

TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA
EN NOMBRE DEL PUEBLO
SENTENCIA
3 StR 474/19

de
30 de marzo de 2021

Referencia: sí

BGHSt: sí

Publicación: sí

Ley de Control de Armas de Guerra (siglas en alemán: KrWaffKG) § 22a apartado 1;
Código Penal (siglas en alemán: StGB) § 73b apartado 1 frase 1 nº 1, § 73d
apartado 1 frase 1

- (1) Desde el punto de vista penal, las autorizaciones concedidas en virtud de la Ley de Control de Armas de Guerra no pierden su validez sólo por el hecho de haberse obtenido mediante la presentación de declaraciones oficiales falsas en cuanto al destino final.
- (2) La confiscación del producto del delito de una persona jurídica en virtud del artículo 73b (1) frase 1 nº 1 del Código Penal, en su versión modificada procede, aunque sus funcionarios hayan actuado de buena fe al obtener el beneficio.
- 3) Al determinar el valor de lo obtenido (artículo 73d (1) frase 2 del Código Penal en su versión modificada) debe observarse que la norma prohibitiva de deducción se aplica igualmente a un tercer beneficiario que actúe de buena fe.

BGH, sentencia de 30 de marzo de 2021 - 3 StR 474/19 - LG Stuttgart

Dies ist eine inoffizielle und nicht autorisierte Übersetzung. Die Übersetzung erfolgte durch das Global Net - Stop the Arms Trade. Für Übersetzungsfehler übernehmen wir keine Haftung.

Das deutsche Original finden Sie hier: <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&az=3%20StR%20474/19&nr=118351>

en la causa penal
contra

- 1.
- 2.

por violación de la ley KrWaffKG y otras leyes

Implicados en la confiscación:

aquí: Recursos de la fiscalía, de los acusados y de la parte implicada en la confiscación.

El 3er Senado Penal del Tribunal Supremo Federal en lo que atañe a la audiencia del 11 de febrero de 2021, en la sesión del 30 de marzo de 2021, estando presentes:

Presidente del Tribunal Supremo Federal
Prof. Dr. Schäfer,

Jueces del Tribunal Supremo Federal
Dr. Spaniol,
Wimmer,
Jueces del Tribunal Supremo Federal
Dr. Anstötz,
Juez del Tribunal Supremo Federal
Dr. Erbguth
como jueces asociados,

Fiscal General del Estado como representante del Ministerio Público Federal,

Abogado
como abogado defensor del acusado B.

Abogado
como abogado defensor del acusado S. - en la audiencia - ,

Abogado
como representante de la parte implicada en la confiscación,

Inspectora de la Oficina Judicial - en la audiencia -,
Asistente Judicial - en el pronunciamiento
como secretarias del Tribunal,

pronunciaron conforme a las leyes:

- (1) Se desestiman los recursos de la Fiscalía y de los acusados contra la sentencia del Tribunal Regional de Stuttgart de 21 de febrero de 2019.

Los costes del recurso de la fiscalía y los gastos causados a los acusados como consecuencia del mismo, correrán a cargo del erario. Los costes del recurso corren por cuenta de cada parte demandada.

2. Se reserva la decisión tanto sobre el recurso de los demandados en cuanto a la confiscación dispuesta en la sentencia mencionada, cuyo valor, producto del delito 1 considerado en la fundamentación de ésta, corresponde a 690,699 euros, así como sobre los costes del recurso,

Se desestima el recurso suplementario de las partes contra la confiscación.

En virtud de la ley

Motivos:

1. Con arreglo a la Ley de Comercio Exterior (siglas en alemán: AWG, el Tribunal Regional condenó al acusado S. a una pena de prisión de un año y diez meses en total por dos cargos cometidos en banda por exportar mercancías mediante autorización subrepticia; uno de los cargos fue por dos delitos cometidos en unidad de acción, dos cargos se retiraron por haber prescrito y se le absolvió de los cargos restantes. La acusada B. fue condenada en tres casos a una pena total de prisión de un año y cinco meses por complicidad en la exportación en banda de mercancías sobre la base de una licencia obtenida subrepticamente en virtud de la Ley de Comercio Exterior, de los cuales uno implicaba seis delitos en unidad de acción y otro implicaba tres delitos en unidad de acción. Se le absolvió de los cargos restantes. Todas las penas se suspenden a remisión condicional. Contra la parte implicada en la confiscación el Tribunal Regional ordenó la confiscación del valor del producto del delito, que asciende a 3,730,044 euros. Los demás acusados fueron absueltos.
2. Contra la sentencia interpusieron recurso la fiscalía, los acusados S. y B., así como la parte implicada en la confiscación. El recurso de la fiscalía, representada por el Fiscal General del Estado, hace valer la violación del derecho material. Los acusados y la parte implicada en la confiscación también plantean objeciones de fondo, y el acusado S. y la parte implicada en la confiscación también plantean objeciones de procedimiento.
3. La revisión del veredicto debida a los recursos no reveló ningún error legal en el procedimiento o en el asunto. Únicamente en lo que respecta al caso de la confiscación del valor de lo obtenido en el caso 1, habrá que separarlo con el fin de una decisión en lo particular. Independientemente de ésta, se reduce con ello el importe de la confiscación, como se entiende del punto resolutorio.

I.

4. 1. El Tribunal Regional determinó las siguientes constataciones y valoraciones:
5. a) La parte implicada en la confiscación fabrica armas en Alemania. Desde mediados de 2005, suministró al gobierno mexicano subfusiles y fusiles de asalto con los que se pretendía, en particular, equipar a la policía de ese país. La relación comercial existía exclusivamente entre la parte confiscadora y una dependencia de la Secretaría de Defensa de México. Esta última se encargó de la reventa a los estados federales mexicanos a través de su central de comercialización.
6. El departamento de ventas competente de la parte implicada en la confiscación presentó las solicitudes requeridas por la Ley de Control de Armas de Guerra al Ministerio Federal de Economía y Tecnología (BMWí), especificando el destino final de las armas en México. Una vez extendida la autorización del BMWí, inició los trámites para obtener la licencia de la Oficina Federal de Economía y Control de las Exportaciones (BAFA), en la que aparecía como destinataria una dependencia de la Secretaría de Defensa de México. Las solicitudes iban acompañadas de declaraciones oficiales de destino final extendidas por las autoridades mexicanas. Estas declaraciones son requisito indispensable para la autorización. Aunque normalmente designan a un país receptor, las declaraciones nombraban esta vez a varios estados mexicanos en particular. Las declaraciones oficiales de destino final pretendían demostrar que las armas sólo se revenderían a aquellos estados federales en los que, en opinión del Ministerio Federal de Asuntos Exteriores, no cabía esperar que se produjeran violaciones de los derechos humanos. En consecuencia, además de establecer que las armas permanecerían en México y que no se reexportarían a otros países sin el consentimiento de la República Federal de Alemania, las declaraciones estipulaban a qué estados se venderían las armas destinadas para proveer con ellas a los respectivos cuerpos de la policía. Confiando en la exactitud de esta información, el BMWí y la BAFA extendieron las licencias. Sin embargo, el texto de las respectivas licencias reproducía únicamente el contenido de las solicitudes. Mientras que en las licencias de BAFA se nombraban usuarios finales a "diversas unidades de la policía en México", al final de las licencias BMWí aparecía la siguiente cláusula: "Forma

parte de esta decisión la declaración del solicitante de que el destino final de las armas de guerra mencionadas es México". Según la apreciación del Tribunal Regional, la mención previa de ciertos estados mexicanos como compradores finales de las armas era un mero requisito para ambas licencias; no pasaron a ser parte del contenido de la licencia.

7. De hecho, la mención de algunos estados en las declaraciones de destino final era incorrecta. Las autoridades mexicanas las emitieron a iniciativa de personas que trabajaban para la parte implicada en la confiscación, omitiendo arbitrariamente aquellos estados designados como inconvenientes por el Ministerio de Relaciones Exteriores alemán. En el período comprendido entre mayo de 2006 y junio de 2009, finalmente se entregaron en doce casos armas y accesorios por un precio de compra de 3.730.044 euros (netos) a estados mexicanos que deliberadamente no se habían mencionado antes en las declaraciones de destino final.
8. b) El acusado S. fue desde el 1 de diciembre de 2003 hasta el 28 de enero de 2008 gerente de ventas con poder general de los implicados en la confiscación y, como tal, con poder de dirección ante el jefe de equipo responsable del negocio en México. La acusada B. como empleada subordinada a S. estaba sujeta a acatar sus instrucciones. A más tardar en 2006, tuvo pleno conocimiento de la tramitación de contratos y ejecución de pedidos del negocio con México y, dentro de este contexto, fue el contacto para el agente comercial autorizado, con quien desde entonces intercambiaba varias veces por semana mensajes, sobre todo por correo electrónico. Sus obligaciones incluían preparar ofertas, recopilar los documentos necesarios para la solicitud de las autorizaciones, incluyendo las declaraciones oficiales de destino final, su envío a la oficina de control de exportaciones, la coordinación de las entregas a requerimiento y el envío de la mercancía. Posteriormente, supervisar la facturación de las entregas y las facturas de la comisión del agente comercial. La acusada no tenía ningún interés particular en el éxito de los negocios de armas con México, dado que, esencialmente, no podía tomar decisión alguna por sí misma por estar obligada a acatar las instrucciones de su superior.
9. A más tardar a partir del 26 de abril de 2006, el acusado S. y, a más tardar desde el 9 de enero de 2007 también la acusada B., estaban enterados de que las declaraciones de destino final enunciaban falsamente a ciertos estados, y sin embargo, dieron su anuencia. Fue en ese momento, cuando, en un esfuerzo conjunto,

cada uno de ellos decidió tácitamente realizar en el futuro junto con los otros dos participantes un indeterminado número de exportaciones similares a México, sobre la base de licencias habidas subrepticamente. Sabían que las autoridades encargadas de conceder las licencias confiaban especialmente en las declaraciones oficiales de destino final, pero suponían que los estados federales mexicanos estipulados como destino final no pasarían a ser parte de la respectiva licencia de las autoridades alemanas competentes.

10. En cada caso posterior, la acusada B. responsable de los trámites, repitió su decisión delictuosa de legitimar las exportaciones con licencias habidas subrepticamente (casos 3 a 5). El acusado S. no intervino contra las acciones del jefe de equipo y del representante de ventas, aunque como director de ventas tenía la responsabilidad de impedir dentro de la empresa todo quebrantamiento de la ley de exportación por parte del personal de ventas subordinado. Debido a su decisión delictuosa, se abstuvo de dar las instrucciones necesarias a las dos personas a su cargo para que impidieran las exportaciones en los casos 1, 3 y 4, aunque le hubiera sido posible darlas. Ni la acusada B. ni el acusado S. tenían el propósito de obtener una fuente de ingresos permanente de cierta envergadura.
11. c) Concretamente, debido a estas acciones se llevaron a cabo cada una de las siguientes transacciones y exportaciones:
12. aa) Hecho 1: El 16 de junio de 2005, se presentó al BMWi una solicitud de autorización en virtud de la Ley de Control de Armas de Guerra en relación con un contrato de suministro celebrado el 9 de junio de 2005. Aunque el contrato se canceló posteriormente, el jefe de equipo responsable de la parte implicada en la confiscación, tras consultar con el acusado S., no informó de ello a las autoridades encargadas de extender las licencias. En diciembre de 2005, la autoridad en cuestión concedió las licencias para la exportación a México de acuerdo con la Ley de Control de Armas de Guerra, confiando en la validez legal de la declaración de destino final. A consecuencia de esto, la BAFA concedió una licencia en virtud de la Ley de Comercio Exterior. Fue entonces que la parte implicada en la confiscación concertó nuevos contratos parciales por fusiles de asalto y los exportó a partir de mayo de 2006 sobre la base de las licencias expedidas anteriormente. El demandado S., como director de ventas, encubrió las exportaciones a sabiendas de la nulidad de las declaraciones de destino final presentadas y con toda deliberación no intervino, faltando a su deber. Tras haber sido limitado el procedimiento a dos entregas parciales de conformidad con el

artículo 154a del Código de Procedimiento Penal, el volumen de negocios neto total con respecto a las entregas a ciertos estados mexicanos que no aparecían en las declaraciones de destino final ascendía a 690.699 euros

13. bb) Hecho 2: El 3 de mayo de 2006, tras cerrar un contrato más con las autoridades mexicanas, la parte implicada en la confiscación presentó una solicitud al BMWi en virtud de la Ley de Control de Armas de Guerra para que se le autorizara la exportación de 370 fusiles de asalto. El 20 de febrero de 2007, el BMWi aprobó la exportación a México de acuerdo con la Ley de Control de Armas de Guerra sobre la base de una declaración discrecional de destino final que no tenía relación alguna a las necesidades reales. La BAFA, que en el caso presentado no tenía por qué exigir una declaración, sino que se limitaba a expedir una licencia complementaria a la licencia extendida en virtud de la Ley de Control de Armas de Guerra, no tuvo conocimiento del contenido de la declaración.
14. cc) Hecho 3: En julio de 2006, la parte implicada en la confiscación concertó un contrato para la entrega de subfusiles, cargadores y otros accesorios. El 1 de agosto de 2006 se presentó al Ministerio Federal de Economía y Tecnología la solicitud de licencia conforme a la Ley de Control de Armas de Guerra, adjuntando una declaración oficial de destino final. Tras las irritaciones que habían surgido entretanto, en enero de 2007 el jefe de equipo y el agente comercial, con la participación de la acusada B. y contando con el respaldo del acusado S., elaboraron el plan de indicarle al socio contractual mexicano cuáles eran los estados federales que podían ser nombrados para que el Ministerio de Asuntos Exteriores no interpusiera inconveniente. Al presentar la correspondiente declaración el 12 de enero de 2007, la parte implicada en la confiscación amplió su solicitud original. Confiando en la exactitud de la información sobre el destino final estipulado, el 30 de marzo de 2007 el BMWi concedió la autorización para todas las entregas previstas. La Oficina Federal de Economía y Control de las Exportaciones (BAFA), a la que se había presentado la última versión de la declaración de destino final, las aprobó igualmente el 24 de abril de 2007, la exportación, se llevó a cabo en mayo de 2007, igualmente con el apoyo explícito de la acusada B. y respaldada por el acusado S.
15. dd) Hecho 4: El 30 de mayo de 2007, la parte implicada en la confiscación celebró otro contrato para la entrega de fusiles de asalto y pistolas ametralladoras. El 25 de junio de 2007 se presentó una solicitud de autorización al Ministerio Federal de Economía y Tecnología (BMWi), a la que se adjuntó la declaración oficial de destino final, según la cual se confirmaba el destino final en estados federales "poco llamativos". El 21 de septiembre de 2007, el BMWi emitió la licencia de acuerdo con la Ley de Control de Armas de Guerra. Confiando en la exactitud de la información sobre el destino final

previsto, la BAFA también aprobó esta transacción el 31 de octubre de 2007. Entre noviembre de 2007 y abril de 2009, los fusiles de asalto se exportaron en seis entregas parciales con el apoyo de la acusada B. Hasta el momento de su despido, el acusado S. encubrió las dos exportaciones parciales de noviembre de 2007 y enero de 2008 en su función de jefe de ventas.

16. ee) Hecho 5: Tras la celebración de un nuevo contrato de suministro de fusiles de asalto el 19 de marzo de 2008, la parte implicada en la confiscación presentó el 13 de mayo de 2008 una solicitud al BMWi para la correspondiente ampliación de la licencia ya concedida el 21 de septiembre de 2007 (hecho 4 mencionado). Se presentó una declaración de destino final con fecha del 26 de abril de 2008, según la cual las armas estaban explícitamente destinadas a los estados federales mencionados. El 18 de junio de 2008, el Ministerio Federal de Economía y Tecnología concedió la autorización en virtud de la Ley de Control de Armas de Guerra, y el 18 de julio de 2008, la Oficina Federal de Economía y Control de las Exportaciones (BAFA), a la que se había presentado la misma declaración de destino final, concedió la autorización en virtud de la Ley de Comercio Exterior. Entre mayo de 2009 y junio de 2009, los fusiles de asalto fueron exportados en tres entregas parciales con la ayuda de la acusada B.
17. 2. En cuanto al fondo jurídico, el Tribunal Regional reconoció haciendo la siguiente valoración:
18. La conducta de los acusados en los casos que condujeron a la condena-con respecto al acusado S. en los casos 3 y 4, y con respecto a la acusada B. en los casos 3 a 5- aplicando el artículo 18 (2) n.º 1, (7) n.º 2, (9) de la AWG, enmendado el 6 de junio de 2013. 9 AWG en la versión del 6 de junio de 2013 como ley más indulgente en comparación con el antiguo art. 34, párrafo 6, n.º 2 AWG como marco penal más favorable (art. 2, párrafo 3 StGB) – se consideró exportación de mercancías sobre la base de licencia obtenida subrepticamente en virtud de la Ley de Comercio Exterior. El acusado S. participó en los delitos por omisión, dado que, avalado por su posición como director de ventas de la empresa, debía haber intervenido contra los delitos cometidos dentro de la empresa por el jefe de equipo y la acusada B., dando las órdenes pertinentes. La acusada B. deberá ser condenada en su calidad de cómplice.
19. Por otro lado, no se da responsabilidad penal en virtud del artículo 22a, párrafo 1, números 3 y 4 de la Ley de Armas de Guerra, porque la cuestión del paradero final de las armas en diversos estados mexicanos no fue objeto de las autorizaciones.

20. El hecho 1 había prescrito, por lo que, en este caso, por impedimento procesal, se dio término al juicio contra el acusado S. En cuanto a la acusada B. había de ser absuelta de este cargo debido al hecho, de que, en el momento de cometerse este delito, ella aún no tenía conocimiento de las acciones del anterior jefe de equipo acusado, y del representante comercial cuyo juicio se separó. En cuanto al hecho 2, ambos acusados serán absueltos por razones de hecho, dado que, en este caso, la licencia en virtud de la Ley de Comercio Exterior se concedió independientemente de la presentación un certificado falso de destino final como licencia complementaria a la licencia en virtud de la Ley de Control de Armas de Guerra y por tanto, no por haber dado informaciones incorrectas en cuanto al destino final.

II.

21. 1. El recurso de la fiscalía:
22. La fiscalía, representada por el Fiscal General del Estado, pretende lograr con su recurso, en cuanto a los casos 2 - 5, que se condene a ambos acusados en los casos 2 a 4, y en el caso 5 por violación de la Ley de Control de Armas sólo a la acusada B., habiendo ésta participado en los casos 3 a 5 en unión de acción. El recurso no procede.
23. a) De acuerdo con el artículo 22a, párrafo 1, nº 4, variante 2 de la Ley de Control de Armas de Guerra, se sancionará a quien exporte armas de guerra en el caso de que el correspondiente transporte no hubiere sido autorizado. Dado que, en el caso de las armas y los accesorios, objeto de este juicio, se trataba de armas de guerra en el sentido del apartado 1 del artículo 1 de la Ley de Control de Armas de Guerra con relación al artículo 29, letras b, c de la Lista de Armas de Guerra, las cuales fueron transportadas de la República Federal Alemana a México, es decir, a territorio extranjero y por tanto fueron exportadas (ver Wolfgang/Simonsen/Pottmeyer, AWR-Kommentar, 65 EL, § 3 KrWaffKG marginal no. 32), tal exportación requería de autorización de acuerdo con el § 1 párrafo 1, § 3 párrafo 1 y 3 KrWaffKG. En el caso presente se extendió la licencia.
24. b) Las exportaciones estaban amparadas por las respectivas licencias del BMWi. La estimación de la Sala Penal de que las declaraciones incorrectas sobre el destino final de las armas distribuidas a ciertos estados mexicanos no formaban parte de las autorizaciones y, por ende, no hubo violación de los requisitos de la autorización en sí, tampoco en aquellos casos en que las armas, de hecho, estaban previstas para estados federales distintos de los estipulados, no es objetable o motivo para formalizar recurso de casación,
25. aa) El contenido de un acto administrativo debe hacerse constar por el tribunal competente. El tribunal de casación sólo puede revisar si la interpretación de aquél da lugar a sospechar que hubo violación de máximas generales de experiencia, de leyes del razonamiento o de normas vinculantes de interpretación. No le es lícito al tribunal de apelación hacer una valoración propia.
(Tribunal Federal de Justicia, auto de 12 de abril de 1983 - 5 StR

513/82, Tribunal Federal de Justicia St 31, 314, 315 s.; Meyer-Gossner/Schmitt, StPO, 63ª edición, § 337 marginal nº 32).

26. bb) La revisión de la interpretación por parte del Tribunal Regional no reveló ningún error jurídico en este sentido. Observó, en particular, las normas de interpretación aplicables.
27. (1) El contenido normativo de un permiso representa un acto administrativo que deberá determinarse por interpretación conforme a los artículos 133 y 157 del Código Civil. Debido a esto, la intención declarada de la autoridad tiene carácter normativo, y el beneficiario, tras una valoración objetiva de buena fe, tuvo que entenderla así, dejando fuera toda consideración y reflexión que no llegó a tener expresión perceptible en la decisión. Para determinar este valor objetivo de la declaración es necesario, por tanto, partir del texto original de la declaración y determinar su contenido objetivo, teniendo en cuenta el horizonte del destinatario. A tal efecto, deben considerarse tanto todas las circunstancias que hayan precedido a la emisión del acto administrativo y aquellas, de las cuales el destinatario hubiera podido tener conocimiento, así como deben exponerse también los motivos del acto mismo (cf. BVerwG, sentencias de 22 de octubre de 2015 - 7 C 15.13, NVwZ 2016, 308, nº marginal 33 y siguientes; de 16 de octubre de 2013 - 8 C 21.12, BVerwGE 148, 146, nº marginal 14; de 15 de diciembre de 1989 - 7 C 35.87, BVerwGE 84, 220, 229; MüKoStGB/Schlehofer, 4ª ed, antes del § 32 marginal nº 240).
28. (2) La interpretación realizada por el Tribunal Regional en el sentido de que el destino final en determinados estados mexicanos, garantizado oficialmente en las declaraciones, no había pasado a formar parte del contenido del permiso, cumple con esta norma. Aunque la Sala Penal no mencionó expresamente los artículos 133 y 157 del Código Civil alemán, decisivos para la interpretación, consideró de forma reconocible estas normas en su interpretación.
29. Para comenzar, partió del texto original de la autorización. Esta contiene la llamada cláusula de destino final, según la cual México, como destino final, debería ser contenido de la licencia. El tribunal penal no cometió ningún error de derecho al señalar que esta cláusula sólo nombraba explícitamente a México como lugar de destino final prometido, y no a las distintas entidades federativas. Las solicitudes, cuyo contenido se anexó sin cambios en las licencias, sí llevaban adjuntas las declaraciones oficiales de destino

final con relación a determinados estados; sin embargo, según la estimación no objetable de la Sala Penal, las solicitudes en sí no contenían restricción alguna en cuanto al destino final dentro del aquel país.

30. El Tribunal Regional observó en su apreciación los requerimientos del procedimiento prescrito para la tramitación de autorizaciones, examinando sobre todo las solicitudes de licencia, la correspondencia, las declaraciones de destino final y la información puesta a disposición por los representantes de las autoridades implicadas. En la estimación de las pruebas, el tribunal analizó detalladamente la voluntad emitida de las autoridades encargadas de conceder las licencias. El resultado de sus consideraciones está por tanto libre de desviaciones jurídicas, dado que, si bien, las declaraciones de destino final son requisito previo para conseguir una licencia y se presentan mediante escritos oficiales requeridos que nombran a determinados estados federales, no por eso se convierten en contenido de la autorización.
31. A pesar de que el recurso de casación hace valer que el Tribunal Regional descuidó examinar de qué manera el destinatario pudiera haber entendido objetivamente la voluntad emitida, dado que la oración intercalada "Forma parte de esta decisión la declaración del solicitante en que manifiesta que las armas de guerra mencionadas están destinadas a México, siendo éste su destino final" contiene una referencia a los documentos de la solicitud que, junto con las declaraciones falsas, especifica a ciertos estados federales mexicanos como paradero, no se da ningún error fundamental de interpretación. Dado que no hubo objeciones en cuanto a la interpretación del permiso, su contenido tuvo que entenderse tal como se hizo. El explicar el contenido objetivo del permiso no se ve afectado por el hecho de haber sabido los beneficiarios de la autorización que las declaraciones de destino final adjuntas nombraban como paradero de las armas a ciertos estados federales y no a México como estado en su totalidad y que las autoridades encargadas requerían necesariamente de tales declaraciones en el momento de conceder las licencias. Sobre todo, no puede concluirse de ello que el contenido de las declaraciones de destino final se haya incluido en la autorización en el sentido como lo entendían los beneficiarios. Antes bien, el Tribunal Regional asumió de manera imputable que los beneficiarios entendieron la licencia conforme a su contenido objetivo, pero - como había sucedido ya en el caso de las licencias en virtud de la Ley de Comercio Exterior – aquellos

aprovecharon la deficiente redacción de la declaración de destino final para obtener subrepticamente la licencia de exportación.

32. Debido a que, de acuerdo con la interpretación de la Sala Penal, la restricción del destino final a unos cuantos estados de la federación nunca llegó a formar parte de la licencia, queda en suspenso esclarecer si hay la posibilidad de que una cláusula de tal naturaleza pudiera de manera legal pasar a formara parte de alguna licencia.
33. c) Las licencias concedidas en virtud de la Ley de Control de Armas de Guerra no pierden validez por el hecho de haber sido obtenidas subrepticamente presentando declaraciones oficiales falsas en cuanto al destino final.
34. Dado que el artículo 22a (1) nº 4 de la Ley de Control de Armas de Guerra está vinculado a una licencia, la disposición está concebida como acto administrativo accesorio (véase GJW/Dannecker, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2ª ed., §§ 32-35 StGB marginal nº 62; Pottmeyer, Kriegswaffenkontrollgesetz, 2ª ed., § 22a marginal nº 12 f.). De acuerdo con el derecho administrativo, el hecho de que el solicitante obtenga una licencia por medios fraudulentos, proporcionando por ejemplo información incorrecta o incompleta, conduce a la antijuricidad pero no a la nulidad de la licencia en cuestión (véase el artículo 44 de la VwVfG). Ésta es válida hasta su cancelación o revocación (véase el artículo 48 y siguientes de la VwVfG). El titular que hace uso de tal permiso lo hace amparado por él. Esto resulta decisivo en la evaluación jurídico penal del presente caso. Hasta aquí se aplica lo siguiente:
35. aa) En la literatura de lo penal y, en parte en la jurisprudencia, se sostiene la opinión de que en el caso de "autorizaciones obtenidas de manera indebida" (véase Wimmer, JZ 1993, 67, 69), debe suponerse que quien ejerce "sin autorización" incurre en abuso del derecho (véase sobre el estado de la opinión LK/Rönnau, StGB, 13ª ed.). 280 y ss.; MüKoStGB/Heinrich, 3ª ed., § 22a KrWaffG marginal nº 32 y ss.; Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben, StGB, 30ª ed. números marginales 63 y ss. en cada caso con corroboración). Surge el supuesto de que la dependencia accesorio de la administración queda suspendida en los casos de autorización obtenida por abuso del derecho (cf. NK-StGB/Paeffgen/Zabel, 5ª ed., Vor § 32, número marginal 204; Rudolphi, NSTz 1994, 433, 436; Schall, NJW 1990, 1263, 1267; cf.

también BGH, sentencia de 3 de noviembre de 1993 - 2 StR 321/93, BGHSt 39, 381, 387 en el caso de cooperación colusoria). Esto no constituye una infracción del artículo 103, apartado 2, de la Ley Fundamental si la autorización en cuestión no excluye ya en sí la tipicidad de la conducta, sino que debe considerarse sólo como justificación porque permite una conducta contraria a una supuesta prohibición represiva con cláusula de exención (véase LK/Rönnau, 13ª ed.). número marginal 274; Pottmeyer, Kriegswaffenkontrollgesetz, 2ª ed., § 22a número marginal 9; Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben, StGB, 30ª ed. marginal no. 61). Como causa de de justificación, el apartado 2 del artículo 103 de la Ley Fundamental sólo es aplicable de forma limitada, de modo que el concepto de abuso del derecho puede aplicarse para limitar el efecto justificante de una licencia (véase, con referencia a la explotación abusiva de una situación de autodefensa, GJW/Dannecker, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2ª ed., p. 19). número marginal 274, 280 y siguientes; Pottmeyer, Kriegswaffenkontrollgesetz, 2ª ed., § 22a número marginal 24; Wimmer, JZ 1993, 67, 69; véase MüKoStGB/Schlehofer, 4ª ed., Vor § 32 número marginal 236 oponiendo esta distinción).

36. bb) No es necesario decidir aquí si la manera en cuestión de tratar con armas de guerra está sujeta a una prohibición preventiva con cláusula liberatoria con la consecuencia forzosa de que habiendo permiso es improcedente el delito (véase Achenbach/Ransiek/Rönnau/Beckemper, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 5ª ed.), 4ª parte, 4º cap. marginal nº 31; Erbs/Kohlhaas/Lampe, Strafrechtliche Nebengesetze, 224ª EL, § 22a KrWaffG marginal nº 2; Esser/Rübenstahl/Saliger/Tsambikakis/Nestler, Wirtschaftsstrafrecht, § 22a KrWaffG marginal nº 7; Holthausen, NStG Rn. 7; Holthausen, NStZ-RR 1998, 193, 201; Leitner/Rosenau/Ahlbrecht, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, § 22a KrWaffG marginal nº 5; MüKoStGB/Heinrich, 3ª ed, § 22a KrWaffG número marginal 28; Pottmeyer, Kriegswaffenkontrollgesetz, 2ª ed., § 22a número marginal 11; Steindorf/Heinrich, Waffenrecht, 10ª ed., § 22a KrWaffG número marginal 1; cf. también BGH, sentencia de 23 de julio de 2019 - 1 StR 433/18, NStZ-RR 2019, 388, 390), o si bien, la prohibición represiva con reserva de exención tiene efecto meramente justificativo para la autorización (cf. BGH, sentencia de 22 de julio de 1993 - 4 StR 322/93, NJW 1994, 61, 62; también Bieneck/Pathe/Wagner, Handbuch des Außenwirtschaftsrechts, 2ª ed., § 34 marginal nº 2 f., § 44 marginal nº 43; Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben, StGB, 30ª ed.). marginal no.

61; BT-Drucks. 10/4275 S. 5). Asimismo, puede dejarse de lado si el artículo 103.2 de la Ley Fundamental permite incluso una desviación del derecho penal positivo en el ámbito de las causas de justificación que incriminen al delincuente (véase LK/Rönnau, StGB, 13ª ed.). número marginal 285; Matt/Renzikowski/Engländer, StGB, 2ª ed., antes del § 32 número marginal 45; Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben, StGB, 30ª ed., antes de los §§ 32 y siguientes. números marginales 25, 63b; GJW/Dannecker, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2ª ed., Vor §§ 32-35 número marginal 72). Independientemente de la naturaleza jurídica de la prohibición, al menos en el presente caso, la obtención subrepticia de la autorización la hace acreedora de punibilidad.

37. Decididamente a favor de esto resulta que, en varias disposiciones el legislador ha equiparado expresamente (véase en particular el artículo 330d (1) nº 5 StGB) la obtención fraudulenta de una licencia con la falta de ésta. No habría necesidad de una disposición de este tipo si la obtención de una licencia abusando del derecho privara en general de su efecto justificativo. Especialmente en los casos de exportación de armas de guerra, para los que deben presentarse licencias tanto en virtud de la Ley de Comercio Exterior como de la Ley de Control de Armas de Guerra, el artículo 18 (9) de la Ley de Comercio Exterior (artículo 34 (8) de la antigua Ley de Comercio Exterior), no así el artículo 22a de la Ley de Control de Armas de Guerra, equipara el ejercicio en relación con una licencia obtenida subrepticamente con ejercicio sin licencia. El hecho de que el legislador no haya creado una disposición normativa equiparante en la Ley de Control de Armas de Guerra, a pesar de los debates que se sostienen a nivel académico desde hace muchos años, es señal que no se da desviación de la estricta accesoriedad de la administración. Más bien, la suposición de que el ejercicio sobre la base de una licencia fraudulenta también cumple con lo dispuesto en el artículo 22a de la Ley de control de armas de guerra, vendría a ser aplicación analógica que infringiría tanto la proscripción de la analogía del § 17 párrafo 6, § 18 párrafo 9 AWG y así como la proscripción de la analogía en virtud del artículo 103, apartado 2, de la Ley Fundamental, y del artículo 1 de la Ley Penal. Llenar este vacío en la reglamentación queda como tarea para el legislador para lograr establecer conformidad con las disposiciones del artículo 18 (9) de la AWG (antiguo artículo 34 (8) de la AWG) (cf. Achenbach/Ransiek/Rönnau/Beckemper, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 5ª ed., Madrid), 4ª parte, 4º capítulo, número marginal 34; MüKoStGB/Heinrich, 3ª ed., § 22a KrWaffG

número marginal 34; Steindorf/Heinrich, Waffenrecht, 10ª ed., § 22a KrWaffG número marginal 1; Weber, FS Hirsch, 1999, p. 795, 800; Wimmer, JZ 1993, 67, 70).

38. d) Por lo tanto, en los casos 3 y 4 ambos acusados, además el acusado S. en el caso 1 y la acusada B. en el caso 5, incurrieron en delitos en virtud del artículo 18 (2) nº 1, (7) nº 2, (9) de la Ley de Comercio Exterior (artículo 34 (8) de la Ley de Comercio Exterior, versión antigua) o mejor dicho de complicidad, pero no en virtud de la Ley de Control de Armas de Guerra. Consiguientemente, el Tribunal Regional absolvió acertadamente a los acusados en el caso 2, ya que la licencia en virtud de la Ley de Comercio Exterior se extendió sin examen detallado como licencia complementaria de la licencia en virtud de la Ley de Control de Armas de Guerra, de manera que la presentación de la declaración – falsa - de destino final carecía de relevancia, en tanto que la licencia en virtud de la Ley de Comercio Exterior no se obtuvo subrepticamente.
39. 2. El recurso del acusado S.:
40. El recurso del acusado S. es improcedente en cuanto es contrario al sobreseimiento del proceso en el caso 1. En todos los demás aspectos, resulta infundado.
41. a) El demandado S. impugnó la sentencia en su totalidad, a pesar de que el procedimiento contra él se suspendió por prescripción en el caso 1 y de que fue absuelto en el caso 2. Sin embargo, el recurso debe interpretarse en el sentido de que la absolución queda excluida del recurso (artículo 300 del Código de Procedimiento Penal). En cuanto a esto, el acusado no se ve perjudicado. La extensa solicitud no contiene ninguna deducción al respecto.
42. En la medida en que el recurso abarca también el sobreseimiento del procedimiento en el caso 1, no puede tomarse en cuenta tal interpretación, ya que en este caso el demandado impugnaría su autoría. Sin embargo, el recurso es improcedente al respecto porque falta la queja del demandado:
43. Si el procedimiento se suspende definitivamente por falta de un requisito de procedibilidad o por un impedimento no subsanable en el procedimiento, el acusado en principio no se ve perjudicado (véase Tribunal Federal de Justicia, Sentencia de 4 de mayo de 2011 - 2 StR 524/10, BGHR StPO § 333 Beschwer 4 Rn. 3

mwN). Existe una sola excepción para el caso de que se tratara de una absolución madura, ya que la decisió n absolutoria sobre el fondo tiene precedencia ante el sobreseimiento. Por consiguiente, el acusado se vería perjudicado si el tribunal suspendiera el procedimiento habiendo podido dictar sin más la absolució n de acuerdo con la situació n procesal existente (véase Tribunal Federal de Justicia, decisió n de 5 de junio de 2007 - 5 StR 383/06, NJW 2007, 3010, 3011; LR/Jesse, StPO, 26ª ed., Vor § 296 Rn. 69; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 63ª ed., Vor § 296 Rn. 14, § 260 Rn. 44 mwN). Sin embargo, no se da aquí tal constelació n.

44. b) Por lo demás, el recurso del acusado S. carece en su totalidad de resultados.
45. aa) El recurso en la forma de procedimiento no procede por las razones expuestas en el escrito del Fiscal General del Estado.
46. bb) La revisió n de la apreciació n de la prueba sobre la base de la denuncia de fondo no ha puesto de manifiesto ningú n error jurí dico en perjuicio del acusado, tal y como explica con más detalles el Fiscal General del Estado.
47. cc) De igual manera, no proceden las objeciones del recurso contra la valoració n jurí dica de los hechos del delito.
48. Ante las determinaciones realizadas, el acusado S., en su calidad de jefe de ventas estaba autorizado a dar instrucciones al anterior jefe de equipo acusado conjuntamente y a la acusada B. y tenía el deber, como fiador en el sentido del artículo 13 (1) del Código Penal de impedir la entrega de las armas autorizadas con permisos obtenidos subrepticamente. En contra de la opinió n expresada por la revisió n de que las licencias no se habían obtenido mediante engaño dado que las declaraciones de destino final que nombraban a ciertos estados mexicanos no pasaron a formar parte de la licencia, supone precisamente subrepció n, en el sentido del § 18 párrafo 9 de la AWG, porque las circunstancias bajo las cuales se produjo el engaño no pasaron a formar parte de la licencia. Si de hecho hubieran sido parte del permiso, el infractor que las ignorara estaría actuando sin permiso en el sentido del artículo 18(1) de la AWG (véase Stein/Thoms, AWG, artículo 17, número marginal 50).
49. El hecho de que el acusado S. sólo haya actuado con dolo condicional no es impedimento para que se le condene por obtenció n subreptica de un permiso. Es cierto que la bibliografía

sostiene que el elemento del delito de consentimiento subrepticio requiere la intención directa de engañar (véase MüKoStGB/Wagner, 3ª ed., § 17 AWG marginal nº 58; Stein/Thoms, AWG, § 17 marginal nº 46; Wabnitz/Janovsky/Schmitt/Hoffmann, Handbuch Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 5ª ed., 24º cap. marginal nº 150). Esto se desprende del concepto de apropiación indebida que, comúnmente, presupone una acción intencionada (véase Bieneck, Handbuch des Außenwirtschaftsrechts, 2ª ed., § 25 marginal nº 27). Sin embargo, no queda claro que esto sea consistente. Pues según las conclusiones, el anteriormente demandado en conjunto obtuvo la licencia deliberadamente en este sentido. Para el acusado que fue condenado debido a que no impidió presentar una licencia obtenida de este modo, basta con que contara con esta circunstancia en el sentido de una intención condicional y la aprobara (véase Bieneck, Handbook of Foreign Trade Law, 2ª ed.), § 25 número marginal 27; Wolfgang/Simonsen/Morweiser, AWR-Kommentar, 56 EL Vor §§ 17, 18 AWG número marginal 148; aA MüKo StGB/Wagner, 3ª ed., § 17 AWG número marginal 59; Stein/Thoms, AWG, § 17 número marginal 46).

50. Finalmente, el acusado había de ser castigado por la comisión de un delito en banda sobre según conclusiones libres de errores legales, como quedó confirmado. Un delincuente que se abstiene de actuar también puede ser miembro de una banda. Asimismo, varios delincuentes dentro de una misma compañía pueden formar una banda (véase Stein/Thoms, AWG, § 17 marginal nº 34; Wolfgang/Simonsen/Pottmeyer, AWR-Kommentar, 56 EL, antes de los §§ 17, 18 AWG marginal nº 117). 3.

51. 3. El recurso de la demandada B.:

52. El recurso de la acusada B. es infundado. La revisión de fondo de la sentencia motivada por su queja de fondo no reveló ningún error jurídico. En particular, se cumplen los requisitos de responsabilidad penal como cómplice (véase también BGH, sentencia de 15 de mayo de 2018 - 1 StR 159/17, juris párrafo 183 mwN). En cuanto a la forma de intención requerida para el elemento constitutivo del delito de ocultación fraudulenta y el modo de comisión en banda de varios autores dentro de una misma empresa, especialmente en lo que respecta a las infracciones de AWG, se aplican las consideraciones expuestas anteriormente.

53. 4 El recurso de las partes implicadas en la confiscación:

54. El recurso de las partes implicadas en la confiscación conduce a la separación del procedimiento en la medida en que el Tribunal Regional decomisó el producto del delito 1. Por lo demás, el recurso de casación resulta infundado en cuanto a la única queja de fondo planteada al respecto.
55. a) La decisión sobre el decomiso de lo obtenido en el caso 1 queda bajo reserva (véase el artículo 422 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; sobre una disposición parcial también BGH, orden de 8 de octubre de 2014 - 2 StR 137/14, juris, número marginal 11).
56. b) En los casos restantes del decomiso, el Tribunal Regional se apoyó acertadamente en el artículo 73b (1) frase 1 nº 1 del Código Penal. En el sentido de la disposición, los acusados S. y B. actuaron a favor de los involucrados en la confiscación como otro tercero que obtuvo provecho del acto. En detalle:
57. aa) Actuar en nombre de un tercero no requiere que las personas naturales que actúan sean miembros de una organización. Si el "tercero" es una organización, basta con que el delincuente pertenezca a ella y actúe en su interés. Así pues, los empleados de una empresa se ven incluidos, en la medida en que actúen de hecho en interés de la persona jurídica que se beneficia como tercero (véase BGH, sentencias de 19 de octubre de 1999 - 5 StR 336/99, BGHSt 45, 235, 244 s.; de 9 de octubre de 1990 - 1 StR 538/89, NJW 1991, 367, 371; Wittig, Wirtschaftsstrafrecht, 5. Aufl., 3. ch. § 9 Rn. 44; también BT-Drucks. 18/9525 S. 56).
58. Según esto, los acusados y el anterior acusado conjunto, actuaron en su calidad de empleados al cometer los delitos a favor de la parte involucrada en la confiscación, queriendo procurarle una ventaja pecuniaria. A pesar de lo expuesto en el recurso, la decisión de la 2ª Sala de lo Penal del Tribunal Federal de Justicia de 29 de agosto de 2008 (2 StR 587/07, BGHSt 52, 323 marginal nº 74), no puede aducirse, porque en el caso allí resuelto, el mismo tercero beneficiario se vio perjudicado por un delito (§ 266 StGB).
59. bb) La parte implicada en la confiscación obtuvo ventaja debido a los actos del acusado, a saber, el precio de la compraventa de la mercancía entregada. El hecho de que esta ventaja pecuniaria no se haya derivado directamente del delito, a saber, la obtención subrepticia de la licencia de exportación no cambia el resultado. La ventaja se obtiene ya mediante el acto en el sentido del § 73b,

sección 1, frase 1, nº 1 del Código Penal si la intención era crear una ventaja pecuniaria para el principal como tercero beneficiario (cf. Fischer, StGB, 68ª ed., § 73b, números marginales 5, 7). No se requiere que la adquisición del tercero sea inmediata. Más bien, las circunstancias de enriquecimiento resultan a partir de la relación empresarial de interdependencia (cf. BGH, sentencias de 19 de octubre de 1999 - 5 StR 336/99, BGHSt 45, 235, 245 y s.; de 30 de mayo de 2008 - 1 StR 166/07, BGHSt 52, 227 marginal nº 76).

60. cc) Los requisitos del artículo 73b, subsección 1, frase 1, nº 1 del Código Penal se cumplen igualmente habiendo el tercero beneficiario actuado de buena fe cuando obtuvo la ventaja (véase Fischer, StGB, 68ª ed., artículo 73b, nº marginal 5; Wittig, Wirtschaftsstrafrecht, 5ª ed., 3ª cap. sección 9, nº marginal 43). Ya en la antigua situación jurídica (véase el artículo 73.3 del StGB, versión antigua), el tercero beneficiario tenía que aceptar la responsabilidad por lucro logrado indebidamente en su propiedad, independientemente de su conocimiento (véase BGH, sentencias de 14 de septiembre de 2004 - 1 StR 202/04, juris, marginal nº 14; de 19 de octubre de 1999 - 5 StR 336/99, BGHSt 45, 235, 245 y siguientes). La nueva regulación del derecho de confiscación no cambió esta situación (cf. Köhler, NStZ 2017, 497, 501). La redacción al respecto del § El artículo 73b (1) frase 1 nº 1 del StGB nF es idéntica al artículo 73 (3) del StGB aF. Con la nueva versión del artículo 73b del Código Penal, el legislador sólo quiso codificar el grupo de casos de "aplazamiento" (véase el documento impreso del Bundestag 18/9525 p. 56), sin alterar en lo mínimo en el tratamiento anterior de los casos de representación (véase el documento impreso del Bundestag 18/9525 p. 66). A diferencia del artículo 73b.1 frase 1 nº 2 del Código Penal, el artículo 73b.1 frase 1 nº 1 del Código Penal no exige que el tercero beneficiario reconozca o pueda reconocer que lo obtenido sea producto de un acto ilícito.
- 61) c) En contra de lo que se afirma en el recurso, no se podía prescindir de la orden de confiscación en virtud del artículo 73e.2 del Código Penal. Si bien el recurrente reprueba que el Tribunal Regional no haya constatado la situación económica de los participantes en la confiscación y el uso que se les dio a las ganancias, no hay contravención a la ley en esto. Según la jurisprudencia, (cf. BGH, auto de 11 de abril de 2013 - 4 StR 39/13, StV 2013, 610), la discusión explícita de la cláusula del caso de rigor del artículo 73c (1) frase 2 del antiguo StGB en la sentencia sólo hubiera sido necesaria si hubiera habido indicios evidentes de

la existencia de tales condiciones. En el caso del tercero beneficiario, el artículo 73e (2) StGB, que sustituyó al artículo 73c (1) frase 2 StGB antiguo no reza otra cosa. De los considerandos del veredicto no se desprenden señales de empobrecimiento de los implicados en la confiscación. El hecho de que perdiera la propiedad de las armas entregadas - como se afirma en el recurso - no constituye una pérdida de propiedad, dado que recibió a cambio el precio de la venta de estas. Por lo tanto, puede dejarse abierto si en este caso verdaderamente se trata de terceros beneficiarios de buena fe en el sentido del artículo 73e (2) del Código Penal, o si se les podría imputar - por analogía con el artículo 166 del Código Civil- conocimiento de los actos del acusado y del jefe de equipo.

- 62) d) Finalmente, el Tribunal Regional con toda razón no dedujo de la cantidad confiscada los gastos de los implicados en la confiscación, en particular los costes de producción de las armas suministradas. A este respecto, se aplica lo siguiente:
- 63) De conformidad con el artículo 73d (1) frase 1 del Código Penal, los gastos realizados por el delincuente o por el tercero deben deducirse a la hora de determinar el valor de las ganancias. Sin embargo, según la frase 2 de la disposición, lo que se gastó al cometer el delito o en su preparación, queda fuera de consideración. En consecuencia, el Tribunal Regional podía dejar abierto si los costes de producción se referían directamente a las armas suministradas o a las fabricadas con anterioridad. Ya que, en el primer caso, los gastos estarían cubiertos por la prohibición de deducción del artículo 73d (1) frase 2 del Código Penal (aa abajo), en el segundo caso no constituirían gastos según el artículo 73d (1) frase 1 del Código Penal (bb abajo).
- 64) aa) Si las armas fueron fabricadas para su exportación, los costes de producción y transporte representan efectivamente gastos en el sentido del artículo 73d (1) StGB. Sin embargo, según el artículo 73d, párrafo 1, frase 2 del Código Penal, los gastos se hicieron con el fin de incurrir en el delito.
- 65) (1) El ámbito de aplicación de la prohibición de deducción conforme al artículo 73d, párrafo 1, frase 2 del Código Penal incluye los gastos de un tercero beneficiario, de modo que, en sí, la prohibición de deducción no se limita a los gastos del autor del delito o del partícipe. Esto se deduce del texto mismo de la disposición en oposición al argumento del recurso. Si bien sólo en el anexo del artículo 73d, apartado 1, frase 1 del StGB se menciona

explícitamente que deben tenerse en cuenta también los gastos de la otra persona, es decir, del tercero beneficiario, la segunda frase de la disposición, redactada en pasivo, no vuelve a mencionar a la persona que realiza el gasto. Sin embargo, leyendo conjuntamente ambas frases resulta sin duda alguna que, de conformidad con la frase 2, lo gastado o utilizado para cometer el delito por las personas nombradas en la sentencia 1 está sujeto a la prohibición de deducción.

- 66) (2) Los costes de fabricación y transporte se gastaron o utilizaron para la comisión del delito o para su preparación en el sentido del artículo 73d (1) frase 2 StGB. Con el elemento constitutivo "para", el legislador quiso asegurar, en seguimiento del artículo 817, frase 2, del BGB, que (sólo) lo invertido en una transacción prohibida está sujeto a su pérdida irremediable. (véase BT-Drucks. 18/9525 p. 67 y s.; cf. también OLG Karlsruhe, orden de 18 de marzo de 2019 - 2 Rb 9 Ss 852/18, juris marginal nº 16). De ello se desprende que todo acto o negocio que conduce directamente al aumento de patrimonio debe estar igualmente prohibido. Al mismo tiempo, según la intención del legislador, el elemento constitutivo contiene un componente subjetivo, por lo que sólo están sujetos a la prohibición de deducción aquellos gastos que se utilizaron de forma voluntaria y consciente para la operación prohibida (véase BT-Drucks. 18/9525 p. 67 y siguientes; Schäuble/Pananis, NStZ 2019, 65, 69).
- 67 (α) Se sigue de esto que los gastos en cuestión se realizaron con el fin de cometer el delito. Es voluntad del legislador que la prohibición de deducciones según el artículo 73d (1) frase 2 del Código Penal (véase BT-Drucks. 18/9525 p. 68 con referencia al BGH, sentencia de 21 de agosto de 2002 - 1 StR 115/02, BGHSt 47, 369, 370, 377; Schönke/Schröder/Eser/Schuster, StGB, 30ª ed., § 73d marginal nº 5) abarque los costes de adquisición y producción de mercancías que el autor o el partícipe hayan realizado para la venta eludiendo deliberadamente las disposiciones de la ley de comercio exterior en violación del derecho penal.
- 68 (β) Los hechos encontrados prueban, además, la producción y la compra consciente y deliberada de los productos del delito destinados a las entregas, dado que el acusado y el anterior acusado conjunto actuaron con dolo. El elemento del delito no resulta improcedente por el hecho de que los órganos de la gestión de los involucrados en la confiscación, según consta, actuaran de buena fe.

- 69 Según la jurisprudencia anterior, la buena fe del tercero beneficiario no impedía la aplicación del principio de bruto (véase BGH, sentencia de 21 de agosto de 2002 - 1 StR 115/02, BGHSt 47, 369, 373 y ss.; Fischer, StGB, 68ª ed.) Dado que el decomiso del producto del delito no es una pena o una medida similar a una pena (BGH, sentencias de 19 de enero de 2012 - 3 StR 343/11, BGHSt 57, 79 marginal nº 15; de 21 de agosto de 2002 - 1 StR 115/02, BGHSt 47, 369, 373 mwN; de 1. marzo de 1995 - 2 StR 691/94, NJW 1995, 2235 s.; cf. también BVerfG, Orden de 14 de enero de 2004 - 2 BvR 564/95, BVerfGE 110, 1, 14 s.), no importa si hubo implicación culpable del beneficiario. Por lo tanto, la confiscación bruta también queda justificada aun contra un tercero que actuó de buena fe. En particular, en el caso de las infracciones de la ley de comercio exterior, la medida hubo de considerarse parte de un sistema destinado a garantizar la eficiencia de las restricciones comerciales y su cumplimiento (véase BGH, sentencia de 21 de agosto de 2002 - 1 StR 115/02, BGHSt 47, 369, 375; auto de 18 de febrero de 2004 - 1 StR 296/03, NStZ-RR 2004, 214, 215).
- 70 Esta apreciación no fue modificada por la reforma de las disposiciones de los §§ 73 y ss. StGB. El decomiso no es una pena, sino sigue siendo una medida sui generis (BGH, auto de 12 de junio de 2019 - 3 StR 194/19, NStZ-RR 2019, 382 y ss.; BVerfG, auto de 10 de febrero de 2021 - 2 BvL 8/19, juris marginal nº 106 y ss.; cfr. OLG Karlsruhe, auto de 18 de marzo de 2019 - 2 Rb 9 Ss 852/18, juris marginal nº 21; Fischer, StGB, 68ª ed, § 73a marginal nº 4, § 73b marginal nº 2 mwN), por lo que la culpabilidad del tercero beneficiario o la buena fe de los órganos de gestión no tienen relevancia; basta con que el acusado, al igual que el anteriormente acusado conjunto, haya actuado deliberadamente.
- 71 (γ) Ninguna otra cosa se desprende de la eliminación sin sustitución de la cláusula de rigor del artículo 73c (1) del Código Penal, versión antigua, por la Ley de Reforma de la Recuperación de Activos Penales de 13 de abril de 2017. Según la situación jurídica anterior, la buena fe de los órganos del tercero beneficiario debía ser un importante criterio discrecional a la hora de examinar la cláusula de rigor del artículo 73c del Código Penal, versión antigua (cf. BGH, sentencias de 21 de agosto de 2002 - 1 StR 115/02, BGHSt 47, 369, 376; de 14 de septiembre de 2004 - 1 StR 202/04, juris, marginal nº 15; cf. también BGH, auto de 13 de julio de 2006 - 5 StR 106/06, NStZ-RR 2007, 109, 110). Tras la eliminación de la cláusula de rigor, la buena fe del tercero beneficiario afectado por el principio de bruto ya no puede tomarse en consideración de esta manera (véase Hellmann, Wirtschaftsstrafrecht, 5ª ed., § 17, número marginal 1119) De hecho, el legislador al introducir la nueva reglamentación suprimió deliberadamente la disposición de la cláusula de rigor del artículo 73c del antiguo Código Penal. Si bien tuvo en cuenta el caso especial del tercero beneficiario de buena fe en virtud del artículo 73c (1) frase 2 del antiguo Código Penal mediante la creación del artículo 73e (2) del

antiguo Código Penal, las dificultades contempladas en el artículo 73c (1) frase 1 del antiguo Código Penal ya no pueden tenerse en cuenta en el procedimiento principal después de los cambios de la legislación. Eso refleja el propósito evidente del legislador de remitir también al tercero enriquecido de buena fe al precepto de cumplimiento del artículo 459g (5) frase 1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el caso de que el principio de bruto condujera a un rigor desproporcionada en casos individuales (véase al respecto BeckOK StPO/Coen, 39ª ed.), § 459g número marginal 27; KK-StPO/Appl, 8ª ed., § 459g número marginal 18; Meyer-Goßner/ Schmitt/Köhler, StPO, 63ª ed., § 459g número marginal 13a; véase también BVerfG, orden de 10 de febrero de 2021 - 2 BvL 8/19, juris números marginales 11, 121).

- 72 Frente a esto, los materiales legislativos no contienen ninguna indicación de que el artículo 73d, apartado 1, frase 2, del StGB deba interpretarse ahora de manera liberatoria para el tercero beneficiario de buena fe y que no se deba aplicar la prohibición de deducción arguyendo que no se cumple el componente subjetivo de la disposición. Más bien, la voluntad del legislador, al reforzar deliberadamente con la reforma de la ley el principio de bruto habla en contra de una interpretación más favorable para al tercero que actúa de buena fe, a diferencia de la situación jurídica anterior. Además, si se quisiera invocar la culpa de los terceros beneficiarios del decomiso, la interpretación del derecho de decomiso diferiría de la interpretación de los §§ 818, 819 del Código Civil alemán (véase BT-Drucks. 18/9525 p. 67 y ss. sobre este punto), ya que, según estas disposiciones, de forma análoga al artículo 166 del BGB, habría que suponer conocimiento por lo menos en el acusado S., dotado de poder general, así como en el anterior demandado conjunto, que actuaba como representante y agente autorizado con responsabilidad de venta independiente y, por tanto, con responsabilidad ejecutiva. Posiblemente, en lo que respecta a su respectiva responsabilidad a nivel ejecutivo amplio, no se hayan dado los estrictos requisitos necesarios conforme a la antigua ley, (véase BGH, sentencia de 1 de diciembre de 2015 - 1 StR 321/15, NStZ 2016, 279, 280) para conformar un caso de excesivo rigor de acuerdo con el artículo 73c (1) frase 1 StGB aF (véase también Hellmann, Wirtschaftsstrafrecht, 5ª ed., sección 17 número marginal 1119).
- 73 bb) Si las armas suministradas no hubieran sido producidas directamente para su exportación a México, sino que hubieran sido tomadas de la existencia en almacén, se cumplirían las condiciones para la deducción de los gastos de producción según el artículo 73d (1) frase 1 del Código Penal. El término "gastos" en el sentido del artículo 73d (1) frase 1 StGB no está claramente definido por la ley. Según la bibliografía, sólo deben incluirse los costes que están estrechamente relacionados con el delito en términos de tiempo y sustancia. Sólo son deducibles los gastos habidos en el período comprendido entre la planificación y la preparación del acto adquisitivo y la fecha del incremento efectivo de patrimonio (Köhler, NStZ 2017, 497, 505; véase

también la resolución de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Protección del Consumidor de 22 de marzo de 2017, BT-Drucks. 18/11640 S. 78 f.). La disposición tiene, pues, un alcance limitado. En el presente caso no se puede determinar si una interpretación tan restringida del término concuerda realmente con la redacción y el sistema de la disposición, ya que los gastos según la frase 1 no tienen que haberse producido objetivamente "para" el delito y la frase 1 se concibe como la norma, siendo la frase 2 la excepción. En cualquier caso, los gastos sólo pueden mencionarse si están relacionados con el delito, es decir, si pertenecen a los hechos históricos (Schäuble/Panaris, NSTz 2019, 65, 67 y ss.). Sin embargo, es evidente que tal relación no es reconocible en lo que respecta a los costes de producción de aquellos productos en almacén en el momento de iniciarse la comisión del delito.

Schäfer

Ri'inBGH El Dr. Spaniol, jubilado y, por tanto, no puede firmar.

Wimmer

Schäfer

Anstötz

Erbguth

Instancia anterior:

Stuttgart, LG, 21.02.2019 - 13 Kls 143 Js 38100/10