

GÜNTHER JAKOBS

**CRIMINALIZACIÓN EN EL ESTADIO
PREVIO A LA LESIÓN DE UN
BIEN JURÍDICO**

En, Jakobs, Günther, "Estudios de Derecho
Penal", UAM Ediciones, Edit, Civitas, Madrid, 1997,
pp, 293 a 324

II. CRIMINALIZACIÓN EN EL ESTADIO PREVIO A LA LESIÓN DE UN BIEN JURÍDICO (*) (**)

I.

1. El tema que voy a tratar designa *un* problema: el de la criminalización en el estadio previo a una lesión, pensada como ya dada, de un bien jurídico. Al citado problema dedicaré la primera y más extensa parte de mi ponencia (I.2 a I.8). Puesto que la conclusión rezará que considerables porciones de las criminalizaciones anticipadas que se encuentran en el StGB no se pueden legitimar en un Estado de libertades, seguirá una segunda y más breve sección donde trataré de establecer si la ilegitimidad de la criminalización de conductas que tienen lugar en el estadio previo no podría ser neutralizada por la protección de bienes jurídicos anticipados (II.1 a II.3) como la paz jurídica, la seguridad pública, un clima favorable al Derecho, etc. Se puede calificar la primera sección como la Parte General y la segunda como la Parte Especial del problema de la anticipación de la punibilidad.

2. Comenzaré, como he anunciado, con la Parte General del tema: el estado de la dogmática al respecto es, predominantemente, de un despreocupado positivismo. El extendido descuido con que se trata esta materia se hace visible en el instrumental conceptual de la dogmática del Derecho penal: significativamente el concepto de consumación es un concepto formal (1), esto es, la consumación se orienta a la formulación del tipo, no a criterios materiales, y en correspondencia con ello resulta materialmente inseguro determinar ya en términos generales qué es el estadio previo. A causa de esa determinación formal, en el asesinato es todavía estadio previo lo que en los delitos de falsificación de moneda e incluso en formas triviales de falsedades documentales es ya consumación. Pero si ya son inciertos el comienzo y el fin de un estadio previo materialmente determinado, no puede sorprender que sea todavía más incierto por dónde discurre el límite entre la conducta previa que es aún legítimamente punible y la que no puede ser ya castigada y es lícito manifestar la sospecha de que las consecuencias, a las que

(*) Ponencia presentada al Congreso de los penalistas alemanes celebrado en Frankfurt a M en mayo de 1985.

(**) Título alemán: «Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung», publicado en: ZStW 97 (1985), pp. 751 a 785. Traduc-

ción de Enrique Peñaranda Ramos.

(1) Una teoría positivista con esta orientación desarrolla *Fincke* Das Verhältnis des Allgemeinen (Teris: zum Besonderen Teil des Strafrechts. 1975. pp. 35 y ss.

alude el tema marco de este congreso (2), del desarrollo de la criminalidad para el Derecho penal, no consisten tanto en un abandono de principios acrisolados como en la continuidad en un estado de carencia de principios.

A título de ejemplo: en casi todos los Comentarios de la Parte General del StGB se califica la delimitación de la tentativa punible como un postulado de primer rango del Estado de Derecho. Esta declaración no produce, sin embargo, que se dedique más que unas cuantas frases obligadas a la legitimación de las sanciones *previas* al comienzo de la tentativa, por ejemplo a la punición de la preparación del delito mediante la figura de la tentativa de participación a la que se refiere el § 30 StGB (3) (*). La punibilidad de la preparación del delito a través de la figura de la tentativa de participación degrada el límite de la tentativa, en todos los delitos graves (§ 12, apartado 1.º StGB) (**) que son preparados en calidad de autores o de inductores por una pluralidad de personas, a la categoría de un límite relativo al marco de la pena, de importancia más bien secundaria; sin embargo, ello es aceptado como si fuese compatible con el sentido de una estricta delimitación de la tentativa punible. Valga esto como ejemplo de la mencionada «carencia de principios».

En favor de la extendida disposición a aceptar anticipaciones de la punibilidad se pueden citar varias explicaciones plausibles. Así se puede mencionar una tendencia a la subjetivización que se nutre, por su parte, de diversas fuentes: el principio de culpabilidad, la orientación al autor, la personalización del injusto. Tampoco se puede excluir que la tendencia a la anticipación fomente de nuevo la tendencia a la subjetivización, de modo que ambas se apoyan aparentemente de un modo recíproco y circular. Hay además argumentos preventivo-policiales en favor de esas anticipaciones. Se anticipa la consumación para conceder a la policía la posibilidad de intervenir en el momento propicio para hacerlo; pues con la anticipación de la punibilidad se amplían los límites de lo permitido para la prevención en la medida de lo permitido para la represión. Probablemente no se debe al azar que algunos notorios sectores de punibilidad anticipada se identifiquen con sectores notorios de actividad policial encubierta: delitos relativos a los estuperfacientes, a la seguridad del Estado o a la falsificación de moneda, entre otros.

3. Desearía rastrear otro motivo, algo oculto y por ello tanto más difícil de controlar, que favorece las anticipaciones de la punibilidad: el principio

(2) Nuevos desarrollos de la criminalidad y sus consecuencias para el Derecho penal.

(3) Ciertamente se pronuncian de un modo crítico al respecto *Kohlrausch/Lange*, 43.^a ed. 1961, § 49 b, n. m. I a III.

(*) El § 30 StGB establece: «Tentativa de participación (1) Quien intente determinar a otro a cometer un delito o a inducir a hacerlo será penado conforme a las disposiciones sobre la tentativa del delito grave. No obstante la pena habrá de ser atenuada según lo dispuesto en el § 49, apartado 1.º. Se aplicará por analo-

gía el § 23, apartado 3.º.

(2) Igualmente será castigado quien se declare dispuesto, quien acepte el ofrecimiento de otro o quien se concierte con otro para cometer un delito grave o para inducir a cometerlo» (N. del T.).

(**) El § 12, apartado 1.º, StGB dispone lo siguiente: «(1) Son delitos graves los hechos antijurídicos que están conminados con una pena privativa de libertad cuyo límite mínimo alcanza o supera el año de duración» (N. del T.).

mismo de la protección de bienes jurídicos. Este principio induce a creer en la legitimación de todo aquello que puede ser puesto en una relación positiva con el concepto de bien jurídico. Lo que con razón se pueda calificar como un ataque peligroso a un bien jurídico tiene que ser, según parece, socialmente nocivo, si se intenta definir el estado de integridad de la sociedad por la intangibilidad de los bienes jurídicos

Tomar como exclusivo punto de partida el bien jurídico conduce sin duda al desbordamiento porque con ello cae por completo fuera de la perspectiva la esfera jurídica del *autor*. El autor viene definido tan sólo por el hecho de que puede constituir un peligro para el bien jurídico, con el añadido de que cabe anticipar, potencialmente sin límite alguno, el comienzo de tal peligro. El autor no tiene ninguna esfera privada, ningún ámbito para una conducta-todavía-no-socialmente-relevante, sino que es sólo fuente de peligro o, con otras palabras, enemigo del bien jurídico. En un consecuente desarrollo de este criterio de tomar como punto de partida la protección de bienes jurídicos, habría que combatir penalmente incluso los pensamientos peligrosos de autores potenciales o, más aún, las fuentes de las que surgen estos pensamientos peligrosos. La replica usual, según la cual los pensamientos peligrosos no constituirían perturbación alguna de la vida social, no procede en absoluto del arsenal de argumentos que se pueden extraer de los principios de la protección de bienes, sino que tiene que ser obtenida desde fuera: una vida *social* no puede ser definida tan sólo a través de la integridad de bienes jurídicos, así no se llega más allá de un archivo museístico (4). Desde luego cabe guardarse, por sus evidentes efectos secundarios indeseados, de un Derecho penal que combata los pensamientos pero se trata entonces —desde la perspectiva de la protección de bienes jurídicos— de límites externos que se marcan al criterio, incapaz de autolimitarse en ese sentido, de la protección de tales bienes.

A la definición del autor como enemigo del bien jurídico, según la cual se podrían combatir ya los más tempranos signos de peligro, si bien esto podría no ser oportuno en el caso concreto, se ha de contraponer aquí una definición del autor como ciudadano. El autor no sólo ha de ser considerado en cuanto potencialmente peligroso para los bienes de la víctima, sino que debe ser definido también, de antemano, por su derecho a una esfera exenta de control, y se va a mostrar que del status de ciudadano se pueden derivar límites, hasta cierto punto firmes, para las anticipaciones de la punibilidad.

Pues bien, todo el Derecho penal no totalitario reconoce un status mínimo del autor. En la medida en que rige el principio *cogitationis poenam nemo patitur* (5), hay un ámbito interno, sólo privado y no socialmente relevante, que es precisamente el ámbito de las *cogitationes*. Una razón para el reconocimiento de este ámbito interno podría depararla la dificultad o, más aún, la imposibilidad de llevar a cabo a ese respecto un control dotado de un mínimo de eficacia. Un legislador juicioso no regula nunca procesos que están fuera

(4) Es fundamental a este respecto *Welzel* ZStW 58 (1939) pp 491 y ss., 515

(5) *Ulpiano* Digesta 48 19 18

de sus posibilidades de control cuando cualquiera sabe que ese control *no* existe. Pero la razón principal podría encontrarse en un difundido naturalismo: el ser humano es definido como sujeto en la misma forma en que ha nacido, esto es, como un sistema psico-físico que tiene la piel como límite. Esta definición tampoco es absolutamente reprochable, sino que se muestra como idónea en determinados ámbitos. En este sentido, sólo se pueden obtener, por regla general, informaciones sobre los datos internos de este sistema a partir del sujeto mismo o con su colaboración. Tampoco se puede reducir aún más este sistema de un modo sensible, pues entonces resulta destruido. Y en ello puede jugar también algún papel un dato específico de la praxis jurídico-penal: con la piel como límite externo se encuentra la persona en el establecimiento penitenciario antes de volver a ser vestida. Esto no se dice sólo en términos irónicos: a partir del principio de que en virtud del mero sometimiento a prisión no se puede disponer de lo interno, de lo que está detrás de la piel, cabe desarrollar una vasta teoría de la ejecución de la pena.

Se podrían aportar otros ejemplos de que en determinados ámbitos tiene pleno sentido orientarse al sujeto definido en términos naturalistas, pero ello no puede ocultar los límites que presenta la capacidad de rendimiento de este concepto de sujeto. Referida a un sistema semejante, la regla «*cogitationis poenam nemo patitur*» formula el máximo de lo interno; una contracción del dedo y la elevación de una ceja son ya externas, incluso aunque se trate de muy privadas manifestaciones vitales. Para el Derecho penal un concepto de sujeto con tales consecuencias, esto es, un concepto naturalista de sujeto, resulta inservible por una sencilla razón: tal concepto atiende para la delimitación de lo interno y de lo externo a circunstancias sensibles de la naturaleza, mientras que lo que importa son referencias normativas. De ningún modo se puede establecer de una vez para siempre como qué clase de sujeto se comporta una persona, sino que ello depende de diversas circunstancias, que en todo caso no son sólo perceptibles por los sentidos. Tampoco el concepto de sujeto está fijado de un modo ontológico-sustancial. A veces el ámbito del sujeto es aún más reducido de lo que corresponde al concepto naturalista de sujeto; y así es posible que el sujeto responda, en determinadas relaciones sociales, de simples pensamientos y, por tanto, que no pueda reclamar para sus pensamientos la cualidad de algo interno; éste puede ser el caso, por ejemplo, en estrechas relaciones íntimas o en comunidades religiosas, pero también en Estados totalitarios. A la inversa sucede en un Ordenamiento de libertades. En un Ordenamiento tal y como se encuentra establecido conforme a la Ley Fundamental, una persona es un *ciudadano* (6). es decir, un sistema que —aparte de su dotación psicofísica, que incluye hasta la piel— dispone de una esfera privada que consta, por ejemplo, de vestido, contactos sociales reservados, vivienda y propiedad (de dinero, herramientas, etc). Denomino este ámbito privado la esfera civil interna.

(6) Las esferas del ciudadano no son siempre de la misma intensidad. Por ejemplo: la desprivatización del uso común o de la creación de asociaciones podría, por regla general, destruir menos subjetividad que la desprivatiza-

ción de la morada o del pensamiento. Pero también las posiciones menos intensas merecen protección, porque las más intensas sólo pueden subsistir si están recubiertas por las de menor intensidad.

Junto a ella hay una esfera externa, a la que no sólo pertenecen los derechos de intervención en asuntos públicos, lo que aquí resulta poco relevante, sino también —y esto es lo que importa— los contactos sociales no reservados y, además, los derechos a la utilización de bienes de uso común, a la salida y entrada en el territorio, etc.

Me ocuparé en primer término del ámbito privado, esto es, de la esfera civil interna. Ésta es, en la relación del ciudadano con el Estado, parte del ciudadano como sujeto. Cuando el Estado se inmiscuye en el ámbito privado termina la privacidad y con ella la posición del ciudadano como sujeto; sin su ámbito privado el ciudadano no existe. Si los seres humanos produjeran y desplazaran consigo su morada al modo de la concha del caracol, sería perceptible por los sentidos que la morada pertenece a lo interno de la misma forma que el cuerpo. Pero no existe ningún impedimento para abandonar el concepto naturalista de sujeto y determinar el alcance del sistema normativamente; entonces una habitación alquilada puede ser equiparada a la concha de un caracol.

Por tanto, la regla «*cogitationis poenam. nemo patitur*» es tan sólo una de las concreciones del principio general de que los asuntos exclusivamente internos de un sujeto no pueden constituir una perturbación social. *De internis non iudicat praetor* (7). A este respecto, lo interno carece de un límite preestablecido, cuasi natural, por dónde discurre el límite entre lo externo y lo interno es algo que se decide de un modo diferente según la concepción que se tenga de la sociedad y, dentro de una misma sociedad según el ámbito de que se trate, pero en todo caso sin una dependencia forzosa de circunstancias perceptibles por los sentidos.

Los asuntos genuinamente públicos no pueden ser privatizados por el acuerdo de los intervinientes. Así es, por ejemplo, una conducta externa toda aceptación de ventajas que se produzca en atención a un acto relativo a la función pública, por mucho que haya sido *privatissime* querida. Como reverso de ello, tampoco está la privacidad de la esfera privada a disposición de su titular. Ciertamente éste puede comunicar lo que hace internamente (o es posible averiguarlo), pero esto no convierte su ámbito interno en un asunto público. La comunicación misma (no lo comunicado) es, en efecto, un proceso externo; tal comunicación puede ser criminalizada, bajo ciertos presupuestos aún por explorar, y, precisamente porque se trata de la comunicación y no de lo comunicado, también puede serlo cuando se comunican meros pensamientos. Dejo para más adelante este problema y vuelvo al examen del ámbito interno.

Son evidentes las consecuencias que para la anticipación de la punibilidad se han de extraer del hecho de que el ámbito interno del sujeto delincuente no sólo abarque sus pensamientos, sino que comprenda su entera vida privada: así como un mero pensamiento no puede constituir ninguna perturbación de la vida en común, tampoco puede serlo cualquier conducta que se mantenga en la esfera privada, en la medida en que la esfera privada

(7) Apud *Liebs*, *Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter*, 1982, D 19.

no concurra con la de otra persona y deje entonces de ser privada. Lo que, junto con sus efectos, reside todavía en la esfera en la que un ciudadano puede legítimamente oponerse a controles públicos, desde la intimidad del cuerpo hasta los contactos sociales reservados, no puede ser preparación punible, tentativa o, menos aún, consumación de un delito. Si, por ejemplo, en la ya mencionada tentativa de participación del § 30 StGB se definen acuerdos previos como delitos, incluso si se realizan en condiciones de privacidad, v. gr. por personas entre las que media amistad, se priva a los intervinientes, en esa medida, de su ámbito interno y se les trata como *enemigos* a los que no se concede el status de ciudadano. Ciertamente esto es útil para la protección de bienes jurídicos, pero por esta protección tiene que ceder una parte de su esfera interna. Una disminución semejante del sujeto pertenece a un Derecho penal de índole peculiar que se diferencia nítidamente del Derecho penal de ciudadanos: el Derecho penal de enemigos optimiza la protección de bienes jurídicos, el Derecho penal de ciudadanos optimiza las esferas de libertad.

Ya una mirada muy superficial al StGB pone de manifiesto que numerosos preceptos caen fuera del marco de lo que aquí se denomina Derecho penal de ciudadanos y pertenecen al Derecho penal de enemigos, en concreto todas las criminalizaciones de lo que materialmente son actos preparatorios, en la medida en que la conducta preparatoria se efectúe en el ámbito privado. Junto a la ya tratada tentativa de participación, pertenecen a este ámbito algunos delitos contra la seguridad del Estado, así como la constitución de asociaciones criminales o terroristas (§§ 129 y 129 a StGB). Las repercusiones sobre el comienzo de la tentativa son evidentes. Los delitos de falsedades documentales, con inclusión de la falsificación de moneda, en sus modalidades de fabricación y de obtención de documentos falsos son como mínimo sospechosos con arreglo a la máxima de privacidad esbozada; en el caso de la falsificación de documentos (§ 267 StGB) (*) el descuidado trato que se da a las reglas de lo privado casa con el momento de formación del precepto: la redacción, según la cual de este delito, hasta entonces de dos actos, ya el primero, la producción del documento, basta para la consumación, procede de 1943 (8) y aún hoy es alabado porque estaría «en mejores condiciones ... de proteger el bien jurídico» (9), como si la protección de bienes fuese *per se* un argumento.

En relación con la tentativa de participación y con la constitución de asociaciones criminales y terroristas puede parecer que no es evidente una inclusión, como la efectuada aquí en principio, en el ámbito interno de un su-

(*) El § 267 StGB dispone lo siguiente: «Falsificación de documentos (1) Quien para defraudar en el tráfico jurídico produce un documento ilegítimo, falsifica un documento legítimo o utiliza un documento ilegítimo o falsificado será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa.

(2) Es punible la tentativa.

(3) En casos especialmente graves la pena

será de privación de libertad no inferior a un año» (N. del T.).

(8) Decreto de 29 de mayo de 1943, RGBL I, p. 339. Por este Decreto se amplió también hasta su extensión actual e incluso más allá la tentativa de participación.

(9) Tröndle, en LK, 10.^a ed. antes del § 267, n.m. 14. Críticamente sin embargo H. Mayer, Strafrecht, 1953, p. 277

jeto. ¿Es pues —así cabría preguntar— la constitución de bandas un asunto privado? En la medida en que con esta pregunta se insinúe que la persecución de fines antijurídicos no podría ser una cuestión privada, por ella se ve afectada no sólo la constitución de bandas, sino la concepción en su conjunto. Toda preparación de un delito se puede definir como una conducta que es no-privada, pero entonces no se tiene ya ningún motivo para detenerse ante la criminalización de pensamientos. Por esta vía todo Derecho penal se convierte en un Derecho penal de enemigos. El cuestionamiento del carácter privado de la constitución de bandas puede afectar también, sin embargo, a la circunstancia de que los miembros de la banda, por definición, traban relación unos con otros, es decir, abren recíprocamente su ámbito privado. El ámbito común que así se genera queda, no obstante, cerrado para sujetos ajenos; pues el hecho de que alguien trabase relación con otras personas no legítima ninguna intromisión pública. En la medida en que haya relaciones sociales que pertenezcan al status de ciudadano, esas relaciones sociales pueden ser objeto de abuso, del mismo modo que se puede hacer mal uso de otros elementos de ese status. La relación social preparatoria de un delito es tan genuinamente privada como cualquier otra relación y como cualquier otra conducta que recaiga en el ámbito privado.

Esta conclusión ha encontrado expresión dogmática en un ámbito parcial: las reglas de la accesoriadad cuantitativa, esto es, la determinación unitaria para todos los partícipes del estadio delictivo en la coautoría y en la participación, se pueden explicar del modo más simple con el principio de que una división del trabajo del lado del autor es una cuestión interna de los intervinientes. Y ello explica también sin dificultades que las reglas de la accesoriadad cuantitativa sólo rijan para personas que se encuentren respecto del bien jurídico atacado en una relación puramente negativa, que cumplen por tanto con su deber si cuidan de que su círculo de organización no tenga efectos nocivos sobre círculos de organización ajenos. En los delitos de *infracción* de un deber la referencia institucional impide al autor adoptar cualquier tipo de disposiciones. El que está auténticamente vinculado por un deber especial (10) responde como tal no por lo que pone en obra conjuntamente con los demás intervinientes, sino inmediatamente por lo que queda a deber al bien jurídico. Ejemplo: el marido que induce al asesinato de su mujer de tal modo que al hacerlo se le va de las manos el curso del acontecimiento ha cometido una tentativa acabada a título de autor, de igual manera que constituye también una tentativa acabada si deja pasar la oportunidad de inhibir cursos causales nocivos que se han generado sin su intervención.

4. Antes de detallar la concepción aquí desarrollada sobre la distinción entre procesos internos y externos, tengo que enfrentarme a una objeción que surge probablemente de un modo natural. La objeción tiene su punto de partida en la imposibilidad de renunciar por principio y sin condiciones a la consideración de la vertiente subjetiva del hecho o de otros procesos internos y reza que en un Derecho penal de culpabilidad no podría haber ningún ám-

(10) *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, 4.^a ed. 1984, pp. 352 y ss., 459 y ss. y 621 y ss.; *Roxin*, en LK. § 25 n. m. 29 v 33; *Jakobs*, Alig. Teil, 1983, 21/115 y ss.

bito interno: el hecho de que los pensamientos no sean, por razones de principio, exclusivamente internos, vendría a quedar demostrado por su relevancia para la culpabilidad. A primera vista esto parece de una corrección evidente, pues, en efecto, respecto de la exhibición forzosa de ámbitos altamente personales que se produce al comprobar la culpabilidad en el proceso, no es posible hablar ya de que lo interno se respete como interno. Si en la práctica forense se puede descubrir incluso la génesis de los pensamientos, ¿cómo sería posible suponer que pensamientos o, incluso, acontecimientos extracorporales como un acuerdo previo o la creación de una banda, son por razones de principio cuestiones privadas y, además, cuestiones exclusivamente privadas?

A esta objeción subyace un erróneo entendimiento de la función que incumbe a lo interno en la interpretación del comportamiento social; un error en el que se incurre fácilmente, ante todo, al ocuparse de la vertiente subjetiva del hecho y que por ello será tratado aquí *pars pro toto* sobre la base de una investigación de esa vertiente subjetiva. Puesto que la culpabilidad del autor constituye el fundamento para la medición de la pena (§ 46, apartado 1.º, inciso 1.º StGB), el aspecto objetivo parece que tiene que atrofiarse; para convertirse en un presupuesto de la punición que se injerta desde fuera al Derecho penal de la culpabilidad. Desde esta perspectiva, la vertiente objetiva no es necesaria para fundamentar, sino para limitar el Derecho penal de la culpabilidad. O formulado de otro modo y, por cierto, en específica referencia al adelantamiento de la punibilidad: si se sigue al *Reichsgericht*, para el que «no puede admitir duda alguna» el hecho de que «en la tentativa es la voluntad delictiva el fenómeno contra el que se dirige la ley penal» (11), es consecuente conformarse para la punición por tentativa con un dolo al que se añada una «acción externa» (12), adherida a él de forma muy poco clara, y renunciar, en presencia de dolo y de una acción externa unida a él, a un *corpus delicti*, esto es, a una perturbación social perceptible. Esta temprana despedida a la doctrina de la ausencia de tipo era en parte también la despedida a la comprensión del problema de cuándo es una acción socialmente relevante la «acción externa» en la tentativa. Era una especie de privación de la ciudadanía al autor de la tentativa, pues éste quedaba etiquetado ante todo como un sistema con una vida interior peligrosa, concretamente como un enemigo del bien jurídico.

La «acción externa» pierde en el *Reichsgericht* la cualidad de ser una perturbación social en sí misma; es ya solamente el motivo extrínseco para tomar en consideración la vertiente subjetiva del hecho. La razón por la que se llegó hasta este extremo pudo ser la siguiente: la sociedad actual sólo subsiste si también se pueden realizar sin daño comportamientos complejos, pues pertenece a la ideología de esta sociedad la garantía de que exista, en la medida de lo posible, una libre selección de comportamientos, siendo en ella además necesario un comportamiento altamente diferenciado para garantizar la subsistencia de la sociedad y de sus miembros. En esta situación no se puede gobernar la conducta de éstos de un modo completo o, ni siquiera, pre-

(11) RGSt. 1, 439,441.

(12) RGSt. 1,439.442.

dominantemente centralizado; más aún, no sólo el gobierno centralizado, sino ya una descripción detallada de todas las formas de comportamiento deseadas o toleradas (o, a la inversa, de todas las formas de comportamiento prohibidas) es en la práctica únicamente posible en los escasos ámbitos vitales que se prestan a ser estandarizados, como por ejemplo el tráfico viario. En lo demás, sólo son posibles indicaciones a modo de marco general —mediante modelos, otros estímulos, normas, etcétera—, teniendo que ser rellenado ese marco a través del autogobierno de los miembros de la sociedad. Existe, por tanto —y esto es lo que importa—, una elevada necesidad de autogobierno de dichos miembros siguiendo sólo indicaciones generales. En esta situación no hay, al margen de los pocos ámbitos de comportamiento susceptibles de una mayor estandarización, ninguna oportunidad de realizar la atribución de sentido y la valoración de un comportamiento (denomino a esto su interpretación) a partir exclusivamente de su configuración externa; más bien, es preciso tomar en cuenta para su interpretación el contexto pensado por el autor, las circunstancias en que se desenvuelve su autogobierno. Un ejemplo: sólo se puede determinar cuál es el significado de la entrada en una casa por parte de una persona ajena a la misma, sin haber sido invitada para hacerlo por el titular del derecho a la morada, si se sabe lo que aquélla «quiere» hacer en la casa; pero esto puede ser cualquier cosa desde lo malo —por ejemplo, el asesinato del dueño de la casa—, hasta lo bueno —por ejemplo, el intento de prestar auxilio en una situación de necesidad—.

Gráficamente cabe expresarlo así: en el *Reichsgericht* la perspectiva va del dolo a la conducta externa, no de la conducta externa hacia lo interno. Esa perspectiva ha determinado hasta hoy la doctrina de la tentativa. Tras el fin de la doctrina de la falta de tipo no se ha desarrollado ninguna teoría más de la tentativa con cuya ayuda se puede articular el derecho a averiguar de un modo vinculante el dolo del autor o, al menos, la necesidad de un derecho semejante. Todas las teorías (13) sacan de la equivocidad de la conducta externa la conclusión de que en la interpretación del comportamiento tendría que predominar la parte subjetiva del hecho. Pero que sólo sea posible una interpretación afinada de la conducta si se considera el contexto subjetivo no significa que resulte legítimo, en relación con cualquier movimiento corporal, imponer la investigación de la parte subjetiva. Ciertamente cualquiera puede intentar interpretar por sí mismo todos los comportamientos de los demás seres humanos, aunque no podrá imponerles su interpretación como vinculante. Pero si se quiere imponer a una persona la interpretación del significado de su conducta, aquella ha de haber dado más bien una justificación para hacerlo, es decir, que esa persona tiene que haberse convertido en deudora de una explicación. Esta deuda no puede ser deducida de una conducta que el autor pueda reclamar como privada; pues, en esa medida, él mismo está exento de control. Si se quiere imponer la interpretación

(13) Ninguna de las teorías hoy defendidas sobre el fundamento de la pena de la tentativa postula que la perturbación sea independiente de los factores internos de un sujeto (referencias en *Vogler*, LK, antes del § 22 n. m. 36 y ss).

En esa medida arrastran todas las teorías una herencia del *Reichsgericht*, a saber, la inespecífica (sino, más aún, casual) configuración de la «acción externa».

de la vertiente subjetiva, el autor tiene que haberse introducido en una relación cuyo control ya no puede impedir. A falta de ello, no se ha abandonado aún el ámbito de lo privado y esto significa que una consideración del aspecto interno degrada al ciudadano hasta convertirlo en un enemigo. En definitiva no hay, ciertamente, más remedio que interpretar una conducta perturbadora a partir también de su contexto subjetivo, pero éste no presta ninguna ayuda en relación con la pregunta de cuándo es legítimo considerar que un comportamiento externo está necesitado de interpretación. En otras palabras, en el Derecho penal de un Estado de libertades no se trata del control de los aspectos internos, con inclusión de los motivos, sino del control de lo externo. *La pregunta acerca de lo interno sólo está permitida para la interpretación de aquellos fenómenos externos que son ya, en cualquier caso, perturbadores.* De acuerdo con ello, para que una conducta pueda ser punible tiene que ser entendida como una perturbación con independencia de la parte subjetiva y, de un modo más general —puesto que la parte subjetiva figuraba hasta aquí *pars pro toto*—, con independencia también de la conducta del autor en su ámbito privado.

5. La aplicación de este principio del hecho a la conducta civil *externa*, cuyo tratamiento había quedado aplazado hasta aquí, no significa que lo que sea externo pueda ser valorado siempre como una perturbación, sino más bien lo siguiente: una conducta externa *que perturba* permite la pregunta acerca del contexto interno. De este modo, el paso de una frontera o el establecimiento de relaciones con una potencia extranjera (14) no son ciertamente procesos exclusivamente internos, pero resultan socialmente adecuados en un Estado de libertades. Si tales formas de conducta se toman como motivo para investigar el contexto subjetivo, con la misma justificación —o, por decirlo en términos más precisos, con la misma falta de justificación— se podría tomar cualquier otro arbitrario motivo: se sospecha de la existencia de malos pensamientos, pero puesto que no sería legítimo valorar éstos por sí solos como una perturbación, se toma algo socialmente adecuado como pretexto. A título de ejemplo: si, de acuerdo con el § 100 StGB, se castiga por un delito de «relaciones que ponen en peligro la paz» a quien, con la intención de provocar una guerra contra la República Federal de Alemania, «establece o mantiene relaciones con un gobierno, un grupo o una organización que se hallen fuera del ámbito de vigencia espacial de esta ley o con uno de sus representantes», ello supone, por la potencial ausencia de determinación de tales relaciones, un atentado, sólo levemente disimulado, contra el principio de no castigar pensamientos, sino hechos, pues, en contra del nombre del precepto, no son las relaciones las que resultan peligrosas para la paz, sino las intenciones del autor; en otros términos, lo que el tipo exige como «acción externa» es tan pobre en contenido como la «acción externa» en la doctrina de la tentativa del *Reichsgericht*. Una conducta que sólo llama la atención si se conoce el ámbito interno del autor nunca puede ser tratada legítimamente como delito, pues en otro caso sería únicamente lo interno el fundamento de la pena.

(14) Vid. al respecto *infra* II.2.

Ya Zachariä (15) formuló de un modo impresionante, hace alrededor de 150 años, a dónde conduce la renuncia a tratar de justificar la indagación de la vertiente subjetiva: «El juez, frente a todo el que entrase en una farmacia y demandase un veneno o frente a cualquiera que comprase un arma o se hubiese procurado escalas o sogas, estaría autorizado a inquirir si esto no habría ocurrido con la intención de perpetrar un delito y a intervenir en otros muchos casos de una forma escandalosa en la vida de los ciudadanos. Ciertamente quien tenga al Estado por una prisión que ha de obtener la moralidad por la fuerza y lamente de algún modo que no lleve cada hombre en el pecho un espejo que refleje y capture sus pensamientos para hacer reconocible cualquier pensamiento inmoral y poder así castigarlo, encontrará agrado en declarar punible cualquier posible indicio de la voluntad delictiva. ¡Ojalá, sin embargo, que nunca encuentren aplicación positiva semejantes principios!».

6. En un Estado de libertades están exentas de responsabilidad no sólo las *cogitationes*, sino toda conducta que se realice en el ámbito privado y, además, toda conducta externa que sea *per se* irrelevante. Un ciudadano sólo se convierte en autor si desborda el marco que se acaba de indicar y se comporta de un modo perturbador, es decir, si se arroga actualmente la configuración de ámbitos de organización ajenos. Sólo si y sólo en la medida en que sea reconocible *ex re* una arrogación actual, resulta legítimo preguntar el autor cómo llegó a esta conducta y qué fin perseguía con ella, esto es, cómo hay que interpretar, por tanto, su conducta a la luz de los factores interinos (16). Respecto de esta reconocibilidad de la arrogación, conviene aclarar que se trata de algo menos que de un *dolus ex re* o de una *culpa ex re*, pues todo lo que podría significar una conducta es demasiado complejo para que se pudiese extraer la conclusión sólo de su imagen externa; pero la *necesidad* de interpretación tiene que resultar *ex re*.

No hay que entender esta necesidad de interpretación de un modo psicologista; por tanto, esto no depende de si alguien está dispuesto a "registrar" el comportamiento externo y a esforzarse en darle una interpretación. La situación se equipara en esa medida a la que tiene lugar en el caso de

(15) Die Lehre vom Versuche der Verbrechen. I. Theil, 1836. p. 210.

(16) Ya de acuerdo con el Derecho actual existen casos en los que es impune un acto preparatorio, mientras que se castiga la omisión de la denuncia de tal acto (§ 133 StGB)*], concretamente en el caso de la preparación en solitario. Según la concepción aquí propuesta esta disonancia se hace notar de un modo más urgente. La disonancia desaparece si la omisión de denuncia sólo se castiga en caso de que, como resultado de ella, el hecho no denunciado alcance un estadio punible.

[*] El § 138 bajo el rótulo «omisión de denuncia de delitos proyectados» castiga en su apartado 1.º con una pena privativa de libertad

no inferior a cinco años o con pena de multa a «quien tenga noticia de un modo fidedigno del propósito» de cometer alguno de los delitos graves mencionados en el precepto «o de la ejecución» de los mismos, «en un momento en el que el resultado pudiese ser aún evitado, y omite denunciarlo a tiempo a la autoridad o ai amenazado» El apartado 2.º añade al catálogo de los delitos sometidos al deber de denunciar el de la constitución de asociaciones terroristas del § 129 a, y el apartado 3.º conmina con pena de privación de libertad de hasta un año o con pena de multa a «quien omita por imprudencia grave efectuar la denuncia a pesar de haber tenido noticia de un modo fehaciente del propósito o de la ejecución del hecho antijurídico» (N. del T.).

lesiones completas de un bien jurídico, que tampoco constituyen una perturbación social únicamente cuando alguien las advierte y se siente perturbado. Lo decisivo es qué podría ser legítimamente "registrado" e interpretado, si alguien quiere hacerlo, y tales condiciones cumple todo lo que el autor hace salir de su ámbito privado, pero no todo lo que tan sólo quiera hacer salir de él sin conseguirlo. Expresado con un ejemplo: si el autor sirve a la víctima comida envenenada, esto es también una conducta externa necesitada de interpretación aunque nada sospechoso se pudiera notar al efectuar una prueba de la comida; pues ésta está realmente envenenada y este dato ha de tomarse como punto de partida. Pero si la comida está solamente salada porque el autor ha tomado sal por arsénico, la exteriorización del autor se mantiene dentro del marco de los errores que también cometen inocentes cocineros y entonces se puede dilucidar si el autor está capacitado para la cocina (en ese sentido su conducta está necesitada de una interpretación), pero no si pretendía matar. Y a este respecto es irrelevante si el autor antes de la exteriorización, en su ámbito privado, ha realizado manipulaciones de las que se desprende un dolo en dirección a hechos antijurídicos, pues la conducta realizada en el ámbito privado no puede ser legítimamente investigada.

Por lo que se refiere a la tentativa, se tiene que atender, *además* de al hecho de dar comienzo inmediatamente a la realización del tipo, al contenido materialmente delictivo del comportamiento, esto es, a si el autor se arroga la organización de un asunto de la víctima. A este respecto, la representación del autor de que se estaría ya arrogando algo puede descansar en un error. En tal caso falta a la tentativa su lado objetivo: el autor ha intentado dar comienzo a la realización del tipo, pero la tentativa se ha malogrado. Este entendimiento de la tentativa rehabilita algunas partes de la antigua teoría de la falta de tipo. En la tentativa —incluso si se prescinde de la conocida controversia en torno a la suposición errónea de deberes especiales en sentido estricto— no todo es subjetivamente sustituible. Una conducta que tan sólo aparece como una arrogación de organización cuando se añade la representación no objetivada del autor es socialmente insignificante y, si se la convierte artificioosamente en tentativa, se castigan representaciones, no hechos. Esto es relevante, en especial, para dos variedades de error en la tentativa: para los casos de ausencia de objeto de ataque en el lugar del hecho y para los casos de utilización de medios que se reconocen ya como inidóneos en una inspección superficial. Si no se encuentra ningún objeto en el lugar del hecho, falta a la conducta un objetivo visible y lo que, en caso de estar presente el objeto, se puede reconocer como arrogación de organización en relación con ese objeto, puede aparecer a falta de objeto como carente de dirección e inocuo. A título de ejemplo: un golpe efectuado de repente por un paseante sobre un arbusto se interpretará de un modo diferente si de allí sale corriendo un niño herido, que si simplemente levanta el vuelo un pájaro. O bien: el lanzamiento de un tintero contra la pared de la sala de estudio se interpreta de forma distinta si no es alcanzado por poco un visitante indeseado, que si el que lo lanzó se encuentra sentado solo en la sala. De un modo análogo ocurre en los casos de utilización de medios de una inidonei-

dad objetivamente evidente (17). Las sopas demasiado saladas son desagradables, pero no dan motivo a nadie para dudar de la vigencia de las normas relativas a la protección de la vida.

Ciertamente, si se sabe, en los ejemplos citados, que el autor actúa con dolo (o que han tenido lugar otros acontecimientos internos significativos), se hace patente la interpretación como una conducta perturbadora; pero esta interpretación no importa a partir del conocimiento del dolo (o de otros factores internos), pues no se trata de si cabe encontrar una conducta adecuada a un contexto subjetivo, sino de si una conducta externa permite hacer responsable al autor de su contexto subjetivo. O se reconoce un principio del hecho y entonces no todo es subjetivamente sustituible en un delito —tampoco en la tentativa—, o se renuncia al principio del hecho y esto significa desembocar en el «espejo en el pecho» que temiera ya *Zachariä*. La elección no debería resultar difícil. La fórmula de la tentativa del § 22 StGB (*) no es, por tanto, suficientemente estricta. No basta que el autor comience, de acuerdo con su representación, a arrogarse la configuración de ámbitos de organización ajenos y menos aún es suficiente un dar comienzo a la realización de tipos que supongan, por su parte, una anticipación de la punibilidad. Más bien, el autor tiene que comenzar a arrogarse una organización ajena también de acuerdo con su comportamiento externo, pues sólo a través de la conducta externa de arrogación se convierte en vinculante lo que subjetivamente quería expresarse (18).

Aún mayores que en el caso de la tentativa son las correcciones que se han de introducir respecto de la punición de actos que, desde una perspectiva material, tienen el carácter de preparatorios, por mucho que formalmente se encuentren configurados como consumaciones. Según la concepción que aquí se mantiene, una pena sólo puede ser legitimada como pena correspondiente a un acto preparatorio —sobre otras posibles fundamentaciones de la pena seguirán luego algunas observaciones— en los pocos casos en los que el autor, al efectuar la preparación opera, ya de un modo significativo en un ámbito ajeno de organización, como cuando, al preparar una operación de alta traición (§ 83 StGB), se realizan instalaciones de explosivos o cuando, en el curso

(17) En ellos no tiene por qué obedecer el error del autor a una falta de entendimiento, el autor puede tener informaciones defectuosas en virtud de las cuales sea altamente comprensible la suposición de la idoneidad del medio.

(*) El § 22 StGB dispone lo siguiente: «*Definición*. Comete tentativa de un delito quien, conforme a su representación del hecho, da inmediato comienzo a la realización del tipo» (N.del T.).

(18) ¿Hasta qué punto se puede descubrir la parte subjetiva cuando el autor ha objetivado un acto de arrogación? Debería estar fuera de duda que no se pueden acumular dolos recíprocamente independientes. Por ejemplo: quien hoy coacciona no se arroga mañana un

acto de sustracción. Tampoco una conexión final de concretos planes delictivos tiene que reflejarse siempre de un modo objetivo. Por ejemplo: quien hoy sustrae dinero para financiar mañana un tráfico de armas tampoco se arroga hoy más que la propiedad ajena, pues el hurto no está prohibido para prevenir el tráfico de armas. Ciertamente la conexión final puede adquirir también un aspecto externo: la ingerencia en un primer bien puede estar prohibida para atajar el peligro de nuevas intromisiones en bienes jurídicos que se encuentran tras él. Así la protección de la paz de la morada tiene también la finalidad de garantizar anticipadamente los bienes que se encuentran en ella y que van desde la vida y la integridad corporal hasta la propiedad.

de una actividad como agente con fines de sabotaje (§ 87 StGB), se espía un depósito de municiones mediante un allanamiento de morada, etc. Para los actos preparatorios del § 30 StGB no podría quedar caso alguno (19). Naturalmente es perturbador saber que varias personas han concertado un delito; pero también perturba saber que alguien está reflexionando sobre la ocasión favorable para cometerlo o que alguien prepara con precisión, como autor único, su comisión; a pesar de ello, las dos variantes de actos preparatorios últimamente citadas están, en todo caso, exentas de pena y, por cierto, sin que ello haya conducido a consecuencias lamentables.

Si, como propongo, se tratan de la misma forma los simples pensamientos y el ejercicio de otros derechos civiles, se tienen que establecer también de igual modo los límites, teniendo en cuenta que, respecto de esto, la expresión «de igual modo» no significa: según lo que en cada caso se percibe por los sentidos. Una equiparación del tipo: «lo que está en la morada es privado al igual que lo que está en la cabeza», no sólo sería errónea porque —bajo las condiciones de un régimen de libertades— pueden coexistir en una misma morada las esferas privadas concurrentes de una pluralidad de personas, lo que no sucede —bajo las mencionadas condiciones— en una cabeza, sino también y principalmente porque no se trata de límites espaciales o perceptibles de otro modo por los sentidos, sino de límites adecuados a los principios de la imputación. Cabe eximir de responsabilidad, sin perjuicio para la imputación, los simples pensamientos, porque se puede hacer responsable al sujeto, en la medida en que sea imputable, al transformar los pensamientos en un comportamiento corporal. En el caso de conductas realizadas en otros ámbitos no se puede desplazar tanto, por regla general, el momento decisivo para la imputación y, en concreto, no se puede posponer más cuando el autor o quien actúa como partícipe (también) para aquél no está ya en condiciones de desactivar una configuración peligrosa de su ámbito de organización. Con el fin del dominio de los sujetos termina la libertad civil, porque en otro caso sufriría la imputación. A título de ejemplo: el lanzamiento de una piedra

(19) La necesidad de castigar precisamente los actos preparatorios citados en el § 30 es justificada, en parte, con el argumento (1) de que se podrían generar vínculos peligrosos, en parte con el argumento (2) de que al interviniente se le iría de las manos la realización del hecho y, en parte, con la acumulación de ambos argumentos; *Roxin*, en LK, § 30 n. m. 6 y ss., con otras referencias. Ambos argumentos son muy pobres; (1) Si no existen antes de la promesa masivas relaciones de dependencia extorsionabilidad, venalidad de personas), no se llegan a establecer vínculos. Que alguien intervenga en un delito sólo porque lo ha prometido, constituye probablemente un fenómeno muy raro y no fundamenta por ello la necesidad de una ampliación del tipo. Sólo es peligrosa la promesa cimentada en relaciones de dependencia; la existencia de vínculos es síntoma de estas relaciones de dependencia, no de la promesa. El § 49 a StGB, en la redacción vigente has-

ta 1943 (Novela de 26 de febrero de 1876 RGBI. p. 25), había tomado en cuenta la debilidad de la simple promesa, pues un comportamiento verbal sólo era punible (excepción hecha del complot para cometer un asesinato, § 49 b StGB, en su antigua redacción) si se habían ofrecido ventajas. (2) Por lo que a la pérdida de influencia del interviniente se refiere, no se advierte por qué debe gravarle el carácter más bien pasajero de su cooperación. (En relación con 1 y con 2) una consecuencia curiosa: si se hace valer la existencia de una influencia, ello tiene un efecto oneroso (la influencia es objetivación del vínculo peligroso), pero si se renuncia a la influencia, ello tiene igualmente un efecto oneroso (el «írsele de las manos»). Como «fundamento de la pena» sólo queda que los actos preparatorios son más peligrosos que su ausencia. Pero esto no es ciertamente una peculiaridad de los casos en que interviene una pluralidad de personas.

desde el propio jardín a un transeúnte constituye ya una perturbación externa antes de que la piedra sobrevuele los límites de la finca o alcance el cuerpo de la víctima. Por tanto, lo que escapa a la capacidad de organización del autor y de los partícipes o se deja salir de su ámbito de organización no es ya, sin tomar en cuenta su situación espacial, algo meramente interno y cuando es perceptible *ex re* una perturbación, como sucede siempre en caso de objetiva peligrosidad (20), existe un motivo para imponer al autor la investigación del aspecto subjetivo de su hecho. La punibilidad de lo que no es ya dominable es la contrapartida de la exención de pena respecto de una organización exclusivamente interna.

7. Hasta ahora se ha tratado de anticipaciones desde el comportamiento lesivo a un comportamiento de planificación. Hay sin embargo ámbitos en los que uno no se puede orientar siguiendo tan sólo contextos individuales de planificación, sino que se tiene que estar seguro de que se cumplen ciertos estándares, aunque esto pudiese parecer innecesario al individuo concreto según su propio contexto de planificación (21).

En favor de esta necesidad de estandarización existen diferentes razones, que son también acumulables. Así, por ejemplo, se duda en algunos ámbitos vitales de las capacidades de los ciudadanos para evitar a través de su autogobierno consecuencias indeseadas de sus conductas, como en el caso del falso testimonio, del perjurio, de los incendios y de la conducción en estado de embriaguez, o se trata de posibilitar decisiones masivas y homogéneas, como en el tráfico viario, de modo que uno no se puede remitir a la individualidad de los intervinientes, sino que precisa de pautas interpretativas más fácilmente manejables.

(20) Un peligro abstracto cuando la peligrosidad general de una determinada conducta constituye el motivo para la desaprobación de toda conducta de este tipo. Desde el punto de vista del tipo, el peligro abstracto es irrelevante: Hörn, *Konkrete Gefährungsdelikte*, 1973, pp. 27 y s. Un peligro es concreto cuando un bien existente (perspectiva de la víctima!) se encuentra en peligro; para la determinación de este peligro, Hörn, op. cit., pp. 31 y ss., y *passim*, en especial p. 165, con n. 51. Ambos tipos de peligro son combinables. Ejemplos: un peligro *potencialmente concreto* se da cuando un bien sólo está presente desde una perspectiva *ex ante*, pero si hubiese estado realmente presente, se habría hallado en peligro. Esta clase de peligro también se toma en cuenta en el texto. En el ejemplo del lanzamiento de la piedra concurre por tanto también un peligro si no hay en ese lugar ningún transeúnte, pero tal cosa no se hubiera podido pronosticar objetivamente *ex ante*. Para un peligro *virtualmente concreto* basta con que un bien generalmente suela estar presente. Un peligro *concreto presunto* con-

curre cuando un bien está presente, pero el juicio acerca de su puesta en peligro resulta de una base de valoración reducida (así ocurre en los delitos de puesta en peligro abstracto-concreta en la terminología de Schröder; Schröder, *JZ* 1967, 522 y ss.; *idem*, *ZStW* 81 (1969), pp. 18 y ss.; ampliamente al respecto Hörn, op. cit., pp. 21 y ss.); la reducción puede llegar hasta tal punto que la presunción sólo se destruya cuando, por determinadas razones, sea patente que un daño se encuentra excluido (§ 326, apartado 5.º StGB) [*], etc.

[*] El § 326, apartado 5.º StGB establece que «el hecho (sc. de la eliminación de residuos peligrosa para el medio ambiente) no es punible cuando por el escaso volumen de los residuos resulta patente que están excluidas consecuencias perjudiciales para el medio ambiente y, en especial, para las personas, las aguas, el aire, el suelo y los animales y las plantas útiles para el hombre» (N. del T.).

(21) Vid. Hassemer, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, 1973, pp. 219 y s.

Los delitos que se caracterizan por desviaciones del estandar, los delitos de peligro abstracto (22), comportan, en su conjunto, anticipaciones de la punibilidad en tanto que su consumación no depende de la lesión de un bien jurídico. Por lo demás la medida de la anticipación es, ciertamente, muy diferente.

En un primer grupo de delitos de peligro abstracto concurre un comportamiento *eo ipso* externo y perturbador; sólo se determina mediante una generalización la realización de la tendencia a la producción de un daño. Quien realiza una determinada conducta no puede aducir en su descargo ni que la cuantía del daño ha resultado irreconocible, ni que todo ha terminado por salir bien. Así ocurre, por ejemplo, en el falso testimonio, el perjurio o el incendio de edificios habitados.

En otro grupo de delitos de peligro abstracto no sólo se determina mediante una generalización la realización de una tendencia realmente existen-

(22) Algunos delitos contra el medio ambiente, que se consideran como delitos de peligro abstracto, en especial el § 326 StGB [*] (BT-Drucks 8/2382, pp 16 y s. *Hörn*, en SK, t. 2, 3.^a ed 1984, § 326 n.m. 2. *Lenckner*, en *Schonke/Schröder*, 21.^a ed., § 326 n.m. 1, vid también sin embargo *Maurach/Schroeder*, B T., t. 2, 6.^a ed. 1981, § 581.5 «valores ecológicos como bienes jurídicos autónomos»), pueden ser también interpretados como delitos de lesión. Tales delitos *lesionan la aprovechabilidad* del medio ambiente. Así como los productos alimenticios no son ya aprovechables cuando son manipulados de un modo repugnante, y como los instrumentos quirúrgicos estériles no son ya utilizables cuando real o probablemente se han caído al suelo —sin que ello dependa de si han tenido lugar en esos objetos procesos biológicos, físicos o químicos perjudiciales—, tampoco el medio ambiente es ya aprovechable si se tiene que albergar la preocupación de que se haya producido algún perjuicio de carácter biológico, físico o químico, si —por tanto— no se puede actuar en la confianza de que el medio ambiente no haya sido dañado. Ciertamente se puede efectuar a menudo una conversión de este daño en el esfuerzo que la Administración ha de adoptar para aclarar la situación, pero la posibilidad de eliminar el daño no constituye un motivo para negar su producción, del mismo modo que el menoscabo de una cosa no desaparece porque sea eliminable mediante un esfuerzo de reparación. En la medida en que los bienes sólo son aprovechables cuando se está seguro de que no se ha alterado su estado biológico, físico o químico, ya la perturbación de esta certidumbre constituye una perturbación de la aprovechabilidad y, por tanto, la producción de un daño. Ciertamente no resulta dañado el objeto de la acción, sino la relación del titular del derecho con el objeto. Pero

no hay ninguna necesidad de garantizar la protección de las relaciones con los medios necesarios para el desenvolvimiento individual exclusivamente a través de la integridad y la disponibilidad de esos medios

[*] El § 326 StGB dispone en sus cuatro primeros apartados (el quinto aparece reproducido tras la nota 20) lo siguiente:

«Eliminación de residuos que ponga en peligro el medio ambiente (1) Quien, actuando sin autorización, trate, almacene, deposite, vierta o de cualquier otro modo elimine, fuera de los lugares permitidos o desviándose de los procedimientos prescritos o permitidos al efecto, residuos que:

1. contengan o puedan producir sustancias venenosas o desencadenantes de enfermedades que constituyan un peligro común y puedan transmitirse a las personas o los animales,
2. supongan un peligro de explosión o sean inflamables o, de un modo no insignificante, radiactivas o
3. sean adecuadas por su índole, condición o cantidad para contaminar o modificar de cualquier otro modo perjudicial las aguas, el aire o el suelo

sera castigado con pena privativa de libertad de hasta tres años o con pena de multa

(2) Del mismo modo sera castigado quien no entregue residuos radiactivos a cuya entrega este obligado por la Ley del átomo o por un reglamento promulgado en virtud de esa Ley.

(3) En los casos del apartado 1º es punible la tentativa.

(4) Si el autor actúa imprudentemente la pena sera de privación de libertad de hasta un año o de multa» (N. de! T.)

te a la producción del daño, sino que también ha de quedar recortada la cuestión acerca de si concurre siquiera una perturbación externa. Esto sucede cuando una conducta tipificada de un determinado modo es definida como perturbadora *per se*, porque es generalmente adecuada para producir efectos externamente perturbadores. Cito a título de ejemplo: quien conduce un vehículo en estado de embriaguez no puede aducir que ha conducido de forma exteriormente correcta y que ha ejercido por tanto solamente su derecho a disfrutar del uso común (§ 316 StGB); quien efectúa en su casa cultivos de agentes patógenos o guarda en ella combustible nuclear no será atendido en su objeción de que él tiene práctica en el manejo de estos asuntos (§ 64, apartado 2.º, núm. 1 y § 19 BSeuchengG (*); § 328 StGB); quien al endeudarse en exceso diezma la masa potencial del concurso, no tendrá éxito, si la crisis avanza hasta llegar a la situación de un concurso de acreedores, en su alegación de que en cualquier caso todo se habría perdido (23); pues para estos delitos de peligro abstracto es suficiente que el tipo de comportamientos que en ellos respectivamente se describe opere en alguna ocasión en sentido arrogatorio. Esta perturbación externa constatada mediante una generalización quita su privacidad a lo que en otro caso sería un comportamiento interno.

Los dos grupos de delitos de peligro abstracto que se acaban de citar se caracterizan por el hecho de que la conducta peligrosa ha sido completamente realizada. No se trata de la posibilización dolosa o imprudente de un delito futuro; más bien, resulta irrelevante en qué contexto de planificación se encuentra la conducta para el autor o para un partícipe; está en todo caso concluida porque no ha de venir más tarde ninguna conducta plenamente delictiva. Los dos grupos mencionados de delitos de peligro abstracto no se caracterizan, en consecuencia, por una anticipación de la punibilidad que contravenga las reglas generales, esta anticipación no es mayor que en la tentativa acabada y es, por tanto, la más reducida posible. Su característica es, más bien, la generalización de la efectividad externa a toda conducta de un determinado tipo.

Ciertamente con ello solamente se ha resuelto lo relativo a un sector de los delitos de peligro abstracto. Mayores dificultades depara otro sector que supone una anticipación que va más allá de las reglas generales. En él se criminaliza una conducta que no sería peligrosa en absoluto o sólo lo sería en una medida muy limitada sin un comportamiento sucesivo y a su vez de carácter delictivo. Así la producción sin permiso de armas de carga automática (§ 52 a WaffG (**)) no constituye un injusto porque las armas se puedan disparar por un descuido o incluso por sí solas. Por tanto la conducta incriminada es, en sí misma, preparación del delito a título de autor o tentativa de complicidad y, en todo caso, no está ya completa por sí sola.

(*) Ley Federal de Epidemias (Bundesseuchengesetz) (N. del T.).

(23) Respecto de la caracterización del § 283, apartado 1.º StGB como delito de peligro abstracto cfr. Tiedemann, en LK, § 283. n. m. 2 y ss.; en

cuanto a la conexión entre la acción típica y la «Condición objetiva de punibilidad», *idem*, antes del § 283, n. m. 37 y ss., y BGHSt, 28, 232, 234.

(**) Ley de Armas (Waffengesetz), en su redacción de 8-3-1976 (N. del T.).

Se trata de una clase problemática de delitos, tan evidente como es, por una parte, que con la conducta puede dar comienzo un curso causal peligroso, loes, por otra, que la realización del peligro solo es inminente por hechos que quizá no hayan sido aún proyectados, y que en todo caso no pueden valorarse, según las reglas generales, como una perturbación externa. Expresado con un ejemplo: quien se procura un arma, se encuentra, como mucho, en el estadio preparatorio de un delito que se haya de cometer con ella y, a pesar de esto, incluso un Estado de libertades difícilmente tendrá que tolerar que ciudadanos particulares hagan acopio en sus casas de rifles automáticos. En esta situación, hay dos cuestiones que están necesitadas de justificación: en primer lugar, cuándo se puede responder, desviándonos de las reglas generales, por el peligro de un comportamiento *futuro*, propio o ajeno, y, en segundo lugar, cómo se ha de limitar esta responsabilidad para que no contravenga el principio del hecho.

Por lo que atañe a la primera cuestión, voy a citar —como supuestos principales y sin pretensión de exhaustividad— dos ámbitos (no nítidamente delimitados) en los que cabría fundamentar de un modo plausible una responsabilidad por el peligro de una conducta futura.

a) El primer ámbito afecta a contactos sociales a los que cualquiera está llamado, pero en los que una persona razonable sólo se puede aventurar, si no hay indicios en contra o, incluso, si hay indicios a favor de que el curso causal se saldará sin daño. Si la situación indiciaria estuviese controlada en todo caso concreto, sufriría la fluidez de la ejecución, que es para ambas partes provechosa; por ello tiene que renunciar el oferente a un fragmento de su privacidad y permitir la comprobación pública de ese fragmento. Ejemplos: quien elabora productos alimenticios para el público comercio tiene que permitir que se controle si ello acaece con materiales aptos para el tráfico y en condiciones higiénicas etc. (§§ 8 y ss. y 51 LMBG (*), en relación con los reglamentos correspondientes); quien convoca una reunión no puede armar a los integrantes de su servicio de orden y quien frecuenta una reunión no puede hacerlo armado (§§ 24 y 27 VersammlG (**); quien quiere conducir un automóvil en el tráfico viario tiene que permitir que se compruebe si domina las reglas correspondientes.

b) En el segundo ámbito se trata de que determinados objetos, que no pueden ser utilizados nunca privadamente para fines legales o que, a lo sumo, sólo pueden serlo en contadas ocasiones, constituyen prototipos de instrumentos delictivos (entendidos en sentido amplio). Probablemente resulta imposible calcular si y cómo se llega en el caso concreto al empleo delictivo de estos *instrumenta sceleris*, y en todo caso perjudicaría la seguridad cognitiva que se precisa para la vigencia de las normas que se permitiera la libre producción y el libre comercio de tales objetos. Precisamente por la incalculabilidad de su uso, la eventual inocuidad de aquél que produce o ad-

(*) Ley sobre el tráfico de productos alimenticios, tabaco, cosméticos y otros artículos de primera necesidad (Lebensmittel- und Bedarfsgegenständengesetz) de 15-3-1974 (N. del T.).

(**) Ley sobre reuniones y desfiles (Versammlungsgesetz), en su redacción de 15-11-1978 (N. del T.).

quiere esos instrumentos presta como máximo tan sólo una garantía pasajera de que nada malo ocurra; siempre queda la probabilidad de que en cualquier momento se pueda llegar a la comisión de un delito. Ejemplos de ello proporcionan las *infracciones* contra los preceptos de la Ley de armas, la producción o adquisición de dinero falso y también delitos más bien recónditos como el de la formación de bandas armadas (§ 127 StGB). En todo caso a la producción de la actividad es inherente la tendencia al daño.

Puesto que la faceta normativa de la vigencia de la norma no puede jugar a discreción en contra de la faceta cognitiva, se tendrán que aceptar también en un Estado de libertades tales fundamentaciones u otras semejantes para la reducción del ámbito privado en favor del establecimiento de controles públicos, sin que por ello se puedan considerar globalmente legitimados, sin embargo, los delitos de peligro abstracto.

Prescindiré de los detalles a ese respecto y me ocuparé de la cuestión de si se puede delimitar esta responsabilidad hasta el punto de que sea conciliable con el principio del hecho. La respuesta depende de cuál sea el fundamento de la responsabilidad. Si constituye el injusto únicamente la conducta en su abstracta peligrosidad, la criminalización supone desde luego para el ciudadano una gravosa reducción de su privacidad, pero no se ve afectado el principio según el cual se ha de separar un ámbito interno de otro externo; pues con esta restricción sólo se puede criminalizar razonablemente una conducta que *sin consideración de los proyectos actuales* del autor no pueda ser ya tolerada. La conducta incriminada queda excluida como posibilidad de configuración vital privada para cualquiera, con independencia de su respectivo contexto interno y, en especial, del contexto de sus proyectos. El aspecto exterior de la conducta perturba *per se*, no por su contexto interno.

Si no se respeta esta abstención del contexto interno, ello conduce a la punición de autores peligrosos, de enemigos, no de hechos peligrosos. Expresado con un ejemplo: la prohibición de presentarse armado en reuniones públicas se puede fundamentar todavía (como se acaba de hacer) por el peligro general del porte de armas ante una concurrencia numerosa de personas; incluso si el sujeto armado lo hace con la mejor intención, puede ocurrir un accidente u ocasionarse un daño a alguien por la intervención delictiva de terceras personas. La pena conminada en el § 27 VersammlG, más bien leve, da a entender que no se ha de tratar de más que de este peligro abstracto. La prohibición del llamado armamento pasivo sólo tiene sentido, por el contrario, si se da por supuesto en el pasivamente armado un dolo de cometer infracciones. Pero quien castiga por hechos futuros no tiene ya ningún motivo para dejar impunes los pensamientos. Si se irrumpe en la organización interna que el autor todavía domina, es inconsecuente detenerse ante la más importante fuente de todos los peligros que proceden de seres humanos. O lo uno o lo otro; sólo una teoría insustancial concilia ambas posibilidades.

También si el dolo no se da simplemente por supuesto, sino que se constata o incluso, como en la falsificación de moneda, resulta *ex re*, es inadmisiblesu consideración a la hora de determinar el injusto del delito; pues el autor no se ha arrogado más que la ejecución de un comportamiento abs-

tractamente peligroso; la arrogación de una lesión está aún pendiente. Castigar ya, pese a ello, por la arrogación de una lesión, significa penar, con ocasión de una conducta abstractamente peligrosa, por meros planes delictivos. La conducta abstractamente peligrosa sólo puede ser legítimamente definida como perturbación externa por la incalculabilidad de los posibles cursos de daño; si se la interpreta en el concreto contexto interno, se produce una intromisión en un fragmento de privacidad respecto del cual el autor no está obligado a dar explicaciones. Si se permite tal intromisión, desaparecen todos los límites para las anticipaciones de la punibilidad y se puede incriminar sin más cualquier conducta preparatoria. El hecho de que alguna conducta preparatoria no se abstractamente peligrosa carece de importancia, pues la peligrosidad existente en el contexto de los planes del sujeto es por supuesto una peligrosidad distinta que la peligrosidad abstracta. En conclusión, una peligrosidad abstracta puede ser solamente pretexto, no razón, para imponer al autor la constatación del contexto de sus planes.

Algunos ejemplos: la producción de documentos ilegítimos sólo puede ser castigada si es abstractamente peligrosa sin consideración del dolo del autor; esto podría resultar plausible únicamente en concretos grupos de casos, como los de la falsificación de moneda o de títulos valores o también los de la producción u obtención de algunos documentos en blanco, como los impresos de los pasaportes. La pena sólo puede ser en correspondencia con ello la de un delito de peligro abstracto; la equiparación que *de lege lata* se produce con el supuesto del uso de tales objetos indica que se castiga el dolo de ese uso y no la abstractamente peligrosa arrogación en que consiste la falsificación. Admito que estos delitos constituyen casos límite, no sólo por el evidente *dolus ex re*, sino más aún porque a causa del abuso de un nombre ajeno o incluso de un *copyright* se presentan como un asunto objetivamente ajeno y, por tanto, como una modalidad espiritualizada de arrogación de una organización. Más clara es la situación en el caso de la preparación de un delito de uso de explosivos o de materiales radiactivos (§ 311 b StGB) (*). Quien se procura combustible nuclear o sustancias explosivas ejecuta una conducta abstractamente peligrosa y nada más; el hecho de que planea alguna otra cosa pertenece a su ámbito interno; la consideración del contexto de su planificación no es, por tanto, correcta. De un modo aún peor enmascara la ley una pena por meros pensamientos en el caso del ataque al tráfico aéreo (§ 316 c, apartado 2.º, StGB) (**), en donde la acción de procurarse un arma de fuego se toma como ocasión para hacer

(*) El § 311 b StGB castiga con penas privativas de libertad de seis meses a cinco años o de uno a diez años, según la gravedad del delito propuesto, a quien para preparar su comisión «produzca, procure para sí o para otro, custodie o ceda a un tercero combustible nuclear, otras sustancias radiactivas, explosivos o los dispositivos específicamente necesarios para la ejecución del hecho» (N. del T.).

(**) El § 316 c, apartado 3.º dispone lo siguiente: «Quien para preparar un delito del apartado 1.º (sc. actos de piratería aérea y otros atentados al tráfico aéreo) produzca, procure para sí o para otro, custodie o ceda a un tercero armas de fuego, explosivos u otras sustancias o dispositivos destinados a la provocación de una explosión o de un incendio será castigado con pena privativa de libertad de seis meses a cinco años» (N. del T.).

responsable al autor de su intención de efectuar la agresión. Para la crítica basta probablemente realizar una remisión a la polémica de *Zachariä* (24) sobre la compra de escalas con intención de cometer un hurto. En delitos de esta índole se abusa de la posibilidad de definir, por su peligrosidad, como conducta externa un comportamiento en sí mismo interno, pues tal comportamiento no es desprivatizado por su general peligrosidad, sino por el contexto de planificación en que se encuentra, como lo indican, no en última instancia, los marcos de pena previstos. La desprivatización se produce a fin de tener un pretexto para poder acceder a *otro* aspecto interno, concretamente al contexto de los planes del sujeto. Despojar de ese modo al sujeto de su esfera privada no corresponderá al Derecho penal de ciudadanos, sino al Derecho penal de enemigos.

8. Por razones de tiempo no puedo repasar todos los preceptos problemáticos del StGB, pero espero que ello sea innecesario porque el principio de mi crítica a las anticipaciones de la punibilidad es muy simple: la regla generalmente reconocida de que no es legítimo hacer responder a un sujeto de sus meros pensamientos es demasiado angosta para el Derecho penal de un Estado de libertades. Sin un comportamiento externo perturbador no se puede hacer responder a un sujeto de lo que le es interno, abarcando lo interno el entero ámbito privado, no sólo los pensamientos. La ley puede recortar, ciertamente, del ámbito privado lo que corresponde a un comportamiento abstractamente peligroso, pero esto tiene que suceder sin tomar en cuenta el contexto de planificación del sujeto.

II.

1. Concluyo así las observaciones sobre la Parte General de este tema y llego a la segunda sección, en la que desearía tratar de un modo muy sucinto el problema de si una conducta, que no puede ser legítimamente criminalizada en su cualidad de acto preparatorio de la lesión de determinados bienes jurídicos, no merece sin embargo su criminalización por la lesión de bienes jurídicos situados delante de aquellos o en sus flancos. En otras palabras, si bien el comportamiento delictivo no se puede anticipar discrecionalmente a la lesión de un bien jurídico, quizá resulte posible anticipar la propia lesión de un bien jurídico. En este punto no se está pensando en rebajar el ataque al bien jurídico de la lesión a la puesta en peligro, sino en un fraccionamiento del bien jurídico. Se puede fragmentar el injusto correspondiente al estadio de la lesión en diversos injustos parciales y, renunciando a la completa reunión de todos los injustos parciales, definir el injusto del hecho por algunos fragmentos de injusto producidos precozmente o, incluso, por un solo de ellos. Esto ocurre, por ejemplo, con la protección de la «paz jurídica» en las amenazas (25) (§ 241 StGB); y en el caso de la conminación de delitos (§ 126,

(24) Como en n. 15.

(25) *Stree*, NJW 1976, 1177, 1182; *Sturm*, JZ 1976, 347, 351; otras referencias en *Eser*, en *Schönke/Schröder*, § 241, n.m. 2.

apartado 1.º, StGB) (*) la ley menciona la «paz pública» (26). También en la aprobación de la comisión de delitos (§ 140, núm. 2, StGB) se cita la «paz pública» y, según una opinión extendida al respecto, esa paz resultaría lesionada cuando se crea un «clima» en el que pueden prosperar delitos de la misma índole que el que ha sido objeto de aprobación (27). Entre otras cosas, también se trataría de la protección de un clima en las normas que sancionan la instigación contra sectores de la población y la apología de la violencia, así como la incitación al odio racial (28) (§§ 130 y 131 StGB), y además en la norma dirigida contra la incitación a una guerra de agresión (29) (§ 80 a StGB). En la norma contra la provocación pública a la comisión de delitos (§ 111 StGB) se eleva a la categoría de objeto de protección —al menos junto a algún otro bien jurídico— la «paz interna» (30) y finalmente se encuentra también la «paz pública», en su variante de integridad del orden y la seguridad públicos, concretamente en las normas contra las asociaciones criminales y terroristas (31) (§§ 129 y 129 a StGB).

En los delitos con un injusto meramente parcial no se infringen las normas principales (las normas de los delitos de lesión), sino normas de flanco cuya misión es garantizar las condiciones de vigencia de las normas principales. Para poder enjuiciar la legitimidad de estas normas de flanco es necesario echar un vistazo a las condiciones de vigencia de las normas. Una norma es eficaz si presta lo que ha de prestar: aseguramiento de las expectativas. Para ello es necesario que la norma sea reconocible *ex ante* como estable por el potencialmente afectado. La vigencia de la norma no es por tanto sólo una relación entre norma y autores potenciales, los únicos a los que normalmente se designa como destinatarios de la norma, sino tam-

(*) Aquí y en adelante se traduce como delito de «amenazas», de acuerdo con la terminología usual en España para la infracción correspondiente, el previsto en el § 241 StGB («*Bedrohung*»), en cuyo primer apartado se castiga con pena privativa de libertad de hasta un año o de multa a «quien amenaza (*bedroht*) a otro con la comisión de un delito dirigido contra él o contra una persona que le sea próxima». En cambio, se traduce como «conminación de delitos» la expresión «*Androhung von Straftaten*» en el delito del § 126 StGB, cuyo apartado 1.º castiga con pena privativa de libertad de hasta tres años o de multa a «quien de una manera apta para perturbar la paz pública conmina (o amenaza: «*androht*») con la comisión de cualquiera de los delitos graves que se enumeran en el precepto. Con el término «conminación» se trata no sólo de distinguir este supuesto del anterior, sino también de expresar la tendencia a su difusión que debe presentar el comportamiento amenazante en el segundo caso para que muestre la aptitud requerida para perturbar la paz pública (N.delT.).

(26) Aquí se encuentran ya interpretaciones que tienden hacia esa protección de un cli-

ma que en seguida se menciona en el texto; *Lenckner*, en *Schönke/Schröder*, § 126, n.m. 9: se hace hincapié en la «tendencia a cometer infracciones del Derecho».

(27) Así BGHSt 22, 282, 286, adhiriéndose a *Schönke/Schröder*, 13.ª ed. 1967, § 140, n.m. 1; BGH NJW 1978, 58 y s.; ahora es opinión dominante: referencias en *Hanack*, en LK, § 140, n.m. 1.

(28) BGHSt 29, 26, 28 (respecto del § 130 StGB); *Dreher/Tröndle*, 42.ª ed. 1985, § 130, n.m. 2; con *Bubnoff*, en LK, § 131, n.m. 2, en relación con § 130, n.m. 5; *Lenckner*, en *Schönke/Schröder*, § 130, n.m. 5.

(29) *Klug*, Festschrift für Jeschek, 1985, pp. 583, 595.

(30) *Dreher/Tröndle*, § 111 n.m. 1; *von Bubnoff*, en LK, § 111 n.m. 5; *Lackner*, 15.ª ed. 1983, § 111 n. 1; *Eser*, en *Schönke/Schröder*, § 111 n.m. 1.

(31) BGH NJW 1966, 312; *Lenckner*, en *Schönke/Schröder*, § 129 n.m. 1; *von Bubnoff*, en LK, § 129 n.m. 1. Esta es la opinión dominante; de otra opinión *Rudolph*, en SK, § 129 n.m. 2, en todo caso con referencias.

bién una relación entre la norma y los potencialmente afectados. La vigencia de las normas es una cuestión con múltiples facetas, en la que el aspecto relativo a los potencialmente afectados no es sólo el aspecto del autor formulado negativamente, sino que tiene un contenido positivo, concretamente el de la confianza en la norma.

Si se acepta el enunciado de que la vigencia de la norma no sólo depende de la conducta de los autores potenciales, sino también de lo que esperan los afectados, resulta evidente que la vigencia de la norma puede verse dañada no sólo por quebrantamientos de la norma, entendidos en su sentido habitual, sino también por cualquier menoscabo de la confianza de los afectados, cualquiera que sea la vía por la que esto ocurra.

2. Materialmente se reconoce esto con carácter general, como se puede observar en el hecho de que algunas normas de flaqueo estén completamente fuera de discusión; en particular, las normas sobre las amenazas (§ 241 StGB) y la perturbación de la paz pública mediante la conminación de delitos (§ 126 StGB). Estas normas se pueden fundamentar del modo siguiente: la confianza en la norma no existe, al menos por lo que respecta a la protección de bienes jurídicos importantes, sin una base cognitiva. Por ejemplo, la conciencia de tener el Derecho de nuestra parte en la medida en que lleguemos a ser víctimas de un homicidio no es un fundamento idóneo para efectuar un plan de vida, si no existe la conciencia de que ese homicidio será probablemente evitado. Con otras palabras, las garantías normativas operan en efecto también de un modo contrafáctico, pero solamente respecto de un riesgo que no es claramente mayor de lo que lo son los riesgos ubicuos; si el riesgo se aparta drásticamente de la media, la garantía normativa por sí sola no ofrece seguridad en las expectativas. De este modo, en los tipos mencionados de las amenazas y de la conminación de hechos delictivos, la conducta injusta consiste en una drástica elevación del riesgo desde la perspectiva del afectado. Ésta conducta es injusta, porque dificulta, al menos, la vigencia de la norma para el afectado. No ofrece ninguna dificultad, por tanto, concretar el concepto algo difuso de «paz pública», que menciona el § 126 StGB: es la vigencia de las normas correspondientes en cada caso desde la perspectiva del afectado; nada tiene ello que ver con la protección de un «clima» o de bienes análogamente nebulosos (32).

El autor no se arroga en estos delitos la configuración de la relación entre la víctima y el bien jurídico, sino la que existe entre la víctima y la norma principal. Un injusto semejante se puede divisar también en alguno de los actos preparatorios tratados anteriormente en la Parte General, que en esa

(32) Puesto que no se trata de la seguridad de los bienes, sino de la seguridad jurídica, la ley también acoge acertadamente, tanto en las amenazas del § 241 StGB, como en las del § 125 StGB la simulación de que sería inminente la comisión de un hecho antijurídico, pero no la advertencia engañosa de que se avecinaría una catástrofe natural, aunque un anuncio semejante a las víctimas potenciales puede colocar-

las en una situación de temor no menor que la suposición de que sería inminente la comisión de un delito. También puede ser digna de protección la conciencia de una simple seguridad de los *bienes*, pero su perturbación constituye solamente un menoscabo de la seguridad *jurídica*, objeto exclusivo de protección de los citados preceptos, en la medida en que se quebranta una *norma* de flaqueo.

cualidad de actos preparatorios no podrían ser legítimamente sancionados con una pena. Si la norma principal no ha sido quebrantada todavía porque falta aún a ese respecto una perturbación externa, puede existir ya, sin embargo, la lesión de una norma de flaqueo y ello, en efecto, porque el autor da a entender que próximamente tendrá lugar una perturbación externa, al menos si sus planes tienen éxito. Se trata de casos en los que el autor hace públicos sus actos preparatorios reales o supuestos o, al margen de ello, los ejecuta de tal modo, que pueden ser percibidos sin intromisión alguna en su vida privada. Así se produce ya una lesión de la norma de flaqueo si el autor compromete en los preparativos a una persona que es representante de lo público. Quien, por ejemplo, se declara, ante el arzobispo de París o ante un *quivis ex populo*, dispuesto a cometer un delito, no ha preparado con ello ciertamente de un modo punible el delito, pero ha atacado la base cognitiva de la vigencia de la norma por medio de un comportamiento externo y puede ser penado *por ello*. Finalmente, no puede apelar a su privacidad, por lo que atañe al quebrantamiento de la norma de flaqueo, quien conspira con una persona que no tiene derecho al respeto de su privacidad frente a este Estado, por ejemplo con el representante de una potencia extranjera, como sucede en el caso de la actividad como agente de una traición o como agente secreto (§§ 98 y 99 StGB) —lo que sin embargo no legitima los marcos penales de estos delitos—. Todo esto rige por igual, según la concepción que aquí se mantiene, tanto para los actos preparatorios reales, como para los fingidos, en correspondencia con la regulación de las amenazas y de la comisión de delitos (§§ 241, apartado 2.º, y 126, apartado 2.ª, StGB) (*).

Con el injusto parcial de la perturbación de la paz jurídica, esto es, con el menoscabo de la vigencia de la norma desde la perspectiva del afectado, se puede explicar también el aspecto no accesorio de la responsabilidad por una provocación pública a la comisión de delitos (§ 111, apartado 2.º, StGB) (**).

(*) El apartado 2.º del § 241 StGB extiende la punición prevista en el apartado 1.º (vid. *supra* la N. del T. inmediatamente posterior a la n. 25) a "quien, en contra de su propia convicción, simule frente a otro que sería inminente la realización de un delito dirigido contra él o contra una persona que le sea próxima". El apartado 2.º del § 126 efectúa una extensión equivalente respecto del delito previsto en su apartado 1.º (N. del T.).

(33) Para la provocación pública a la comisión de delitos se ha de exigir como presupuesto —al igual que para cualquier forma de intervención psíquica— que el interviniente aporte una contribución que posibilite imputarle la conducta delictiva desarrollada (adicionalmente) por terceras personas. Esto sucede cuando el sentido objetivo de la manifestación del interviniente depende de que el destinatario se comporte delictivamente. Falta por tanto una intervención psíquica en aquellas manifestaciones de opinión o indicaciones efectuadas a personas no subordinadas cuyo sentido se agota en la

transmisión de una información, de modo que queda como asunto del receptor lo que éste haga de ella. Ejemplo: quien hace saber que se debería moler a palos en el mismo sitio a los que profanan los cementerios, a los ladrones de tiendas, a quienes se comportan como gamberros en el tráfico rodado, a los polizones, etc., sólo comete una provocación pública a la comisión de delitos si comunica esto no únicamente como una opinión, sino como un programa de coordinación: *Jakobs, Allg. Teil, 24/17*. Como peligro especial de la provocación pública se indica que ella vendría a dar lugar a acciones que no serían calculables; en parte se añade a ello todavía que también sería peligroso el hecho de que el provocador perdería su influencia en el desarrollo de los acontecimientos, *von Bubnoff*, en LK, § 111 n.m. 5, con referencias. El argumento citado en primer lugar sólo atinaría si el círculo principal de destinatarios de la norma constase de personas que de manera más o menos ingenua suministran ideas a una masa. Sin embargo sus destinatarios primarios probablemente sean demagogos muy capaces. Tampoco

Si la provocación no tiene resultado, falta un injusto correspondiente al acto preparatorio, por no concurrir la arrogación de una organización ajena, pero ello no excluye la responsabilidad del autor por la publicación y, en consecuencia, por el efecto amenazante de su comportamiento (*). Un efecto intimidatorio pueden mostrar también, según la configuración del caso, la instigación contra sectores de la población (§ 130 StGB), así como la incitación al odio racial (§ 131, 2.^a alternativa StGB) o a una guerra de agresión (§ 80 a StGB); en esa medida no se trata de protección de un clima, sino de la protección de seguridad cognitiva (34).

Por último —y, de acuerdo con su importancia práctica, probablemente de un modo principal— se puede captar con ayuda de la perturbación de la paz jurídica algo de la cooperación en asociaciones criminales o terroristas. Ello vale ante todo para aquellas amenazas que son hechas públicas por la asociación y que son demasiado difusas para ser captadas por los tipos de las amenazas o de la conminación de delitos, como sucede cuando se anuncia la prosecución de una actividad terrorista, lo que puede significar muy diversas cosas que oscilan entre el asesinato, la detención ilegal con exigencia de alguna condición o los incendios. Pero también sin un anuncio semejante se puede hacer patente por las acciones de la asociación (al igual que de cualquier banda (35) o aun de un autor único de delitos en serie) que cabe entender las acciones aisladas como parte de una organización continuada. Ciertamente las operaciones futuras sólo resultarán *ex re*, en la mayoría de las ocasiones, de un modo muy difuso, pero por la seriedad que demuestran los

el argumento de la pérdida de influencia explica nada: una masa ¿es más peligrosa con un influyente demagogo o sin él? (vid. ya *supra* n. 19, respecto del § 30 StGB). La solución podría venir dada por una inversión de los argumentos anteriores: es peligroso estimular la disposición a la motivación que existe ya de un modo latente; pero esto sólo es posible si se la calcula en un cierto sentido. Y más peligrosa que un simple impulso momentáneo respecto de esa disposición resulta siempre la influencia sostenida hasta que la coordinación se ha perfeccionado. Pero incluso la provocación pública más peligrosa produce por sí sola únicamente una cosa: la perturbación de la base cognitiva de la confianza en la norma. A esto se ha de orientar también la interpretación de lo que significa «provocar»; no tiene que ser interpretado de un modo tan estricto como el «determinar» de la inducción (el inducido hace depender su decisión de la del inductor: vid. *Jakobs. Allg. Teil, 22/22*).

(**) El § 111 StGB dispone lo siguiente: «Provocación pública a la comisión de delitos (1) Quien provoca públicamente, en una reunión o mediante la difusión de escritos (§ 11, apartado 3^o), a la comisión de un hecho antijurídico, será castigado como un inductor (§ 26).

(2) Si la provocación queda sin resultado, la

pena será de privación de libertad hasta cinco años o de multa. La pena no puede ser más grave que la que esté prevista para el caso de que la provocación produzca resultado; es aplicable el § 49, apartado 1.^o, núm. 2.^o» (N. del T).

(*) Por ello es acertado que el marco de pena previsto para las provocaciones del § 111, apartado 2.^o StGB esté vinculado sólo de un modo mediato al establecido para la lesión de la norma principal (ampliamente al respecto *Dreher. Festschrift für Gallas, 1973, pp. 307 y 33.*). No se podría justificar en cambio que vaya más lejos que el del § 126 StGB. (N. del T).

(34) El efecto intimidatorio puede ser presumido; ello conduce (también en esa medida) a la puesta en peligro abstracto (*supra* I,7). Pero la presunción no se puede dirigir contra un «clima» futuro, sino tan sólo contra el menoscabo de la seguridad cognitiva; con otras palabras, no cuentan las dudas sobre la legitimación de una norma, lo que cuenta es la duda sobre la seguridad de los bienes.

(35) Con respecto a la posibilidad de tomar en cuenta la peligrosidad del modo de ejecución (así BGHSt 8, 206, 208, para el contrabando en cuadrilla) en los delitos que son *ejecutados* por una banda, vid. *Schild. GA 1982, pp. 55 y ss. 63 y s., y 75 y s.*

hechos ya ejecutados puede ser considerable el efecto intimidatorio (36). Puesto que toda conducta que es fomentada por el grupo fomenta simultáneamente la credibilidad de la amenaza, se puede fundamentar en tales casos un injusto del favorecimiento de la asociación.

Sin embargo no se trata en esos supuestos de un injusto de la preparación, sino únicamente del injusto parcial de una perturbación de la paz jurídica. El autor se arroga actualmente tan solo la configuración de la base cognitiva de la vigencia de la norma. En la medida en que la paz «pública» o «interior» o adjetivada de otro modo no sea un sinónimo de esta paz jurídica, sólo se puede constatar un ataque contra ella si, con lesión del principio del hecho, se desprecia el ámbito privado del autor y se lo castiga por una conducta que sólo será externa en el futuro, esto es, si se define al autor como enemigo. En la medida en que se haya de evitar esto, la pena por la conducta inculpada tiene que ser adecuada a la circunstancia de que se trata de una pena por el quebrantamiento no de una norma principal, sino de una norma de flaqueo, del mismo modo que el marco penal de las amenazas o de la conminación de delitos (§§ 241 y 126 StGB) no alcanza la severidad del previsto para la participación intentada o para la constitución de asociaciones criminales o terroristas.

3. En una consideración de conjunto, la protección de la paz jurídica sólo autoriza repoblaciones en los márgenes de la preparación que no pueden modificar en gran medida la tala masiva que aquí se ha efectuado en su mismo núcleo, tanto más cuando el injusto de la perturbación de la paz jurídica únicamente puede ser un injusto parcial en relación con el injusto del quebrantamiento de la norma principal. Este dato, que debería ser evidente en el Derecho penal de un Estado de libertades, tampoco puede ser eludido mediante tipos dirigidos a la protección de un clima. A primera vista estos tipos parecen ser algo correspondiente a los tipos dedicados a la protección de la paz jurídica, pues una cantidad media, aproximadamente, de seguridad cognitiva es una condición necesaria, pero no suficiente, de la vigencia de la norma; a la vigencia de la norma pertenece además que la norma sea aceptada en la discusión pública y no sea puesta en cuestión permanentemente por cualquiera. Expresado en términos drásticos: si un autor es penado por su conducta y, simultáneamente, es recompensado por ella con una orden del mérito o copiosamente obsequiado por algún particular, podría resultar como saldo que no se logre más que lo que se lograría si hubiese faltado cualquier reacción. Parece por tanto imperiosa la necesidad de un tipo relativo a la recompensa y aprobación de delitos (§ 140 StGB)(*); tipo éste que desearía tratar como ejemplo de todos los delitos de protección de un clima.

(36) Algo equivalente rige para la profesionalidad y la habitualidad, en la medida en que se trate en estas características de elementos del tipo de injusto; sobre tales características en cuanto elementos de la culpabilidad —en la configuración de una infidelidad habitual hacia el Derecho— no se ha hecho con ello ningún hallazgo. Respecto de la profesionalidad vid. *Stratenwerth, Festgabe für Schultz, 1977*, pp. 38 y ss., 105 y s.

(*) El § 140 StGB dispone lo siguiente: "Recompensa y aprobación de delitos. Sera castigado con pena privativa de libertad de hasta tres años o pena de multa quien:

1. recompense o
2. apruebe públicamente, en una reunión o por medio de la difusión de escritos (11, apartado 3.º), de una forma adecuada para perturbar la paz pública, uno de los hechos antijurí-

En una segunda consideración se muestra, no obstante, que la protección de la seguridad cognitiva en los tipos de las amenazas y de la conminación de delitos sólo aparentemente puede ser equiparada con la protección de una valoración sin contradicciones en el tipo de la recompensa y la aprobación. En los delitos de amenazas y de conminación de delitos el autor se impone a la víctima y así tiene éxito el hecho: en virtud de la violencia realmente existente o de su simulación, no le queda a la víctima la posibilidad de orientarse racionalmente del mismo modo que si no estuviese afectado por dicha violencia; *las amenazas y la conminación de delitos son arrogaciones actuales de organización. Por el contrario, el que recompensa y aprueba el delito se arroga en efecto una propia valoración, pero no una organización ajena.* Normalmente esta falta de consecuencias imputables se oculta con la frase de que el que recompensa y aprueba tendría que responder de una consecuencia *sui generis* del hecho, concretamente de haber creado un «clima» espiritual en el que podría proliferar la realización de hechos consecutivos (37) y éstos, es decir, las infracciones de las normas principales, producirían entonces privaciones coactivas de derechos. Esta interpretación del § 140 StGB como norma de protección de un clima (38) sugiere una responsabilidad por las consecuencias que no se puede justificar. Recompensa y aprobación de delitos sólo pueden tener consecuencias nocivas si alguien se deja impresionar por ellas; pero la cuestión de si es éste el caso constituye en principio, es decir, excepción hecha de niños u otras personas que se encuentran en una situación de inferioridad, un asunto propio de cada uno, puesto que no se ha empleado ningún medio coactivo. Del mismo modo que es, en principio, asunto de cada uno sí, de afirmaciones del tipo de que la situación sería tan desesperada que habrían actuado correctamente todas las personas que hubiesen emigrado o se hubiesen suicidado, saca la conclusión de emigrar o suicidarse, así depende también de uno mismo si, ante la recompensa o aprobación de una determinada conducta, sacude incrédulo la cabeza o comienza crédulamente a construir bombas. Más aún, la garantía jurídica de que en la comunicación pública sólo se puedan transmitir recomendaciones legales transformaría esa comunicación en una concesión: lo que en ella se puede hacer público está ya dado de antemano y quien da a entender que disiente, se comporta ya delictivamente.

La prohibición de la recompensa y de la aprobación es una prohibición de articular una falta de respeto al ordenamiento jurídico. Una prohibición semejante oprime la articulación de la realidad, tan pronto como —con buenas o malas razones— se falte realmente al respeto del ordenamiento jurídico (39).

dicos mencionados en el § 138 apartado 1.º números 1 a 5 o en el § 126, apartado 1.º números 1 a 6, después da que hayan sido cometidos o intentados de un modo punible" (N. del T.).

(37) Como en nn. 27 y 28.

(38) La suposición de una parte de la doctrina de que lo que se protegería aquí es el sentimiento de seguridad jurídica de la población (Hanack, en LK. § 140 n.m. 1) rebaja aún más el empeoramiento del clima a simple sospecha del mismo: algunas personas piensan que ha-

bría otras que extraerían de la opinión del autor la conclusión de que se debería infringir el Derecho (cosa que el autor mismo no ha supuesto, pues en otro caso se trataría ya del § 111 StGB).

(39) Grünwald en Lüderssen et al, (eds.). *Vom Nutzen und Nachteil der Sozialwissenschaften für das Strafrecht*, t. II. 1980. pp. 489, 503 y s.. Fetsche op. cit. pp. 506 y ss.; vid. también Hassemmer., *Festschrift für Wassermann*, 1985. pp 325, 348 y s.

Si las razones de esa falta de respeto son de poco peso —como en la *cause celebre* relativa al delito del opúsculo «como empezó todo» (40)— no se necesita, en esa medida, ninguna prohibición. La conducta sólo puede ser peligrosa cuando las razones convencen, y el peligro aumenta con el poder de convicción. Cuanto más convincente, tanto más intensamente delictivo: una conclusión probablemente sorprendente. Esta conclusión pierde no obstante su carácter chocante si se rebasa el tipo del § 140 StGB y no se pone la conducta en referencia con delitos *ya cometidos*, sino que se interpreta como participación en hechos futuros. Entonces —como en el caso de cualquier participación psíquica— no es inhabitual que una aportación irresistible represente una contribución delictiva de especial intensidad delictiva. Pero, en el caso del tipo del que hablamos, la referencia a hechos futuros no es, en la medida en que llegue siquiera a tener lugar, la obra de quien da la recompensa o efectúa la aprobación, sino una aportación propia de los destinatarios. Según el tipo, lo único que interesa es la toma de posición del autor respecto de delitos *ya cometidos*. Cuando los destinatarios de las manifestaciones del autor desborden este contexto, el autor sólo tendría que responder de ello si hubiera colocado a los destinatarios en una situación de inferioridad o hubiese cooperado al menos en la selección de un contexto diferente. Desde luego, en el caso de que alguien hable del pasado, pero deje claro, guiñando un ojo, que es en el futuro en lo que está pensando, no se precisa de un tipo relativo a la recompensa y a la aprobación de delitos, pues ya la inducción, el conjunto de la participación psíquica y la provocación pública a la comisión de delitos (§§ 26 y s. y 111 StGB) captan tal comportamiento (41). El tipo de la recompensa y la aprobación descansa, por tanto, o bien en la necesidad de una pena de sospecha o bien en la confusión de la manifestación de una opinión hostil hacia el bien jurídico con un quebrantamiento del Derecho. En cualquiera de los casos, el fundamento no resiste en un régimen de libertades.

No es preciso dar más detalladas explicaciones acerca de que las objeciones citadas contra la posibilidad de conciliar la norma que sanciona la recompensa y la aprobación con la Constitución de un Estado de libertades valen también, de un modo plenamente correspondiente, contra todos los demás delitos de producción de un clima y, por tanto, también frente a la instigación contra sectores de la población y la apología de la violencia (42) y frente a la incitación al odio racial (§§ 130 y 131 StGB), así como frente

(40) *M. Baumann*, *Wie alles anfing*; al respecto BGH NJW 1978, 58 y s.

(41) Para ello tiene que concurrir más que la provocación a delinquir en el futuro de un modo análogo, pues una simple provocación no da, según su sentido objetivo, ningún estímulo: más detalladamente al respecto *supra* respecto del § 111 en n. 33.

(42) Es digno de resaltar de qué modo tan abierto las personas que intervinieron en el proceso legislativo quisieron con la norma contra la apología de la violencia no sólo dirigir a

través de la protección de bienes jurídicos la actitud valorativa de los ciudadanos, sino ejercer la protección de bienes jurídicos mediante la dirección de su actitud valorativa: en la exposición de motivos del Proyecto (BT-Drucks. VI/3251 p. 6) se habla abiertamente del «fin de proteger al individuo en su desarrollo de la asunción de formas de comportamiento o actitudes agresivas»; y un poco más tarde se aclara que ello se refiere «también a adultos». Si se toma como máxima general esta protección de las posibilidades de desarrollo mediante el reforzamiento que les otorga el Derecho penal, se

a la incitación a una guerra de agresión (§ 80 a StGB). En la medida en que estos delitos no sirvan a la protección de la juventud o no tengan un contenido de injusto de intimidación (de ello ya se habló *supra* -II.2-) o en la medida en que no sean simples desgloses (43) de otros delitos, lo que ciertamente sucede en parte. Tales objeciones son válidas con independencia de la respuesta que se dé a la pregunta de si se puede establecer entre exposición y ejercicio de la violencia una correlación positiva, pues aunque tal correlación exista, es tan poco plausible deducir de ello que tal correlación incumba al que efectúa la exposición de la violencia, como deducir del poder de convicción de una recompensa o aprobación de un delito que los hechos consecutivos incumben a quien dio la recompensa o efectuó la aprobación.

Si, por consiguiente, el autor de los delitos de producción de un clima tiene en sí derecho a realizar la conducta incriminada, aunque ésta pueda tener un carácter no precisamente provechoso para la sociedad, para la legitimación de estos delitos sólo queda el camino de exigir al autor que, por la magnitud del daño que se cierne, renuncie como un sacrificio especial al ejercicio de su derecho, esto es, que realice una contribución de carácter solidario para la eliminación de una situación de necesidad no dominable de otro modo, en un sentido hasta cierto punto correspondiente a la responsabilidad por el § 323 c StGB, relativo a la omisión de socorro, a la que tendrían que asimilarse sin duda los marcos penales de los §§ 130, 131 y 140 StGB). Por cierto, una fundamentación semejante de los delitos productores de un clima contiene simultáneamente una declaración de quiebra del régimen de libertades; pues un Ordenamiento que regula por principio y sin alternativas la valoración que los ciudadanos han de realizar de la violencia o de la comisión de delitos no es ya un régimen de libertades. Del paralelismo establecido con la omisión de socorro se deriva solamente la modalidad de la prestación a realizar —un sacrificio especial—, pero no la legitimación para la exigencia de tal prestación: la norma que sanciona la omisión de socorro exige una acomodación a una situación de necesidad que sólo llega a ser requerida en *casos aislados*; en las normas que protegen un clima se trata por el contrario de una acomodación del comportamiento que se ha de producir *por principio* en determinados ámbitos. La justificación de la protección del clima sólo se puede realizar en relación con tiempos de crisis o, más precisamente, en relación con tiempos de crisis de *legitimación* (44), en los que se

abren campos absolutamente ilimitados para efectuar criminalizaciones.

(43) El § 30 a StGB pertenece al ámbito amplio del § 111 StGB, al igual que el § 130 StGB en su variante de la incitación al odio racial. El § 130 es también una sección de la injuria colectiva (con una reducción de los requisitos exigidos en cuanto a la determinabilidad del colectivo). De un hecho semejante a las injurias se trata en el caso OLG Koblenz, StrVert., 15 y ss., con reseña en contra de *Giehring*, StrVert., 1985, 30 y ss.; una educadora de una parroquia colgó junto a otras obras de jóvenes de la misma

edad, en un «espacio reservado para grupos juveniles», un *collage* de un joven de quince años con la inscripción «todos los soldados son asesinos a sueldo». El § 193 StGB [que contiene una causa de justificación específica para las injurias realizadas en salvaguardia de legítimos intereses (N. del T.)] rige también para estas secciones desgajadas de las injurias: ¿qué éxito promete tener una educación de jóvenes, si a sus manifestaciones malogradas sucede del modo más presto la censura?

(44) *Scherer*, Gesetzgebung im Belagerungszustand, in *Blankenburg* (ed.), Politik

tiene que tolerar una suspensión pasajera de la libertad a fin de asegurar de un modo tanto más intenso su restablecimiento. Pero incluso entonces se trata sólo de normas con un período de vigencia estrictamente limitado. Así se podría haber legitimado en los primeros años tras la finalización del dominio nacional-socialista una prohibición de aprobar los actos de violencia del nacional-socialismo.

Se objetará que esta crítica radical de los delitos productores de un clima pasa por alto los problemas de estabilidad de las sociedades modernas. No discuto que también estas sociedades tienen una necesidad de que se garanticen los valores; la comunicación, esto es lo que significa la sociedad, solamente es posible sobre la base de un consenso valorativo (45). Lo único que pongo en duda es que sea necesario o razonable cubrir esta necesidad por medio del Derecho *penal*. Que los delitos productores de un clima no casen en el Derecho penal de un Estado de libertades no significa que la correspondiente conducta sea deseable o al menos socialmente neutral, sino tan sólo que tal conducta no tiene ningún efecto coactivo y que, por ello tampoco se debería reaccionar contra ella con la coacción del Derecho penal.

III.

1. Para concluir la exposición de mis ideas, que probablemente suenen algo liberales a la antigua usanza, acerca de un intento de definir los límites de la actividad del Estado (46), me permito efectuar una observación sobre lo contrario del Derecho penal de ciudadanos, esto es, sobre el Derecho penal de enemigos. Con ello no me propongo relativizar todas las afirmaciones anteriores mediante la recomendación de que el Estado no se atenga a las mencionadas ataduras cuando resulte oportuno. Las ataduras son constitutivas para el Estado de libertades; quien las desata, abandona tal modelo de Estado. La existencia de un Derecho penal de enemigos no es signo, por tanto, de la fortaleza del Estado de libertades, sino un signo de que en esa medida simplemente no existe. Ciertamente son posibles situaciones, que quizá se dan incluso en este momento, en las que normas imprescindibles para un Estado de libertades pierden su poder de vigencia si se aguarda con la represión hasta que el autor salga de su esfera privada. Pero incluso entonces el Derecho penal de enemigos sólo se puede legitimar como un Derecho penal de emergencia que rige excepcionalmente. Los preceptos penales a él correspondientes tienen por ello que ser separados estrictamente del Derecho penal de ciudadanos, preferiblemente también en

der inneren Sicherheit, 1980, pp. 120 y ss. describe acertadamente la conexión de las «prohibiciones de simpatía» y de las «prohibiciones de articulación» con crisis de *legitimación*.

(45) *Luhmann*, Rechtssoziologie, t. I, 1972, p. 67; *idem*. Grundwerte als Zivilreligion, Archivio di Filosofia, fasc. 2, 1978, 51 y ss., 68.

(46) *W. von Humboldt*. Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staats zu bestimmen, 1792, en especial las partes X (leyes de policía) y XIII (leyes criminales). La apelación a aspectos parciales del minimalismo de *Humboldt* respecto del Derecho penal no significa la asunción de su minimalismo respecto del Estado en su conjunto.

su presentación externa. Así como la regulación de la incomunicación no ha sido, acertadamente, incorporada a la StPO (*) (otra cuestión es si ha sido bien ubicada en la EGGVG (**), el Derecho penal de enemigos tiene que ser también separado del Derecho penal de ciudadanos de un modo tan claro que no exista peligro alguno de que se pueda infiltrar por medio de una interpretación sistemática o por analogía o de cualquier otra forma en el Derecho penal de ciudadanos. El Código penal, en su actual configuración, oculta en no pocos puntos el desbordamiento de los límites que corresponden a un Estado de libertades.

2. En resumen:

A) Parte General (criminalizaciones de conductas en el estadio previo)

a) Cuanto más intensamente se optimice la protección de bienes jurídicos, tanto más se define al autor como *enemigo*, sin un *ámbito interno* (I.3).

b) El principio «*cogitationis poenam nemo patitur*» designa un ámbito interno que está delimitado, sin embargo, de acuerdo con criterios naturalístico-sensibles y, por ello, casuales para el Derecho penal. (I.3).

c) El ámbito interno se tiene que orientar en un régimen de libertades al *status* del autor en cuanto *ciudadano* (I.3).

d) Sin una conducta que sea tanto *externa*, como *perturbadora* (esto es: una conducta que se arrogue una organización ajena), no existe razón alguna para efectuar una indagación vinculante del contexto interno del autor y, en particular, del aspecto subjetivo de su conducta (principio del hecho) (I.4, 5 y 6).

e) Lo no dominable no es interno (I.6).

f) Para la legitimación de los delitos de peligro abstracto hay que distinguir:

aa) si se presume que la conducta típica daría lugar *per se* a un peligro *indominable* (ejemplo: la conducción en estado de embriaguez) o

bb) si se trata del peligro de daños futuros, que son por su parte aún *dominables* (ejemplo: la falsificación de documentos, en sus variantes de producción de documentos ilegítimos y de falsificación de documentos legítimos (I.7).

g) Los delitos de peligro abstracto de la clase citada sub f), bb) sólo son conciliables con el principio del hecho si se atiende al peligro general de la *conducta*, no al peligro del específico *contexto de planificación* en el que la conducta se encuentra (I.7).

B) Parte Especial (criminalización de la lesión de bienes jurídicos anticipados).

(*) Strafprozeßordnung (Código de procedimiento penal) (N. del T.).

(**) Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz (Ley de Introducción a la Ley de organización de los Tribunales) de 27-1-1887(N.del T.).

a) La vigencia de las normas puede ser menoscabada por el *anuncio* de su futuro quebrantamiento; un anuncio semejante infringe una norma de flaqueo (II. 1y2).

b) La *infracción* de normas que protegen un *clima favorable al Derecho* no constituye la arrogación de una organización ajena (II.3).