



Técnicas de destipificación en el Derecho penal moderno. El caso alemán de los ejemplos-regla

Irene Navarro Frías *Universidad La Laguna*

RESUMEN: Recientemente asistimos a un desplazamiento progresivo –aunque lento– del interés de la doctrina desde la aplicación hacia el proceso de creación del Derecho Penal, abundando en la perspectiva de *lege ferenda*. Con ese contexto, el presente trabajo analiza una de las figuras jurídicas más polémicas del StGB en los últimos años: los casos especialmente graves y los ejemplos-regla. El objetivo de estas figuras es conseguir la justicia material –justicia en el caso concreto– reclamando del juez una valoración global del hecho y del autor para aplicar marcos penales agravados. Este proceso de flexibilización genera evidentes riesgos para el principio de legalidad. Las consecuencias que se saquen de este estudio pretenden ser útiles para afrontar el proceso de flexibilización que tiene lugar en nuestro propio CP.

PALABRAS CLAVE: técnica legislativa, principio de legalidad, casos especialmente graves, ejemplos-regla, método de valoración global.

SUMMARY: Recently, we have been attending to a progressive although slow movement about the interest the doctrine shows, from its application to the process of creation of criminal law and, consequently, to the perspective of “*lege ferenda*”. On this context, this current work analyses one of the most problematic legal figures in the StGB in the past years: we mean those “*besonders schwere Fälle*” (especially serious cases) and “*Regelbeispiele*” (ruled-examples). The objective of these figures is getting the material justice –justice in the concrete case– claiming from the judge a global judgement on the fact and the subject to apply qualified punishment. This process of flexibility creates evident risks for the principle of legality. The consequences from this study intend to be effective to tackle the process of flexibility that is part of our own criminal law.

KEY WORDS: law making process, principle of legality, “*besonders schwere Fälle*” (especially serious cases), “*Regelbeispiele*” (ruled-examples), method of global judgement.

La moderna ciencia del Derecho penal ha venido dedicando en los últimos tiempos ingentes esfuerzos a la interpretación y a la aplicación de la legislación penal. Sin embargo, parece que recientemente asistimos a un desplazamiento progresivo –aunque lento– del interés de la ciencia desde la aplicación del Derecho penal hacia su crea-

ción y, con ello, hacia la figura del legislador. El siguiente estudio se enmarca precisamente dentro de los intentos de proveer al legislador de directrices que guíen su actividad en el concreto ámbito del Derecho penal¹. A estos efectos, nos referiremos a una de las figuras jurídicas que en el StGB es objeto en los últimos años de encendidas

1. Sobre la exigencia de racionalidad en la actividad legislativa v. por todos ATIENZA RODRÍGUEZ, Contribución a una teoría de la legislación, (Civitas) Madrid, 1997; DIEZ RIPOLLÉS, La racionalidad de las leyes penales. Práctica y teoría, (Trotta) Madrid, 2003. Para el concreto ámbito de la tipicidad v. SÁNCHEZ LÁZARO, “¿Cómo se elabora una propuesta de *lege ferenda*? Reflexiones sobre la formulación de los preceptos jurídico-penales. Primera parte: Tipicidad”, RDPC, 2005/16.

polémicas: los casos especialmente graves y los ejemplos-regla. El estudio del camino recorrido por esta figura en el StGB y de los problemas que ha planteado a la doctrina y a la jurisprudencia puede proporcionarnos algunas pautas a la hora de evaluar el proceso de *flexibilización* que tiene lugar en nuestro propio CP.

I. Los ejemplos-regla de los casos especialmente graves en el StGB²

1. Los ejemplos-regla se introducen en el StGB para ilustrar las cláusulas innominadas de los casos especialmente graves (“*besonders schwere Fälle*”)³; cláusulas que a su vez se habían insertado para acabar con la excesiva

rigidez en la aplicación de la ley a que llevaba el recurso a los tipos cualificados.

No existe actualmente un precepto en la Parte general del StGB que contenga o defina la figura de los casos especialmente graves, sino que se trata de una cláusula general [de la forma: *en casos especialmente graves se aplicará la pena “y”*, (en lugar de la “x” del delito base)] seguida o no de uno o varios ejemplos-regla, inserta en un numeroso grupo de figuras delictivas de la Parte especial y cuya concurrencia determina la aplicación de un marco penal agravado. La concurrencia de un caso especialmente grave sí determina la aplicación del marco agravado, pero la concurrencia de un ejemplo-regla, como veremos, tiene un efecto meramente indicia-

2. En este trabajo se seguirá la traducción de “*Regelbeispiele*” como ejemplos-regla propuesta por LUZÓN PEÑA/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/VICENTE REMENSAL en: Roxin, Derecho penal. Parte General I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito (traducción de la 2.ª ed. alemana por Luzón Peña/Díaz García Conlledo/Vicente Remensal), (Civitas) Madrid, 1997, ps. 339-40, frente a la defendida por OLMEDO CARDENETE en: Jescheck/Weigend, Derecho penal. Parte General (traducción de Olmedo Cardenete), (5.ª ed. corregida y ampliada. Comares) Granada, 2002, ps. 290-2 o por PÉREZ ALONSO, Teoría general de las circunstancias: especial consideración de las agravantes “indeterminadas” en los delitos contra la propiedad y el patrimonio, (Edersa) Madrid, 1995, p. 123, como ejemplos-reglados [este último también se refiere a los mismos como ejemplos típicos (p. 96)]. La opción por la primera de las traducciones pretende evitar equívocos en cuanto a la naturaleza y régimen jurídico de esta figura, pues con el término “reglados” parece que se alude a una configuración legal definitiva de tales elementos cuando, en realidad, los mismos se caracterizan por no estar determinados de modo taxativo ni vinculante en la ley. También considero más adecuada que la de ejemplos-reglados la terminología de ALONSO ÁLAMO, El sistema de las circunstancias del delito. Estudio general, (Universidad de Valladolid) Valladolid, 1981, p. 249, que se refiere a “ejemplos indicativos de casos especialmente graves”.

3. En el Derecho penal alemán existen antecedentes de cláusulas agravatorias innominadas en el Código penal militar de 20 de junio de 1872 así como en el Proyecto de Código penal alemán de 1909, cuyo § 84 incluía una definición de “caso especialmente grave”; este precepto disponía: “(2) Un caso especialmente grave se da cuando las consecuencias antijurídicas del hecho son especialmente significativas y la voluntad delictiva del autor aparece como especialmente intensa y reprochable”. Durante la época nacional-socialista aumenta el número de casos especialmente graves previstos en la normativa penal y se incluyen ejemplos que en un principio tuvieron fuerza vinculante. Pero es el Proyecto de 1962 el que recoge por primera vez los casos especialmente graves tal y como se entienden en la actualidad y en su Parte general (§ 62) proporciona una definición de los mismos: “Un caso especialmente grave se da cuando las circunstancias que pertenecen al hecho o lo preceden, o el comportamiento del autor tras el hecho, aumentan sustancialmente lo injusto o la culpabilidad”. Aunque la Gran Comisión de Derecho penal declaraba preferible la configuración de tipos cualificados frente al uso de la técnica de los ejemplos-regla y pretendía que se redujera el recurso a la misma a los supuestos en los que debieran evitarse las deficiencias de un sistema casuista, finalmente se incluyó la cláusula general de los casos especialmente graves en sesenta y cinco delitos. Frente al Proyecto de 1962 se alzó críticamente el Proyecto alternativo de 1966, que no consideraba justificación suficiente para la introducción de cláusulas tan imprecisas el que en algunos casos no se estimara como suficiente la pena prevista en la ley. En este sentido, se mostró sumamente crítico con el legislador y expresó la siguiente reprimenda: “Donde el mismo legislador no es capaz de delimitar de forma clara un mayor injusto o mayor culpabilidad a través de tipos cualificados, no debería tampoco traspasar al juez la cláusula general de los casos especialmente graves, la aclare o no con ejemplos-regla” [v. Alternativ-Entwurf, AT, (2.ª ed.) 1969, p. 119]. Con la 6.ª Ley de reforma del Derecho penal, de 26 de enero de 1998, uno de cuyos fines era la armonización de los marcos penales, se incluyen nuevos supuestos de casos especialmente graves y de ejemplos-regla en el StGB. V. respecto a todo lo anterior EISELE, Die Regelbeispielmethode im Strafrecht. Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Tatbestand, (Mohr Siebeck) Tübingen, 2004, ps. 70, 86, 91-8 y 105; HIRSCH, “Die verfehlt deutsche Gesetzesfigur der >>besonders schweren Fälle<<” en: Festschrift für Karl Heinz Gössel zum 70. Geburtstag am 16. Oktober 2002, (C.F. Müller) Heidelberg, 2002, p. 288 y n. 7; MAIWALD, “Zur Problematik der >>besonders schweren Fälle<< im Strafrecht”, NSTZ, 1984, núm. 10, ps. 433-4; SCHRÖDER, “Gesetzliche und richterliche Strafzumessung” en: Festschrift für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag am 15. 10. 1953, (C.H. Beck) München-Berlin, 1954, ps. 418-9; ZIESCHANG, “Besonders schwere Fälle und Regelbeispiele –ein legitimes Gesetzgebungskonzept?”, Jura, 1999, núm. 11, p. 562. Sobre la aparición de los casos menos graves (“*minder schwere Fälle*”) v. HETTINGER, “Über den Begriff der minder schweren Fälle –ein Beitrag zu ihrer Entstehungsgeschichte” en: 140 Jahre Goldammer’s Archiv für Strafrecht. Eine Würdigung zum 70. Geburtstag von Paul-Günter Pötz, (R. V. Decker’s, G. Schenck) Heidelberg, 1993, p. 86 y ss.

rio de que estamos en presencia de un caso especialmente grave.

2. Como se ha dicho, la introducción de ambas figuras en el StGB tiene el objetivo de escapar de los resultados injustos a que llevaba la rígida casuística de los tipos cualificados y conseguir la justicia material, la justicia en el caso concreto (“*Einzelfallgerechtigkeit*”). Se persigue flexibilizar la rigidez de la ley penal posibilitando que el juez tome en consideración todas las circunstancias que concurren en el hecho que se va a juzgar, para elegir entre el marco penal básico y el agravado, el que considere que se adapta mejor al supuesto de hecho concreto⁴.

3. Uno de los resultados injustos a que llevaba la “rígida casuística” de los tipos cualificados y que más llamó la atención de la doctrina alemana fue el relacionado con el § 243 en su redacción anterior a 1969. El § 243 contenía el tipo cualificado del delito de hurto y en uno de sus números se castigaba al que hurtase *de* un edificio o lugar cerrado por medio de escalamiento, fractura o forzamiento (§ 243 I Nr. 2). Así, se castigaba por el tipo cualificado al que forzaba un coche y se llevaba los objetos que contuviera el mismo. Sin embargo, debía castigarse por el tipo básico si lo que se llevaba el autor era el coche mismo (incluyendo todos los objetos que se hallaran en su interior) porque no se hurtaba algo *del* lugar cerrado, sino el

lugar cerrado mismo. Ahora bien, si el autor abría el coche mediante una llave falsa (§ 243 I Nr. 3) en su antigua redacción), volvía a poder aplicarse el marco agravado porque este precepto no hacía ninguna referencia a que se hurtase algo *de* un lugar cerrado. Casos como este llevaron a la doctrina a posicionarse en contra del método de los tipos cualificados por considerar que conducía a resultados injustos⁵.

4. Pese a que, como se ha dicho, no existe actualmente un precepto en la Parte general del StGB que contenga o defina la figura de los casos especialmente graves o de los ejemplos-regla, existe unanimidad en considerar que para la aceptación de un caso especialmente grave y, por tanto, para la aplicación del marco penal agravado previsto, se requiere una *valoración global del hecho y de la personalidad del autor*, lo que lo diferencia de los tipos cualificados⁶. El juez tendrá en cuenta todas las circunstancias objetivas y subjetivas, tanto las coetáneas al hecho, como las anteriores o posteriores al mismo, que tengan relevancia para la valoración jurídica. En definitiva, todo aquello que haga aparecer la pena prevista para el tipo básico como desproporcionada (por insuficiente) en el caso concreto⁷.

En este contexto de valoración global, la concurrencia de un ejemplo-regla supone únicamente un *indicio* de que estamos en presencia de un caso especialmente grave. In-

4. Sobre los fines que se perseguían con la introducción de estas cláusulas v. BLEI, “Die Regelbeispieltechnik der schweren Fälle und §§ 243, 244 n.F. StGB” en: Festschrift für Ernst Heintz zum 70. Geburtstag am 1. Januar 1972, (Walter de Gruyter) Berlin, 1972, ps. 420-1; DEGENER, “Strafgesetzliche Regelbeispiele und deliktisches Versuchen” en: Beiträge zur Rechtswissenschaft. Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag, (C.F. Müller) Heidelberg, 1993, p. 306; GÖSSEL, “Über die sog. Regelbeispieltechnik und die Abgrenzung zwischen Straftat und Strafzumessung” en: Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999, (Walter de Gruyter) Berlin-New York, 1999, ps. 183-4; KINDHAUSER, “Zur Anwendbarkeit der Regeln des Allgemeinen Teils auf den besonders schweren Fall des Diebstahls” en: Festschrift für Otto Triffterer zum 65. Geburtstag, (Springer) Wien-New York, 1996, p. 124; MAIWALD, “Bestimmtheitsgebot, tatbestandliche Typisierung und Technik der Regelbeispiele” en: Festschrift für Wilhem Gallas zum 70. Geburtstag am 22. Juli 1973, (Walter de Gruyter) Berlin-New York, 1973, p. 154; ROXIN, Allgemeiner Teil I. Grundlagen der Aufbau der Verbrechenslehre, (3.ª ed. C.H. Beck) München, 1997, p. 285.

5. Al respecto se refieren CALLIES, “Die Rechtsnatur der >>besonders schweren Fälle<< und Regelbeispiele im Strafrecht. Dargestellt am besonders schweren Fall des Diebstahls gem. § 243 StGB”, JZ, 1975/4, p. 112; EISELE (n. 3), ps. 11-2; WESSELS, “Zur Problematik der Regelbeispiele für >>schwere<< und >>besonders schwere Fälle<<” en: Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag, (C.F. Müller) Karlsruhe, 1972, ps. 295-6. Frente a esto opone HIRSCH (n. 3), ps. 294-5, que la necesidad de corregir los tipos cualificados sólo surge a grandes intervalos de tiempo y que, cuando esto ocurre, se podría solucionar fácilmente el problema modificando la ley. En el mismo sentido, SCHEFFLER, “Strafgesetzgebung in Deutschland und Europa”, ZStW, 117, (2005), p. 775. En todo caso, el art. 237 de nuestro CP puede plantear los mismos problemas, que se podrían solucionar por medio de una interpretación teleológica. En opinión de ESER en: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, (26.ª ed. por Theodor Lenckner, Albin Eser, Peter Cramer, Walter Stree, Günter Heine, Walter Perron y Detlev Sternberg-Lieben. C.H. Beck) München, 2001, § 243, marg. 3, pese a la euforia inicial con la que fue recibido, el nuevo § 243 no ha creado menos problemas de los que ha resuelto.

6. V. un extenso comentario sobre el concepto y el sentido de la valoración global (“*Gesamtwürdigung*”) y del uso que de ella hace el legislador alemán a lo largo del StGB en HORN, “Gesamtwürdigung –Sinn und Unsinn eines Rechtsbegriffs” en: Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, (Carl Heymanns) Köln-Berlin-Bonn-München, 1989, ps. 573-94.

7. Sobre esta exigencia de valoración global v. BRUNS, Das Recht der Strafzumessung, (2.ª ed. Carl Heymanns) Köln-Berlin-Bonn-München, 1985, p. 51; DREHER, “Die erschwerenden Umstände im Strafrecht”, ZStW, 77, (1965), ps. 231 (para los casos especialmente graves) y 235 (para los casos especialmente graves con ejemplos-regla); GÖSSEL (n. 4), p. 184; HORN (n. 6), ps. 579-80; JESCHECK/WEIGEND, Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, (5.ª ed. Duncker & Humblot) Berlin, 1996, ps. 270-1; WEBER en: Arzt/Weber, Strafrecht. Besonderer Teil. Lehrbuch, (Ernst und Werner Giesecking) Bielefeld, 2000, ps. 358-9. V. también HETTINGER (n. 3), ps. 82-3, para los casos menos graves (“*minder schwere Fälle*”).

dicio éste que puede ser negado por el juez en el caso concreto⁸.

5. Todo lo anterior lleva a un gran sector de la doctrina alemana a considerar que los casos especialmente graves y los ejemplos-regla son factores de determinación de la pena, y no elementos del tipo, fundamentalmente por no estar definidos de forma taxativa y vinculante en la ley: responden a la fórmula “no sólo y no siempre”⁹. En opinión de este sector doctrinal: los casos especialmente graves ilustrados mediante ejemplos-regla no pueden pertenecer al tipo porque los elementos típicos se caracterizan por estar delimitados taxativa y vinculantemente¹⁰. Sólo serían típicas las circunstancias que llevan “sólo y siempre” a la agravación de la pena, por tanto, las determinadas obligatoria y definitivamente por el legislador. Los

ejemplos-regla, por el contrario, están abiertos en ambos sentidos, por lo que se trata de factores de medición de la pena¹¹. Estas cuestiones se concretan en los aspectos que a continuación analizamos.

II. El funcionamiento de las cláusulas de los casos especialmente graves ilustradas con ejemplos-regla

1. El BGH, en su Sentencia de 24 de abril de 2003, anula la Sentencia del Landgericht-Bochum de 18 de octubre de 2002, que condenaba al acusado a una pena privativa de libertad de cuatro años y tres meses aplicando los marcos agravados previstos para los delitos de hurto y estafa –concretamente, los §§ 243 Abs. 1 Nr. 3 y 263 Abs. 3 Satz

8. Los ejemplos-regla se encuentran abiertos en dos sentidos. En primer lugar, la presencia de los elementos de un ejemplo sólo constituye un *indicio* (“*Indizwirkung der Regelbeispiele*”) de la presencia del caso especialmente grave, que puede ser negado por el juez en el caso concreto; pero además, en el caso de que no concurren tales elementos, el juez puede aplicar igualmente la agravación. Sobre lo anterior v. BLEI (n. 4), p. 423; BRUNS (n. 7), p. 54; EISELE (n. 3), p. 197; ESER (n. 5), § 243, marg. 1; HIRSCH (n. 3), p. 291; JESCHECK/ WEIGEND (n. 7), ps. 271-2; KINDHÄUSER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, (2.ª ed. Nomos) Baden Baden, 2002, p. 91; MAIWALD (n. 3), ps. 434 y 438-9; el mismo (n. 4), p. 139; OTTO, *Grundkurs des Strafrechts. Die einzelnen Delikte*, (6.ª ed. Walter de Gruyter) Berlin-New York, 2002, p. 169; ROXIN (n. 4), p. 285; TRÖNDLE/FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, (51.ª ed. C.H. Beck) München, 2003, §243, marg. 2; WEBER en: Baumann/Weber/Mitsch, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Lehrbuch*, (10.ª ed. Ernst und Werner Gieseking) Bielefeld, 1995, p. 117. MAIWALD (n. 3), ps. 434 y 438-9, pone el ejemplo de un caso de hurto con fractura, forzamiento o llave falsa, pero cometido en una situación de necesidad: en este supuesto el juez podría negar el caso especialmente grave pese a que se da el ejemplo-regla. Respecto a la aplicación de un caso especialmente grave cuando no concurre un ejemplo-regla, el legislador del Proyecto de 1962 aclaró que no se trata de que el supuesto de hecho se equipare al ejemplo-regla en su forma (“*ihrer Art nach*”), sino en su gravedad (“*ihrer Schwere nach*”). Al respecto v. EISELE (n. 3), ps. 19 y 95-6, que apunta que para la mayoría de la doctrina no es necesario, para aplicar el marco penal previsto para los casos especialmente graves, que el supuesto de hecho concreto tenga “parecido” en un sentido estructural con un ejemplo-regla. Por último, ZIESCHANG (n. 3), p. 562, recuerda que también existen algunos preceptos del StGB que responden a la fórmula “siempre, pero no sólo”, como el § 129 Abs. 4 StGB.

9. Entre otros GÖSSEL (n. 4), ps. 197 y 200; GRAUL, “>>Versuch eines Regelbeispiels<< –BayObLG, NSiZ 1997, 442; BGH, NSiZ-RR 1997, 293”, Jus, 1999, núm. 9, p. 853; JESCHECK/WEIGEND (n. 7), ps. 270-1; MAURACH/ZIPF, *Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Grundlehren des Strafrechts und Aufbau der Straftat*, (8.ª ed. C.F. Müller) Heidelberg, 1992, p. 291; OTTO (n. 8), p. 169; ROXIN (n. 4), ps. 284-5; SCHMITT, “Juristische >>Aufrichtigkeit<< am Beispiel des § 243 StGB” en: *Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag am 24. August 1989*, (Walter de Gruyter) Berlin-New York, 1989, ps. 313-4 y 317; SCHRÖDER (n. 3), p. 423 [para el que también los casos de “sólo, pero no siempre”, al no ser definitivamente regulados por el legislador, serían meros factores de determinación de la pena (ps. 426-8)]; WEBER (n. 8), p. 117; WESSELS (n. 5), p. 299; WESSELS/BEULKE, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, (33.ª ed., C.F. Müller) Heidelberg, 2003, 2003, p. 39; ZIESCHANG (n. 3), p. 567. También niegan a los ejemplos-regla carácter típico ESER (n. 5), § 243, marg. 2; KREY, *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band 1*, (2.ª ed. Kohlhammer) Stuttgart, 2004, p. 60; KÜHL, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, (4.ª ed. Franz Vahlen) München, 2002, p. 532; KÜPER, “Die Geringwertigkeitsklausel des § 243 II StGB als gesetzestechnisches Problem”, NJW, 1994, núm. 6, p. 350 (refiriéndose en concreto al § 243). Para MAIWALD (n. 4), ps. 148-9 (en relación con las cláusulas generales de los casos especialmente graves) y p. 159 (para los ejemplos-regla), se trata formalmente de elementos del tipo, porque se separan del tipo básico con un marco penal propio, y materialmente de factores de determinación de la pena. Aunque mantiene una postura contraria HIRSCH (n. 3), p. 288 n. 10, reconoce que la citada es la doctrina dominante.

10. Este sería el caso del § 244 StGB que regula el hurto con armas, en bandas o en casa habitada (“*Diebstahl mit Waffen*”, “*Bandendiebstahl*”, “*Wohnungseinbruchdiebstahl*”) y se configura como un tipo cualificado.

11. Para SCHRÖDER (n. 3), ps. 426-7, entre elementos típicos y factores de determinación de la pena no existen diferencias materiales ya que ambos se refieren al contenido de injusto y culpabilidad de las conductas, debiéndose encontrar la diferencia, por tanto, en este criterio formal. WESSELS (n. 5), ps. 298 y 305, señala que donde es el juez y no el legislador el que debe decidir si un hecho delictivo debe pertenecer a un grupo de valor (“*Wertgruppe*”) separado del tipo básico, se trata de reglas de determinación de la pena. Para este autor (p. 298), lo único que tienen en común los ejemplos-regla y los tipos cualificados es el principio formal de estar nombrados por la ley (“*Bennantsein*”), es decir, la descripción exacta de sus elementos particulares por el legislador. Hay que adelantar ya en este punto y frente a la postura de estos autores, que una cosa es que entre elementos del tipo y factores de medición de la pena, en ocasiones, no puedan encontrarse diferencias ontológicas y otra cosa es que tales diferencias no puedan hallarse en un plano valorativo.

2 Nr. 1 StGB¹²-. El BGH anula la Sentencia del Landgericht por hacer aplicado los marcos penales agravados de tales delitos en el supuesto de hecho concreto, y ello pese a que concurrían efectivamente en el caso las circunstancias previstas en los mismos: hurto profesional y especial gravedad de la pérdida patrimonial ocasionada en el caso de la estafa (“*einen Vermögensverlust großen Ausmaßes*”).

La razón aducida por el BGH es que el Landgericht no tomó en consideración, a la hora de determinar el marco penal aplicable, otra de las circunstancias presentes en el caso: la adicción al juego del sujeto. Y es que, como explica el Tribunal: el efecto indiciario de los §§ 243 Abs. 1 Nr. 3 y 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 StGB –en el sentido de indicar la procedencia de pasar del marco penal normal al agravado– puede ser compensado por otros factores de medición de la pena, de forma que el juez deba abandonar el marco agravado –cuya aplicación era favorecida indiciariamente por la concurrencia de las circunstancias “hurto profesional” y “especial gravedad de la pérdida patrimonial”– y volver al marco penal normal. Especialmente, recalca el BGH, puede ser éste el caso cuando concorra una causa de atenuación de la pena del § 21 StGB –que regula supuestos de imputabilidad disminuida¹³–, como en el supuesto de hecho que se enjuicia, en el que el acusado presenta una adicción al juego¹⁴.

2. Es decir, el BGH recrimina al Tribunal de instancia el no haber tenido en cuenta que, si bien concurren las circunstancias “hurto profesional” y “especial gravedad de la pérdida patrimonial” ocasionada por la estafa, por las que indiciariamente habría que desplazarse al marco penal agravado de sendos tipos delictivos (hurto y estafa), se había perdido de vista que tal indicación era precisamente *indiciaria* (“*Indizwirkung*”) y que podía ser enervada por la concurrencia de otros factores. Como el propio BGH señala en su Sentencia de 7 de agosto de 2001 rela-

tiva a un supuesto similar, en los casos en los que se realiza un ejemplo-regla se abre frente al juez un marco penal agravado; sin embargo, este efecto indiciario puede decaer, pese a la concurrencia de un ejemplo-regla, también “cuando circunstancias atenuantes, que preceden al hecho, lo suceden o que se basan en la persona del autor, que sin embargo de forma directa no tienen nada que ver con la ejecución del hecho o la realización del tipo, se tienen que incluir en la valoración”. Por tanto, se exige del juez una valoración de *todas* las circunstancias –independientemente de su naturaleza jurídica– que acompañen, antecedan o sigan al hecho –una valoración global del hecho y del delincuente–, que le permita decidir si el efecto indiciario, en el caso estudiado el de los §§ 243 Abs. 1 Nr. 3 y 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 StGB, debe o no ser enervado.

En consecuencia, el BGH remite nuevamente el asunto a otra Sala del Landgericht para su nuevo enjuiciamiento por apreciar un defecto en la elección del marco penal aplicable por parte del juez. El BGH anula, por tanto, la Sentencia del Landgericht-Bochum, no por considerar que sólo la aplicación del marco penal básico sería adecuada a la ley, sino por estimar que es precisa una valoración global de *todas* las circunstancias del hecho y del delincuente y que sólo tal valoración de conjunto podrá conducir al marco penal que mejor se adapte al supuesto de hecho concreto.

3. Si el mismo caso que llegó al BGH hubiera sido juzgado conforme a la ley penal española el juez penal hubiera llevado a cabo el siguiente proceso: 1) aplicación del marco penal correspondiente a los tipos cualificados de hurto y estafa¹⁵; 2) posterior reducción de la pena –*ex art. 68* en relación con el 21. 1 del CP– por la adicción al juego del sujeto, en caso de que se dieran todos los requisitos para tal atenuación; 3) sólo al final de este proceso, es decir, con la fijación definitiva del marco penal aplicable al caso, se abriría para el juez penal un marco de decisión en el que individualizar la pena concreta, que le permitiría re-

12. El § 243 StGB dispone: “(1) En casos especialmente graves el hurto será castigado con pena de prisión de tres meses a diez años. Un caso especialmente grave se da por regla general cuando el autor (...) 3. hurta de forma profesional...”. El § 263 StGB establece para el delito de estafa que: “(3) En casos especialmente graves la pena será de seis meses a diez años. Un caso especialmente grave se da por regla general cuando el autor (...) 2. ocasiona una pérdida patrimonial de especial gravedad...”.

13. § 21 Imputabilidad disminuida: “Si al cometer el hecho la capacidad del autor para comprender lo injusto del hecho o para obrar conforme a esa comprensión está considerablemente disminuida por uno de los motivos señalados en el § 20, la pena puede ser atenuada conforme al § 49 Abs. 1”.

14. El BGH dice en su Sentencia que el Landgericht no ha considerado –al menos no de forma reconocible– que el efecto indiciario de los ejemplos-regla puede ser compensado por otros factores de medición de la pena, de forma que pueda negarse la concurrencia de un caso especialmente grave y volverse al marco penal normal. Además añade que especialmente puede ser éste el caso cuando concurre una causa de atenuación del § 21 StGB.

15. A efectos del presente trabajo carece de importancia que el art. 235 CP no prevea una cualificación para supuestos de “hurto profesional”, pues los razonamientos del BGH son igualmente extensibles al resto de los ejemplos-regla previstos en el § 243 que sí se corresponden en su mayoría, bien con las cualificaciones del art. 235, bien con los casos de robo con fuerza en las cosas del art. 238 del CP, que también llevan a un marco penal más grave.

alzar una valoración global del hecho y de la persona del delincuente para imponer la pena en la extensión que estimara adecuada (art. 66. 1. 6.ª CP)¹⁶.

Un intento por parte del juzgador de *refundir* estos tres pasos en uno, tal y como exige el BGH al Landgericht en la Sentencia comentada, chocaría con el art. 66. 1. 7.ª del CP. Esto es: si el juez, mediante una valoración global, compensara el efecto de la imputabilidad disminuida con el mayor desvalor de lo injusto de los tipos cualificados, y así, optara por aplicar el marco penal básico, infringiría el citado precepto penal. En efecto, la única compensación admitida por nuestro CP es la prevista entre *circunstancias* atenuantes y agravantes *genéricas* –es decir, las previstas en los art. 21, 22 y 23 del CP– por el art. 66. 1. 7.ª. Las *circunstancias* que afectan a lo injusto específico y que conforman los tipos agravados o atenuados han sido

blindadas por el legislador frente a una eventual compensación¹⁷. Al respecto conviene recordar las palabras de BOLDOVA PASAMAR: “si la sistemática del delito ha de servir para algo, de la distinta ubicación de las circunstancias de lo injusto, según sean específicas en el tipo, y si son generales en la antijuridicidad, debería extraerse alguna consecuencia práctica, como, *ad exemplum*, la no afectación a las específicas del mecanismo de compensación de las circunstancias entre sí, ya que *el tipo no admite transacciones de ninguna clase (...)*”¹⁸. En definitiva: el marco penal –básico o cualificado– determinado por los elementos que fundamentan lo injusto específico de la conducta delictiva se convierte en intocable y sólo pueden ser objeto de *transacción* las circunstancias que afectan a lo injusto genérico, esto es, en principio, las previstas en los art. 21, 22 y 23 CP¹⁹.

16. Y ello en el caso de que no concurrieran más circunstancias atenuantes o agravantes y siempre en atención a las “las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho” (art. 66. 1. 6.ª CP). No obstante, como señala BOLDOVA PASAMAR en: Gracia Martín (coord.)/Boldova Pasamar/Alastuey Dobón, Tratado de las consecuencias jurídicas del delito, (Tirant lo Blanch) Valencia, 2006, p. 285, las circunstancias personales del delincuente y la mayor o menor gravedad del hecho, aunque sólo se mencionan en la regla sexta son de general aplicación en el momento de elegir la pena exacta. Además, como añade MAPELLI CAFFARENA, Las consecuencias jurídicas del delito, (4.ª ed. Thomson Civitas) Madrid, 2005, p. 246, es precisamente en esta última fase, la fase de “auténtica determinación de la pena”, cuando se puede hablar de valoración global. Para este autor (p. 256), el art. 66. 1. 6.ª CP es una cláusula abierta dentro de la que cabe considerar cualquier circunstancia sin estar sometido siquiera al criterio de la analogía.

17. La mayoría de la doctrina niega la posibilidad de compensar circunstancias genéricas y específicas, v. por todos CEREZO MIR, Curso de Derecho penal español. Parte General II. Teoría jurídica del delito, (6.ª ed. Tecnos) Madrid, 1998, p. 352 n. 15; MAPELLI CAFFARENA (n. 16), p. 257. En lo que no hay acuerdo es en la determinación de cuándo una circunstancia es genérica o específica. Para la mayoría doctrinal las circunstancias genéricas son las recogidas en los art. 21, 22 y 23 del CP, v. por todos CEREZO MIR, p. 351; MAPELLI CAFFARENA (n. 16), ps. 265-6. Por el contrario, para ALONSO ÁLAMO (n. 2), ps. 19-20, 216, 255; la misma, “La compensación de circunstancias generales y especiales ante la reforma del Derecho penal”, CPC, 1983/19, p. 17, son auténticas circunstancias (en el sentido de que pueden ser compensadas) las que en la Parte especial forman los delitos circunstanciados. También parece admitir la categoría del delito circunstanciado DÍEZ RIPOLLÉS, “Las circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad criminal en el Proyecto de Código penal de 1992”, LL, 1993/2, p. 907. Para este autor son circunstancias genéricas aquellas vinculadas a ciertos tipos pero que no pertenecen a lo injusto específico y, por lo tanto, no dan lugar a tipos agravados o privilegiados; de ello extrae como consecuencia que deben ser compensables. Sobre la relación entre lo injusto genérico y lo injusto específico v. del mismo autor, “La categoría de la antijuridicidad en Derecho Penal”, ADPCP, 1991, ps. 752-64. Para Alonso Álamo y Díez Ripollés la posibilidad de compensar circunstancias de la Parte general y especial del CP pasaría, precisamente, por negar la pertenencia de tales circunstancias a lo injusto específico y, por tanto, al tipo de lo injusto. Por el contrario, niegan validez a la categoría del delito circunstanciado en nuestro ordenamiento CEREZO MIR, p. 352 n. 15; PÉREZ ALONSO (n. 2), p. 116; SALINERO ALONSO, Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y el artículo 66 del Código penal, (Comares) Granada, 2000, ps. 36-9. También en contra de considerar circunstancias en sentido estricto –circunstancias genéricas– a las reguladas en la Parte especial, GONZÁLEZ CUSSAC, Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, (Universidad de Valencia) 1988, ps. 89-90 y 94-5, desde un punto de vista formal, fundamentalmente por la distinta eficacia y función que despliegan, y desde un punto de vista material, que es el decisivo para este autor, porque afectan al tipo de lo injusto o a la figura delictiva (están fuera de lo que González Cussac considera concepto material *débil* de circunstancia). También en sentido contrario a Alonso Álamo v. MAQUEDA ABREU, “El error sobre las circunstancias. Consideraciones en torno al art. 6 bis a) del Código penal”, CPC, 1983/21, p. 707, que se muestra muy crítica con la diferenciación entre circunstancias en sentido estricto, delitos circunstanciados, tipos cualificados y delitos *suis generis*. Esta autora califica como insostenible el que “sólo las circunstancias enumeradas en la Parte general son *propriamente* accidentales. También lo son, pero *en menor medida*, las que forman delitos circunstanciados. Esenciales, pero *no plenamente*, son las que dan lugar a delitos cualificados (o privilegiados) y, por fin, *definitivamente esenciales* (...) las que constituyen delitos *sui generis*” (cursivas en el original).

18. V. BOLDOVA PASAMAR, La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva, (Civitas) Madrid, 1995, ps. 47-8 (segunda cursiva añadida).

19. El CP español (art. 66. 1. 7.ª) parece partir de una presunción *iuris et de iure* de que las circunstancias de la Parte especial del CP pertenecen al tipo de lo injusto, a lo injusto específico, pues *protege* a estas circunstancias frente a una eventual compensación con circunstancias de lo injusto general o de la culpabilidad de signo distinto (atenuante o agravante según los casos). No obstante, tampoco puede ignorarse que tal compensación puede llevarse a cabo *de facto* por parte de los Tribunales dentro de la valoración global que es preciso llevar a cabo en cláusulas tales como las del art. 242. 3 CP.

4. En resumen, si comparamos ambos procesos de determinación de la pena llaman la atención fundamentalmente dos aspectos: 1) En primer lugar, el juez español, en la búsqueda del marco penal aplicable se “limita” a subsumir un hecho en el tipo correspondiente –con todas las críticas que, con razón, se pueden hacer al hecho de considerar la labor del juez como un mero proceso de subsunción lógica-, acatando o aplicando la decisión del legislador en cuanto a la pena (abstracta) que merece un determinado *tipo* de conducta. Sin embargo, en el ordenamiento jurídico alemán la propia elección del marco penal aplicable²⁰ viene determinada, no por una decisión del legislador que el juez aplica, sino por una valoración de conjunto llevada a cabo por este último para decidir qué marco penal le parece más adecuado para el caso concreto. Es decir, el juez alemán tendría la facultad de decidir qué marco penal aplica, cosa en principio vedada al juez español. 2) En segundo lugar, llama también la atención cómo, en orden a excluir la aplicación del marco agravado, se *compensan* elementos relativos a la culpabilidad con elementos que definen lo injusto específico de la figura delictiva.

5. Por último, si consideramos que los elementos tomados como presupuesto de agravación en los delitos de hurto y de estafa en el CP español y en el StGB coinciden en gran parte: ¿a qué se debe que el tratamiento dado a los mismos sea tan diferente? La respuesta la encontramos en la 1ª Ley para la Reforma del Derecho penal alemán de 25

de junio de 1969, que convierte lo que hasta entonces eran elementos del tipo cualificado en *ejemplos-regla*²¹ y evidencia la no desdeñable trascendencia del empleo de una u otra técnica.

III. La “mutación” de los elementos de agravación: de elementos del tipo a factores de determinación de la pena

1. No obstante lo visto hasta ahora, no puede olvidarse un dato fundamental: la variación en la calificación jurídica de las circunstancias que sirven de presupuesto a la aplicación del marco agravado –de tipos cualificados a ejemplos-regla y, por tanto, a factores de medición de la pena– se llevó a cabo sin que se produjeran cambios en el sustrato material de tales circunstancias. Es decir, el hurto con escalamiento pasa de ser un elemento del tipo cualificado a ser un factor de determinación de la pena sin que se haya producido más cambio que el de la introducción en el § 243 StGB de la cláusula “*in der Regel*”.

2. Precisamente resulta llamativo el hecho de que la polémica en relación con los casos especialmente graves se haya acentuado, como así ha sido, con la introducción de los ejemplos-regla, si tenemos en cuenta la ganancia en seguridad jurídica que supone –frente a una cláusula totalmente innominada– el que el juez cuente al menos con un punto de referencia para la subsunción²². Esta aparen-

20. De “elección” (“*Wahl*”) del marco penal aplicable entre varias posibilidades habla BRUNS (n. 7), p. 48. Este autor (ps. 69-70) también habla de una facultad de elección (“*Wahlrecht*”) del juez a la hora de determinar el marco penal aplicable en los supuestos de omisión, imputabilidad disminuida y tentativa (§§ 13 Abs. 2, 21 y 23 Abs. 2 en relación con el § 49 Abs. 1 StGB), resaltando las dificultades que comporta este método para el juez y los problemas que representa para la prohibición de doble valoración.

21. La 1.ª Ley para la reforma del Derecho penal alemán, de 25 de junio de 1969, convirtió lo que hasta entonces eran elementos del tipo cualificado de hurto –§ 243– en *ejemplos-regla*. Para el delito de estafa la previsión del método ejemplificador de los ejemplos-regla para los casos especialmente graves tuvo lugar por primera vez en la Ley complementaria de 26 de mayo de 1933. Sin embargo, en aquel momento se dotó a tales ejemplos de fuerza vinculante mientras que actualmente se acepta de forma unánime que tanto puede ser negada la presencia de un caso especialmente grave aun concurriendo el ejemplo-regla, como a la inversa, se puede afirmar la existencia del primero pese a la falta del segundo; al respecto de todo lo anterior v. MAIWALD (n. 4), p. 139; SCHEFFLER (n. 5), ps. 772-6.

22. Sobre la mayor seguridad jurídica que se consigue con la introducción de los ejemplos-regla v. CALLIES, “Der Rechtscharakter der Regelbeispiele im Strafrecht. Zum Problem von Tatbestand und Rechtsfolge im 6. Strafrechtsreformgesetz”, NJW, 1998, núm. 14, ps. 934-5; HETTINGER, “Zur Rationabilität heutiger Strafgesetzgebung im Hinblick auf die Rechtsfolgenbestimmung. Begriffe ohne Inhalt, Strafrahmen ohne Konturen”, GA, 1995/9, ps. 423-4; MAIWALD (n. 3), p. 440; SCHEFFLER (n. 5), p. 779; WEBER (n. 8), p. 118; WESSELS (n. 5), p. 296. En opinión de HIRSCH (n. 3), ps. 288 y 299, pasamos de una autorización al juez para la creación libre de Derecho (amparada en la cláusula general de los casos especialmente graves) a una autorización para la aplicación analógica (analogía respecto a los ejemplos-regla previstos por el legislador). Por el contrario, para JAKOBS, Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, (2.ª ed. Walter de Gruyter) Berlin-New York, 1991, ps. 179-80, sólo existe una escasa ganancia cuantitativa en relación con los marcos penales amplios indiferenciados si la ley sólo ofrece ejemplos-regla no vinculantes, pues una ley que está sólo un poco determinada sigue siendo una ley indeterminada. Para este autor, se conseguiría mayor determinación si los ejemplos agravatorios estuvieran taxativamente mencionados pero sin ser vinculantes para el juez, mientras que los atenuatorios no estuvieran taxativamente mencionados pero fueran vinculantes para el juez, como en el caso del § 213 StGB, que dispone una atenuación obligatoria para el caso de que el autor fuera provocado por la víctima del homicidio, a través de maltrato o grave ofensa hacia el mismo autor o hacia persona con la que estuviera unido por lazos de parentesco, pero deja abierta la puerta a otras posibles causas de atenuación. Ya CALLIES (n. 5), ps. 117-8, proponía una interpretación de los casos especialmente graves en el senti-

te paradoja puede explicarse si consideramos, primero, el “parecido” que tienen los ejemplos con los tradicionales tipos cualificados²³, que hace despertar las sospechas en relación con un posible cambio de etiquetas, y segundo, que el legislador haya dotado a un mismo hecho en unas ocasiones de la naturaleza de elemento del tipo y en otras de ejemplo-regla, sin atenerse a criterio sistemático alguno. Esta “mutación” (en ambos sentidos) de la naturaleza

de un mismo hecho ha llamado especialmente la atención de la doctrina alemana²⁴.

3. Hay que recordar que la calificación de estos elementos como elementos del tipo o como factores de determinación de la pena no se queda en una mera cuestión terminológica, sino que arrastra importantes consecuencias prácticas²⁵. Además de las relacionadas con la aplicación de determinados preceptos de la Parte general²⁶, se

do “sólo, pero no siempre”; en este sentido también GROPP, “Der Diebstahlstatbestand unter besonderer Berücksichtigung der Regelbeispiele”, Jus, 1999, núm. 11, p. 1049. En sentido similar, FREUND, “Der Entwurf eines 6. Gesetzes zur Reform des Strafrechts. Eine Würdigung unter Einbeziehung der Stellungnahme eines Arbeitskreises von Strafrechtslehrern”, ZStW, 109, (1997), p. 471, exponiendo la opinión del Círculo de profesores de Derecho penal a quienes se consultó el Proyecto de la 6.ª Ley para la reforma del Derecho penal, se inclina por que los casos especialmente graves sean recogidos de forma taxativa pero no vinculante en la ley y por que sean tratados como lo que son: tipos cualificados. Frente a la postura de estos últimos autores, es decir, de quienes proponen permitir un mayor grado de indeterminación en todo aquello que favorezca al reo, hay que criticar el hecho de que orientan demasiado unilateralmente el mandato de determinación hacia la garantía de previsión. Sin embargo, el grado de detalle que debe tener una regulación no depende sólo del interés de previsión que tengan los destinatarios de la ley, como parece deducirse de la postura de estos autores, sino que también depende del interés de que situaciones iguales reciban el mismo tratamiento y del interés de que el sujeto que toma la decisión normativa esté legitimado para ello; al respecto v. NOLL, “Prinzipien der Gesetzgebungstechnik” en: Rechtsfindung. Beiträge zur juristischen Methodenlehre. Festschrift für Oscar Adolf Germann zum 80. Geburtstag, (Stämpfli) Bern, 1969, p. 165 y ss., refiriéndose respectivamente a “*Prävisionsinteresse*”, “*Gleichbehandlungsinteresse*” y “*Legitimationsinteresse*”.

23. Los ejemplos-regla del actual § 243 StGB constituían el antiguo tipo cualificado de hurto; al respecto v. KÜHL en: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, (24.ª ed. C.H. Beck) München, 2001, § 243, marg. 2; TRÖNDLE/FISCHER (n. 8), § 243, marg. 2; WEBER (n. 7), ps. 351-2. El legislador se ha limitado a *recalificarlos*. GRAUL (n. 9), p. 853, destaca el hecho de que incluso en los exámenes y trabajos que realizan los alumnos de las Universidades alemanas, aunque no se exige nada que tenga que ver con la individualización de la pena (“*Strafzumessung*”), sí se pide resolver las cuestiones que plantea la concurrencia o no de ejemplos-regla, es decir, también a efectos docentes se les trata como tipos cualificados.

24. V. EISELE (n. 3), ps. 172-3; HIRSCH (n. 3), ps. 288-9 y n. 12. También CALLIES (n. 22), p. 930, alude a que con la 6.ª Ley de reforma del Derecho penal antiguos ejemplos-regla fueron transformados en tipos cualificados y algunos tipos cualificados existentes aparecieron en el Proyecto de ley convertidos en ejemplos-regla, aunque tras el informe de los jueces desaparecieron de la redacción definitiva. Por ejemplo, como señala MITSCH, “Die Vermögensdelikte im Strafgesetzbuch nach dem 6. Strafrechtsreformgesetz”, ZStW, 111, (1999), ps. 71 y 84, el hurto en casa habitada (“*Wohnungseinbruchsdiebstahl*”) pasó de ser un ejemplo-regla del § 243 a ser un tipo cualificado del § 244. V. también GÖSSEL (n. 4), ps. 186-91 y 205, en particular crítico con la conversión del “acceso carnal” en ejemplo-regla de los casos especialmente graves de las agresiones sexuales, mediante la 33.ª Ley de reforma del Derecho penal, de 1 de julio de 1997. Hay que subrayar que se ha llegado a la incongruencia sistemática de que tipos de la misma naturaleza incorporen los mismos elementos y, sin embargo, en algunos aparezcan como ejemplos-regla y en otros como elementos del tipo. Este es el caso del acceso carnal al que se refiere GösSEL, que en el § 177 Abs. 2. Nr. 1 constituye un ejemplo-regla del delito de agresión sexual, en relación con el cual el juez todavía tendría la posibilidad de aplicar la pena del tipo básico, y que en el § 179 Abs. 4. Nr. 1 (abuso sexual) constituye un elemento del tipo cualificado (aunque en su redacción anterior también fue mero ejemplo-regla). Este autor se pregunta por qué no considerar a ambos como elementos del tipo, si tal circunstancia determina lo injusto específico de la conducta delictiva. Otros ejemplos de casos similares en GÖSSEL (n. 4), ps. 189-91.

25. Al margen de las consecuencias referidas en el texto, no pueden olvidarse las consecuencias estrictamente penológicas. Como señala HORN (n. 6), p. 592, para un caso de hurto en el que concurre un ejemplo-regla del § 243 y una causa de semiimputabilidad del § 21, la pena resultante de aplicar el marco agravado y posteriormente atenuar la pena por encontrarse la capacidad de culpabilidad disminuida, no es la misma que la resultante de pasar del marco agravado al marco normal del hurto.

26. V. GRAUL (n. 9), p. 855, que critica el hecho de que el legislador no haya reparado suficientemente en que, con la conversión de tipos cualificados en ejemplos-regla, se afectaba también a la aplicación de preceptos de la Parte general del StGB. Efectivamente, si la transformación legislativa de un elemento del tipo cualificado a ejemplo-regla supone, como así lo afirma la doctrina dominante, su *mutación* en factor de medición de la pena, esto arrastra importantes consecuencias respecto a la aplicación de determinados preceptos de la Parte general del StGB. Entre ellos, los relativos, por ejemplo, al dolo o a la tentativa (§§ 16 y 22 StGB, respectivamente), restringen su aplicación exclusivamente a los elementos del tipo con lo que no serían aplicables o, al menos, no directamente, a los factores de medición de la pena. Así, como apunta MITSCH (n. 24), ps. 71 y 84, al hurto en casa habitada (“*Wohnungseinbruchsdiebstahl*”), que pasó de ser un ejemplo-regla del § 243 a ser un tipo cualificado del § 244, le serán directamente aplicables, como elemento del tipo, las disposiciones de la Parte general del StGB relativas al dolo, a la tentativa, etc. Desde 1972, HIRSCH, “Literaturbericht. Reinhart Maurach: Strafrecht. Besonderer Teil (I. Teil)”, ZStW, 84, (1972), p. 387, advertía sobre el peligro de que, como consecuencia de la inaplicación de estos y otros preceptos de la Parte general del StGB a los factores de medición de

derivan también importantes consecuencias para el principio de legalidad, dado que la rigidez con que se aplica este principio a un elemento del tipo no es la misma con la que se aplica a un factor de determinación de la pena²⁷. Por esta razón, y al no aportar el legislador criterio sistemático alguno que justifique el paso de elementos del tipo cualificado a ejemplos-regla²⁸, parece que el motivo último de la transformación de los unos en los otros puede ser el ganar un marco penal más flexible y escapar del principio de legalidad —o al menos de su aplicación más estricta— mediante la simple *recalificación* de dichas circunstancias, desplazando así hacia el juez la responsabili-

dad de decidir qué conductas delictivas son merecedoras de una pena agravada. Así, podemos encontrarnos ante uno de esos casos en los que, en palabras de NOLL²⁹, la fórmula de añadir a una redacción casuística una cláusula general es, en realidad, indicio de inseguridad en la valoración legislativa. En supuestos como este de modificaciones meramente facultativas del marco penal, el legislador, pese a ser el competente para adoptar la decisión básica, le cede su puesto al juez, y este último debe completar la tarea que aquél no se vio capaz de realizar³⁰.

Parece, en definitiva, que la auténtica razón del uso de esta técnica es la *mayor facilidad* que supone el uso de

la pena, se creara una completa y análoga subdogmática para estos elementos. A favor de que, pese a tratarse de factores de medición de la pena, los ejemplos-regla sean tratados como elementos del tipo en lo que se refiere, por ejemplo, al dolo y a la participación, WEBER (n. 8), ps. 118-9. Ya antes había expuesto este autor, WEBER (n. 7), ps. 361-2, que se podía exigir para los ejemplos-regla *quasidolo* o *quasi* responsabilidad accesoria del partícipe; en sentido similar GROPP (n. 22), p. 1051. En concreto, sobre la aplicación de los preceptos de la Parte general del StGB a los casos especialmente graves de hurto v. KINDHÄUSER (n. 4).

27. V. HIRSCH (n. 3), ps. 288-9; KRAHL, *Tatbestand und Rechtsfolge. Untersuchungen zu ihrem strafrechtsdogmatisch-methodologischen Verhältnis*, (Klostermann) Frankfurt am Main, 1999, ps. 110-1 y n. 36. Por otro lado, EISELE (n. 3), p. 397, critica que el BVerfG no haya sido claro sobre si las exigencias de tal mandato constitucional son diferentes para el tipo y para las consecuencias jurídicas y, más concretamente, que no haya resuelto si del lado de las consecuencias jurídicas “se relaja” el mandato de determinación. A favor de que el principio de legalidad se aplique con la misma intensidad del lado de las reglas de determinación de la pena se pronuncia FREUND, “Buchbesprechungen. Matthias Krahl: *Tatbestand und Rechtsfolge. Untersuchungen zu ihrem strafrechtsdogmatisch-methodologischen Verhältnis*”, *ZStW*, 112, (2000), ps. 674-5 y 681. Para este autor, el peligro de la tesis dominante es que el mandato de determinación se relaje demasiado una vez que se ha determinado el marco penal, cuando para Freund es justamente una vez dentro del marco penal cuando empiezan realmente a decidirse las cosas; y ello incluso en el caso de que el legislador configurara marcos penales más estrechos. En su opinión, el principio de legalidad no debe relajarse en la concreción de las consecuencias jurídicas tras la adopción del marco penal, es decir, en el ámbito del Derecho de las consecuencias jurídicas (“*Straftatfolge*”). En sentido similar v. ZIESCHANG (n. 3), p. 564.

28. De “azar legislativo” en la elección de la técnica de los tipos cualificados o de los ejemplos-regla habla RIEB, “Zur Wiederaufnahmefähigkeit bei Verurteilungen auf Grund der Anwendung von Regelbeispielen” en: *Festschrift für Karl Heinz Gössel zum 70. Geburtstag am. 16. Oktober 2002*, (C.F. Müller) Heidelberg, 2002, p. 664. En el mismo sentido v. FREUND, “Straftatbestand und Rechtsfolgebestimmung. Zur Bedeutung der gesetzlichen Regelungstechnik und der >>harmonisierten<< Strafraumen für die Strafzumessung”, *GA*, 1999/11, ps. 512 y 516 n. 21, para quien, además, los supuestos nominados de modificación de los marcos penales son funcionalmente equivalentes a los tipos agravados o privilegiados y es cuestionable que exista realmente una diferencia entre ambos. V. también SCHMITT (n. 9), ps. 314-6; GRAUL (n. 9), ps. 854-5 (para el caso de la “tentativa de un ejemplo-regla”); ZIESCHANG (n. 3), ps. 564-7, críticos con la afirmación del BGH de que la decisión del legislador por la configuración de un determinado elemento como circunstancia típica agravante o como ejemplo de un caso especialmente grave es una mera *pregunta formal de técnica legislativa* pues en el fondo los ejemplos-regla de los casos especialmente graves y los tipos cualificados independientes no se diferencian profundamente en su esencia. Como indican estos autores, esto lleva finalmente al BGH a tratar a los ejemplos-regla *como si fueran* elementos del tipo a efectos de dolo, tentativa, concursos, etc. Ya se advirtió (*supra* n. 26) sobre el peligro que supone tener, junto a la dogmática de los elementos del delito, una completa y análoga subdogmática para el ámbito de las consecuencias jurídicas; en tal sentido v. CALLIES (n. 5), p. 113; HIRSCH (n. 26), p. 387.

29. V. NOLL (n. 22), p. 171.

30. En este sentido HETTINGER (n. 3), ps. 80-2. Este autor (p. 112); el mismo (n. 22), p. 419, añade que el juez fracasará en esta tarea, precisamente porque no es el legislador. Para ZIESCHANG (n. 3), ps. 564 y 567, se trata de una capitulación del legislador y se adscribe a las palabras de Kohlmann que hablaba de “*Kaschierung gesetzgeberischer Unfähigkeit*” y de que se convertía al StGB en una mera ayuda orientativa para el juzgador, de la que podía apartarse en cualquier momento. En sentido similar, STRENG, “Grundfälle zum Strafzumessungsrecht”, *Jus*, 1993, núm. 11, p. 923, pone a los casos especialmente graves y a los menos graves como ejemplos de la descuidada relación del legislador con los marcos penales, pues se produce un cambio de marco penal sin que la ley describa sus presupuestos. Finalmente HETTINGER (n. 3), p. 102, recuerda, remitiendo a Gallas, en qué consiste exactamente la labor del juez cuando se encuentra ante un caso especialmente grave: el juez debe construir en estos casos otro tipo (“*Typus*”) que se diferencie del tipo básico, no puede elevar la pena a su discreción, sino que debe decidir si el caso concreto muestra momentos que, de ser generalizables, hubieran determinado al legislador a construir un nuevo tipo con una pena mínima superior. Para HETTINGER (p. 102), los jueces también deben actuar de esta manera ante los casos menos graves.

meros ejemplos, que en ningún caso vinculan al juez, frente a la exigencia de una completa tipificación³¹, lo que en última instancia determinará el desplazamiento al ámbito judicial de tareas que corresponden al legislador³².

4. Resumiendo lo anterior: 1) La consideración de los ejemplos-regla como factores de medición de la pena relaja la sujeción al principio de legalidad que, en caso de tratarse de tipos cualificados de lo injusto, se aplicaría con toda su rigidez. El camino seguido por el legislador sería el siguiente: en su búsqueda de una regulación más flexible –que se adapte al caso concreto– abre el antiguo tipo cualificado del hurto en dos sentidos. Conforme a la nueva regulación, no sólo es posible aplicar el marco agravado cuando concurran los concretos elementos descritos en el § 243 StGB –en este supuesto el caso especialmente grave ilustrado con ejemplos-regla funcionaría como un tipo cualificado–, sino que también es posible aplicar el marco agravado pese a que no concurra ninguno de los elementos descritos en la ley, si el juzgador, tras una valoración global del hecho y del delincuente, decide que se

trata de un caso de especial gravedad. Y todavía cabe una tercera posibilidad: aunque concurra un ejemplo-regla el juzgador puede permanecer en el marco penal normal si considera que el caso concreto, valorado globalmente, no reviste especial gravedad. Efectivamente, el legislador otorga una *gran flexibilidad* con esta nueva figura jurídica. El problema surge cuando se plantea la compatibilidad de esta regulación con el principio de legalidad. Si, como se ha dicho, el principio de legalidad se manifiesta en el ámbito de la tipicidad en toda su intensidad, el legislador puede haberse servido de la (re)calificación de los ejemplos-regla del § 243 StGB como factores de medición de la pena para huir de la aplicación más estricta del mandato de determinación.

2) Esta técnica supone ignorar el hecho de que el sistema penal –tanto el español como el alemán– responde a un programa condicional, según el cual, las condiciones típicas no deben derivarse de la necesidad de pena sino, al revés, la relevancia penal de una conducta y la entidad de su castigo deben depender de la regulación típica³³.

31. V. GÖSSEL (n. 4), ps. 186-8; HIRSCH (n. 3), p. 291. Otra consecuencia del recurso a esta técnica es la posible aplicación *subsidiaria* de los casos especialmente graves y los ejemplos-regla para los casos en que no se dan todos los requisitos para aplicar un tipo cualificado. Esta es precisamente la forma de interpretar el § 244 que propone MITSCH (n. 24), p. 72. Como ya se ha señalado, la 6.^a Ley de reforma del Derecho penal convierte el hurto en casa habitada (“*Wohnungseinbruchsdiebstahl*”) en un tipo cualificado (§ 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB). Sin embargo, para Mitsch esto no significa que dejen de ser aplicables los ejemplos-regla del § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 StGB (que regula el hurto en edificios, locales comerciales u oficiales u otros lugares cerrados) si no se dieran todos los requisitos para aplicar directamente el § 244 Abs. 1 Nr. 3; además, continúa Mitsch, si esto tampoco fuera posible, se podría aplicar la cláusula general del § 243 Abs. 1 Satz 1. Este autor, para ilustrar su propuesta, plantea el caso de un sujeto que cree entrar en un edificio público cuando en realidad entra en una vivienda: no se puede castigar por el § 244 Abs. 1 Nr. 3 porque existe error de tipo (§ 16 Abs. 1 Satz. 1), pero, en su opinión, sí se podría recurrir subsidiariamente al ejemplo-regla del § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 (pese a no concurrir su sustrato objetivo) o, en su caso, a la cláusula general del § 243 Abs. 1 Satz 1, por presentar el caso una especial gravedad. Nótese el hecho de que los marcos penales de los §§ 243 y 244 coinciden en su límite superior (diez años de prisión), mientras que el límite inferior del primero es de tres meses y el del segundo de seis meses de prisión, por lo que las penas que se podrían imponer serían muy similares. En resumen, y en palabras de ZIESCHANG (n. 3), p. 564, el criterio, en principio vinculado a la naturaleza de todo precepto jurídico-penal, de no abarcar todas las posibles constelaciones de casos para no infringir el principio de legalidad se ahueca.

32. El hecho de que mediante esta nueva técnica se concede un mayor ámbito de decisión al juez y se “flexibiliza” la aplicación del Derecho es indiscutible. Si los jueces han acogido favorablemente o no el cambio operado en el método de aplicación del Derecho es otra cuestión. Como señala HETTINGER (n. 22), p. 420, el reinado de los jueces (“*Richterkönigtum*”) que se crea con regulaciones de este tipo puede no gustar a los mismos jueces. Precisamente CALLIES (n. 22), ps. 930-1 y HIRSCH (n. 3), p. 300, recuerdan que, mientras el legislador del Proyecto de la 6.^a Ley de reforma del Derecho penal hablaba de adaptar a las exigencias actuales las formas obsoletas de configuración de los tipos y caracterizaba la técnica de los ejemplos-regla como la preferida en la moderna técnica legislativa, la opinión expresada por los jueces en la audiencia frente a la Comisión jurídica del Parlamento distó mucho de la anterior. Según el Informe de los jueces, esta práctica no sería aceptable por la inseguridad jurídica y la arbitrariedad en las decisiones judiciales que genera: del juez se exigen tal cantidad de ponderaciones para aplicar tanto un caso especialmente grave como uno menos grave, que al final sería una cuestión de suerte si al Tribunal de revisión (“*Revisionsgericht*”) “le gusta o no” el resultado. Por el contrario, los tipos cualificados no sólo facilitaban por su determinación el trabajo de la jurisprudencia en la fundamentación del marco penal correcto, sino que, desde la perspectiva del autor del hecho delictivo, ésta era comprensible. Sobre la poca aplicación práctica de la cláusula general de los casos especialmente graves v. HIRSCH (n. 3), p. 294; SCHEFFLER (n. 5), p. 71.

33. Sólo así se garantiza que no se rebase el ámbito de competencias del legislador –“*distinctio poenarum ex delicto*” en lugar de una “*distinctio delictorum ex poena*”–. V. respecto a todo lo anterior WAHLE, “Zur strafrechtlichen Problematik >>besonders schwerer Fälle<<, erläutert am Beispiel der Verkehrsunfallflucht”, GA, 1969, ps. 169-70. No obstante lo dicho hasta ahora, el hecho de atenerse a un programa condicional no supone perder completamente de vista el ámbito de las consecuencias jurídicas. Ya en este sentido apuntaba NOLL, Gesetzgebungslehre, (Rowohlt) Hamburg, 1973, p. 252, que los programas condicionales también están siempre dirigidos a un fin, pues las leyes que no persiguen un fin carecerían de sentido y además podrían ser inconstitucionales en el caso de que, sin perseguir un objetivo razonable, amenazaran con una sanción. En sentido similar v. KUDLICH, “Die strafrahmenorientierte Auslegung im System der strafrechtlichen Rechtsfindung”, ZStW, 115, (2003), ps. 15-6.

3) También supone ignorar el significado que modernamente se atribuye a los marcos penales, ya no como meros límites dentro de los que el juez puede moverse libremente³⁴, sino como expresión de la (des)valoración de lo injusto y de la culpabilidad de un tipo delictivo y, en este sentido, como escala de gravedad aplicable a todas las conductas subsumibles en ese tipo. Esta escala de gravedad vincula al juez de forma que éste no individualiza la pena conforme a sus propias e independientes valoraciones, sino conforme a las valoraciones que el legislador le transmite a través de los marcos penales³⁵. Sin embargo, con este sistema de elección del marco penal aplicable mediante la valoración global del hecho y del delincuente se pone a la disposición del juez aquello (el marco penal) que se suponía que debía vincularle: ¿cómo va el marco penal a vincular entonces al juez si él mismo está a su disposición?³⁶

4) Por último: el propio método de valoración global utilizado a la hora de determinar el marco penal aplicable es merecedor de diversas críticas. Primero porque este méto-

do, como se ha dicho, es incompatible con la función de los marcos penales como previa valoración legislativa de la que debe partir la jurisprudencia. Como señala HORN³⁷, el método de la valoración global no presenta problemas cuando se trata de individualizar la pena concreta dentro de un marco penal predeterminado, pero se vuelve sumamente dudoso cuando se trata de determinar el marco penal en sí. Además, atendiendo a la vaguedad de los conceptos que se utilizan, tampoco es posible conseguir seguridad jurídica y atenerse al principio de igualdad³⁸. Finalmente, tampoco puede olvidarse el fracaso de este sistema en los casos en los que el marco normal y el especial se solapan en amplios tramos, como ocurre en el § 243 en relación con el § 242 StGB³⁹, pues esto significa que se crea un nuevo marco penal, con una escala de valor diferente y no sólo más o menos grave en relación con la escala del marco normal. La fórmula que utiliza el BGH para calificar un supuesto como especialmente grave o menos grave, y que atiende fundamentalmente a la gravedad de tal hecho (“*Tatschwere*”) sólo tendría sentido si los marcos normal y

34. BRUNS (n. 7), p. 46, planteaba en 1985 que durante mucho tiempo la Ciencia del Derecho penal no se preocupó de la formación de los marcos penales y se limitó a aceptarlos tal y como los configuraba la ley, pero que modernamente se va imponiendo la concepción de que es necesario reflexionar acerca de su configuración y contenido y ordenar sistemáticamente los criterios que deben tenerse en cuenta en la creación de los mismos. A esta cita de Bruns remite HETTINGER (n. 22), p. 405.

35. V. DREHER, “Über Strafrahmen” en: Festschrift für Hans-Jürgen Bruns zum 70. Geburtstag, (Carl Heymanns) Köln-Berlin-Bonn-München, 1978, ps. 142, 144-5 y 149. En el mismo sentido, BRUNS (n. 7), ps. 43-4 y 60-5; FRISCH, “Die Strafrahmenmilderung beim Versuch” en: Festschrift für Günter Spendel zum 70. Geburtstag am 11. Juli 1992, (Walter de Gruyter) Berlin-New York, 1992, p. 384; HETTINGER (n. 22), p. 426. De ello extrae DREHER (p. 150) que cualquier modificación legal del marco penal hace que un mismo hecho se mueva dentro de esta escala, si se atenúa, hacia abajo, y si se agrava, hacia arriba. En sentido similar y remitiéndose a Dreher, HETTINGER (n. 22), p. 410; STRENG (n. 30), ps. 922-3; el mismo, *Strafrechtliche Sanktionen. Grundlagen und Anwendung*, (Kohlhammer) Stuttgart-Berlin-Köln, 1991, ps. 187-8, aunque este último critica el que, en la práctica, el marco penal sólo puede prestar una ayuda muy limitada a la hora de situar un caso concreto dentro del mismo. En contra de la concepción del marco penal como “*Schwereskala*” v. FREUND (n. 28), ps. 523-4, para quien el marco penal no contiene por lo general una prevaloración legislativa que sea útil para el caso concreto; para este autor, con la excepción de las penas absolutas o la previsión de una pena mínima, los marcos penales constituyen una orientación demasiado tosca como para poder ayudar al juez a situar un caso concreto dentro del marco penal (ps. 515 y 521-2).

36. V. FRISCH (n. 35), p. 388. V. también KRAHL (n. 27), p. 152 y n. 173, crítico con el hecho de que se imponga al juez la tarea de determinar el marco penal correspondiente, cuando en realidad debería ser tarea del legislador. En igual sentido v. DEGENER (n. 4), p. 305 n. 1, para quien, al exigirse para la fijación del marco penal una valoración global del hecho que tenga en cuenta todas las circunstancias relevantes desde el punto de vista de la pena, se confunde lo que implica la configuración de un marco penal, referido a un grupo de (des)valor en parte abstracto (“*halbabstrakter Unwertgruppe*”), y la individualización de la pena según el grado de culpabilidad del hecho concreto.

37. V. HORN (n. 6), ps. 574-5 y 585. V. una extensa crítica a este método en FRISCH (n. 35), ps. 387-90, que toma como punto de referencia la atenuación del marco penal en caso de tentativa (§§ 23. Abs. 2 y 49 Abs. 1 StGB); no obstante, sus conclusiones son extrapolables al caso que aquí tratamos. A la crítica de Frisch se une HETTINGER, (n. 3), ps. 84-5.

38. V. FRISCH (n. 35), ps. 387-90, a lo que añade que este sistema supone diferencias arbitrarias en la naturaleza jurídica de unas mismas circunstancias, que en unos casos serán codeterminantes del marco penal, si se incluyen en la valoración global del juez, y en otros sólo tendrían eficacia dentro de un marco penal predeterminado. Por último, como indican EISELE (n. 3), ps. 176-7 (en caso de que concorra un ejemplo-regla) y p. 182 (si no concurre un ejemplo-regla); HORN (n. 6), ps. 582-3; KRAHL (n. 27), ps. 152-3, surge el problema de que si las circunstancias relevantes para lo injusto y para la culpabilidad se tienen en cuenta, en primer lugar, para determinar el marco penal y, en segundo lugar, una vez dentro del marco penal elegido para la imposición de la pena concreta, se produciría una infracción de la prohibición de doble valoración del § 46. Abs. 3 del StGB, al que corresponde el art. 67 del CP español. En cambio, parece aceptar esta doble valoración por considerarla inevitable WEBER (n. 7), ps. 359-60.

especial no se solapasen⁴⁰. En todo caso, quedaría por responder la pregunta ¿por qué es posible que, en el caso de marcos que se solapan, un caso especialmente grave se castigue con una pena menor que un caso normal?⁴¹

IV. Soluciones

1. Frente a esta recalificación de los ejemplos-regla como factores de determinación de la pena, que persigue el objetivo de sustraerse a las exigencias del mandato de determinación y a las labores de tipificación, un sector de la doctrina rechaza la mutación de estos elementos y defiende su carácter típico⁴².

Cuando se argumenta que los ejemplos-regla, al no estar descritos de forma taxativa ni vinculante no pueden pertenecer al tipo de lo injusto, lo que se hace es mezclar una cuestión dogmática, como es la naturaleza jurídica de un elemento, con determinadas exigencias emanadas de la Constitución en relación con los preceptos penales, y en particular, con el mandato de determinación. No se trata de que todos los elementos que cumplan el mandato de determinación sean típicos, sino de que todos los elementos del tipo cumplan el mandato de determinación. En caso contrario, quedaría en manos del legislador el saltarse las exigen-

cias constitucionales con la simple calificación de un elemento como factor de determinación de la pena⁴³.

El antiguo criterio de diferenciación, *estrictamente formal*, entre las circunstancias cualificadoras del tipo y los meros factores de determinación de la pena, según el cual las primeras están expresamente previstas por la ley y los segundos no, ya ha sido sobrepasado con la introducción de los ejemplos-regla⁴⁴. Ahora estamos ante el mismo peligro de caer en un criterio exclusivamente formal de delimitación, como es el de considerar típicas únicamente las circunstancias determinadas de forma taxativa y vinculante por el legislador.

2. Parece que el camino debería recorrerse en sentido contrario. Si existe unanimidad en la doctrina respecto a que el mandato de determinación se aplica de manera desigual al tipo y a las consecuencias jurídicas, de forma que a estas últimas se les permite un menor nivel de determinación que a los presupuestos de la punibilidad, esto quiere decir que *estos elementos deben diferenciarse sistemáticamente en virtud de criterios materiales*⁴⁵.

3. En definitiva, presupuesto indispensable de cualquier otra conclusión en este terreno debe ser la investigación de los elementos esenciales que constituyen el hecho delictivo⁴⁶, es decir, la investigación de aquellos elementos que

39. La pena señalada por el § 242 StGB (en relación con el § 38 Abs. 2) es de prisión de un mes a cinco años y la del § 243, prisión de tres meses a diez años. El tramo en el que los marcos se solapan es, por tanto, el que va desde tres meses a cinco años de prisión.

40. V. en este sentido BLEI (n. 4), ps. 423-5; FRISCH (n. 35), ps. 388-9, con remisión a Warda; HETTINGER (n. 3), ps. 84 n. 34 y 110-1. V. también CALLIES (n. 5), p. 116. Para NOLL (n. 33), ps. 266-7, haciendo referencia en particular a los casos de solapamiento, la casuística está de más si va unida a consecuencias jurídicas indeterminadas.

41. V. MAIWALD (n. 3), ps. 435-6 y n. 21.

42. Así CALLIES (n. 22), p. 933; EISELE (n. 3), p. 189; HIRSCH (n. 3), p. 299; KINDHÄUSER (n. 4), p. 127; KRAHL (n. 27), ps. 146 y ss., 161 y ss., 315 (para los ejemplos-regla) y p. 123 y ss. (para las cláusulas generales de los casos especialmente graves); JAKOBS (n. 22), p. 178; WAHLE (n. 33), p. 163.

43. V. CALLIES (n. 5), ps. 114-5; EISELE (n. 3), ps. 147-8; FREUND (n. 27), p. 671; KRAHL (n. 27), p. 112, que habla de una posible erosión de la vinculación al Art. 103. Abs. 2 GG. En contra de que la presencia o no de las circunstancias en la ley sea el referente para determinar la naturaleza de las mismas HIRSCH (n. 3), p. 299; KINDHÄUSER (n. 4), ps. 126-7, pero este último partiendo de un punto de vista distinto. Para este autor, el mandato del Art. 103. Abs. 2 GG sólo afecta al tipo básico que fundamenta la prohibición y aquello que suponga simplemente un aumento o disminución de lo injusto no debe estar necesariamente determinado en la ley (aunque sí debe ser imputable al sujeto), lo que también vale para los tipos cualificados y privilegiados. En este sentido también DREHER (n. 7), p. 225, puesto que la descripción típica debe referirse al "sí" ("Ob") pero no al "cómo" ("Wie") de la pena: el legislador sólo debe definir qué acción se considera asesinato, hurto o violación y cuándo se entienden consumados estos delitos.

44. V. WESSELS (n. 5), p. 296 n. 12.

45. V. CALLIES (n. 22), p. 934; el mismo (n. 5), ps. 114-5; KRAHL (n. 27), ps. 110-1 y n. 36. Este último autor señala que, si bien existe unanimidad respecto a que el nivel de determinación que se exige a los factores de determinación de la pena es menor que el que se requiere de los presupuestos de la punibilidad, no ocurre lo mismo en relación con los criterios para la delimitación del grado de exactitud con que deben aparecer recogidos en la ley unos y otros elementos de la ley penal. Por eso, critica el que se pueda deducir la naturaleza jurídica de un elemento de su grado de determinación en la ley, cuando la doctrina es incapaz de fijar de forma general tal grado de precisión ni para el tipo, ni para las consecuencias jurídicas.

46. Como señala GÖSSEL (n. 4), p. 202, deben extraerse criterios generales del hecho punible en sí, así como criterios de los elementos que justifican la independencia de unos tipos frente a otros y de los que sólo suponen una modificación dependiente de una misma lesión antijurídica. Por ejemplo (ps. 186-91 y 205), se muestra crítico con la conversión del "acceso carnal" en ejemplo-regla de los casos especialmente graves de las agresiones sexuales mediante la 33.ª Ley de modificación del Derecho penal, ya que se trata de una circunstancia que determina lo injusto específico de la conducta delictiva.

fundamentan lo injusto específico de la conducta delictiva y su correcta delimitación conforme a criterios materiales, para así hacer frente a los eventuales fraudes de etiquetas que pudiera llevar a cabo el legislador.

4. No obstante, tampoco puede obviarse el siguiente problema: el que un elemento tenga una u otra naturaleza no es una cuestión ontológica, sino valorativa. Pues la misma materia puede ser valorada de forma diferente por el legislador y aparecer en la ley cumpliendo una función muy distinta⁴⁷: como elemento un delito *sui generis*, como elemento de un tipo cualificado, como circunstancia genérica o como mero factor de medición de la pena. En este sentido, además de a los mencionados criterios materiales de delimitación, hay que atender a la valoración legislativa del dato, a su significación normativa, por lo que quedará nuevamente, por tratarse de una decisión valorativa,

un remanente de incertidumbre⁴⁸. Es decir, de entre las circunstancias que *podrían pertenecer* a un tipo cualificado, al legislador le queda un margen de decisión o valoración legislativa de ese dato, donde pueden intervenir también criterios de prevención; y en ocasiones, de esta decisión legislativa puede depender la naturaleza jurídica del elemento sobre el que recaiga⁴⁹. Ahora bien: el legislador debe ser consecuente con esa decisión valorativa y con la relevancia que decida conceder a ese concreto dato. Como ha puesto de manifiesto HIRSCH⁵⁰ para el concreto caso de los ejemplos-regla, parece que si éstos fueran meros factores de determinación de la pena el legislador no los habría constituido como un grupo de casos separados del delito base para los que se prevé un marco penal agravado; unos simples factores de determinación de la pena no deberían tener la capacidad de agravar la amenaza penal, ya

47. Para HIRSCH (n. 3), p. 299, la diferencia entre unos y otros elementos no radica en que tomen como base diferentes momentos del hecho o que unos estén total o parcialmente expresados en la ley. Del mismo modo KRAHL (n. 27), p. 138, aclara que no se trata de conseguir un criterio de separación tajante entre las categorías tipicidad y reglas de determinación de la pena, ya que éste es imposible por la relación sistemática que existe entre ambas, y que lo que se persigue, más bien, es diferenciarlas de forma que no se permita su manejo como si fueran intercambiables, como ya ha ocurrido con la calificación de los ejemplos-regla como reglas de determinación de la pena. V. también ALONSO ÁLAMO (n. 2), ps. 16, 208-12 y 253 y SALINERO ALONSO (n. 17), ps. 29-30, en relación con el tema de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, que afirman que no es posible diferenciar en el plano ontológico entre circunstancias y elementos esenciales, porque la misma materia puede aparecer en la ley cumpliendo una función muy distinta, siendo necesario acudir a un proceso interpretativo.

48. V. ALONSO ÁLAMO (n. 2), ps. 16, 209, 212 y 253 ("función que despliega la característica concreta como fundamento de la pena"); la misma (n. 17), ps. 5-6 n. 1; la misma, "Circunstancias del delito e inseguridad jurídica", CDJ, Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, 1995, p. 60.

49. Por ejemplo, mientras el legislador español ha decidido formar un tipo cualificado de hurto cuando el mismo "revista especial gravedad, atendiendo al valor de los efectos sustraídos" (art. 235. 3 CP), el legislador alemán no prevé tal circunstancia ni como ejemplo-regla, ni como tipo cualificado, por lo que será valorable dentro del marco básico de acuerdo con lo dispuesto en el § 46 StGB. No obstante, el objeto que se sustrae ya es por sí mismo elemento del tipo básico, por lo que la decisión del legislador de construir con él un tipo cualificado o no, no alteraría su naturaleza jurídica. Esto es lo que ocurre generalmente con los elementos cuantitativos. Sin embargo, si el legislador español ante la proliferación del fenómeno de bandas que se dedican a robar crease un nuevo tipo cualificado de robo emulando el § 244 StGB ("*Bandendiebstahl*"), nuevos elementos (cualitativos) que no se encontraban en el tipo básico pasarían a formar parte del núcleo de esta nueva figura delictiva, abandonando la esfera de lo injusto genérico –acaso del art. 22. 2.ª CP– o la mera condición de elemento accesorio en la individualización de la pena, para formar parte del tipo de lo injusto. En unos casos, por tanto, el legislador decidirá acerca de la relevancia en la pena de estos elementos pero sin alterar naturaleza jurídica (elementos cuantitativos) y, en otros casos, decidirá incluso sobre esta última (elementos cualitativos).

50. V. HIRSCH (n. 3), p. 299. Además, como señala FRISCH (n. 35), ps. 389-90, en los casos en los que se prevé un cambio del marco penal hay que conocer el fin de la regulación ("*Regelungszweck*"), esto es, saber por qué el legislador prevé tal modificación del marco penal, para, a su vez, saber qué circunstancias habrá de valorar el juez; en tal sentido, al referirse a la tentativa, afirma que sólo habrán de tenerse en cuenta las circunstancias que afectan a la concreta pregunta de si el hecho, *por su carácter de tentativa*, merece menos pena que el hecho consumado o no (cursiva en el original).

que esta función en principio queda reservada al ámbito de la tipicidad. Y precisamente en el ámbito de la tipicidad uno de los principios que debe regir la actividad del legislador es el de expresar el contenido de desvalor con el que se pre-

tende dotar a cada instituto, sobre todo si se trata de un instituto legal que se define o diferencia por la gravedad de su consecuencia jurídica⁵¹, como ocurre con los ejemplos-regla de los casos especialmente graves.

51. V. SÁNCHEZ LÁZARO (n. 1), p. 111. Respecto a la dificultad de controlar al legislador en la configuración de los marcos penales hay que tener en cuenta como señala HETTINGER (n. 22), p. 426, que una cosa es evaluar un solo marco penal, con las únicas directrices del principio de culpabilidad o de proporcionalidad, y otra cosa es comparar y evaluar unos marcos penales respecto a otros (los nuevos con los viejos): en el primer caso se es libre, mientras que en el segundo se es esclavo. A este problema se refería ya KRÜPELMANN, *Die Bagatelldelikte. Untersuchungen zum Verbrechen als Steigerungsbegriff*, (Duncker & Humblot) Berlin, 1966, ps. 23-4. Precisamente por la dificultad que entraña un control en términos *absolutos* de los marcos penales, no se puede renunciar a un control *relativo* de los mismos allí donde sea posible. Con respecto a aquella dificultad v. GIMBERNAT ORDEIG: "El Tribunal Constitucional y el principio de proporcionalidad", *El Mundo*, 22 de julio de 1999; GRACIA MARTÍN/ALASTUEY DOBÓN en: Gracia Martín (coord.)/Boldova Pasamar/Alastuey Dobón, *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, (Tirant lo Blanch) Valencia, 2006, p. 292. Para estos últimos, "un Código puede establecer un límite máximo muy elevado y, sin embargo, ser escrupuloso con el principio de proporcionalidad. Si el Código menoscaba ése en aras de la prevención general es algo que sólo puede comprobarse de un modo sectorial, por ejemplo si en contra de la regla general establece excepciones para determinados delitos o grupos de delincuentes". Cfr. QUINTERO OLIVARES, "Determinación de la pena y Política criminal", *CPC*, 1978/4, p. 60, para quien no se puede decir que las decisiones legales sobre el límite máximo de las sanciones sean "la traducción técnica de la exacta medida de la culpabilidad por el hecho concreto" puesto que se trata de "conceptos heterogéneos".