

Origen, esencia y límites de los tipos penales que elevan actos preparatorios a la categoría de delito

Jens Puschke

Universidad de Friburgo

Abstract

A partir de una ubicación de los delitos que elevan actos preparatorios a la categoría de delito se lleva a cabo, en primer lugar, un análisis de los contextos de surgimiento y de actuación sociales, políticos-(criminales) y jurídicos de esta categoría de delitos para, a continuación, desarrollar criterios conforme a los cuales determinar la legitimidad de tales tipos penales.

The article deals with Criminal law regulations that prohibit certain acts which are carried out to prepare other offences, so called inchoate crimes. After those offences have been classified within the penal law system, it is described how they emerge and what effects they have considering social, political and legal processes. Furthermore criteria are introduced that are appropriate to revise the legitimacy of these regulations.

Nach einer Einordnung der sog. Vorbereitungsdelikte werden zunächst die gesellschaftlichen, (kriminal-) politischen und rechtlichen Entstehungs- und Wirkzusammenhänge dieser Deliktskategorie erörtert. Anschließend entwickelt der Verfasser Kriterien, anhand deren die Legitimität von Vorbereitungsstraftatbeständen überprüft werden kann.

Title: Development and effects, character and legitimacy of inchoate crimes

Titel: Entstehungs- und Wirkzusammenhänge, Wesen und Legitimität von Vorbereitungsdelikten

Palabras clave: actos preparatorios, peligro, Derecho penal de la intervención, límites del Derecho penal, ámbito nuclear, bien jurídico

Keywords: Inchoate crimes, peril, core area of autonomy, harm principle

Schlüsselworten: Vorbereitungstatbestände, Gefährdung, Interventionsstrafrecht, Grenzen des Strafrechts, Kernbereich, Rechtsgut

* Agradezco a la Dra. Yamila Fakhouri la traducción del texto al castellano.

Sumario

1. Introducción
 2. Delimitación de la temática objeto de estudio
 - 2.1. La problemática de los tipos de peligro
 - 2.2. Caracterización
 3. Ubicación
 - 3.1. Cuestiones previas
 - 3.2. Esencia de los tipos penales que elevan actos preparatorios a la categoría de delito
 - 3.3. Esencia de los “delitos que tienen por objeto el control de la casualidad”
 - 3.4. Delimitación entre ambas clases de delitos de peligro
 - 3.5. Esencia de los “delitos que tienen por objeto el control de la casualidad”
 4. Surgimiento y efectos
 - 4.1. Surgimiento y efectos en el ámbito social
 - 4.2. Objetivos de política-(criminal)
 - a. Simbología
 - b. Estrategias de lucha
 - 4.3. Surgimiento y efectos en el ámbito jurídico
 - a. Europeización y globalización también del Derecho penal de peligro
 - b. Consecuencias de la expansión del Derecho penal de peligro para el Derecho penal material
 - c. Consecuencias para el Derecho procesal y para la persecución penal
 5. Límites de la legitimidad de los tipos penales que elevan actos preparatorios a la categoría de delito
 - 5.1. Delitos relativos a actos preparatorios y forma de actuación del Derecho penal
 - 5.2. El bien jurídico como punto de partida
 - 5.3. El contexto de peligrosidad
 - a. El contexto de peligrosidad subjetiva
 - b. El contexto de peligrosidad subjetiva
 - 5.4. Ámbito nuclear
 - 5.5. Estructura de la norma
 6. Resumen
- Bibliografía
- Tabla de jurisprudencia citada

1. Introducción

Pocas palabras dominan nuestro tiempo tanto como los conceptos de “riesgo” y “peligro”. Los peligros afectan a la salud, al medio ambiente, se desprenden de la criminalidad y del terrorismo y existe el riesgo de perder el trabajo. El discurso privado y público sobre estos temas parece estar en todas partes. Por eso no sorprende que el Estado se muestre activo en estos ámbitos, ya sea intentando reaccionar a la percepción del riesgo, ya sea haciendo uso de ella, a partir de la creación de normas en los contextos de riesgo señalados. El intento de normación característico del Derecho penal viene dado por los llamados tipos de peligro: una clase de tipos penales que lejos de limitarse a sancionar la lesión de bienes jurídicos, castiga también puestas en peligro abstractas y concretas –en la terminología habitualmente empleada.

Los peligros para los bienes jurídicos no son, sin embargo, nuevos, ni tampoco los denominados tipos de peligro². Ya en el Derecho penal romano existían como forma de prohibición de posesión de determinadas cosas (armas, venenos) y también en el *Allgemein Landrecht* prusiano tenían una presencia creciente³.

Los cambios se aprecian más bien en relación con la creciente velocidad a la que se expanden⁴, así como con los ámbitos de aplicación cambiantes y los argumentos que se esgrimen para su legitimación. De la seguridad en el tráfico se ha pasado al medio ambiente o a la economía en lo que respecta a la protección. Más allá de ello, se pretende proteger de los peligros que surgen de la técnica, de la criminalidad organizada y del terrorismo internacional, legitimando su existencia la creación de tales tipos de peligro⁵. También resulta novedoso el hecho de que muchas de estas normas tengan su origen en iniciativas europeas. Los efectos de la globalización se hacen patentes de este modo también en la lucha contra la criminalidad.

2. Delimitación de la temática objeto de estudio

2.1. La problemática de los tipos de peligro

El “Derecho penal de peligro” constituye un ámbito difícil, sin contornos claros, siendo sus conceptos, su sistemática y los límites de su legitimidad altamente controvertidos⁶. Incluso la delimitación que lleva a cabo la doctrina de manera mayoritaria entre delitos de lesión, por una

² Ya en los años 60 se constataba una creciente expansión de esta clase de delitos, *vid.* LACKNER, *Das konkrete Gefährdungsdelikt im Verkehrsstrafrecht*, 1967, p. 1. Incluso al comienzo del siglo pasado los delitos de peligro habían dejado de constituir una excepción, *cfr.* HIRSCH, en SIEBER *et al.* (eds.), *FS-Tiedemann*, 2008, p. 145.

³ En relación con el Derecho penal romano *cfr.* MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, 1899, pp. 635 y s.; en lo que atañe al *Allgemein Landrecht* prusiano *vid.* SCHÜNEMANN, «Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft», *GA*, 1995, p. 212; *cfr.* también SCHROEDER, F.-C., «Besitz als Straftat», *ZiS*, 2007, p. 444, con referencia a los §§ 697, 700 que señalaban el veneno y la pólvora.

⁴ *Cfr.* también ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil 1: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4ª ed., 2006, § 11, nm. 146.

⁵ *Vid.* ya SCHÜNEMANN, «Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte», *JA*, 1975, p. 792.

⁶ En relación con las diferentes concepciones *vid.* sólo KUHLEN, «Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerunreinigung (§ 324 StGB)», *GA*, 1986, pp. 389 y ss.; HOYER, *Die Eignungsdelikte*, 1987; ZIESCHANG, *Die Gefährdungsdelikte*, 1998, pp. 162 y ss.; HIRSCH, en SIEBER *et al.* (eds.), *FS-Tiedemann*, 2008, pp. 145 y ss.

parte, y delitos de peligro concreto y abstracto, por otra, resulta cuestionada tanto desde una perspectiva conceptual como en lo que respecta a su estructura.

2.2. Caracterización

Me centraré aquí en una parte acotada dentro de este ámbito, esto es, en los delitos que tipifican actos preparatorios en sentido estricto. Ello es así no sólo porque una limitación resulta necesaria en el marco de esta ponencia, sino -lo que es más importante-, porque creo que, al encontrarse tales delitos orientados a una acción lesiva que tendría lugar en el futuro, plantean cuestiones particulares dentro de los delitos de peligro abstracto.

En lo que sigue ubicaré, en primer lugar, esta tipología de delitos en el ámbito de los delitos de peligro (3). A continuación me ocuparé de analizar el surgimiento y los efectos de una expansión de los delitos de peligro orientada fundamentalmente a los actos preparatorios (4), para concluir con un esbozo de los límites de la legitimidad de estos tipos penales (5).

3. Ubicación

3.1. Cuestiones previas

Para poder valorar la expansión de los tipos penales que elevan actos preparatorios a la categoría de delito es necesario llevar a cabo un análisis de esta categoría y ubicarla dentro de los delitos de peligro abstracto.

Para ello se parte, junto con la doctrina mayoritaria, de la protección de bienes jurídicos como función del Derecho penal⁷. En concordancia con esta idea, la sistematización que llevo a cabo se orienta a la clase de peligrosidad que se desprende de la conducta incriminada para el bien jurídico.

3.2. Esencia de los tipos penales que elevan actos preparatorios a la categoría de delito

Los tipos penales que elevan actos preparatorios a la categoría de delito en sentido estricto castigan conductas que, si bien no lesionan un bien jurídico por sí mismas, constituyen la preparación de una futura lesión dolosa que afecta a bienes jurídicos individuales o colectivos⁸.

La peligrosidad -que sería lo que justificaría la punición-, sería el resultado de la relación entre la acción preparatoria y la acción lesiva futura, sustentándose esta relación en elementos tanto objetivos como subjetivos. Desde la perspectiva dogmática se habla de un delito rudimentario o de un delito incompleto de dos⁹ o varios¹⁰ actos¹¹.

Un buen ejemplo de ello constituyen los tipos penales introducidos recientemente en Alemania

⁷ KAUFMANN, *Aufgabe des Strafrechts*, 1983, p. 5; ROXIN, *AT*, t. I, 4ª ed., 2006, § 2, nm. 1; HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, 2002, p. 5; HASSEMER/NEUMANN, en KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFGEN (eds.), *Nomos Kommentar*, t. I, 3ª ed., 2010, antes de § 1, nm. 109 con ulteriores referencias.

⁸ Al respecto HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, 2002, p. 36.

⁹ Vid. sólo ROXIN, *AT*, t. I, 4ª ed., 2006, § 10, nm. 84.

¹⁰ SCHROEDER, F.-C., *Schutz von Staat und Verfassung im Strafrecht*, 1970, pp. 303 y s.

¹¹ Vid. HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, 2002, pp. 347 y s.

con objeto de combatir los denominados “actos de violencia graves que ponen en peligro al Estado”, incluyéndose dentro del ámbito de punibilidad la adquisición de determinadas habilidades cuando éstas vayan a emplearse para llevar a cabo un acto terrorista¹².

3.3. Esencia de los “delitos que tienen por objeto el control de la casualidad”

En el otro extremo del espectro de los delitos de peligro abstracto se encuentran aquellos tipos penales que –como ocurre en el clásico ejemplo de la conducción bajo los efectos del alcohol–, castigan una actuación arriesgada sobre la que no es posible ejercer un control¹³, que se englobarían en la categoría de “protección de bienes jurídicos a través del control de la casualidad”¹⁴. La protección de bienes jurídicos se produciría en tanto en cuanto se impide al sujeto sometido al Derecho llevar a cabo una conducta que, de manera general y objetiva, es considerada peligrosa.

3.4. Delimitación entre ambas clases de delitos de peligro

Mientras que la peligrosidad específica para el bien jurídico en los últimos delitos se desprende de la ausencia de posibilidad de control de la situación, ello no sería el caso respecto de los delitos que tipifican actos preparatorios. Lo decisivo en este segundo caso es más bien la intención de tener el dominio sobre una lesión a un bien jurídico que se produciría en un momento posterior y que ya se puso en marcha en el primer nivel. Se trata, por tanto, de una “intencionalización” (subjetivización) del contexto de peligrosidad, con la particularidad de que la lesión del bien jurídico requiere de un paso intermedio, como es la acción lesiva, libre y responsable, previa.

3.5. Esencia de los “delitos que tienen por objeto el control de la casualidad”

Entre ambos límites de los delitos de peligro abstracto existen múltiples tipos penales que castigan tanto la ausencia de posibilidad de control objetiva, como contextos de peligrosidad subjetivados, y que cabría incluir en la categoría de delitos que tipifican actos preparatorios en sentido amplio.

Ejemplos de ello serían los denominados delitos de cooperación u organización¹⁵, recogidos en tipos penales que castigan la creación de organizaciones criminales o terroristas. Estos se caracterizan, por una parte, porque se preparan hechos en los que quien actúa posiblemente tomará parte más adelante. La peligrosidad se desprende asimismo de la dinámica propia que se produce a través del contacto con personas que comparten los mismos objetivos, de modo que el

¹² Ley para la persecución de la preparación de actos violentos graves que hacen peligrar al Estado de 30.7.2009 (BGBl. I 2009, 2437).

¹³ Cfr. también SIEBER, «Legitimation und Grenzen von Gefährungsdelikten im Vorfeld von terroristischer Gewalt - Eine Analyse der Vorfeldtatbestände im „Entwurf eines Gesetzes zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten“», *NStZ*, 2009, p. 358.

¹⁴ KRATZSCH, *Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht*, 1985, p. 119; OTTO, «Der Mißbrauch von Insider-Informationen als abstraktes Gefährungsdelikt», en SCHÜNEMANN/SUÁREZ GONZÁLEZ (eds.), *Bausteine des Europäischen Wirtschaftsstrafrechts, Madrid-Symposium für Klaus Tiedemann*, 1994, p. 455.

¹⁵ Sobre esta cuestión CANCIO MELIÁ, «Vorverlagerung ohne Ende und Organisationsdelikte», en HEFENDEHL (ed.), *Grenzenlos Vorverlagerung des Strafrechts?*, 2010, pp. 47 y ss.

control o la influencia sobre conductas ulteriores no parece siempre posible¹⁶.

También se incluyen en esta categoría aquellos tipos penales en los que no existe un componente intencional en relación con una conducta dañosa futura, constituyendo, sin embargo, uno de los objetivos del Derecho penal evitar tal conducta¹⁷. Esto ocurre, por ejemplo, en el tipo penal que castiga la adquisición o posesión de armas¹⁸.

Las normas penales que protegen también un bien jurídico colectivo –junto a un bien jurídico individual– se incluyen también en este ámbito. Se trata de proteger tanto frente a una futura lesión del bien jurídico como frente al menoscabo inmediato de un bien jurídico colectivo situado previamente. Un ejemplo de ello viene dado por la estafa realizada a través de la inversión de capitales tipificada en el § 264a StGB. La prohibición de difundir informaciones beneficiosas y, sin embargo, falsas, en la publicidad para el comercio con valores trata de proteger a un potencial inversor de conductas dañosas constitutivas de estafa así como de la toma de decisiones erróneas en lo que respecta a su patrimonio. En su configuración concreta este tipo penal sirve, no obstante, también a la protección de la confianza general en el funcionamiento del mercado de capitales¹⁹.

4. Surgimiento y efectos

¿Qué puede decirse acerca del surgimiento y los efectos que tienen los delitos conformados por actos preparatorios esbozados de esta manera, así como respecto de un Derecho penal orientado a la peligrosidad?

4.1. Surgimiento y efectos en el ámbito social

Uno de los detonantes de un Derecho penal de estas características es la mencionada percepción de un peligro constante promovida por el discurso político y por los medios de comunicación, si bien tal percepción no puede explicarse únicamente con base en cambios reales de la situación de amenaza objetiva. La imagen social del riesgo no sólo se ve influenciada por un peligro para los bienes jurídicos individuales constatable de manera objetiva, debiendo añadirse otros factores relevantes tales como la existencia de contextos de riesgo cada vez más complejos²⁰, la cada vez mayor diversificación del riesgo, así como su subjetivización. Lo decisivo es el conocimiento y la

¹⁶ RUDOLPHI, en FRISCH/SCHMID (eds.), *FS-Bruns*, 1978, p. 317; RUDOLPHI/STEIN, en RUDOLPHI *et al.* (eds.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. II, 8ª ed. (la última actualización es la núm. 63, de marzo de 2005), § 129, nm. 3 (en adelante, *SK*); OSTENDORF, en KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFGEN (eds.), *NK*, t. I, 3ª ed., 2010, § 129, nm. 5; VELTEN, «Organisationsdelikte haben Konjunktur: Eine moderne Form der Sippenhaftung? Banken und Tierschützer vor Gericht», *JSt*, 2009, p. 57.

¹⁷ Cfr. asimismo LAGODNY, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, 1996, p. 207.

¹⁸ Respecto de “los delitos de posesión para evitar la utilización” *vid.* ECKSTEIN, *Besitz als Straftat*, 2001, pp. 74 y ss., p. 82.

¹⁹ HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, 2002, pp. 267 y ss.; cfr. también SCHÜNEMANN, «Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen der Straftatbestände und ihrer Interpretation», en HEFENDEHL/VON HIRSCH/WOHLERS (eds.), *Die Rechtsgutstheorie*, 2003, p. 151.

²⁰ Cfr. SCHÜNEMANN, *GA*, 1995, p. 211.

percepción de amenaza que tiene su origen en el discurso social²¹.

Una reacción penal frente a la creciente complejidad y frente a una cambiante concepción del riesgo resulta plausible fundamentalmente en la forma de delitos de peligro abstracto, cuyo objeto viene dado por la falta de posibilidad de control²². La sensación de necesidad de anticipación de la barrera punitiva surge del hecho de que los desarrollos posteriores no siempre resultan cognoscibles o susceptibles de ser probados, no resultando fáciles de imputar a sujetos determinados²³.

Esto puede no resultar aplicable de la misma manera para los tipos penales que recogen actos preparatorios, si bien también cabe constatar aquí que la evolución hacia acciones complejas, poco importantes desde la perspectiva externa pero consideradas peligrosas, engloba formas de conducta que constituyen la preparación de hechos delictivos. No es casualidad que se hable de “células durmientes” para referirse a aquellos que preparan actos terroristas pero que apenas llaman la atención hacia el exterior²⁴. También se amplía el ámbito de productos de doble uso, sobre todo a través del desarrollo de tecnología accesible al bolsillo y de la accesibilidad a la información. De este modo, la compra de un ordenador o de una impresora de alto rendimiento puede servir a la falsificación de títulos académicos o de billetes.

Cabe añadir otro contexto que surge con la difusión y difuminación de riesgos y que lleva a la creación de tipos penales que recogen actos preparatorios. Dado que las señales de peligrosidad apenas resultan ya cognoscibles en el mundo exterior, no sorprende que los contextos de peligrosidad definidos socialmente se desplacen de la imputación de conductas hacia al etiquetamiento de determinados grupos o personas.

4.2. Objetivos de política-(criminal)

a. Simbología

Centrándonos en los objetivos políticos y de política-criminal resulta evidente que el abordaje de los delitos relativos a la preparación tiene, en gran parte, un contenido simbólico. Los casos reales perseguidos por la policía y la cifra de procedimientos iniciados y de condenas son más bien escasos. El hecho de que, a pesar de ello, exista una necesidad política de actuar, se debe a que se trata de riesgos importantes²⁵ o de materias que difícilmente resultan comprensibles para la población normal y, por tanto, apenas resultan accesibles a través de la reflexión racional.

²¹ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Die Expansion des Strafrechts*, 2003, pp. 12 y ss.; también SINGELNSTEIN/STOLLE, *Die Sicherheitsgesellschaft*, 2ª ed., 2008, p. 33.

²² Cfr. asimismo SILVA SÁNCHEZ, *Die Expansion des Strafrechts*, 2003, pp. 7 y s.

²³ Argumenta de este modo la necesidad de tipos de peligro WEBER, «Die Vorverlegung des Strafrechtsschutzes durch Gefährdungs- und Unternehmensdelikte», en JESCHECK (ed.), *Die Vorverlagerung der Strafrechtsschutzes durch Gefährdungs- und Unternehmensdelikte*, 1987, pp. 23 y ss.; cfr. también PLATZGUMMER, «Die Vorverlegung des Strafrechtsschutzes durch Gefährdungs- und Unternehmensdelikte im österreichischen Strafrecht», en JESCHECK (ed.), *Die Vorverlagerung der Strafrechtsschutzes durch Gefährdungs- und Unternehmensdelikte*, 1987, pp. 47 y ss.; cfr. también KRATZSCH, *Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht*, 1985, pp. 116, 277 y s., 283 y ss., 292; SCHÜNEMANN, GA, 1995, p. 213.

²⁴ SIEBER, *NStZ*, 2009, p. 353, hace referencia al hecho de que incluso empleen infraestructura legal.

²⁵ En este sentido también HASSEMER, «Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts», *ZRP*, 1992, p. 381; cfr. además PALAZZO, en SIEBER *et al.* (eds.), *FS-Tiedemann*, 2008, p. 21, en relación con un derecho a la seguridad “devoralotodo”.

Ejemplos de ello son la criminalidad organizada o transfronteriza o la criminalidad informática.

El acceso a información globalizada, que no sólo se genera en el Estado nacional, contribuye además a la percepción de que ha de reaccionarse ante las situaciones problemáticas, y ello con independencia de la frecuencia y la intensidad con que se produzcan desde una perspectiva empírica²⁶.

b. Estrategias de lucha

Estrechamente unido a la dimensión simbólica de estos delitos que tipifican actos preparatorios se encuentra el abandono de un Derecho penal cuyos efectos se producen en la esfera psicológica, y la evolución hacia un Derecho penal que pone el acento en la intervención, evitando que se produzca el hecho delictivo concretamente planeado. De esta manera, la mencionada Ley alemana que castiga la preparación de graves actos de violencia susceptibles de hacer peligrar al Estado encuentra su justificación asimismo, como no podía ser de otro modo, en el hecho de que los sujetos que potencialmente llevarían a cabo atentados podrían ser detenidos y encarcelados (prisión preventiva) con mayor facilidad²⁷. Incluso aunque el efecto de la intervención deba valorarse como escaso teniendo en cuenta la baja cifra de condenas, desplegaría un efecto intimidatorio o fortalecedor de la norma por la vía política que, sin embargo, no resulta empíricamente constatable por regla general.

Un Derecho penal material que opera en estadios anteriores puede servir además como vehículo para iniciar actuaciones policiales y por parte de la Fiscalía, y conseguir, de esta manera, informaciones sobre determinados entornos sociales²⁸.

4.3. Surgimiento y efectos en el ámbito jurídico

a. Europeización y globalización también del Derecho penal de peligro

Fijándonos en los tipos penales de manera individualizada llama la atención que su proliferación parece constituir la línea general en las sociedades occidentales. Ello se debe, en primer lugar, a que están operando mecanismos sociales similares a nivel supranacional, si bien también el contexto de surgimiento de nuevas normas influye de manera determinante en que se produzca una expansión en el ámbito europeo y global.

El motor del surgimiento y la expansión de los delitos que tipifican actos preparatorios en Europa ha sido hasta ahora el trabajo conjunto de los Gobiernos de los Estados individuales fundamentalmente. También por iniciativa europea, al menos en parte, surgen los ya mencionados delitos para la protección frente a actos de violencia graves que ponen en peligro al

²⁶ Vid. también CANCIO MELIÁ, en SIEBER *et al.* (eds.), *FS-Tiedemann*, 2008, pp. 1497 y s.

²⁷ BT-Drs. (*Bundestagsdrucksachen*, trabajos parlamentarios) 16/12428, p. 12; también BADER, «Das Gesetz zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten», *NJW*, 2009, p. 2855; en relación con los respectivos intereses de los gobiernos y los cuerpos de seguridad cfr. asimismo SIEBER, «Grenzen des Strafrechts», *ZStW* 119, 2007, pp. 37 y ss., pp. 45 y ss. En sentido contrario y en lo que respecta a la introducción de la punición de la preparación de una estafa informática, en BR-Drs. (*Bundesratsdrucksachen*) 564/03, p. 6, se cuenta, al menos, con un efecto intimidatorio.

²⁸ WEIBER, «Über den Umgang des Strafrechts mit terroristischen Bedrohungslagen», *ZStW* 121, 2009, p. 153; al respecto también HEFENDEHL, «Über die Pönalisierung des Neutralen - zur Sicherheit», en HEFENDEHL (ed.), *Grenzenlos Vorverlagerung des Strafrechts?*, 2010, p. 96.

Estado²⁹, la punición de asociaciones criminales y terroristas en el extranjero³⁰ o de la preparación de la estafa informática³¹.

Más allá de ello, en la llamada Cybercrime-Convention³² o en disposiciones europeas que se corresponden con materias del primer pilar se recogen tipos penales que castigan actos preparatorios dirigidos a hacerse con datos o tipos penales en el ámbito de la lesión a la protección de la propiedad intelectual o de la puesta en peligro del medio ambiente³³. Finalmente, y dado que el Tratado de Lisboa³⁴ concede a Europa la competencia para armonizar el Derecho penal respecto de un amplio abanico de temas³⁵, hay que contar con una mayor presencia futura de normas europeas también en el ámbito del Derecho penal relativo a la preparación.

b. Consecuencias de la expansión del Derecho penal de peligro para el Derecho penal material

(i) Influencia europea

Los criterios de actuación de la Unión Europea no han de corresponderse, sin embargo, necesariamente con los de los Estados miembros en lo que respecta a la configuración del Derecho penal material³⁶. La armonización³⁷, las políticas del mercado común, la necesidad de una regulación sin lagunas³⁸, la ideología de la prevención³⁹, el pragmatismo⁴⁰ y, sobre todo, las

²⁹ Cfr., al respecto, la siguiente página web: <<http://conventions.coe.int/Treaty/GER/Treaties/Html/196.htm>> [última visita: 30.06.2010].

³⁰ En relación con el § 129b StGB cfr. la Decisión Marco del Consejo de 13.6.2002 (DOUE [antes DOCE] L 164 de 22.06.2002, p. 3, 2002/475/JI).

³¹ Respecto de la regulación alemana cfr. § 263a III StGB, introducido por 35. StrÄndG de 22.12.2003 (BGBl. I 2003, 2838). En España contiene una regulación similar el art. 248 III CP (Código Penal).

³² *Convention on Cybercrime*, ETS-No.: 185 de 08.11.2001.

³³ Estos últimos se recogen en la Directiva de 19.11.2008 sobre la protección penal del medio ambiente (Directiva 2008/99/EG del Parlamento europeo y del Consejo de 19.11.2008 [DOUE 2008, Nr. L 328, pp. 28 y ss.]) que ha de transponerse a los ordenamientos nacionales antes del 26.12.2010 (Art. 8 I) y que afecta fundamentalmente al manejo de sustancias peligrosas (Art. 3 d. y e.).

Cfr. asimismo FALKE, «Neue Entwicklungen im Europäischen Umweltrecht», *ZUR*, 2009, pp. 276 y s. También en relación la propiedad intelectual los §§ 108b II y § 95a III UrhG castigan actos preparatorios, este último sobre la base de la denominada Directiva de la información (Directiva 2001/29/EG del Parlamento europeo y del Consejo para la armonización de determinados aspectos del derecho a la propiedad intelectual y derechos asimilados en la sociedad de la información de 22.5.2001 [DOUE Nr. L 167, pp. 10 y ss.]).

³⁴ DOUE 2007/C 306/01 de 17.12.2007; cfr., al respecto, la siguiente página web: <<http://eur-lex.europa.eu/JOHtml.do?uri=OJ:C:2007:306:SOM:ES:HTML>> [última visita: 30.06.2010].

³⁵ El Art. 83 I TFUE (Tratado de Funcionamiento de la UE) establece que los ámbitos de criminalidad en los que el Parlamento y el Consejo europeos pueden establecer mínimos en lo que respecta a los tipos penales y las penas a través de Directivas son: terrorismo, tráfico de personas y explotación sexual de mujeres y niños, tráfico de drogas ilegal, tráfico de armas ilegal, blanqueo de capitales, corrupción, falsificación de instrumentos de pago, criminalidad informática y criminalidad organizada. Además el Art. 83 II AEUV establece una competencia penal anexa para los ámbitos en los que se ha llevado a cabo la armonización.

³⁶ Cfr. asimismo BRAUM, «Europäisches Strafrecht im Fokus konfligierender Verfassungsmodelle. Stoppt das Bundesverfassungsgericht die europäische Strafrechtsentwicklung?», *ZIS*, 2009, p. 419.

³⁷ Cfr. art. 34 II b, 31 I e Tratado de la UE (texto antiguo); art. 82 I, 83 II TFUE.

³⁸ Cfr. VOGEL, «Europäische Kriminalpolitik - europäische Strafrechtsdogmatik», *GA*, 2002, p. 527.

³⁹ CANCIO MELIÁ, en SIEBER *et al.* (eds.), *FS-Tiedemann*, 2008, pp. 1494 y ss.

⁴⁰ VOGEL, «Wege zu europäisch-einheitlichen Regelungen im Allgemeinen Teil des Strafrechts», *JZ*, 1995, p. 336; PERRON, en ESER *et al.* (eds.), *FS-Lenckner*, 1998, pp. 227 y ss., pp. 246 y s.; SILVA SÁNCHEZ, *Die Expansion des Strafrechts*, 2003, pp. 39 y s.

soluciones de compromiso⁴¹ entran en contradicción con una dogmática penal con base en la Constitución⁴². A pesar de ello, estas ideas tienen cabida en la política, en la dogmática y en la práctica, fortaleciendo tendencias nacionales preexistentes⁴³. Otra consecuencia de un proceso de creación de normas europeizado es la despreocupación a la hora de fundamentar políticamente la necesidad de la ampliación de la intervención penal que se desprende de las normas creadas.

Esperar una mejora en el futuro no sería realista. Una posible ampliación de la Unión Europea traería consigo la confluencia -todavía en mayor medida- de ordenamientos jurídicos diferentes con distintos actores⁴⁴. Una transposición que integre el Derecho europeo y los fundamentos dogmáticos desarrollados a nivel nacional no se presenta como una tarea fácil⁴⁵.

(ii) Fricciones dogmáticas y sistemáticas

En conexión con las influencias europeas y junto con el ya mencionado cambio en la forma en que el Derecho penal actúa, la concreta transposición de las normas penales en relación con los actos preparatorios conduce a incongruencias sistemáticas y dogmáticas dentro de la teoría del delito. Ello es así sobre todo en relación con el comienzo de la tentativa y en lo que atañe a la determinación de la pena.

Resulta extremadamente difícil desarrollar criterios congruentes, relacionados entre sí, que justifiquen el comienzo de la punibilidad, por poner un ejemplo, en el homicidio intentado y en una toma de rehenes que hace peligrar al Estado⁴⁶. En concordancia con ello, las elevadas penas recogidas, entre otros, en el art. 577 CP no parecen apropiadas desde una perspectiva sistemática⁴⁷.

c. Consecuencias para el Derecho procesal y para la persecución penal

En el ámbito del proceso cabe constatar, en primera instancia, el incremento de autorizaciones

⁴¹ En relación con el surgimiento del Art. 6 I a Nr. I de la *Cybercrime Convention* como fundamento del § 202c StGB *vid.* POPP, «§ 202c StGB und der neue Typus des europäischen Software-Delikts», *GA*, 2008, pp. 384 y s.

⁴² A favor de una orientación pro-europea en cuestiones materiales en detrimento de una dogmática pulida VOGEL, *GA*, 2002, 525 y ss., pp. 529 y ss.

⁴³ *Vid.* SILVA SÁNCHEZ, *Die Expansion des Strafrechts*, 2003, p. 39; acerca de la necesidad de flexibilidad en un Derecho penal "moderno" igualmente HASSEMER, *ZRP*, 1992, pp. 379 y ss.; SCHÜNEMANN, «Spät kommt ihr, doch ihr kommt: Glosse eines Strafrechtlers zur Lissabon-Entscheidung des BVerfG», *ZIS*, 2009, pp. 393 y s.

⁴⁴ Cfr. también VOGEL, *GA*, 2002, p. 520.

⁴⁵ Sobre la diversidad de la metodología jurídica BACIGALUPO, en PAWLIK/ZACZYK (eds.), *FS-Jakobs*, 2007, pp. 1 y ss.

⁴⁶ La razón de que el § 89a StGB contemple una pena tal elevada parece ser junto a los bienes jurídicos vida y libertad personal, este tipo penal protegería asimismo el bien jurídico colectivo (según la formulación legal) "existencia y seguridad de Estados y organizaciones internacionales así como de los principios constitucionales de la República Federal de Alemania".

Los supuestos en que este bien jurídico pueda verse afectado así como los criterios para delimitarlos de los simples actos de violencia con una motivación política no resultan fácilmente identificables (cfr. también WEISER, *ZStW* 121, 2009, pp. 147 y ss.; sobre estas cuestiones *vid.* asimismo SCHROEDER, F.-C., *Schutz von Staat und Verfassung im Strafrecht*, 1970, p. 301), sobre todo cuando se tienen presentes los hechos que justificarían este precepto a los que se hace referencia en la ley (BT-Drs. 16/12428, p. 12), como son Madrid, Londres y las denominadas maletas-bomba de Dortmund y Koblenz, en los cuales no se produjo ningún ataque a parlamentos o a otras instituciones estatales. Críticamente *vid.* también *infra* 5.2.

⁴⁷ En particular respecto de la aplicación del Derecho penal del menor *vid.* CANCIO MELIÁ, «Strafrecht und Terrorismus in Spanien Anmerkungen zur Entwicklung der Terrorismusgesetzgebung nach der Diktatur», *JoJZG*, 2009, p. 19.

para la intervención de la policía, los servicios secretos y los Tribunales, lo que plantea dificultades a la hora delimitar entre los diferentes ámbitos, así como disputas por la competencia⁴⁸.

Se puede además partir de la base de que los métodos de investigación y el intercambio de información en relación con los delitos que tipifican actos preparatorios se intensificará y se internacionalizará aún en mayor medida. En este sentido, destacan las medidas de vigilancia secretas, que tienen por objeto identificar estructuras e investigar motivos. También el intercambio de información entre la policía y la Fiscalía de los diferentes países adquiere mayor relevancia⁴⁹ cuando las conductas objetivas no tienen tanta capacidad de expresión y las circunstancias vitales, como puede ser compromiso político, religioso o incluso también el técnico, se vuelve más relevantes.

Igualmente en el ámbito de la apreciación de la prueba por parte del juez, la preeminencia del tipo subjetivo lleva a la modificación de los mecanismos de enjuiciamiento. Dado que sólo en una parte de los casos cabrá probar el dolo para llevar a cabo el atentado o la intención de espiar datos de manera inmediata⁵⁰, y dado que la conducta objetiva sólo permite parcialmente llegar a conclusiones al respecto, el Tribunal queda relegado a la valoración de aspectos probabilísticos, que posiblemente sean puestos en relación también con las circunstancias vitales del sujeto⁵¹.

5. Límites de la legitimidad de los tipos penales que elevan actos preparatorios a la categoría de delito

Una vez constatado que la creciente introducción de tipos penales que tipifican actos preparatorios se encuentra relacionada también con procesos sociales, no conectados de manera directa con la protección de bienes jurídicos determinante para el Derecho penal, y que, más allá de ello, sus efectos en el plano social y jurídico no resultan satisfactorios, es el momento de hablar de los límites de legitimidad de este Derecho penal.

La frontera de la legitimidad se desprende, en primera línea, de principios constitucionales⁵². Ello supone que fricciones dogmáticas internas en el marco del sistema del delito no pueden depurarse a partir del desplazamiento a otros ámbitos -como, por ejemplo, el llamado Derecho

⁴⁸ Cfr., en relación con esta idea, también PAEFFGEN, «"Verpolizeilichung" des Strafprozesses - Chimäre oder Gefahr?», en WOLTER (ed.), *Zur Theorie und Systematik des Strafprozessrechts*, 1995, pp. 13 y ss.; PUSCHKE, *Die kumulative Anordnung von Informationsbeschaffungsmaßnahmen im Rahmen der Straferfolgung*, 2006, pp. 168 y ss.; SCHÜNEMANN, «Polizei und Staatsanwaltschaft. Die deutsche Polizei als Gehilfe der Staatsanwaltschaft: Struktur, Organisation und Tätigkeiten, (I)», *Kriminalistik*, 1999, pp. 74 y ss.; SOINÉ, «Erkenntnisverwertung von Informanten und V-Personen der Nachrichtendienste in Strafverfahren», *NStZ*, 2007, pp. 247 y ss.; WEßLAU, *Vorfelddermittlungen - Probleme der Legalisierung „vorbeugender Verbrechensbekämpfung“ aus strafprozessualer Sicht*, 1989, pp. 67 y ss.; WOLTER, en ROGALL et al. (eds.), *FS-Rudolphi*, 2004, pp. 737 y ss.

⁴⁹ Cfr. asimismo BRAUM, *ZIS*, 2009, p. 420 con ulteriores referencias.

⁵⁰ Con una opinión parcialmente distinta, debido al empleo de medidas policiales, por ejemplo de vigilancia, secretas SIEBER, *NStZ*, 2009, p. 360; cfr. también WASSER/PIASZEK, «Staatsschutzstrafrecht in Bewegung?», *DRiZ*, 2008, p. 319.

⁵¹ Cfr. SCHROEDER, *Schutz von Staat und Verfassung*, 1970, p. 299; en relación con las influencias sobre la valoración judicial vid. EISENBERG, *Beweisrecht der StPO*, 6ª ed., 2008, nm. 913 y ss.

⁵² BVerfGE 6, 389, 433 (10.05.1957); 25, 269, 286 (26.02.1969); 35, 1, 45 (27.03.1973); 88, 203, 258 (28.05.1993); 90, 145, 172 (09.03.1994).

penal del enemigo⁵³, propugnado desde hace algunos años-, ya que los preceptos constituciones tienen validez en todos los ámbitos. En concordancia con ello, los presupuestos sistemáticos, criminológicos y constitucionales han de ser puestos en relación y ser sometidos a examen bajo criterios unitarios. En relación con los límites de la legitimidad de tipos penales que tipifican actos preparatorios cabe hablar de cinco piedras de toque que adquieren especial relevancia:

En primer lugar, los efectos del Derecho penal han de producirse en la esfera psicológica -y no exclusivamente a través de la intervención-, también en los tipos penales que recogen actos preparatorios.

En segundo lugar, el objeto de protección de estos tipos penales sólo puede ser un bien jurídico concreto con un contenido estrechamente delimitado.

En tercer lugar, sólo el castigo de conductas preparatorias peligrosas, es decir, conductas típicas con una concreta intención de lesionar, resulta acorde con el principio de proporcionalidad.

En cuarto lugar, las conductas incriminadas no pueden pertenecer al ámbito de autonomía del sujeto.

Por último, las normas tienen que ser concretas, de manera que respeten el principio de determinación.

5.1. Delitos relativos a actos preparatorios y forma de actuación del Derecho penal

El punto de partida de las siguientes observaciones es, de nuevo, el motivo de la penalización de determinadas conductas que constituyen actos preparatorios, es decir, la razón por la cual evitar conductas futuras que pueden causar la lesión de bienes jurídicos.

Para poder enunciar los presupuestos de la penalización y su configuración es importante definir de qué forma esa protección ha de hacerse efectiva. Como se desprende del análisis de la forma en que actúa del Derecho penal, el objetivo político-criminal fundamental que se persigue a través de la amenaza penal contenida en estos delitos es evitar un curso de acontecimientos concreto. El Derecho penal se concibe, por tanto, como Derecho penal de la intervención, tomándose una orientación y empleando un mecanismo de actuación que no se corresponden con los del Derecho penal tradicional.

Con el reconocimiento de la prevención general y especial⁵⁴ como fines de la pena, el Derecho penal tiene, efectivamente, que actuar de manera preventiva, pero sin que ello suponga limitar su cometido a ofrecer fundamentos de intervención para la evitación de un resultado pronosticado. La evitación de la conducta lesiva del bien jurídico debe tener su origen en un influjo psicológico⁵⁵: el Derecho penal prohíbe y ordena precisamente⁵⁶. Partiendo de un mecanismo de actuación en el plano psicológico, las conductas castigadas con una pena y las conductas cuya

⁵³ Cfr., a este respecto, sólo JAKOBS, «Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung», *ZStW* 97, 1985, pp. 783 y ss.

⁵⁴ Vid. sólo VON LISZT, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge. Erster Band. 1875 bis 1891, 1905*, pp. 126 a 179; ROXIN, *AT*, t. I, 4ª ed., 2006, § 3, nm. 37 y ss.; cfr. también BVerfGE 45, 187, 253 (21.06.1977).

⁵⁵ En profundidad sobre esta cuestión FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 5ª ed., 1812, pp. 14 y ss.; en la literatura más reciente vid. sólo RUDOLPHI, «Der Zweck staatlichen Strafrechts und die strafrechtlichen Zurechnungsformen», en SCHÜNEMANN (ed.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, 1984, pp. 75 y s.

⁵⁶ RUDOLPHI, en SCHÜNEMANN (ed.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, 1984, pp. 75 y s.; cfr. igualmente ESER, en ESER et al. (eds.), *FS-Lenckner*, 1998, pp. 39 y s.

realización debe omitirse son, por regla general, idénticas. Para evitar que una persona mate a otra se castiga el homicidio, de manera que el sujeto se sienta intimidado. El efecto intimidatorio en relación con la muerte no se ve, sin embargo, incrementado de manera significativa a través de la imposición de una pena a aquél que planifique un homicidio. El Derecho penal de intervención emplea la amenaza penal en relación con un acto preparatorio también para impedir la producción de la conducta realmente problemática, esto es, la conducta ejecutiva que lesiona bienes jurídicos. Esta incongruencia lleva a que los criterios para determinar la punibilidad se aparten de lo normativo, desplazándose hacia criterios de efectividad orientados a lo fáctico. En relación con la punición, se plantea cada vez en menor medida la pregunta acerca de si una determinada conducta puede ser considerada lesiva socialmente e intolerable para una convivencia ordenada entre las personas. La pregunta es, cada vez más a menudo, si con la criminalización de una conducta determinada puede evitarse otra conducta que se considera lesiva desde la perspectiva social. La valoración de lo injusto es sustituida por una valoración de la efectividad y los límites de lo que ha de constituir una conducta susceptible de ser penada se tornan movedizos.

El principio de proporcionalidad y la idea de *ultima ratio* del Derecho penal se opondrían a esta tendencia hacia la intervención en detrimento de la actuación en el plano psicológico. En concordancia con ellos, la amenaza de una pérdida de libertad unida a un juicio de desvalor ético-social⁵⁷ sólo puede justificarse cuando de esta forma se protejan bienes jurídicos elementales⁵⁸ de la comunidad. El efecto protector debe ir más allá del interés en el caso concreto –a diferencia de lo que ocurre con las medidas de intervención que resultan aplicables exclusivamente para un curso de acontecimientos determinado⁵⁹. Para la intervención en el caso concreto está el Derecho policial, con medios menos incisivos. Los principios penales que operan en este contexto y que se desprenden de la Constitución –tales como los principios de legalidad, determinación y culpabilidad⁶⁰– ponen asimismo de manifiesto que el fin de la pena no puede limitarse a la intervención, dado que desde este objetivo apenas tendrían significado. El principio de culpabilidad, con su función limitadora, se dejaría en manos de un legislador que persigue mejores y más tempranas estrategias de intervención. Los destinatarios del Derecho penal no serían ciudadanos libres y responsables capaces de orientar su conducta hacia normas precisas⁶¹ y respetuosas con el principio de determinación, sino perturbadores imprevisibles, objetos de intervención⁶².

A modo de ejemplo, esto significa que la aplicación del Derecho penal frente a actos preparatorios no puede legitimarse por el hecho de permitir la detención de personas para evitar un potencial atentado. La protección frente a estos peligros ha de llevarse a cabo a través de los instrumentos de actuación con los que cuenta el Derecho de policía. Más allá de ello, habrá que

⁵⁷ *Vid.*, no obstante, en sentido crítico al respecto ROXIN, en HASSEMER *et al.* (eds.), *FS-Volk*, 2009, pp. 602 y ss.

⁵⁸ BVerfGE 27, 18, 29 (16.07.1969); 39, 1, 46 (25.02.1975); 45, 187, 253 (21.06.1977); BVerfG, NJW, 2009, p. 2287.

⁵⁹ Sobre la distinción entre pena y medida de seguridad cfr. también SCHÜNEMANN, «Die Funktion des Schuldprinzips im Präventionsstrafrecht», en SCHÜNEMANN (ed.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, 1984, p. 178.

⁶⁰ En relación con el anclaje constitucional cfr. asimismo BVerfG, NJW, 2009, p. 2289.

⁶¹ *Vid.* al respecto también SCHÜNEMANN, en SCHÜNEMANN (ed.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, 1984, p. 174.

⁶² ESER, en ESER *et al.* (eds.), *FS-Lenckner*, 1998, p. 40, emplea el término “objeto de sanción”.

ver si los actos preparatorios recogidos en la norma tienen una relación tal con un acto terrorista violento que constituyan ya de por sí un injusto independiente merecedor de pena.

5.2. El bien jurídico como punto de partida

A primera vista, la idea del bien jurídico no parece ofrecer criterios limitadores para los tipos penales relativos a actos preparatorios. Se dice incluso que la protección de bienes jurídicos favorece una progresiva anticipación de la barrera punitiva dado que, cuanto antes intervenga el Derecho penal en el curso de los acontecimientos ideado, mayor será la protección⁶³. Esta idea pasa por alto, sin embargo, en mi opinión, el efecto primario del Derecho penal sobre una base subjetiva. Sólo el Derecho penal concebido como un medio de intervención demanda una cada vez mayor anticipación. Estas tendencias expansivas no resultan, sin embargo, insalvables para un Derecho penal que quiere evitar la producción de conductas en el ámbito previo a la lesión debido a su peligrosidad y al hecho de que se consideren merecedoras de pena. La intimidación psicológica fracasa incluso en el plano teórico cuando existe una anticipación sin fronteras respecto del punto de partida. La función limitadora de la idea del bien jurídico se encuentra, en un primer nivel, en la necesidad de encontrar un bien jurídico concreto, con contornos claros, y con un contenido suficiente.

La seguridad o la sensación de seguridad no pueden configurar un bien jurídico de estas características⁶⁴. La seguridad no es el objetivo de la actuación del Derecho penal, sino una forma de producir un efecto preventivo en sí, en tanto en cuanto se trata, en última instancia, de la confianza en la validez de la norma. Querer garantizar la seguridad global de las personas a través del Derecho penal supone no solo desconocer los contextos sociales de sensación de seguridad y discurso sobre la seguridad, sino también arrebatarle al Derecho penal uno de sus elementos delimitadores, el bien jurídico, que sería sustituido por un "comodín" sin contornos claros e imponderable⁶⁵.

5.3. El contexto de peligrosidad

Una vez identificado un bien jurídico objeto de protección, han de concretarse los presupuestos del contexto de peligrosidad del acto preparatorio. En este sentido, debe existir una conexión suficiente con una lesión a bienes jurídicos, dado que la prohibición de conductas no peligrosas para bienes jurídicos no puede servir a su protección.

⁶³ JAKOBS, *ZStW* 97, 1985, pp. 752 y ss.; cfr. también CANCIO MELIÁ, en PAWLIK/ZACZYK (eds.), *FS-Jakobs*, 2007, pp. 41 y s.

⁶⁴ BLOY, «Möglichkeiten und Grenzen der Gewährleistung von Sicherheit durch Strafrecht», en BLOY/RACKOW (eds.), *Fragmentarisches Strafrecht*, 2003, pp. 13 y ss.; HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, 2002, p. 287 y ss.; KRÜGER, *Die Entmaterialisierungstendenz beim Rechtsgütsbegriff*, 2000, pp. 165 y ss.; MÜSSIG, *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz*, 1994, pp. 202 y ss. En sentido contrario, defendiendo la seguridad como una posición jurídica digna de protección, KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1988, pp. 286 y s.

⁶⁵ BECK, *Unrechtsbegründung und Vorfeldkriminalisierung*, 1992, p. 96; se hace eco de estas críticas PALAZZO, en SIEBER *et al.* (eds.), *FS-Tiedemann*, 2008, p. 21; cfr. también al respecto RUDOLPHI, «Notwendigkeit und Grenzen einer Vorverlagerung des Strafrechtsschutzes im Kampf gegen den Terrorismus», *ZRP* 1979, p. 216; SCHROEDER, F.-C., *Die Straftaten gegen das Strafrecht*, 1985, p. 14; ZIESCHANG, *Die Gefährdungsdelikte*, 1998, pp. 353 y ss.

a. El contexto de peligrosidad subjetiva

El contexto de peligrosidad subjetiva es el elemento determinante de los delitos consistentes en actos preparatorios en sentido estricto. La conducta penalmente relevante vendría dada, en opinión de un sector de la doctrina, por intervención en el ámbito de organización de terceros. De este modo, el contexto de la planificación resultaría indiferente de cara a la legitimidad de la penalización⁶⁶. Este punto de partida es correcto, en tanto en cuanto se hace eco de la necesidad de un resultado objetivo en relación con el acto preparatorio. Respecto de los delitos que tipifican actos preparatorios en sentido estricto la concurrencia de un resultado de preparación objetivamente mensurable no resulta, sin embargo, suficiente para la punición, exigiéndose que a tal resultado se sume una intención de lesionar –más allá del dolo en relación con el acto preparatorio⁶⁷. Este elemento subjetivo tendría por tanto un efecto legitimador, pero también limitador⁶⁸. La configuración de tal elemento ha de ser exigente, en tanto en cuanto contribuye a la orientación también en lo que respecta a la valoración del contexto objetivo. Este alto grado de exigencia se desprende también de criterios criminológicos, según los cuales lo relevante en lo que respecta a la ejecución del hecho no es tanto su planificación sino, sobre todo, las circunstancias situacionales⁶⁹. Este rol secundario que tendría la planificación determina que vagos propósitos no puedan ser el fundamento de las consecuencias penales.

La planificación del ataque al bien jurídico tiene que tener, en consecuencia, rasgos determinados –especialmente cuando se prepara una actuación propia-, no resultando suficiente que la intención vaya referida a un acto preparatorio posterior⁷⁰. En concordancia con ello, la referencia puramente formal al tipo penal no resultaría suficiente⁷¹. El punto de referencia ha de ser en todo caso material, esto es, una lesión a un bien jurídico. Tratándose de la preparación de un hecho propio es necesario además, que la lesión al bien jurídico se encuentre en el campo de visión del sujeto, es decir que este tenga la intención de realizarla⁷². La “aceptación” o el “tomar en serio” no resultan suficientes para establecer una relación con la acción dañosa más allá de la decisión para llevar a cabo el hecho.

Estos requisitos no se observan respecto de muchos delitos que recogen actos preparatorios, considerándose normalmente suficiente con que concurra dolo eventual en relación con la

⁶⁶ JAKOBS, *ZStW* 97, 1985, pp. 773 y ss.

⁶⁷ Cfr. además SIEBER, *NStZ*, 2009, p 360. Tampoco respecto de las acciones preparatorias se ve debilitada la confianza en la norma únicamente a través de actos cognoscibles hacia el exterior, sino también en conexión con la intención que hay detrás, que se encuentra orientada hacia el futuro. Si se considera que la intención de llevar a cabo una lesión futura a un bien jurídico es irrelevante, para castigar penalmente habría que ampliar mucho el ámbito de organización de terceros, o prácticamente habría que renunciar a la penalización de conductas preparatorias que no denotan un contenido social claro, lesivo del derecho a la libertad. En este sentido se manifiesta consecuentemente Jakobs, quien propugna la eliminación de estos tipos penales un Derecho penal del ciudadano (cfr. JAKOBS, *ZStW* 97, 1985, pp. 751 y ss.).

⁶⁸ Cfr. asimismo LAGODNY, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, 1996, p. 207. Algo distinto se desprende únicamente de actos preparatorios en sentido estricto, respecto de los cuales la peligrosidad viene dada ya por la falta de control del curso de los acontecimientos. Se muestra favorable a tener en cuenta el contexto de planificación de cara a la agravación de la pena WEBER, en JESCHECK (ed.), *Die Vorverlagerung der Strafrechtsschutzes durch Gefährdungs- und Unternehmensdelikte*, 1987, p. 15.

⁶⁹ EISENBERG, *Kriminologie*, 6ª ed., 2005, § 54 nm. 3 y ss.

⁷⁰ Vid. también en relación con el § 202c StGB GOECKENJAN, «Auswirkungen des 41. Strafrechtsänderungsgesetzes auf die Strafbarkeit des Phishing», *wistra*, 2009, p. 54.

⁷¹ Cfr. asimismo SIEBER, *NStZ*, 2009, p. 362.

⁷² Así también en parte SIEBER, *NStZ*, 2009, p. 561.

preparación⁷³. Cuando la planificación de un atentado se encuentra en una fase tan temprana que en el momento en que realiza el acto preparatorio el sujeto no persigue cometer el hecho en el futuro, limitándose a pensar en ello, la relación subjetiva con la lesión del bien jurídico sería demasiado vaga para poder castigar.

b. El contexto de peligrosidad subjetiva

En el plano objetivo resulta determinante qué aspectos de la relación externa del acto preparatorio y la lesión al bien jurídico posterior son relevantes. Se trata, por tanto, de conectar el bien jurídico con la estructura del tipo⁷⁴.

De un mero acto preparatorio no se desprende un peligro concreto, inmediato, en tanto en cuanto la posterior lesión al bien jurídico depende de la decisión libre y no siempre predecible del autor. Por este motivo no resulta posible determinar la probabilidad estadística⁷⁵ de que se produzca la lesión del bien jurídico de manera convincente. Una mera relación subjetiva respecto de la posterior acción lesiva no resulta suficiente debiendo, en este sentido, establecerse el límite respecto del Derecho penal de autor, considerado ilegítimo⁷⁶. A pesar de las dificultades que presenta la delimitación⁷⁷, existe unanimidad en afirmar que los meros pensamientos -incluso aquellos orientados a conductas que lesionan bienes jurídicos- no pueden ser objeto de castigo penal.

(i) Requisitos en relación con el contexto de peligrosidad objetivo

(1) Aptitud

El presupuesto mínimo ha de ser, en consecuencia, la aptitud general de la conducta preparatoria descrita en el tipo para causar la posterior lesión de bienes jurídicos. Acciones no aptas no justificarían una punición legítima⁷⁸. Así, procurarse un veneno cuyo efecto no es mortífero no constituiría un acto preparatorio de homicidio. En concordancia con ello, las regulaciones que se limitan a prohibir hacerse con sustancias perjudiciales para la salud no contemplan conductas aptas para poner en peligro el bien jurídico vida, no cumpliendo, por tanto, los requisitos aquí exigidos⁷⁹.

⁷³ Se hace eco de ello en relación con el § 89a StGB asimismo ZÖLLER, *Terrorismusstrafrecht*, 2009, pp. 575 y s.

⁷⁴ S. HEFENDEHL, «Die Materialisierung von Rechtsgut und Deliktsstruktur», *GA*, 2002, p. 24; en relación con la relevancia del contexto de imputación *vid.* también VON HIRSCH, «Rechtsgutstheorie und Deliktsstruktur: Eine Annäherung von drei Seiten, (der Rechtsgutsbegriff und das "Harm Principle")», *GA*, 2002, pp. 9 y ss.

⁷⁵ MIR PUIG, «Untauglicher Versuch und statistische Gefährlichkeit im neuen spanischen Strafgesetzbuch», en SCHÜNEMANN *et al.* (eds.), *FS-Roxin*, 2001, pp. 729 y ss.

⁷⁶ *Vid.* BVerfG, *NJW*, 2010, p. 51; igualmente GRECO, «Strafbarer Drogenbesitz, Privatsphäre, Autonomie», en HEFENDEHL (ed.), *Grenzenlos Vorverlagerung des Strafrechts?*, 2010, pp. 81 y s.; HIRSCH, «Tatstrafrecht - ein hinreichend beachtetes Grundprinzip?», en PRITTWITZ *et al.* (eds.), *FS-Lüderssen*, 2002, pp. 253 y ss.; HOYER, *Die Eignungsdelikte*, 1987, pp. 53 y s.; SPENDEL, «Kritik der subjektiven Versuchstheorie», *NJW*, 1965, p. 1882; en relación con el peligro de llegar a un Derecho penal de autor a partir del descuido respecto de las exigencias en relación con el tipo objetivo, WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11ª ed., 1969, p. 80.

⁷⁷ Sobre esta cuestión HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, 2002, p. 348.

⁷⁸ Cfr. asimismo NEUHAUS, *Die strafbare Deliktstvorbereitung unter besonderer Berücksichtigung des § 234a Abs. 3 StGB*, 1993, pp. 83 y ss.

⁷⁹ También PAEFFGEN, en KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFGEN (eds.), *Nomos Kommentar*, t. I, 3ª ed., 2010, § 89a, nm. 33; ZÖLLER, *Terrorismusstrafrecht*, 2009, pp. 567 y s.

Tales conductas podrían, como mucho, tenerse en cuenta en algunos casos a través de la regulación de la tentativa, cuando concurre la voluntad del autor en ese sentido –por ejemplo, hacerse con levadura pensando que se trata de un veneno con el que se puede causar la muerte de varias personas.

(2) El actuar preparatorio típico

Un Derecho penal del hecho orientado al bien jurídico, respetuoso con el principio constitucional *nullum crimen sine lege* y con el mandato de determinación⁸⁰, exige además, una conducta establecida previamente cargada de significado que produzca la puesta en peligro de un bien jurídico en un sentido objetivo⁸¹. Desde esa perspectiva parece obligado exigir algo más que la mera aptitud como elemento objetivo del tipo⁸², debiendo incluirse un elemento valorativo, que introduzca determinadas relaciones de aptitud ya en la descripción del tipo. Se trata de la normativización de aquellos modos de actuar objetivos que son típicamente preparatorios de las conductas lesivas para los bienes jurídicos⁸³. De ellos debe desprenderse un contexto de peligro orientado al bien jurídico –un incremento del riesgo– suficiente, en conexión con la intención de lesionar⁸⁴. Si no se supera este umbral, la amenaza penal no constituiría la reacción adecuada por parte del Estado.

Los requisitos exigidos para que pueda considerarse que una conducta supone preparación de una lesión al bien jurídico típica y merecedora de pena van, por tanto, más allá de la exigencia de la aptitud, resultando decisivas consideraciones de orden normativo. Así, ha de producirse una modificación en el mundo externo sin que esta pueda tener por objeto la preparación de una lesión a un bien jurídico punible y a la vez otros fines (legales). Un programa de ordenador que permite escanear billetes sirve igualmente para grabar un video familiar, no constituyendo, en consecuencia, un instrumento típico de falsedad⁸⁵.

⁸⁰ Cfr. ROXIN, AT, t. I, 4ª ed., 2006, § 6, nm. 2.

⁸¹ También POPP, GA, 2008, p. 388; igualmente HOYER, *Die Eignungsdelikte*, 1987, pp. 55 y s., para quien la idoneidad ha de entenderse en el sentido de una peligrosidad intrínseca específica.

⁸² Asimismo WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, 2000, p. 335.

⁸³ En este sentido en el ámbito de los delitos de peligro abstracto BVerfGE 90, 145 (09.03.1994) (existe un voto particular de GRABHOF, 199, 205). En relación a los requisitos del tipo objetivo: respecto del delito de traición *vid.* FEUERBACH, *Kritik des Kleinschrodtschen Entwurfs zu einem peinlichen Gesetzbuche für die Chur-Pfalz-Bayrischen Staaten*, 1804, reimpresión 1988, pp. 33 y s.; *vid.* además HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, 2002, pp. 344 y ss., que habla de un contexto relativo al bien jurídico funcional en relación con los delitos que sirven a la protección del Estado; en profundidad también NEUHAUS, *Die strafbare Deliktsvorbereitung unter besonderer Berücksichtigung des § 234a Abs. 3 StGB*, 1993, pp. 109 y ss.

⁸⁴ Cfr. al respecto SCHROEDER, F.-C., *Schutz von Staat und Verfassung im Strafrecht*, 1970, p. 298; acerca de la necesidad de que la conducta incriminada “lleve aparejada su propia peligrosidad” WEBER, en JESCHECK (ed.), *Die Vorverlagerung der Strafrechtsschutzes durch Gefährdungs- und Unternehmensdelikte*, 1987, p. 31; GYÖRGYI, «Die Vorverlegung des Strafrechtsschutzes durch Gefährdungs- und Unternehmensdelikte im ungarischen Strafrecht», en JESCHECK (ed.), *Die Vorverlagerung der Strafrechtsschutzes durch Gefährdungs- und Unternehmensdelikte*, 1987, p. 108; cfr. en relación con el § 202c StGB también POPP, GA, 2008, p. 390; DUTTGE, en HEINRICH *et al.* (eds.), *FS-Weber*, 2004, pp. 302 y s., 305, parte de la base de que la peligrosidad para el bien jurídico ha de darse exclusivamente a partir del acontecimiento objetivo.

⁸⁵ ERB, en JOECKS/MIEBACH (eds.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. 2/2, 2005, § 149, nm. 3; a favor de exigir al menos que se trate de una parte separable del programa también FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze Kommentar*, 57ª ed., 2010, § 149 nm. 3; STREE/STERNBERG-LIEBEN, en SCHÖNKE/SCHRÖDER (eds.), *Strafgesetzbuch Kommentar*, 27ª ed., 2006, § 149, nm. 3.

Lo mismo sucede con la acumulación de importantes cantidades de activos que, en contra de lo que establece la regulación alemana, no puede castigarse con una pena incluso aunque se tenga la intención de emplear ese dinero en atentados terroristas⁸⁶.

Contra la tipificación cabe añadir otro argumento, como es la necesidad de tener en cuenta los intereses legítimos del individuo de llevar a cabo la conducta sancionada⁸⁷. En los delitos que tipifican actos preparatorios en sentido estricto, la relación subjetiva con una lesión a un bien jurídico posterior haría decaer un interés legítimo de la persona que actúa. No obstante, los intereses de las personas que llevan a cabo estas conductas, al margen de la intención que tengan, han de ser tomados en consideración en abstracto, en tanto en cuanto la propia conducta objetiva podría acarrear el inicio de actuaciones por parte de la policía y la Fiscalía que inciden de manera agresiva en la esfera del sujeto. La autorización para vigilar a musulmanes que están aprendiendo a volar, que podría desprenderse de una interpretación amplia –basada en la sospecha– del § 89 a StGB, no puede acabar siendo la consecuencia procesal de un Derecho penal prácticamente ilimitado.

(ii) Necesidad de anticipación

Un contexto de peligrosidad objetiva así concebido ofrece asimismo la base necesaria, si bien no suficiente, para que opere el principio de proporcionalidad a la hora de decidir acerca de la necesidad de aplicar una pena.

La punición no será necesaria en relación con un delito relativo a actos preparatorios cuando tal acto preparatorio tenga un significado secundario en el conjunto global del hecho. El significado habrá de determinarse con base en criterios valorativos objetivos tomando como referencia un curso de acontecimientos típico. De esta forma, puede que el acto preparatorio se encuentre muy próximo a la tentativa punible⁸⁸, siendo muy alta la posibilidad de que desemboque en ella. Igualmente resulta relevante si tal preparación requiere de un esfuerzo no desdeñable, lo que facilitaría la conducta lesiva de manera considerable y haría más probable que la misma se lleve a cabo. Si el significado del acto preparatorio es escaso, una protección a través del Derecho penal resultaría igualmente efectiva cuando se reaccionara frente a conductas posteriores o frente a otras conductas decisivas. De este modo, leer o descargarse instrucciones para la fabricación de bombas a través de internet (§ 91 I Nr. 2 StGB) es un paso poco significativo si se contempla la generalidad de actos hasta el atentado. Ulteriores pasos, con mucha mayor relevancia, serían hacerse con los materiales para el montaje de la bomba o dejar listo el explosivo.

Para determinar la necesidad ha de tenerse en cuenta también lo que dice la experiencia en lo que atañe a la relevancia de la planificación del hecho y a las influencias situacionales respecto de delitos concretos. Así, el escaso significado de la preparación de una conducta que tiene por objeto lesionar a una persona en comparación con el significado de las circunstancias que se dan en el momento del hecho hace que la punibilidad de la preparación quede excluida por regla

⁸⁶ Se muestra crítico igualmente DECKERS/HEUSEL, «Strafbarkeit terroristischer Vorbereitungshandlungen – rechtsstaatlich nicht tragbar», *ZRP*, 2008, p. 171; PAEFFGEN, en KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFGEN (eds.), *Nomos Kommentar*, t. I, 3ª ed., 2010, § 89a, nm. 51 y ss.

⁸⁷ SCHÜNEMANN, GA, 1995, p. 213; cfr. también SIEBER, *NStZ*, 2009, p. 358.

⁸⁸ Vid. asimismo COPIC, *Grundgesetz und politisches Strafrecht neuer Art*, 1967, pp. 216 y s., quien sin embargo aprecia en ello un rasgo delimitador respecto del Derecho penal de autor.

general.

(iii) Contextos de peligro modificados y posibilidades de esclarecimiento de los hechos

Los contextos de peligro modificados y las posibilidades de esclarecer los hechos no pueden, sin embargo, dejarse de lado. Si, a modo de ejemplo, se toma en consideración el conjunto de actos que determinan el prototipo de robo en casa habitada en lo que respecta a la realización del tipo, hacerse con herramientas para forzar la puerta constituiría un primer paso poco esencial en comparación con la propia entrada en la casa. Lo decisivo sería que está por venir una conducta que requiere más esfuerzo, implica un riesgo y en la que el sujeto ha de vencer normalmente un obstáculo psicológico⁸⁹. La cosa sería distinta quizás respecto de la conducta de hacerse con un programa de ordenador cuyo objeto es típicamente procurar el acceso no autorizado a datos personales protegidos. Una vez que tal programa se encuentra en manos de la persona interesada en obtener los datos, el paso concreto de espiar requiere, en relación con la conducta previa, bastante poco esfuerzo⁹⁰ y resulta poco peligroso en tanto que la probabilidad de ser descubierto es mínima⁹¹.

5.4. Ámbito nuclear

Como límite ulterior a la anticipación del Derecho penal se contempla, además, un ámbito de autonomía, un núcleo intocable relativo a la organización de la vida privada⁹². Este ámbito como elemento limitador del Derecho penal tendría, sin embargo, relevancia relativa cuando se toman en serio la protección de bienes jurídicos y los contextos de peligrosidad como presupuestos de legitimidad⁹³. Las conductas que lesionan bienes jurídicos ajenos -o que los pongan en peligro significativo de manera inmediata debido a la falta de control sobre el curso de los acontecimientos- sólo inciden en esta esfera personal íntima, en la que intervención por parte del Estado resulta impensable, en casos absolutamente excepcionales. En mi opinión, lo privada que sea una conducta es, en los supuestos mencionados, más bien un criterio de ponderación, y no constituiría un criterio de exclusión a la hora de decidir si la lesión de un bien jurídico debe ser abordada por el Derecho penal.

Algo distinto resultaría aplicable respecto de los delitos que contemplan actos preparatorios puros, en tanto en cuanto la peligrosidad no se desprende únicamente de la conducta en sí (unida

⁸⁹ Respecto del significado de conductas preparatorias para sortear medidas de protección en el sentido de la UrhG ENTELMANN, *Das Verbot von Vorbereitungshandlungen zur Umgehung technischer Schutzmaßnahmen*, 2009, pp. 27 y s.

⁹⁰ Con una argumentación parecida a favor de la inclusión de programas de ordenador para leer tarjetas bancarias en el tipo penal del § 149 StGB a partir de su consideración de programas aptos para la falsificación de las mismas PUPPE, en KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFGEN (eds.), *Nomos Kommentar*, t. II, 3ª ed., 2010, § 149, nm. 8.

⁹¹ Cabe constatar que también el descubrimiento del acto preparatorio es bastante improbable (HEGHMANN, «Strafbarkeit des "Phishing" von Bankkontendaten und ihrer Verwertung», *wistra*, 2007, p. 170; GOECKENJAN, *wistra*, 2009, p. 55), de manera que la punición del acto preparatorio en este caso no resultaría tampoco apropiado para la protección del bien jurídico.

⁹² GRECO, «Was lässt das Bundesverfassungsgericht von der Rechtsgutslehre übrig? Gedanken anlässlich der Inzestentscheidung des Bundesverfassungsgerichts», en ZIS, 2008, pp. 237 y s.; GRECO, en HEFENDEHL (ed.), *Grenzenlos Vorverlagerung des Strafrechts?*, 2010, pp. 80 y ss.; HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, 2002, p. 106; LAGODNY, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, 1996, pp. 230 y s.

⁹³ Greco, por el contrario, otorga al principio de autonomía un mayor potencial limitador; vid. GRECO, ZIS, 2008, p. 238, y GRECO, en HEFENDEHL (ed.), *Grenzenlos Vorverlagerung des Strafrechts?*, 2010, p. 80.

a la intención de lesionar). De este modo, incluso aquellas conductas que habitualmente sirven a la preparación de una posterior lesión a un bien jurídico pueden pertenecer a este ámbito de autonomía susceptible de protección. En mi opinión, este núcleo ha de ser intocable siempre que no se abandone el mundo de los pensamientos o solamente se haga en el ámbito privado. Esto es así, por ejemplo, cuando se escribe el plan en un papel que no se muestra a otras personas o -todavía más polémico- en relación con el mero aprendizaje de habilidades. En concordancia con ello, ni tomar lecciones de vuelo ni visitar uno de los denominados campos de entrenamiento de terroristas serían, desde mi punto de vista, sancionables penalmente. Esto sería así siempre y cuando se limitara al aprendizaje y no se tratara -como podría ser el supuesto habitual en el segundo ejemplo-, de apoyar grupos terroristas, hacerse con armas, establecer contactos o trazar planes con personas que piensan de la misma manera.

5.5. Estructura de la norma

Por último, me gustaría hacer referencia a las exigencias en lo que respecta a la estructura que ha de tener un tipo penal que castiga actos preparatorios. La tipificación de la conducta en el tipo objetivo ha de corresponderse con el principio de determinación. Tal principio ha de encontrar su reflejo en especial medida en los delitos que tipifican actos preparatorios dado que, al no existir un resultado lesivo, no puede partirse de éste para determinar la punibilidad de la acción. Por este motivo, la referencia a “Quien lleve a cabo tal conducta...”, como es el caso, por ejemplo, en Alemania respecto de algunos tipos penales, resulta insuficiente para describir el tipo⁹⁴. Aquí no hay criterios cognoscibles para el destinatario y para el aplicador de la norma conforme a los cuales orientar el análisis de la conducta objetiva⁹⁵. Desde luego, se puede llevar a cabo una concreción por parte de la jurisprudencia y la doctrina, como incluso ya se ha hecho respecto de algunos tipos que recogen actos preparatorios⁹⁶. No obstante, en relación con nuevos tipos penales, hablar solamente de “preparar”, sin entrar a describir en mayor detalle la conducta no puede resultar, en ningún caso, suficiente⁹⁷.

6. Resumen

Los tipos penales que castigan actos preparatorios pueden ser parte legítima del Derecho penal. El legislador muestra, no obstante, tendencias en este ámbito que entran en contradicción con principios anclados en la Constitución, con desarrollos dogmáticos así como aportaciones del

⁹⁴ En relación con un acto de traición del § 83 StGB, cfr. SCHINDLER, *Die Strafbarkeit der Vorbereitung in rechtsstaatlicher Sicht*, 1969, pp. 88 y ss.; en relación con los intentos de delimitación en relación con el grado de determinación de este tipo penal ya RGSt 5, 60, 68 y ss. (10.10.1881); BGHSt 7, 11 (03.11.1954), HENKE, «Zur Abgrenzung der strafbaren Vorbereitungshandlung beim Hochverrat», *ZStW* 66, 1954, pp. 403 y ss.; WAGNER, «Terrorismus, Hochverrat und Abhörsgesetz», *NJW*, 1980, pp. 914 y ss.

⁹⁵ En este sentido también SCHINDLER, *Die Strafbarkeit der Vorbereitung in rechtsstaatlicher Sicht*, 1969, pp. 95 y ss., para el § 83 StGB.

⁹⁶ De este modo y, por ejemplo, en relación con el elemento “apto para la realización del hecho” contenido en el § 149 I Nr. 1 StGB, éste se interpreta en sentido estricto, esto es, en el sentido de una aptitud específica. Cfr. ERB, en JOECKS/MIEBACH (eds.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. 2/2, 2005, § 149, nm. 3; también FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze Kommentar*, 57^a ed., 2010, § 149 nm. 3; los trabajos parlamentarios apuntaban asimismo en esta dirección, cfr. BT-Drs. 7/550, S. 229.

⁹⁷ En relación con el recurso a la jurisprudencia afianzada como fundamento fiable para llevar a cabo la interpretación BVerfGE 45, 363, 371 y s.; 86, 288, 311.

ámbito de la Criminología. El límite de la legitimidad en estos delitos se encuentra allá donde el Derecho penal se utiliza para conseguir un efecto simbólico y ampliar el ámbito de actuación permitido.

El Derecho penal puede ser empleado en el ámbito previo a la lesión cuando se trata de proteger bienes jurídicos concretos, las conductas preparatorias típicas aparecen unidas a una intención de lesión concreta, se respeta un núcleo privado y cuando las normas son determinadas y observan los principios de culpabilidad y de proporcionalidad. Ello hace necesaria una revisión global de los delitos que contemplan actos preparatorios, así como de la normativa europea en este ámbito.

Bibliografía

Enrique BACIGALUPO (2007), en Michael PAWLIK/Rainer ZACZYK (eds.), *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag*, Colonia, Berlin, München, pp. 1-14.

Markus BADER (2009), «Das Gesetz zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten», *NJW*, pp. 2853-2856.

Wolfgang BECK (1992), *Unrechtsbegründung und Vorfeldkriminalisierung: zum Problem der Unrechtsbegründung im Bereich vorverlegter Strafbarkeit, - erörtert unter besonderer Berücksichtigung der Deliktstatbestände des politischen Strafrechts*, Berlin.

René BLOY (2003), «Möglichkeiten und Grenzen der Gewährleistung von Sicherheit durch Strafrecht», en René BLOY/Peter RACKOW (eds.), *Fragmentarisches Strafrecht*, Francfort del Meno, Berlin, Berna, Bruxelles, Nueva York, Oxford, Viena, pp. 9-27.

Stefan BRAUM (2009), «Europäisches Strafrecht im Fokus konfligierender Verfassungsmodelle. Stoppt das Bundesverfassungsgericht die europäische Strafrechtsentwicklung?», *ZIS*, pp. 427-431.

Manuel CANCIO MELIÁ (2007), «Zum Unrecht der kriminellen Vereinigung - Gefahr und Bedeutung», en Michael PAWLIK/Rainer ZACZYK (eds.), *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag*, Colonia, Berlin, München, pp. 27-52.

— (2008), «Internationalisierung der Kriminalpolitik: Überlegungen zum strafrechtlichen Kampf gegen den Terrorismus», en Ulrich SIEBER/Gerhard DANNECKER/Urs KINDHÄUSER/Joachim VOGEL/Tonio WALTER (eds.), *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht. Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen. Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag*, Colonia, pp. 1489-1502.

— (2009), «Strafrecht und Terrorismus in Spanien Anmerkungen zur Entwicklung der Terrorismusgesetzgebung nach der Diktatur», *JoZG*, pp. 15-20.

— (2010), «Vorverlagerung ohne Ende und Organisationsdelikte», en Roland HEFENDEHL (ed.), *Grenzenlos Vorverlagerung des Strafrechts?*, Berlin, pp. 47-61.

Hans COPIC (1967), *Grundgesetz und politisches Strafrecht neuer Art*, Tubinga.

Rüdiger DECKERS y Johanna HEUSEL (2008), «Strafbarkeit terroristischer Vorbereitungshandlungen - rechtsstaatlich nicht tragbar», *ZRP*, p. 169-173.

Gunnar DUTTGE (2004), «Vorbereitung eines Computerbetruges: auf dem Weg zu einem „grenzenlosen“ Strafrecht», en Bernd HEINRICH/Eric HILGENDORF/Wolfgang MITSCH/Detlev STERNBERG-LIEBEN (eds.), *Festschrift für Ulrich Weber zum 70. Geburtstag*, Bielefeld, pp. 285-310.

Ken ECKSTEIN (2001), *Besitz als Straftat*, Berlin.

Ulrich EISENBERG (2005), *Kriminologie*, 6^a ed., München.

— (2008), *Beweisrecht der StPO*, 6^a ed., München.

Lars ENTELMANN (2009), *Das Verbot von Vorbereitungshandlungen zur Umgehung technischer Schutzmaßnahmen*, Baden-Baden.

Volker ERB (2005), «Comentario al § 149 StGB», en Wolfgang JOECKS/Klaus MIEBACH (eds.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. 2/2, München, pp. 807-812.

Albin ESER (1998), «Verhaltensregeln und Behandlungsnormen - Bedenkliches zur Rolle des Normadressaten im Strafrecht», en Albin ESER/Ulrike SCHITTENHELM/Heribert SCHUMANN (eds.), *Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag*, München, pp. 25-54.

Josef FALKE (2009), «Neue Entwicklungen im Europäischen Umweltrecht», *ZUR*, pp. 275-278.

Paul Johann Anselm VON FEUERBACH (1804), *Kritik des Kleinschrodischen Entwurfs zu einem peinlichen Gesetzbuche für die Chur-Pfalz-Bayrischen Staaten*, reimpresión 1988, Dritter Teil, Gießen.

— (1812), *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 5^a ed., Gießen.

Thomas FISCHER (2010), *Strafgesetzbuch und Nebengesetze Kommentar*, 57^a ed., München.

Ingke GOECKENJAN (2009), «Auswirkungen des 41. Strafrechtsänderungsgesetzes auf die Strafbarkeit des Phishing», *wistra*, pp. 47-55.

Luís GRECO (2008), «Was lässt das Bundesverfassungsgericht von der Rechtsgutslehre übrig? Gedanken anlässlich der Inzestentscheidung des Bundesverfassungsgerichts», *ZIS*, pp. 234-238.

— (2010), «Strafbarer Drogenbesitz, Privatsphäre, Autonomie», en Roland HEFENDEHL (ed.), *Grenzenlos Vorverlagerung des Strafrechts?*, Berlin, pp. 73-88.

Kálmán GYÖRGYI, «Die Vorverlegung des Strafrechtsschutzes durch Gefährdungs- und Unternehmensdelikte im ungarischen Strafrecht», en Hans-Heinrich JESCHECK (ed.), *Die Vorverlagerung der Strafrechtsschutzes durch Gefährdungs- und Unternehmensdelikte*, Berlin, New York, pp. 97-124.

Winfried HASSEMER (1992), «Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts», *ZRP*, pp. 378-383.

Winfried HASSEMER y Ulfried NEUMANN (2010), «Comentario al antes de § 1 StGB», en Urs KINDHÄUSER/Ulfried NEUMANN/Hans-Ullrich PAEFFGEN (eds.), *Nomos Kommentar*, t. I, 3ª ed., Baden-Baden, pp. 71-160.

Roland HEFENDEHL (2002), *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, Colonia, Berlin, Bonn, München.

— (2002), «Die Materialisierung von Rechtsgut und Deliktsstruktur», *GA*, pp. 21 a 28.

— (2010), «Über die Pönalisierung des Neutralen - zur Sicherheit», en Roland HEFENDEHL (ed.), *Grenzenlos Vorverlagerung des Strafrechts?*, Berlin, pp. 89-105.

Michael HEGHMANN (2007), «Strafbarkeit des "Phishing" von Bankkontendaten und ihrer Verwertung», *wistra*, pp. 167-170.

Günter HENCKE (1954), «Zur Abgrenzung der strafbaren Vorbereitungshandlung beim Hochverrat», *ZStW* 66, pp. 390-407.

Andrew VON HIRSCH (2002), «Rechtsgutstheorie und Deliktsstruktur: Eine Annäherung von drei Seiten, (der Rechtsgutsbegriff und das "Harm Principle")», *GA*, pp. 2-14.

Hans Joachim HIRSCH (2002), «Tatstrafrecht - ein hinreichend beachtetes Grundprinzip?», en Cornelius PRITTWITZ/Michael BAURMANN/Klaus GÜNTHER/Lothar KUHLEN/Reinhard MERKEL/Cornelius NESTLER/Lorenz SCHULZ (eds.), *Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag*, Baden-Baden, pp. 253-267.

— (2008), «Systematik und Grenzen der Gefahrdelikte», en Ulrich SIEBER/Gerhard DANNECKER/Urs KINDHÄUSER/Joachim VOGEL/Tonio WALTER (eds.), *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht. Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen. Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag*, Colonia, pp. 145-164.

Andreas HOYER (1987), *Die Eignungsdelikte*, Berlin.

Günther JAKOBS (1985), «Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung», *ZStW* 97, pp. 751-785.

Armin KAUFMANN (1983), *Aufgabe des Strafrechts*, Opladen.

Urs KINDHÄUSER (1988), *Gefährdung als Straftat*, Francfort del Meno.

Dietrich KRATZSCH (1985), *Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht*, Berlin.

Matthias KRÜGER (2000), *Die Entmaterialisierungstendenz beim Rechtsgutsbegriff*, Berlin.

Lothar KUHLEN (1986), «Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerunreinigung (§ 324 StGB)», *GA*, pp. 389-408.

Karl LACKNER (1967), *Das konkrete Gefährdungsdelikt im Verkehrsstrafrecht*, Berlin.

Otto LAGODNY (1996), *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, Tubinga.

Franz VON LISZT (1905), *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge. I Band. 1875 - 1891*, Guttentag, Berlin.

Santiago MIR PUIG (2001), «Untauglicher Versuch und statistische Gefährlichkeit im neuen spanischen Strafgesetzbuch», en Bernd SCHÜNEMANN/Hans ACHENBACH/Wilfried BOTTKÉ/Bernhard HAFFKE/Hans-Joachim RUDOLPHI (eds.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag*, Berlin, Nueva York, pp. 729-748.

Theodor MOMMSEN (1899), *Römisches Strafrecht*, Leipzig.

Bernd J. A. MÜSSIG (1994), *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz*, Francfort del Meno, Berlin, Berna, Nueva York, Paris, Viena.

Heike NEUHAUS (1993), *Die strafbare Deliktvoorbereitung unter besonderer Berücksichtigung des § 234a Abs. 3 StGB*, Francfort del Meno, Berlin, Berna, Nueva York, Paris, Viena.

Heribert OSTENDORF (2010), *Comentario al § 129 StGB*, en Urs KINDHÄUSER/Ulfried NEUMANN/Hans-Ullrich PAEFFGEN (eds.), *Nomos Kommentar*, t. I, 3ª ed., Baden-Baden, pp. 3140-3154.

Harro OTTO (1994), «Der Mißbrauch von Insider-Informationen als abstraktes Gefährdungsdelikt», en Bernd SCHÜNEMANN/Carlos SUÁREZ GONZÁLEZ (eds.), *Bausteine des Europäischen Wirtschaftsstrafrechts, Madrid-Symposium für Klaus Tiedemann*, Colonia, Berlin, Bonn, Múnich, pp. 447-462.

Hans-Ullrich PAEFFGEN (1995), «“Verpolizeilichung“ des Strafprozesses – Chimäre oder Gefahr?», en Jürgen WOLTER (ed.), *Zur Theorie und Systematik des Strafprozessrechts*, Neuwied, Kriftel, Berlin, pp. 13-47.

— (2010), *Comentario al § 89a StGB*, en Urs KINDHÄUSER/Ulfried NEUMANN/Hans-Ullrich PAEFFGEN (eds.), *Nomos Kommentar*, t. I, 3ª ed., Baden-Baden, pp. 2720-2755.

Francesco PALAZZO (2008), «Feindstrafrecht, Strafrecht und Verfassung», en Ulrich SIEBER/Gerhard DANNECKER/Urs KINDHÄUSER/Joachim VOGEL/Tonio WALTER (eds.), *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht. Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen. Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag*, Colonia, pp. 15-28.

Walter PERRON (1998), «Hat die deutsche Straftatsystematik eine europäische Zukunft?», en Albin ESER/Ulrike SCHITTENHELM/Heribert SCHUMANN (eds.), *Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag*, München, pp. 227-247.

Winfried PLATZGUMMER (1987), «Die Vorverlegung des Strafrechtsschutzes durch Gefährdungs- und Unternehmensdelikte im österreichischen Strafrecht», en Hans-Heinrich JESCHECK (ed.), *Die Vorverlagerung der Strafrechtsschutzes durch Gefährdungs- und Unternehmensdelikte*, Berlin, New York, pp. 37-55.

Andreas POPP (2008), «§ 202c StGB und der neue Typus des europäischen Software-Delikts», *GA*, pp. 375-393.

Ingeborg PUPPE (2010), «Comentario al § 149 StGB», en Urs KINDHÄUSER/Ulfried NEUMANN/Hans-Ullrich PAEFFGEN (eds.), *Nomos Kommentar*, t. II, 3ª ed., Baden-Baden, pp. 43-47.

Jens PUSCHKE (2006), *Die kumulative Anordnung von Informationsbeschaffungsmaßnahmen im Rahmen der Strafverfolgung*, Berlin.

Claus ROXIN (2006), *Strafrecht Allgemeiner Teil. Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4ª ed., München.

— (2009), «Strafe und Strafzwecke in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts», en Winfried HASSEMER/Eberhard KEMPF/Sergio MOCCIA (eds.), *In dubio pro libertate: Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag*, München, pp. 601-616.

Hans-Joachim RUDOLPHI (1978), «Verteidigerhandeln als Unterstützung einer kriminellen oder terroristischen Vereinigung i.S. der §§ 129 und 129a StGB», en Wolfgang FRISCH/Werner SCHMID (eds.), *Festschrift für Hans-Jürgen Bruns zum 70. Geburtstag*, Köln, pp. 315-338.

— (1979), «Notwendigkeit und Grenzen einer Vorverlagerung des Strafrechtsschutzes im Kampf gegen den Terrorismus», *ZRP*, pp. 214-221.

— (1984), «Der Zweck staatlichen Strafrechts und die strafrechtlichen Zurechnungsformen», en Bernd SCHÜNEMANN (ed.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, Berlin, Nueva York, pp. 69-84.

Hans-Joachim RUDOLPHI y Ulrich STEIN, «Comentario al § 129 StGB» [N.T.: la última actualización es la núm. 63, del mes de marzo], en Hans-Joachim RUDOLPHI/Eckhard HORN/Hans-Ludwig GÜNTHER (eds.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, tomo II, 8ª ed., München, Unterschleißheim, pp. 1-33.

Werner SCHINDLER (1969), *Die Strafbarkeit der Vorbereitung in rechtsstaatlicher Sicht*, Francfort del Meno.

Friedrich-Christian SCHROEDER (1970), *Schutz von Staat und Verfassung im Strafrecht*, München.

— (1985), *Die Straftaten gegen das Strafrecht*, Berlin, Nueva York.

— (2007), «Besitz als Straftat», *ZiS*, pp. 444-449.

Bernd SCHÜNEMANN (1975), «Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte», *JA*, pp. 787-798.

— (1984), «Die Funktion des Schuldprinzips im Präventionsstrafrecht», en Bernd SCHÜNEMANN (ed.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, Berlin, Nueva York, pp. 153-195.

— (1995), «Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft», *GA*, pp. 212-229.

— (1999), «Polizei und Staatsanwaltschaft. Die deutsche Polizei als Gehilfe der Staatsanwaltschaft: Struktur, Organisation und Tätigkeiten (I)», *Kriminalistik*, pp. 74-79.

— (2003), «Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen der Straftatbestände und ihrer Interpretation», en Roland HEFENDEHL/Andrew VON HIRSCH/Wolfgang WOHLERS (eds.), *Die Rechtsgutstheorie*, Baden-Baden, pp. 133-154.

— (2009), «Spät kommt ihr, doch ihr kommt: Glosse eines Strafrechtlers zur Lissabon-Entscheidung des BVerfG», *ZIS*, pp. 393-396.

Ulrich SIEBER (2007), «Grenzen des Strafrechts», *ZStW* 119, pp. 1-68.

— (2009), «Legitimation und Grenzen von Gefährdungsdelikten im Vorfeld von terroristischer Gewalt - Eine Analyse der Vorfeldtatbestände im „Entwurf eines Gesetzes zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten“», *NStZ*, pp. 353-364.

Jesús María SILVA SÁNCHEZ (2003), *Die Expansion des Strafrechts*, Francfort del Meno.

Tobias SINGELNSTEIN y Peer STOLLE (2008), *Die Sicherheitsgesellschaft*, 2ª ed., Wiesbaden.

Michael SOINÉ (2007), «Erkenntnisverwertung von Informanten und V-Personen der Nachrichtendienste in Strafverfahren», *NStZ*, pp. 247-253.

Günter SPENDEL (1965), «Kritik der subjektiven Versuchstheorie», *NJW*, pp 1881-1888.

Walter STREE y Detlev STERNBERG-LIEBEN (2006), «Comentario al § 149», en Adolf SCHÖNKE/Horst SCHRÖDER (eds.), *Strafgesetzbuch Kommentar*, 27ª ed., München, pp. 1402-1405.

Petra VELTEN (2009), «Organisationsdelikte haben Konjunktur: Eine moderne Form der Sippenhaftung? Banken und Tierschützer vor Gericht», *JSt*, pp. 55-63.

Joachim VOGEL (1995), «Wege zu europäisch-einheitlichen Regelungen im Allgemeinen Teil des Strafrechts», *JZ*, pp. 331-341.

— (2002), «Europäische Kriminalpolitik - europäische Strafrechtsdogmatik», en *GA*, pp. 518-534.

Joachim WAGNER (1980), «Terrorismus, Hochverrat und Abhörergesetz», *NJW*, pp. 913-920.

Detlef WASSER y Alexander PIASZEK (2008), «Staatsschutzstrafrecht in Bewegung?», *DRiZ*, pp. 315-320.

Ulrich WEBER (1987), «Die Vorverlegung des Strafrechtsschutzes durch Gefährdungs- und Unternehmensdelikte», en Hans-Heinrich JESCHECK (ed.), *Die Vorverlagerung der Strafrechtsschutzes durch Gefährdungs- und Unternehmensdelikte*, Berlin, New York, pp. 1-36.

Bettina WEIßER (2009), «Über den Umgang des Strafrechts mit terroristischen Bedrohungslagen», *ZStW* 121, pp. 131-161.

Hans WELZEL (1969), *Das Deutsche Strafrecht*, 11^a ed., Berlin.

Edda WEBLAU (1989), *Vorfeldermittlungen - Probleme der Legalisierung „vorbeugender Verbrechensbekämpfung“ aus strafprozessualer Sicht*, Berlin.

Wolfgang WOHLERS (2000), *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts - zur Dogmatik moderner Gefährdungsdelikte*, Berlin.

JÜRGEN WOLTER (2004), en Klaus ROGALL/Ingeborg PUPPE/Ulrich STEIN/Jürgen WOLTER (eds.), *Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag*, Neuwied, pp. 733-748.

Frank ZIESCHANG (1998), *Die Gefährdungsdelikte*, Berlin.

Mark ZÖLLER (2009), *Terrorismusstrafrecht*, Heidelberg.

Tabla de jurisprudencia citada

Del *Reichsgericht* (TS alemán del Reich):

Tribunal, Referencia y Fecha
<i>RGSt 5, 60, de 10.10.1881</i>

Del *Bundesgerichtshof* (TS alemán):

Tribunal, Referencia y Fecha
<i>BGHSt 7, 11, de 03.11.1954</i>

Del *Bundesverfassungsgericht* (TC alemán):

Tribunal, Referencia y Fecha
<i>BVerfGE 6, 389, de 10.05.1957</i>
<i>BVerfGE 25, 269, de 26.02.1969</i>
<i>BVerfGE 27, 18, de 16.07.1969</i>
<i>BVerfGE 35, 1, de 27.03.1973</i>
<i>BVerfGE 39, 1, de 25.02.1975</i>
<i>BVerfGE 45, 187, de 21.06.1977</i>
<i>BVerfGE 88, 203, de 28.05.1993</i>
<i>BVerfGE 90, 145, de 09.03.1994</i>