutado efectivamente “mediante remuneración” o sólo con “ánimo de obtener una remuneración”, sino de la significación del elemento correspondiente, bien para un diverso injusto del hecho, bien para una distinta necesidad de prevención por razón de “características, relaciones o circuns-

tancias personales especiales” (§ 14 I) del interviniente en lo injusto en cuestión. Que el bien jurídico protegido a través del § 235 resulte lesionado con la intención o incluso, como resultado de obtener por ello una remuneración, obviamente no añade nada a la lesión del bien jurídico²⁷, siendo por ello, neutral respecto a lo injusto de la acción y resultado del hecho. La función de este elemento sólo puede consistir, por tanto, en generar un correspondiente contramotivo en la decisión de la conducta de aquel interviniente, que resulta motivado mediante remuneración o al menos, con la perspectiva de una contraprestación a su intervención en el hecho, en forma de agravación del marco penal. Se trata por consiguiente, de una especial necesidad de prevención más allá de lo injusto cometido por el partícipe (§§ 26; 27) o el autor (§ 25) y más allá también, por lo demás, de la culpabilidad (§ 29).

La deducción del BGH, de que las tendencias internas trascendentes sean “por regla general” relativas al hecho²⁸, pues estarían en lugar de un correspondiente elemento del acontecer fáctico externo, parte por tanto, de premisas incorrectas, los elementos del acontecer fáctico externo son ya en virtud de su manifestación externa en el hecho, también relativos al hecho, cuando menos con carácter general. Quizá la pareja conceptual, no inferida del Código, “relativo al hecho” vs. “relativo al autor”, empuja a la conclusión errónea apuntada. En lugar de la relación al hecho de un elemento sería posiblemente más correcto hablar de su relación a lo injusto o al bien jurídico, y en lugar de la relación al autor, de elementos que indican la existencia de una especial necesidad de prevención en relación con uno de los respectivos intervinientes. Aquí pudiera conservarse la terminología al uso, en tanto que estos *termini* no se confundan con el tenor literal y se usen incorrectamente como base argumentativa para una interpretación de la ley próxima a los mismos.

La cuestión de por qué las tendencias internas trascendentes, según la comprensión del BGH, deben entenderse como relativas al hecho sólo “con carácter general”²⁹, y cuándo excepcionalmente no, puede quedar aquí abierta, pues no hay razón convincente alguna para una tal relación de regla-excepción. Antes bien,

24 Así SK/Hoyer, 35. Lfg. 2001, § 28 marg. 31.

25 BGHSt 55, 229 (232).

26 BGHSt 55, 229 (233).

27 Schönemann GA 2011, pp. 445 (455).

28 BGHSt 55, 229 (232).

29 BGHSt 55, 229 (232).

toda tendencia subjetiva trascendente debe considerarse en sí misma para determinar si el suceso del mundo exterior que se persigue y al que se refieren, en caso de concurrencia, constituiría una lesión adicional de bienes jurídicos (co-)protegidos.

V. ÁNIMO DE APROPIACIÓN COMO ELEMENTO RELATIVO AL HECHO Y AL AUTOR

Según se apuntó, en la presente sentencia, el BGH no sólo se ocupa en general del ánimo de lucro, sino que traza un paralelismo con una decisión anterior en la que sienta jurisprudencia (“*Grundsatzentscheidung*”)³⁰, y en la que el ánimo de apropiación del § 242 ya era reconocido (también) como elemento relativo al hecho. Ahora bien, el ánimo de apropiación, a diferencia del ánimo de lucro, se integra de dos componentes: *dolus directus* de primer grado en relación con una apropiación cuando menos eventual, y dolo simple en relación con una desposesión duradera. En relación con el ánimo de hacer propio (“*Aneignungsabsicht*”) vale lo mismo que para el ánimo de lucro: persigue producir un incremento de los bienes del autor o de un tercero; pero la lesión del bien jurídico de la víctima, definida mediante otros elementos, no se fundamenta ni profundiza mediante el mismo. En la estafa, por ejemplo, la lesión del bien jurídico se perfila a través del elemento del “daño patrimonial” y el dolo referido al mismo, pero ya el elemento “engaño” así como el dolo de engañar, caracterizan a una acción arriesgada no permitida en relación con el patrimonio. En el hurto es el tendencia interna trascendente dirigida a la desposesión duradera, que se refiere a una lesión del bien jurídico como injusto del resultado —y el elemento “sustracción” comprende un ataque particularmente brusco (“*rabiat*”) al bien jurídico protegido como injusto cualificado de la acción. Pues bien, si el hecho tiene lugar con ánimo de lucro o sin él (como en los daños), no lleva a una agravación o disminución de la lesión del bien jurídico, o sea de lo injusto del hecho, ya propiciado mediante otros elementos. Mientras que en los casos de ánimo de apropiarse (“*Aneignungsabsicht*”) se trata, por tanto, y

en contra de la jurisprudencia, de un elemento relativo al autor, el dolo de desposesión (“*Enteignungsvorsatz*”) debiera entenderse, de acuerdo con la jurisprudencia, como relativo al hecho³¹.

Según lo apuntado, para la apropiación indebida debe valer lo mismo que para el hurto, pues en ella la apropiación a diferencia de éste, es ya objeto de un elemento objetivo del tipo, debiendo ser por tanto, “elemento del acontecer fáctico externo”³². De este modo, debe asumirse el hecho de que un único concepto legal (como “apropie”) se descomponga en diversos subelementos, parte de los cuales deben tratarse como relativos al autor y parte como relativos el hecho —en cualquier caso, no debiera depender de la casual formación legal de un contenido de significación [“*Bedeutungsgehalts*”, “apropie” (“*zueignet*”) o “hiciese propio y desposeyere” (“*aneignet und enteignet*”)], si un mismo supuesto de hecho motiva o no un desplazamiento del marco penal según el § 28 I. E inversamente, tampoco resulta objetivamente justificado reconducir la diversa adscripción de dos elementos del tipo a ambas alternativas, relativo al hecho y al autor, con el fin de comprenderlos idealmente en una unidad (unificar el “daño patrimonial” y el “enriquecimiento” en el § 263 bajo el término (“desplazamiento patrimonial”)³³.

VI. En general, tendencias internas relativas al hecho

Por lo tanto, el dolo de desposesión (“*Enteignungsvorsatz*”) de los §§ 242 y 246 no se comprende ya en el § 28 I, como ha señalado con razón el BGH [si bien erróneamente, trascendiendo al componente de la apropiación (“*Aneignungskomponente*”)]³⁴. Lo mismo vale para el ánimo de favorecimiento (“*Begünstigungsabsicht*”) del § 257, el ánimo de encubrir del § 258, así como el ánimo de engañar en el tráfico jurídico del § 267 —y ello con independencia de que en relación con esta última norma se exija, atendiendo a su tenor literal (“para” engañar en el tráfico jurídico), *dolus directus* de primer grado³⁵ o baste ya con *dolus directus* de segundo grado³⁶ o incluso, con *dolus eventualis*³⁷. En todos estos casos, es el elemento intencional el que anuda

30 BGHSt 55, 229 (232 y s.), con referencia a la BGHSt 22, 375 (380).

31 LK/Schünemann, 12. Aufl. 2007, § 28 Rn 48 f.; ders. GA 2011, 445 (454).

32 BGHSt 55, 229 (232).

33 So aber NK/Kindhäuser, 2. Aufl. 2005, § 263 Rn 352 i.V. mit Rn 387; Schünemann GA 2011, 445 (455).

34 BGHSt 22, 375 (380).

35 So SK/Hoyer, 45. Lfg. 1998, § 267 Rn 92; M. Vormbaum GA 2011, 167 (182).

36 Schönke/Schröder/Cramer/Heine, 28. Aufl. 2010, § 267 Rn 91; Lackner/Kühl § 267 Rn 25; LK/Gribbohm, 11. Aufl. 2005, § 267 Rn 270.

37 MK/Erb 2006, § 267 Rn 202; NK/Puppe § 267 Rn 103.

la lesión del bien jurídico con la relación subjetiva que respectivamente debe mostrar el autor para cometer un injusto de la acción suficiente para el tipo penal.

1. Ánimo prevalente (“überlegene Absicht”) del hombre de detrás

También el ánimo de causar una lesión grave, preciso para el § 226 II, se refiere a la intensidad de la lesión del bien jurídico que se produce mediante el hecho, resultando así relativa al hecho y con ello, fuera del ámbito del § 28. Si en lugar de con este último ánimo, el autor directo obrara sólo con *dolus eventualis* en relación con la lesión grave (§ 226 I), entonces la “prevalencia” en tal sentido, del ánimo del hombre de atrás tampoco llevaría a través del § 28 II, a una aplicación a éste del marco penal más riguroso del § 226 II. Según la doctrina mayoritaria³⁸, una autoría mediata a través de un hombre de delante que actúa dolosamente pero sin componente intencional (“*absichtslos doloser Vordermann*”), tropezaría ya con la falta de dominio del hecho del hombre de detrás, de modo que una agravación del marco penal por razón de su ánimo o intención se excluiría en su integridad. Si el hombre de detrás interviene con el ánimo requerido, pero el de delante realiza el tipo del § 257, § 258 o § 267, sólo con dolo eventual, se excluye la punibilidad como partícipe para el hombre de detrás, en su integridad, por falta de un hecho principal típico; lo acabado de exponer (en sentido negativo) vale para una autoría mediata por razón de ausencia de ánimo del hombre de delante doloso.

2. Ánimo prevalente (“überlegene Absicht”) del hombre de delante

En relación con los elementos relativos al hecho, resulta problemática, sin embargo, la constelación inversa, en la cual el autor sí ha actuado con la relación subjetiva presupuesta por el tipo con respecto al menoscabo del bien jurídico, pero no el partícipe. Como ejemplo de ello, podrían servir al BGH —dada la incorrecta clasificación del ánimo de lucro como relativo al hecho— un autor que obra con ánimo de lucro así como un partícipe carente de tal ánimo. Esta constelación se opone a la tratada en la decisión de 14.7.2010, donde

sólo el partícipe mostraba ánimo de lucro, si bien fue abordada ya por el BGH en un decisión anterior sobre el § 271 III³⁹, adhiriéndose a la misma en la presente decisión⁴⁰. En esta sentencia anterior de 30.10.2008, el BGH admite que el partícipe que conoce la concurrencia en el autor del ánimo de lucro que agrava la pena, pero obra sin tal ánimo, ha realizado ya como cómplice el tipo cualificado del § 271 III. Siguiendo las anteriores reflexiones, y en tanto que el ánimo de lucro del § 271 III constituye en verdad un elemento relativo al autor⁴¹, la aplicación que hace aquí el BGH de los principios relativos únicamente a los elementos relativos al hecho, llevan directamente a lo absurdo. Con todo, debe revisarse si estos principios valen al menos para las tendencias internas trascendentes verdaderamente relativas al hecho, como por ejemplo, en el hurto, para el dolo en relación con una desposesión duradera.

Así, el ladrón debe perseguir una desposesión duradera de la víctima y el partícipe conocer tal ánimo, aun cuando se represente un hurto temporal de uso de la cosa sustraída con la consiguiente devolución a su propietario. Igualmente, el cómplice de encubrimiento puede conocer el ánimo correspondiente del autor, pero actuar sólo con dolo eventual en relación con el resultado. Y finalmente, también el cómplice de unas falsedades puede confiar imprudentemente en que el ánimo, que conoce en el autor, de conducir a engaño en el tráfico jurídico, no terminará realizándose. En todos estos casos, los principios que el BGH, con carácter general, defiende para los elementos relativos al hecho y aplicados especial (y erróneamente) al ánimo de lucro, llevarían a castigar como partícipe al actor carente del elemento volitivo y por tanto, de dolo. A diferencia de lo previsto para los elementos relativos al autor como, por ejemplo (incuestionable), la codicia (“*Habgier*”), al actor que obra sin elemento volitivo y por tanto, sin dolo, no se vería favorecido, siquiera, mediante una rebaja del marco penal y menos aún, mediante la aplicación de otro tipo.

En su decisión de 14.7.2010, el BGH entiende como factor constitutivo de un elemento relativo al hecho que “caracterice lo injusto del hecho”⁴², dando cuenta, en su caso, de un “aumento de lo injusto del hecho”⁴³. Recíprocamente, la falta de un elemento relativo al hecho

38 SK/Hoyer, 32. Lfg. 2000, § 25 Rn 46 f.; LK/Schünemann, § 25 Rn 138; Roxin Täterschaft und Teilnahme, 8. Aufl. 2006, S. 341.

39 BGHSt 53, 34 (38).

40 BGHSt 55, 229 (233).

41 So auch Schünemann GA 2011, 445 (455).

42 BGHSt 55, 229 (231).

43 BGHSt 55, 229 (233).

debiera llevar a una disminución de lo injusto —y la falta de dolo en relación con un elemento relativo al hecho, a un menor injusto de la acción. Si se comete el hecho en calidad de autor, la falta de dolo en relación con un elemento relativo al hecho, por ejemplo, la desposesión duradera en los §§ 242; 246, excluiría ya el tipo subjetivo de la norma en cuestión. En tanto que para la equiparación punitiva del inductor al autor (§ 26) resulta exigible una magnitud de lo injusto equiparable a la del autor, la falta de dolo en relación con un elemento relativo al hecho debiera llevar a excluir el tipo subjetivo no sólo en relación con el autor, sino también con el inductor. Para la mera complicidad, cuyo nivel de injusto es en todo caso inferior a la autoría e inducción, debe valer con mayor razón lo mismo, contrariamente a lo mantenido por el BGH. Quien contribuye a un hurto, sin mostrar siquiera *dolus eventualis* en relación con la desposesión duradera perseguida por el autor directo, resulta *agent provocateur* y con ello, tan poco punible como partícipe de hurto, como lo sería una intervención como autor mediato o coautor en el mismo hecho.

Lo mismo vale para el partícipe de encubrimiento que sólo muestra *dolus eventualis* en relación con el resultado de frustración de la pena (“*Strafvereitelungserfolg*”; por el conocido y) perseguido por el autor: cuando la falta de *dolus directus* en relación con un elemento relativo al hecho lleva a la impunidad en caso de comisión por el autor, entonces, con mayor razón debiera llegarse a esta consecuencia jurídica en casos de mera participación. Lo mismo vale también para el partícipe en una falsificación documental, que no cuenta con que el autor pueda llegar a realizar su anunciada intención de conducir “a engaño en el tráfico jurídico”.

Para los elementos relativos al hecho que fundamentan la pena vale lo mismo, en este aspecto, que para los que la modifican: Un partícipe que si bien conoce la intención del autor de causar una lesión grave, pero que obra sólo con dolo eventual o incluso, de forma meramente imprudente al respecto, no participa, a diferencia del autor, en la realización del § 226 II, sino del § 226 I por el menor injusto de su acción. No es correcto, por tanto, lo establecido por el BGH⁴⁴, de que el partícipe a quien falta la relación subjetiva típicamente exigible con un elemento relativo al hecho, debe ser perseguido

no obstante, “accesoriamente” como interviniente en el tipo realizado por el autor, en caso de que el autor por un lado, haya mostrado tal relación subjetiva y el partícipe, por otro, haya tenido conocimiento de ello⁴⁵. En relación con los elementos relativos al hecho, estos dos últimos factores constituyen presupuestos necesarios, pero en ningún caso suficientes para poder condenar (también) al partícipe por el tipo en cuestión —a ello debe añadirse aún, también por parte del partícipe, una relación subjetiva con el elemento relativo al hecho equiparable a la del autor⁴⁶.

VII. EN GENERAL, TENDENCIAS INTERNAS RELATIVAS AL AUTOR

1. Elementos que fundamentan la pena

En relación con los elementos relativos al hecho, el dato de que el autor haya realizado determinados elementos subjetivos del tipo y que el partícipe lo conozca, no basta para fundamentar una responsabilidad accesoria del tipo (“*tatbestandsakzessorische*”), pero ello sí pudiera bastar con respecto a los elementos relativos al autor. Cuando no concurren en el partícipe elementos relativos al autor que fundamentan la pena, el § 28 I reconoce una responsabilidad típica accesoria del partícipe bajo los presupuestos a los que erróneamente recurre el BGH⁴⁷ para los elementos (supuestamente) relativos al hecho: realización del elemento por el autor y conocimiento de ello por parte del partícipe. El hecho de que el partícipe no haya realizado por sí mismo el elemento relativo al autor que fundamenta la pena, motiva únicamente un desplazamiento del marco penal según lo previsto en el § 28 I.

2. Elementos que modifican la pena

Para los elementos relativos al autor que modifican la pena, la sentencia de 14.7.2010 sigue expresamente, “junto con la doctrina aún mayoritaria, la comprensión de que el § 28 II lleva a un desplazamiento del tipo”⁴⁸. La sentencia no aduce fundamento objetivo alguno para esta concepción y las sentencias del BGH anteriores a las que se refiere⁴⁹, carecen igualmente de tal fundamento. Sin embargo, hubiera sido deseable que

44 BGHSt 55, 229 (231).

45 So BGHSt 53, 34 (38).

46 Vgl. SK/Hoyer, 34. Lfg. 2000, Vor § 26 Rn 64 f.

47 BGHSt 53, 34 (38).

48 BGHSt 55, 229 (231).

49 BGHSt 6, 309 (331); 8, 206 (208); BGH StV 1994, 17; BGH StV 1995, 84.

la observación del BGH, de que la comprensión por él preferida de siempre, tan sólo “aún”⁵⁰ es la dominante, se acompañara de un cierto *minimum* de esfuerzo argumentativo en confrontación con las posiciones contrarias⁵¹ (ni siquiera mentadas en la cita). Con todo, el § 28 II alude explícitamente junto a los elementos que agravan y atenúan la pena, también a elementos relativos al autor que excluyen la punibilidad, como los recogidos por ejemplo en los §§ 24; 36; 257 III; 258 V, VI. El hecho indudable de que todos estos elementos que excluyen la pena, tanto cuando concurren únicamente en el autor como en el partícipe, no pueden afectar a la accesoriedad típica de la participación, nos lleva propiamente a deducir la misma consecuencia jurídica del § 28 II también para los elementos relativos al autor que modifican la pena. Si bien, en todo caso, debiera justificarse alguna vez por qué la misma cláusula: “ello sólo rige para el interviniente (autor o partícipe, en quien concurren)” (§ 28 II), debe aludir, en relación con los elementos que modifican la pena, al tipo penal válido sólo para un interviniente, y por el contrario, en relación con los elementos que excluyen la pena, al marco penal que resulta válido sólo para uno de los actores.

El hecho de que parte de los elementos relativos al autor pudieran atender a un desplazamiento del marco penal y otra parte, ya a un desplazamiento del tipo, llevaría además, a una incongruencia entre el § 28 I y el § 28 II. Justamente, cuando el BGH basa con razón, su decisión de 14.7.2010, en que elemento relativo al autor sólo puede ser aquél que no “caracterice lo injusto del hecho”⁵², debiera preguntarse entonces, seguidamente en relación con ello, por qué diferencias en relación con elementos neutrales para lo injusto debieran llevar necesariamente a un cambio de tipo entre los intervinientes. Según lo apuntado más arriba, los elementos relativos al autor tipifican una especial necesidad de prevención en la persona de aquel interviniente que muestra tales elementos. El hecho de que esta necesidad de prevención no concorra en la misma medida en la persona de otro interviniente, debiera considerarse, en cualquier caso, en la determinación de la pena según los §§ 46 y siguientes, diferenciando en corres-

pondencia. En tanto que el § 28 tipifica esta necesaria diferenciación en la determinación de la pena para los elementos relativos al autor, tales elementos resultan en principio, únicamente relevantes para el marco penal⁵³.

Asimismo, tales elementos debieran ostentar relevancia típica sólo cuando no merezca esclarecerse siquiera, si el partícipe junto a lo injusto del hecho principal, definido en los elementos relativos al hecho, ha co-originado igualmente y de forma dolosa la necesidad de prevención, proveniente del elemento personal especial concurrente en el autor. En relación con el ánimo de lucro del § 235 IV 2: el partícipe puede no precisar tampoco, una mayor prevención al carecer de ánimo de lucro propio, que parece indicado para el autor que obra con tal ánimo. El hecho de que, por lo general, deba incidirse preventiva y especialmente sobre el autor, debe reconducirse igualmente a la contribución del partícipe y especifica lo injusto cometido por él. Que el partícipe haya intervenido en la realización de lo previsto en una norma especial, en lugar de la general, merece expresarse en todo caso, en el tenor de la sentencia con independencia de su relevancia para el marco penal.

VIII. CONCLUSIÓN

Sólo de este modo, además, se clasifican los elementos relativos al autor que fundamentan y modifican la pena, de forma unitaria, como elementos que desplazan el marco penal, mientras que por la otra parte, los elementos relativos al hecho que fundamentan y modifican la pena fungan respectivamente como elementos que desplazan el tipo (si bien unilateralmente, sólo a favor del partícipe). Para las tendencias internas trascendentes que se refieren a tales elementos, vale lo mismo que para aquellos elementos objetivos. Ello coincide felizmente, aunque por desgracia sólo en esto último, con la comprensión de la “teoría aún mayoritaria” a la que tan reflexivamente se une el BGH, en su sentencia de 14.7.2010⁵⁴. Pero lo que es “aún” dominante hoy, no tiene porque mantenerse necesariamente: mejor dicho, con el “aún”, el mismo BGH ha pronosticado ya el futuro cambio de opinión.

50 BGHSt 55, 229 (231).

51 SK/Hoyer § 28 Rn 14; LK/Roxin, 11. Aufl. 2003, § 28 Rn 3; Cortes Rosa ZStW 90 (1978), 413; Wagner *Amtsverbrechen* (1975), S. 386.

52 BGHSt 55, 229 (231).

53 LK/Roxin § 28 Rn 9; a.A. LK/Schünemann § 28 Rn 81.

54 BGHSt 55, 229 (231).