

ARTÍCULOS

¿QUÉ ES DERECHO PENAL DE LA ACTITUD INTERNA
[GESINNUNGSSTRAFRECHT]? CONSIDERACIONES A PROPÓSITO DEL §
89A, AP. 2A, STGB* / **

Kai AMBOS*** y Peter RACKOW****

Fecha de recepción: 2.º de junio de 2021

Fecha de aceptación: 15 de octubre de 2021

Resumen

SANCINETTI sostiene una concepción del injusto explícitamente subjetivista,¹ como la representada en Alemania especialmente por Armin KAUFMANN, ZIELINSKI y STRUENSEE.² Consecuentemente,

* Título original: “Was ist Gesinnungsstrafrecht? Überlegungen unter Berücksichtigung des § 89a Abs. 2a, StGB”, publicado en HILGENDORF/LERMAN/CÓRDOBA (eds.), *Brücken bauen. Festschrift für Marcelo Sancinetti zum 70. Geburtstag*, Berlín, Duncker & Humblot, 2020, p. 19-36. Traducción a cargo de Ricardo Robles Planas (Universidad Pompeu Fabra).

** De modo similar a como lo hace el art. 575.3, CP español, el § 89a ap. 2a, StGB castiga a quien con la finalidad de capacitarse para cometer un delito de terrorismo se traslade o se establezca en un territorio extranjero. Ambos preceptos tienen su origen en la Directiva 2017/541/UE [N. de T.].

*** Catedrático de Derecho Penal y Procesal Penal, Derecho Penal Internacional, Derecho Comparado e Internacional en la Georg-August-Universität Göttingen, Juez en el Tribunal Especial de Kosovo, en La Haya, y asesor (*amicus curiae*) de la Jurisdicción Especial para la Paz de Colombia.

**** Profesor extraordinario, Institut für Kriminalwissenschaften, Georg-August-Universität Göttingen.

¹ Cfr. en particular, SANCINETTI, *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa. Una investigación sobre la fundamentación del ilícito en Jakobs*, Bogotá, Temis, 1995; aquí se cita la traducción alemana: *Subjektive Unrechtsbegründung und Rücktritt vom Versuch. Zugleich eine Untersuchung der Unrechtslehre von Günther Jakobs*, Köln y otras, Carl Heymann, 1995; cfr. también, ÍDEM, *Teoría del delito y disvalor de acción*, Buenos Aires, Hammurabi, 2001 [1991] (Fundamentación de una concepción del injusto personal orientada al desvalor de la acción).

² Cfr. KAUFMANN, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, Gotinga, Schwartz & Co., 1954; ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgswert im Unrechtsbegriff. Untersuchungen zur Struktur von Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluss*, Berlín, Duncker & Humblot, 1973; ÍDEM, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito. Análisis de la estructura de la fundamentación y exclusión del ilícito* (trad. Marcelo A. SANCINETTI), Buenos Aires, Hammurabi, 1990. Véase, además, la traducción de SANCINETTI del comentario de ZIELINSKI a los §§ 15-16, StGB en el AK-StGB. ZIELINSKI, *Dolo e imprudencia. Comentario a los §§ 15 y 16 del Código Penal alemán* (trad. Marcelo A. SANCINETTI), Buenos Aires, Hammurabi, 2003; STRUENSEE, “Versuch und Vorsatz”, en DORNSEIFER et al. (eds.), *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Colonia y otras, Carl Heymann, 1989, pp. 523 ss., así como, ÍDEM, “Verursachungsvorsatz und Wahnkausalität”, en *ZStW*, vol. 102, n.º 1, 1990, p. 21. (Existe una versión en español, ÍDEM, *Dolo, tentativa y delito putativo* [trad. Marcelo A. SANCINETTI], Buenos Aires, Hammurabi, 2003).

lo característico de su sistema es la atención que se presta a la captación *cognitiva* del *riesgo*³ (no permitido) por parte del autor, lo que marca el umbral de la punibilidad,⁴ de modo que la decisión (*cognitiva*) irrevocable que subyace a toda tentativa acabada, p. ej., de producir la muerte de otra persona, constituye un “quebrantamiento perfecto” de la prohibición de matar.⁵ En este contexto, como veremos más adelante,⁶ se ha pronunciado también sobre el Derecho penal de la actitud interna. Albergamos por ello la esperanza de que las consideraciones que siguen sean de su interés y se las dedicamos tras décadas de amistad.

Palabras clave: *Derecho penal de la actitud interna – actitud interna – Derecho penal del hecho – Derecho penal del pensamiento – función del Derecho penal – función de la pena*

Title: *What is the meaning of 'criminal law of the internal attitude' [Gesinnungsstrafrecht]?*

Abstract

³ SANCINETTI, “‘Dolus generalis’ und ‘strafrechtliches Glück’”, en SCHÜNEMANN / ACHENBACH / BOTTKE / HAFFKE / RUDOLPHI (eds.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, Berlín, De Gruyter, 2001, p. 349 (356 s.): “Si se otorga relevancia constitutiva al elemento de la ‘voluntad’ en el dolo, ello implica una comprensión del dolo como ‘mala voluntad’ lo que debe rechazarse como reliquia de un Derecho penal de la actitud interna. Lo decisivo es solo el conocimiento de un riesgo relevante”. SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, supra nota 1, p. 92: “En la común tendencia a ver una mayor gravedad del dolo directo, sobre el eventual, sí es manifiesta la influencia de un derecho penal de ánimo, porque la ‘decisión de acción’, como tal, debería ser lo decisivo; y no el mayor o menor *deseo* en los resultados de la *decisión*” (bastardillas en el original).

⁴ SANCINETTI, *Subjektive Unrechtsbegründung und Rücktritt vom Versuch*, supra nota 1, p. 43: “El Derecho penal puede abarcar toda decisión de la voluntad tan pronto como posea el significado, conforme a la representación del autor, de ser una arrogación actual de un ámbito de organización ajeno (*in maleficiis voluntas spectatur, non exitus*)”. Sin embargo, ello no supone una forma de Derecho penal de autor puesto que la decisión de la voluntad no se asocia a una expresión de la personalidad, sino a una decisión de hacer algo peligroso (cfr. SANCINETTI, supra nota 3). Cfr. aquí también SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, supra nota 1, p. 94: “Naturalmente, una teoría del ilícito circunscripta al disvalor de acción (entendido como disvalor de la voluntad de realización) no solo ofrecería ya un *handicap* imposible de superar, sino que sería además equivocada (conceptualmente) y peligrosa (políticamente), si identificara la *decisión de voluntad*, como concordante con la acción prohibida, o distinta a esta, según cómo fuera la *personalidad del autor*” (bastardillas en el original).

⁵ Cfr. SANCINETTI, *Subjektive Unrechtsbegründung und Rücktritt vom Versuch*, supra nota 1, p. 66; SANCINETTI, “Der Handlungsunwert als Grundlage einer rationalen Strafrechtsdogmatik”, en *GA*, n.º 6, 2016, pp. 411 (421): “(...) a partir de cierto estadio de desarrollo o se produce la consumación [...] o no, sin que pueda atribuirse esta diferencia a la voluntad libre del sujeto”. Por ello desde el punto de vista de SANCINETTI (el que coincide con NINO) una orientación al (injusto del) resultado no es garantía de un Derecho penal liberal. Cfr. SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, supra nota 1, pp. 79 ss., con precisión, p. 86: “(...) no se puede disuadir a otra cosa que a una *decisión de acción*” (bastardillas en el original).

⁶ Cfr. *infra*, texto principal correspondiente a las notas 42 ss., así como SANCINETTI, supra nota 3.

SANCINETTI holds an explicitly subjectivist conception of the crime, as represented in Germany especially by Armin KAUFMANN, ZIELINSKI and STRUIENSEE. Consequently, what is characteristic of his system is the attention paid to the cognitive grasp of the (impermissible) risk by the perpetrator, which marks the threshold of punishability, so that the irrevocable (cognitive) decision underlying every completed attempt, e.g., to cause the death of another person, constitutes a ‘perfect violation’ of the prohibition against killing. In this context, as we shall see below, he has also commented on the so-called criminal law of the internal attitude. We therefore hope that the following considerations will be of interest to him and we dedicate them to him after decades of friendship.

Keywords: criminal law of the internal attitude - internal attitude - criminal law of act - punishment of mere ideas - function of criminal law - justification of punishment

Sumario: I. Consideraciones conceptuales previas; II. Objeciones, reparos, temores; III. Fundamentos jurídico-penales; IV. Consecuencias; V. Bibliografía

I. Consideraciones conceptuales previas

Con la introducción —difícil de datar—⁷ de la actitud interna en el Derecho penal se vuelve imprescindible legitimar y hacer operativo jurídico-penalmente el concepto de *actitud interna*,⁸ un concepto cuyo origen y desarrollo tuvo lugar en el ámbito de la psicología, especialmente, de la filosofía y también del lenguaje cotidiano. En buena medida ello se efectúa al cribar del concepto

⁷ Es difícil afirmar cuándo ocurrió. Sobre ello, SCHMIDHÄUSER alude en su fundamental trabajo “*Gesinnungsmerkmale im Strafrecht*”, a la concepción del Derecho de la “(...) ‘escuela sociológica’”. Cfr. SCHMIDHÄUSER, *Gesinnungsmerkmale im Strafrecht*, Tubinga, Mohr, 1958, p. 1. Cfr., también, al respecto VON LISZT, “La actitud interna delictiva es la antijurídica o, lo que es lo mismo, la actitud interna antisocial”, en VON LISZT, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, t. II, Berlín, 1905 (reimpreso en 1970), y, además, el StGB ha estado trabajando con el concepto de actitud desde sus inicios, así como con la pregunta (ius-)filosófica que está detrás de lo terminológico relativa a “en qué medida el Derecho penal puede abordar la actitud interna del autor”; KELKER, *Zur Legitimität von Gesinnungsmerkmalen im Strafrecht*, Fráncfort del Meno, Vittorio Klostermann, 2007, p. 8, con ulteriores referencias constata “alusiones a la consideración de la actitud interna del autor” ya en la *Constitutio Criminalis Carolina* y en la *Constitutio Bambergensis*. Pasajes muy modernos (como en FEUERBACH o ZACHARIÄ —*infra* nota 31 y 33—) indican que los problemas *materiales* vinculados al concepto de Derecho penal de la actitud interna han estado en el punto de mira de la ciencia desde hace mucho tiempo. Ver, FEUERBACH, *Kritik des Kleinschrodischen Entwurfs zu einem peinlichen Gesetzbuche für die Chur-Pfalz-Bayrischen Staaten*, t. III, Fráncfort del Meno, 1804 (reimpreso en 1988) y ZACHARIÄ, *Die Lehre vom Versuche des Verbrechens*, t. 1, Gotinga, Dieterich, 1836.

⁸ Cfr. al respecto SCHMIDHÄUSER, *supra* nota 7, pp. 24 ss.

aquellos contenidos (propios de ámbitos conceptuales extrapenales) que parecen inadecuados como puntos de anclaje de valoraciones o consecuencias jurídico-penales. Esto sucede, p. ej., al ubicar la forma de ser del autor, su carácter, fuera del concepto jurídico-penal de actitud interna⁹ y, especialmente, al delimitarlo frente a un puro “Derecho penal de los pensamientos”.¹⁰ Además, se realizan repetidos esfuerzos por depurar el elemento de *permanencia*,¹¹ característico del concepto de actitud interna pre-penal, intentándose, de ese modo, que la noción de actitud interna sea adecuada para las valoraciones referidas a *hechos concretos*.¹² Un enfoque completamente diferente,

⁹ Cfr. KELKER, *supra* nota 7, p. 147, con ulteriores referencias.

¹⁰ Cfr. al respecto, p. ej., la distinción entre un Derecho penal de la actitud interna referido al hecho (“*in maleficiis animus*”) y un Derecho penal de la voluntad no referido al hecho (“*in maleficiis voluntas*”) en BETTIOL, “Colpa d’autore e certezza del diritto”, en KAUFMANN/BEMMANN/KRAUSS/VOLK (eds.), *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978*, Múnich, C.H. Beck, 1979, pp. 333-340; sobre ello, también, AMBOS, “Freiheit im Sein als Teil der Persönlichkeit und Grundlage strafrechtlicher Schuld. Zur Schuldelehre von Jorge de Figueiredo Dias”, en GA, n.º 156, 2009, pp. 561-575. Sin embargo, es claro que la terminología y las teorías que se han ido transmitiendo no se manejan de forma uniforme. Así, como se ha visto, SANCINETTI (cfr. *supra* notas 3 s.) entiende la expresión acuñada por el emperador ADRIANO “*in maleficiis voluntas spectatur, non exitus*” (traducción alemana de GLÖCKNER, *Cogitationis poenam nemo patitur. D. 48. 19. 18. zu den Anfängen einer Versuchslehre in der Jurisprudenz der Glossatoren*, Fráncfort del Meno, Klostermann, 1989, p. 47: “bei Missetaten wird auf den Willen geachtet, nicht auf den Erfolg” [“en las malas acciones hay que atender a la voluntad, no al resultado”]) no en el sentido de un Derecho penal de *autor*. SANCINETTI, *Subjektive Unrechtsbegründung und Rücktritt vom Versuch*, *supra* nota 1, p. 41 aclara también que de la frase de ULPIANO (“*cogitationis poenam nemo patitur*”, traducción alemana de GLÖCKNER, *ídem*, *supra* nota 10, p. 47: “[Bloßer] Gedanken Strafe erduldet niemand” [“nadie debe sufrir pena por los —meros— pensamientos”]) solo podría derivarse una “prohibición de valoración referida a aquellos pensamientos sobre los que aún no se ha perdido el control”, alineándose así este planteamiento con el *Rescripto* (“respuesta”) de ADRIANO (así también ya, p. ej., BERNER, p. 269).

¹¹ Paradigmático p. ej. BINDER, “Der juristische und der psychiatrische Maßstab bei der Beurteilung der Tötungsdelikte”, *ZSTR*, vol. 67, 1952, pp. 307-313 (“mantenimiento permanente de la psique”); SCHMIDHÄUSER, *supra* nota 7, p. 69 (“una actitud mental de cierta duración dirigida a la realización de ideales morales”); recientemente TIMM, *Gesinnung und Straftat*, Berlín, Duncker & Humblot, 2012, pp. 18 s. con ulteriores referencias, quien considera como consensuada una comprensión de la actitud interna como “una opinión [*Einstellung*] o postura [*Haltung*] de la persona con respecto a valores sociales” y esta autora define actitud interna como “*postura básica [Grundhaltung] hacia valores... de cierta continuidad pero que según su origen puede ser cambiada mediante un acto de libre voluntad*” (p. 37) (bastardillas en el original).

¹² Al respecto, paradigmático, GALLAS, “Pflichtenkollision als Schuldausschließungsgrund”, en: ENGISCH/MAURACH (eds.), *Festschrift für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag*, Múnich, C. H. Beck, 1954, pp. 311 (324): “(...) valor o desvalor de la *actitud* actualizada en el hecho *concreto* para decidir, a partir de tal hecho y desde una consideración orientada a parámetros valorativos ético-sociales generales, sobre la actitud general del autor ante las exigencias del Derecho” (bastardillas nuestras); cfr. también GALLAS, “Tatstrafe und Täterstrafe, insbesondere im Kriegsstrafrecht (Bericht anlässlich einer Tagung der Arbeitsgemeinschaft deutscher Strafrechtslehrer am 6. und 7. September 1940 in Weimar)”, en *ZStW*, vol. 60, n.º 1, 1941, p. 374 (380): “Por otra parte el concepto de autor que se pretende no debe abstraerse del hecho delictivo, no debe basarse, como lo hace el tipo de autor criminal [*kriminelle Täterschaft*], solo en el ser-así individual del autor. Y ello porque se trata de una cuestión en el seno del Derecho penal del hecho, no de hallar un principio del castigo distinto”. A esta dirección apuntan también en especial la jurisprudencia y los comentarios doctrinales al § 46 apdo. 2 frase 2, StGB; cfr., p. ej.,

claramente orientado al fin de la pena de la prevención especial, se da en VON LISZT: si se legitima la pena y el Derecho penal de forma preventivo-especial, el delito puede caracterizarse objetivamente como la “orientación antisocial” [“*antisoziale Richtung*”] de una acción y subjetivamente como la “actitud interna antisocial” [“*antisoziale Gesinnung*”] del “delincuente”.¹³ Así pues, puede afirmarse que la expresión “Derecho penal de la actitud interna” en ocasiones alude a un Derecho penal que busca vincularse expresamente a aquello que sus defensores entienden por “actitud interna”. Esto es especialmente claro para los partidarios de una concepción del Derecho penal abiertamente ideológico-política¹⁴ como la que representó la nacionalsocialista.¹⁵ En términos generales puede hablarse, por un lado, de una concepción “constructiva” [“*konstruktiv*”] (consciente del problema) por parte de aquellos enfoques que intentan dar al concepto de actitud interna un contenido que posibilite derivaciones jurídico-penales de un modo plausible (en un Estado de

MIEBACH/MAIER, “§ 46 StGB”, en JOECKS/MIEBACH (eds.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch: StGB*, vol.2: §§ 38 – 79b, 3.ª ed., Múnich, C.H. Beck, 2016, n. m.º 193 (“Actitud... que se ha manifestado en el hecho”); también FISCHER, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, 66.ª ed., Múnich, C.H. Beck, 2019, § 46, n. m.º 27. Con lo anterior resultan surgir puntos de contacto entre un concepto (jurídico-penal) de actitud y el concepto de conciencia y, por tanto, el problema del autor en conciencia. Con todo, el debate al respecto puede dejarse al margen del tema aquí tratado por la dirección que ha ido tomando relativa a en qué medida (más allá de los casos de error de prohibición) debe tenerse en cuenta en el Derecho penal la circunstancia de que un delito sea expresión de una decisión en conciencia (en profundidad FRISCH, “Gewissenstaten und Strafrecht”, en HOYER/MÜLLER/PAWLIK/WOLTER (eds.), *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, C. F. Müller, 2006, pp. 11 ss.).

¹³ V. LISZT, *supra* nota 7, p. 386: “La actitud interna delictiva es la *antijurídica* o, lo que es lo mismo, la actitud interna *antisocial*”.

¹⁴ Sobre la dimensión política de la ciencia del Derecho penal, fundamental, SCHAFFSTEIN, *Politische Strafrechtswissenschaft*, Hamburgo, Hanseatische Verlagsanstalt, 1934, pp. 6 ss.; sobre ello, también, AMBOS, *Nationalsozialistische Strafrecht, Kontinuität und Radikalisierung*, Baden-Baden, Nomos, 2019, pp. 20 s.; versión española de esta obra, ampliada: ÍDEM, *Derecho Penal Nacionalsocialista. Continuidad y radicalización* (trad. BÉGUELIN/DIAS), Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 36 ss.

¹⁵ Cfr. p. ej. la vinculación de la teoría de los tipos de autor con el concepto de actitud interna que efectúa MEZGER, “Tatstrafe und Täterstrafe, insbesondere im Kriegsstrafrecht (Bericht anlässlich einer Tagung der Arbeitsgemeinschaft deutscher Strafrechtslehrer am 6. und 7. September 1940 in Weimar)”, en *ZStW*, vol. 60, n.º 1, 1941, pp. 353 y 356 ss.: “Verdadera tipología de autor existe siempre allí donde la actitud interna del autor desempeña un papel decisivo en el enjuiciamiento del hecho” (p. 358). Sobre la relación con la teoría de la lesión de un deber de SCHAFFSTEIN, véase AMBOS, *Nationalsozialistisches Strafrecht, Kontinuität und Radikalisierung*, *supra* nota 14, pp. 105 ss. ÍDEM, *Derecho Penal Nacionalsocialista*, *supra* nota 14, pp. 178 ss.; sobre la relación con el Derecho penal de la voluntad y de autor, ÍDEM, *Derecho Penal Nacionalsocialista*, *supra* nota 14, pp. 112 ss.; sobre la teoría normativa de autor con tipos de actitud de Erik WOLF, ÍDEM, *Derecho Penal Nacionalsocialista*, *supra* nota 14, pp. 119 ss.

Derecho),¹⁶ mientras que, por el otro, la integración del concepto de actitud interna en un sistema de tipos de autor puede caracterizarse como “afirmativa” (“*affirmativ*”).¹⁷

Sin embargo, como es bien sabido, suele asociarse al concepto de Derecho penal de la actitud interna un *inacceptable* recurso de las valoraciones penales a aspectos internos del autor.¹⁸ Como ejemplo de un grupo específico de delitos de esta extendida concepción (aquí llamada “peyorativa” [“*pejorativ*”]) del concepto puede identificarse la crítica a los *delitos de expresión*. Estos delitos suscitan cuestiones propias,¹⁹ relacionadas en particular con el art. 5, GG, que van más allá del tema *general* que nos ocupa y que no pueden ser desarrolladas en el presente contexto. En lo que respecta a los defensores de una concepción —aquí denominada— “peyorativa”-*general* del Derecho penal de la actitud interna es característico que no elaboren el concepto de actitud interna con más detalles,²⁰

¹⁶ Sin embargo, los partidarios de tal concepción discrepan considerablemente entre ellos. Cfr. la clara separación de SCHMIDHÄUSER, *supra* nota 7, pp. 100 ss., frente a un concepto de actitud interna vinculado a la psicología, p. 105 —“(…) parece injertarse aquí de mala manera a realidades penales (...)”—. El propio SCHMIDHÄUSER pretende ir más allá de un concepto de actitud interna basado en la ética de la actitud interna de KANT como fundamento de un *Derecho penal de la culpabilidad*, de manera que su intento puede caracterizarse como Derecho penal de la actitud interna en el sentido constructivo al que se alude aquí (SCHMIDHÄUSER, “Gesinnungsethik und Gesinnungsstrafrecht”, en LACKNER et al. (eds.), *Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag am 22. Juli 1973*, Berlín, De Gruyter, 1973, pp. 81, 90 ss. y, especialmente, pp. 93 s.).

¹⁷ Cfr. p. ej. la cita reproducida en *supra* nota 15.

¹⁸ Cfr. p. ej., WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht in seinen Grundzügen. Eine systematische Darstellung*, 2.ª ed., Berlín, De Gruyter, 1949, p. 46; FRISCH, “Zum tatbestandsmäßigen Verhalten der Strafvereitelung – OLG Stuttgart”, en *NJW* 1983, p. 1569, JuS 1983, pp. 915-917, establece diferencias con los elementos de la intención de la Parte Especial; ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, t. I, 4.ª ed., Múnich, C. H. Beck, 2006, § 10 n.º m. 78, problematizando los elementos de la actitud interna en sentido propio; TAG, “*Beihilfe durch neutrales Verhalten*”, en *JR*, 1997, pp. 49-51, en el contexto de la discusión sobre las conductas neutrales; en relación con el § 89a, StGB *BGHSt* 62, 102 (114) AMBOS, “Anmerkung zu einer Entscheidung des BGH, Beschluss vom 06.04.2017 (3 StR 326/16) - Zur Strafbarkeit der Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat durch die Ausreise aus der Bundesrepublik Deutschland”, en *JR*, 2017, pp. 655-660; PUSCHKE, “Ausreise als Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat – Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 6.4.2017 – 3 StR 326/16”, en *NJW*, 2017, p. 2932; GAZEAS/GROSSE-WILDE, “Anmerkung zu einer Entscheidung des BGH, Beschluss vom 06.04.2017 (3 StR 326/16) – Zur Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Straftat durch die Ausreise aus der Bundesrepublik Deutschland”, en *StV*, 2018, pp. 84-87; PETZSCHE, “Die Kriminalisierung von Vorbereitungshandlungen – Abschied vom Tatstrafrecht?”, en *ZStW*, vol. 131, n.º 3, 2019, pp. 576 (588 ss.). En el fondo TIMM, *supra* nota 11, p. 13: “El reproche de Derecho penal de la actitud interna es uno de los más duros que pueden formularse a un sistema del Derecho penal basado en el Estado de Derecho”.

¹⁹ Cfr., p. ej., *BVerfG* *NJW* 2010, 47, sobre que el § 130 apdo. 4, StGB no constituye realmente una ley general, pero puede legitimarse como excepción a la prohibición de Derecho especial. Cfr. al respecto TIMM, *supra* nota 11, pp. 102 s. con ulteriores referencias.

²⁰ Cfr. también DEGENER, “Der Zueignungsbegriff des Unterschlagungstatbestandes (§ 246, StGB)”, en *JZ*, vol. 56, n.º 8, 2001, pp. 388-394: “El concepto engulle todo lo subjetivo”.

sino que directamente se concibe como sospechoso de Derecho penal de la actitud interna otorgar un “papel decisivo a los datos subjetivo-psíquicos” para las valoraciones o consecuencias jurídico-penales.²¹

En tiempos recientes, el “Derecho penal de la actitud interna” ha sido objeto de debate en Alemania, en particular, en relación con dos nuevos preceptos introducidos por el legislador que hallan sus orígenes (esencialmente) en el extremismo/terrorismo islamista (§ 89a, StGB)²² o de derechas (§ 46, ap. 2, frase 2, StGB). Las ambivalencias del tema afloran cuando, en relación con el segundo de los preceptos mencionados, una abogada informa que en los procesos penales contra acusados del espectro de la derecha suele alegarse frente a la representación de la víctima que ya no existe (más) una justicia de la “actitud interna”²³ y que los grupos parlamentarios del FPD y de la izquierda han criticado la introducción de los §§ 89a, b y 91, StGB desde el punto de vista de un amenazante Derecho penal de la actitud interna.²⁴ El § 46, ap. 2, frase 2, StGB en su nueva

²¹ Con precisión DEGENER, *supra* nota 20, pp. 388-394. Cfr. paradigmático RATH, *Gesinnungsstrafrecht. Zur Kritik der Destruktion des Kriminalunrechtsbegriffs in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs*, Hamburgo, Dr. Kovač, 2002, p. 64, quien se plantea *hasta qué punto* “la disposición (interna) del autor (debe) determinar la existencia del injusto criminal”; además GROPP, “Tatstrafrecht und Verbrechenssystem und die Vorverlagerung der Strafbarkeit”, en SINN/GROPP/NAGY (eds.), *Grenzen der Vorverlagerung in einem Tatstrafrecht*, Osnabrück, Vandenhoeck & Ruprecht, 2011, pp. 99-115. “Cuando lo que alguien ha hecho no merece pena si no ha actuado con una determinada actitud interna, entonces la actitud interna fundamenta la punibilidad”; de acuerdo PETZSCHE, *supra* nota 18, pp. 576, 580 y 588; cfr. adicionalmente, FRISCH, *supra* nota 18, p. 915-917 —“Contra ella [se refiere a la solución de los casos de encubrimiento ‘neutral’ conforme a la parte subjetiva del hecho] habla en primer lugar y fundamentalmente que según esta solución las conductas que en sí son inobjetable o socialmente adecuadas (...) se convierten en comportamientos desvalorados típicamente solo por la adición de una intención desvalorada. Esto es puro Derecho penal de la actitud interna (...)”—; FRISCH, *supra* nota 18, p. 141; cfr. adicionalmente KARGL, “Gesinnung und Erfolg im Unterschlagungstatbestand. Die Manifestation der Zueignung”, en *ZStW*, vol. 103, n.º 1, 1991, p. 136 (169) sobre el § 246, StGB: “Por lo que se acaba de decir sobre el Derecho penal de la actitud interna sabemos que en modo alguno todo acto que de alguna manera manifieste intención de apropiación entra en consideración”; TAG, *supra* nota 18, pp. 49-51: “(...) es también necesario por lo menos un componente objetivo para determinar el injusto penal realizado mediante conductas neutrales de favorecimiento”. TIMM, *supra* nota 11, p. 217, con ulteriores referencias, pregunta si “los elementos de la ley etiquetados como elementos de la actitud interna (pueden) traducirse ‘en elementos de la conducta que son decisivos legítimamente para la específica desaprobación de la conducta’”.

²² El § 89a entró en vigor el 4/8/2009 por la Ley de Prevención de Actos Graves de Violencia que Amenazan al Estado [*Gesetz zur Verhinderung schwerer staatsgefährdender Gewalttaten*] del 30/7/2009 (BGBl. I p. 2437); la modificación de los aps. 3 n.º 2 y 3, la supresión de su n.º 4 y la introducción del ap. 2a entraron en vigor el 20/6/2015 por ley de 12/6/2015 (BGBl. I p. 926); la modificación del ap. 4, frases 1 y 2 entró en vigor el 8/9/2015 mediante VO del 31/8/2015 (BGBl. I p. 1474); la modificación del ap. 6 entró en vigor el 1/7/2017 por ley de 13.4.2017 (BGBl. I p. 872).

²³ GÖTZ, *Struktureller Rassismus und rechte Gewalt*, AnwBl, 2016, p. 563.

²⁴ Cfr. BT-Drs. 17/13517, pp. 1 y 13 s.

formulación se refiere exclusivamente a las consecuencias jurídicas y, en su parte revisada en 2015,²⁵ constituye una norma que debe analizarse íntegramente en el contexto de los delitos de odio, cosa en la que no puede profundizarse aquí.²⁶

En suma, en vista de los puntos de partida (conceptuales y de concepción) radicalmente diferentes de los partidarios de un concepto “constructivo” del Derecho penal de la actitud interna,²⁷ por un lado, y de la connotación predominantemente negativa del Derecho penal de la actitud interna, por el otro, parece más fructífero examinar en lo que sigue, desde la perspectiva de la concepción “peyorativa” precisada antes, hasta qué punto la vinculación de la valoración “punible” a lo interno puede describirse y criticarse como un *inacceptable* “Derecho penal de la actitud interna”.

II. Objeciones, reparos, temores

En primer lugar, cabe recordar las conocidas objeciones propias de una concepción “peyorativa” que enfatizan aspectos de fundamentos, procesales y de política jurídica. En lo que concierne a los fundamentos, la idea central es que, en un Derecho penal del *hecho*, la “mera *decisión* de actuar” en ningún caso puede ser tratada como punible porque de lo contrario el Estado estaría imponiendo

²⁵ El § 46, ap. 2, frase 2 fue modificado —como resultado de las recomendaciones del Comité de Investigación de la *Nationalsozialistischer Untergrund* del Parlamento alemán por la Ley del 12/6/2015 (BGBl. I, p. 925)— mediante la inserción de la frase “en particular, también las finalidades racistas, xenófobas y otras inhumanas del autor”.

²⁶ Cfr. ya BITTMANN, “Hatecrime: Gesinnungsstrafrecht oder notwendige Verteidigung der Rechtsordnung? Zum gemeinsamen Gesetzesentwurf der Länder Brandenburg und Sachsen-Anhalt für ein ... Strafrechtsänderungsgesetz”, en *DRiZ*, 2007, pp. 323 s., quien afirma, entre otras cosas, que un “Derecho penal especial solo para los delincuentes ‘de derechas’” está prohibido desde el punto de vista del principio general de igualdad. Sin embargo, en principio, es por lo menos plausible asociar consideraciones de determinación de la pena a la “actitud interna del hecho concreto” (FISCHER, *supra* nota 12, § 46, n.º m. 27) en particular por razones preventivo-especiales (así también GROPP, *supra* nota 21, pp. 99-115): En el caso del autor de unas lesiones que ha actuado con una actitud interna fundamentalmente hostil al bien jurídico se derivan unas consecuencias jurídicas distintas a las de quien ha actuado, p. ej., rayando una situación justificante. Explícitamente de otra opinión, TIMM, “Tatmotive und Gesinnungen als Strafschärfungsgrund am Beispiel der ‚Hassdelikte‘”, en *JR*, 2014, pp. 141-146: “Así en la determinación de la pena puede aislarse claramente una parte excedente que se vincula exclusivamente a la actitud interior del autor. Este mal separado —adicional— se impone únicamente en razón de los malos pensamientos del individuo. Por tanto, una parte específica del castigo se dirige directamente contra la actitud interna de la persona”.

²⁷ Cfr. *supra* notas 8 ss.

moralidad.²⁸ Un refinamiento de este rechazo, que se remonta a ULPIANO,²⁹ de un puro *Derecho penal del pensamiento*³⁰ añade que una subjetivación (excesiva) del injusto penalmente típico imposibilitaría a los destinatarios de la norma (a partir de cierto momento) sustraerse a la persecución penal mediante su *conducta*.³¹ Desde un punto de vista procesal se argumenta que una “voluntad” aún no suficientemente objetivada “no alcanza a ser aprehensible”.³² La idea de que la criminalización de acciones demasiado neutras, “sutiles” (sobre la base de lo interno que las respalda) amenaza con llevar inaceptablemente a las autoridades de persecución a (tener que) asociar sus procedimientos de investigación al actuar “cotidiano” es una cierta prolongación del anterior punto de vista.³³ Con todo, el denominador común parece ser la idea de que no es posible vincular las valoraciones y consecuencias penales a lo interno cuando este proceder resulta disfuncional desde el punto de vista de la función del Derecho penal o de la pena.³⁴ A ello cabe añadir que asociar las

²⁸ HIRSCH, “Untauglicher Versuch und Tatstrafrecht”, en SCHÜNEMANN et al. (eds.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, Berlín y otra, De Gruyter, 2001, pp. 711-722 (sin bastardillas en el original); cfr. también *infra* texto principal correspondiente a la nota 59.

²⁹ Cfr. *supra* nota 10.

³⁰ P. ej. por JAKOBS, “Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung”, en *ZStW*, vol. 97, n.º 4, 1985. Cfr. GLÖCKNER, *supra* nota 10, p. 2 con nota 3 sobre que la frase de ULPIANO está relacionada con la cuestión de las competencias de los funcionarios, “sin tener nada que ver con los contenidos del moderno concepto de ‘libertad de pensamiento’” y sin embargo se entendió por los glosadores como una descripción del “límite inferior de la punibilidad”.

³¹ Así SIEBER/VOGEL, *Terrorismusfinanzierung. Prävention im Spannungsfeld von internationalen Vorgaben und nationalem Tatstrafrecht*, Berlín, Duncker & Humblot, 2015, p. 140 quienes en el contexto de los preceptos de la GVVG [*Gesetz zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten* - Ley para la persecución de la preparación de actos violentos graves que amenazan al Estado] advierten del peligro de que “se criminalicen conductas cotidianas y socialmente adecuadas(...) dada la presencia de una intención criminal”. Cfr. también FEUERBACH, *supra* nota 7, p. 34: “Este entendimiento que identifica la presencia de alta traición con la mera intención, sin considerar en lo más mínimo la naturaleza peculiar del acto en sí, es adecuado a una legislación moral que quiera someter las actitudes de alta traición a un tribunal, pero no para una legislación civil (...)”; cfr. sobre ello también SCHROEDER, *Der Schutz von Staat und Verfassung im Strafrecht*, Múnich, Keip, 1970, pp. 298 s., así como las referencias en *supra* nota 21.

³² HIRSCH, *supra* nota 28, pp. 711-722. Por este motivo incluso (algunos) representantes del Derecho penal nacionalsocialista rechazaron un “puro Derecho penal de la actitud interna”; sobre ello AMBOS, *Nationalsocialistisches Strafrecht, Kontinuität und Radikalisierung*, *supra* nota 14, p. 46 con n. 174 y pp. 114 s.; ÍDEM, *Derecho Penal Nacionalsocialista*, *supra* nota 14, p. 93 con n. 241, p. 197. Cfr. al respecto, sin embargo, también n. 61.

³³ Cfr. especialmente expresivo JAKOBS, *supra* nota 30, pp. 751-762 (en su primer análisis todavía crítico-descriptivo del Derecho penal del enemigo) con cita a ZACHARIÄ, p. 210: “El juez estaría autorizado a investigar a todo el que entrara en una farmacia exigiendo veneno, a todo el que comprara un arma o adquiriera escaleras y cuerdas si acaso ello no se ha hecho con la intención de cometer un delito y en miles de otros casos podría intervenir de forma escandalosa en la vida de los ciudadanos”.

³⁴ Sobre ello con precisión ya STRATENWERTH, “Zur Funktion strafrechtlicher Gesinnungsmerkmale” en WELZEL et al. (eds.), *Festschrift für Hellmuth von Weber zum 70. Geburtstag*, Bonn, Röhrscheid, 1963, pp. 171-179 con referencia a

valoraciones penales a la “actitud” se muestra mucho más proclive a una *apropiación ideológica* del Derecho penal —¡piénsese solo en el Derecho penal de la actitud interna del nacionalsocialismo!—³⁵ que, p. ej., un Derecho penal orientado a la peligrosidad de las acciones. La fortaleza de esta última objeción no debería, sin embargo, sobreestimarse, pues la historia ha mostrado que incluso ha sido posible abrir el concepto de bien jurídico a las necesidades de un planteamiento nacionalsocialista del Derecho penal mediante la (oportuna) teleologización. Teniendo esto en cuenta, la controversia que en su momento se produjo entre los partidarios de un “Derecho penal de los deberes o de la actitud interna” radical (la llamada Escuela de Kiel) y los defensores de la concepción teleológica del bien jurídico (Escuela de Marburgo, en particular, Schwinge) puede calificarse como una “batalla aparente”³⁶ sin trascendencia alguna en lo sustantivo. Y, por supuesto, la cuestión del carácter abierto del concepto de bien jurídico no se resolvió con el fin del Tercer Reich.³⁷

III. Fundamentos jurídico-penales

Si se parte de que es posible hablar de Derecho penal de la actitud interna —peyorativamente entendido— allí donde las valoraciones o consecuencias penales se vinculan con lo interno de modo

SCHMIDHÄUSER: “La actitud interna solo puede ser tenida en cuenta si ‘encuentra un lugar posible en el sistema del delito’, si se erige en presupuesto razonable de la pena (...)”.

³⁵ Paradigmático SCHAFFSTEIN, “Das subjektive Recht im Strafrecht”, en *DRWis*, 1936, pp. 39-46: “Para nosotros (...) el sentido de la pena ya no es la protección de las esferas individuales, sino la purificación [*Reinigung*] y a la vez la protección de la comunidad nacional [*Volksgemeinschaft*] mediante la separación [*Ausscheidung*] de los degenerados [*Entarteten*]. Por tanto, nada más obvio que reconocer a la expresión de una actitud interna degenerada un significado de injusto directo”. Sobre ello también AMBOS, *Nationalsozialistisches Strafrecht, Kontinuität und Radikalisierung*, *supra* nota 14, pp. 105 ss., 114 ss. y *passim*; ÍDEM, *Derecho Penal Nacionalsocialista*, *supra* nota 14, pp. 184 ss. y 197 ss.

³⁶ Más detallado AMBOS, *Nationalsozialistisches Strafrecht, Kontinuität und Radikalisierung*, *supra* nota 14, pp. 106 s.; ÍDEM, *Derecho Penal Nacionalsocialista*, *supra* nota 14, p. 120 s., ambos con ulteriores referencias.

³⁷ Cfr. AMBOS, “Rechtsgutsprinzip und harm principle: theoretische Ausgangspunkte zur Bestimmung der Funktion des Völkerstrafrechts. Ein zweiter Beitrag zu einer grundlegenden Theorie des Völkerstrafrechts”, en ZÖLLER et al. (eds.), *Gesamte Strafrechtswissenschaft in internationaler Dimension. Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag am 7. September 2013*, Berlín, Duncker & Humblot, 2013, p. 1285 (1288 ss.) [versión española especificada en la bibliografía]. También forma parte del panorama que el *BVerfG*, en su decisión sobre el incesto, se haya apartado ostensiblemente de la teoría del bien jurídico crítica con la legislación, al entender que la “apelación a bienes jurídicos supuestamente previos o ‘reconocidos’ por instancias más allá del legislador” amenaza con restringirle en su toma de decisiones con respecto a los “bienes que deben protegerse con los medios del Derecho penal” (NJW 2008, 1137 [1138]). El déficit de una (en sí misma, por supuesto, deseable) “constitucionalización” de la restricción legislativa basada en consideraciones penales se manifiesta, por lo demás, en la “praxis decisionista de la ponderación seguida por el *BVerfG*” en la aplicación del principio de proporcionalidad (AMBOS, *supra* nota 10, p. 308 [321]).

disfuncional con la función que subyace al Derecho penal y a la pena, entonces únicamente puede avanzarse desde, precisamente, las consideraciones sobre la función del Derecho penal y de la pena. En este sentido, las conclusiones son muy distintas en función de si se parte o no de un Derecho penal cuyo fin es la protección de bienes jurídicos (o la evitación de daños).³⁸ Así, JAKOBS argumenta, en referencia explícita a la expresión de ULPiano “*cogitationis poenam nemo patitur*”³⁹ y rechaza simultáneamente el dogma del bien jurídico⁴⁰ de que una acción que “solo se manifiesta cuando se conoce lo interno del autor” no debe ser por principio castigada bajo pena, “pues de lo contrario el fundamento de la pena serían los asuntos internos”.⁴¹ Sin embargo, como ha demostrado el homenajado, incluso en el seno de un “sistema que se construye sobre la base de la negación de una norma por un error de la voluntad”⁴² (y no en cambio sobre la protección de bienes jurídicos) puede trazarse una línea menos rigurosa que evite la brusca exclusión de toda “conducta externa no perturbadora *per se*”⁴³ del ámbito de lo punible y, en lugar de ello (en un nivel de abstracción considerable), distinguir entre si una “decisión de la voluntad... no apunta hacia lo externo”, “*permaneciendo en el propio ámbito de organización del autor (cogitationis poenam nemo patitur)*” o bien la decisión “conforme a la representación del autor significa ya una arrogación actual de un ámbito de organización *ajeno (in maleficiis voluntas spectatur, non exitus)*”.⁴⁴ Si se asume, en el sentido de este

³⁸ Sobre el *harm principle* de cuño angloamericano véase AMBOS, *supra* nota 37, pp. 1285 (1293 ss.); comparándolo con el concepto de bien jurídico AMBOS, *supra* nota 10, p. 308 ss. con ulteriores referencias.

³⁹ JAKOBS, *supra* nota 30, pp. 751 (753 y 755). Traducción de la frase, *supra* nota **Error! Bookmark not defined.**

⁴⁰ JAKOBS, *supra* nota 30, p. 751, 752 s., 753: “(...) el principio de protección de bienes jurídicos es incapaz de autolimitarse (...)”.

⁴¹ JAKOBS, *supra* nota 30, pp. 751-762. Cfr. también PAWLIK, reseña: “Hans Kudlich, Die Unterstützung fremder Straftaten durch berufsbedingtes Verhalten. (Strafrechtliche Abhandlungen, NF. Bd. 156). Verlag Duncker & Humblot, Berlin 2004. 576 S. kart. EUR 98,-”, GA 2006, pp. 240-241: “El ciudadano de un Estado de libertades nunca debe más jurídico-penalmente que la conformidad externa de su conducta. Si la forma exterior de su conducta no perturba —y en una sociedad de libertades es así siempre que al menos una interpretación alternativa ‘no criminal’ siga siendo plausible— entonces el ciudadano ha cumplido con su deber”. PAWLIK se distancia asimismo frente a “la compensación altamente dudosa de déficits de punibilidad objetivos mediante circunstancias subjetivas”; el que una determinada conducta aún se corresponda al “rol de ciudadano” no es algo que dependa de lo interno. Cfr. también IDEM, *Das Unrecht des Bürgers*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2012, p. 380 con nota 716, donde —en el marco de su propuesta sistemática que parte de un “deber de cooperación jurídico-penal” del ciudadano (especialmente pp. 255 ss.) para “el mantenimiento del estado de libertades” (p. 258 y *passim*)— se acentúa que el delincuente “*no se motiva a cumplir la norma que prohíbe su conducta*, aunque debe reconocer racional y exigiblemente que con esta crea un peligro no permitido cualificado para la posición jurídica protegida por la norma”. Y continúa: “Por ello es inadmisibles compensar un *minus* en la representación del peligro con un *plus* en la mala intención”.

⁴² SANCINETTI, *Subjektive Unrechtsbegründung und Rücktritt vom Versuch*, *supra* nota 1, p. 37.

⁴³ JAKOBS, *supra* nota 30, pp. 751-762.

⁴⁴ SANCINETTI, *Subjektive Unrechtsbegründung und Rücktritt vom Versuch*, *supra* nota 1, p. 43 (bastardillas en el original).

enfoque,⁴⁵ que el castigo penal no sirve ni a la protección de bienes jurídicos ni al fortalecimiento de los valores de la acción, sino que reacciona a las *lesiones de relaciones jurídicas* que menoscaban la autodeterminación de los demás o las “formas de comunidad” de la persona,⁴⁶ se puede sostener que esa “lesión de la relación jurídica” solo existirá allí donde las “condiciones de peligro” creadas por el agente “pueden traducirse ya en lesiones sin ulteriores acciones autodeterminadas del autor o de otros”.⁴⁷ De lo contrario faltaría todavía un cierto actuar *irrevocable* de una “voluntad referida a lo injusto o al mal”⁴⁸ y, por tanto, ello implicaría que la pena se vinculara exclusivamente a la mala voluntad (aún no ejercida de manera *decisiva*).

Si, en cambio, se sostiene que el fundamento material del Derecho penal o de su castigo reside en la protección de bienes jurídicos (o en la evitación de daños) se obtiene un panorama diferente desde el principio. Porque incluso una acción que no “perturba” (sin más y, por tanto, no se manifiesta como un rechazo de la norma directamente reconocible y en consecuencia con capacidad erosiva-preventiva) puede ser más o menos peligrosa.⁴⁹ Desde este punto de vista, tampoco está prohibida la criminalización de conductas que requieren todavía de un actuar ulterior para causar resultados de lesión. Así, p. ej., en relación con la posesión de armas se sostiene que a las armas subyace su uso conforme a su naturaleza, de manera que ya su mera posesión es peligrosa.⁵⁰ Sin

⁴⁵ Cfr. GIERHAKE, “Zur geplanten Einführung neuer Straftatbestände wegen der Vorbereitung terroristischer Straftaten”, en *ZIS*, 2008, pp. 397-398, quien distingue tres “corrientes principales”, que “se basan o bien en el criterio de una lesión o puesta en peligro (inmediata) del bien jurídico, en un daño a la vigencia de la norma producido por el hecho o en una lesión de la relación jurídica producida por el hecho”.

⁴⁶ GIERHAKE, *supra* nota 45, pp. 397-398.

⁴⁷ GIERHAKE, *supra* nota 45, pp. 397-402: “Por esta razón el injusto codificado en el nuevo § 89a-E no es uno que pueda ser castigado correctamente con la sanción pena”.

⁴⁸ KÖHLER, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Berlín, Springer, 1997, p. 23.

⁴⁹ En vista de ello la discusión sobre las denominadas acciones neutrales no se resuelve tampoco (bajo el prisma de la protección de bienes jurídicos) si por estas se entiende “conductas por completo externamente inocuas” (así, p. ej., STRATENWERTH / KUHLEN, *Strafrecht Allgemeiner Teil I*, 6.ª ed., Múnich, Vahlen, 2011, § 12, n. m.º 160) casi de por sí (cfr. RACKOW, *Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts*, Fráncfort del MEno, Peter Lang, 2007, pp. 31 ss., 117 con ulteriores referencias).

⁵⁰ Cfr. SINN, *Straffreistellung aufgrund von Drittverhalten. Zurechnung und Freistellung durch Macht*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2007, p. 219 (“actualizabilidad en cualquier momento”; “poder potencial”). También, JAKOBS, *supra* nota 30, p. 751 (770) llega a la criminalización desde el aspecto del menoscabo a la vigencia de la norma (“prototipos de instrumento del delito”; “(...) en cualquier caso se menoscabaría la necesaria seguridad cognitiva para la vigencia de la norma si se quisiera permitir la libre producción y circulación de tales objetos”). GIERHAKE, *supra* nota 45, pp. 397-401 por el contrario opina que “pueden ignorarse las reglas especiales para el manejo de armas y sustancias peligrosas, etc.”, lo que sin embargo plantea dudas sobre la (suficiente) practicabilidad de la rígida línea por ella trazada (lo que es, por supuesto consecuente en sí mismo), sobre todo

pasar por alto las (relevantes) objeciones *dogmáticas* a los delitos de posesión,⁵¹ al menos deberían poderse legitimar los casos del núcleo de aplicación de estos “delitos de estado”, si, con vistas al principio de culpabilidad, se exige una “voluntad de poseer y una conciencia mínima de la cosa poseída”⁵² y —especialmente en el caso de posesión de armas prohibidas— se crean reglas diferenciadas vinculadas, p. ej., a las circunstancias de su tenencia y al tipo de armas.⁵³ El declarar categóricamente que tampoco es punible la posesión de armas “*per se* peligrosas” se pasa de la raya del objetivo de limitar los delitos de posesión en un Estado de Derecho.

Por lo demás, sobre la base del *principio de protección de bienes jurídicos* (o también, en función de la concepción que se adopte, sobre la base del ámbito de organización del que es responsable la persona en cuestión)⁵⁴ puede hacerse plausible el “papel decisivo”⁵⁵ del dolo típico. Quien, por un lado, ha reconocido y aprobado efectivamente la idoneidad de su actuación para el resultado y, por el otro, obra dolosamente también en referencia a que su actuación idónea para producir el resultado constituye un peligro no permitido, se decide como sujeto autónomo por la realización del tipo. Quien, por el contrario, simplemente quiere el resultado (como p. ej. el cirujano que opera conforme a la *lex artis*, pero por odio personal hacia su paciente espera que no se despierte de la anestesia)⁵⁶ deja todo al azar, de forma que en caso de “tener éxito” no puede serle atribuido.⁵⁷

si se repara en que las prohibiciones penales del Derecho de armas son ampliamente indiscutidas desde el punto de vista político-criminal, a diferencia de las prohibiciones de preparación de la GVVG [*Gesetz zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten* - Ley para la persecución de la preparación de actos violentos graves que amenazan al Estado].

⁵¹ Detalladamente, AMBOS, “Besitz als Straftat und die Funktion der subjektiven Tatseite. Überlegungen aus einer vergleichenden Perspektive”, en JOERDEN/SCHMOLLER (eds.), *Rechtsstaatliches Strafen. Festschrift für Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Keiichi Yamanaka zum 70. Geburtstag am 16. März 2017*, Berlín, Duncker & Humblot, 2017, p. 223 (224 ss.) [ver versión española de esta obra en la bibliografía].

⁵² AMBOS, *supra* nota 51, p. 223 (234 y 236).

⁵³ AMBOS, *supra* nota 51, p. 223 (227 s.).

⁵⁴ En efecto, si no se subraya el criterio de la “perturbación” reconocible de la puesta en marcha de la voluntad o el del quebrantamiento del rol social de ciudadano, sino el de la tentativa acabada (*supra* nota 3 s.).

⁵⁵ Cfr. *supra* texto principal correspondiente a la nota 21.

⁵⁶ El caso es de MAIWALD, “Zur Leistungsfähigkeit des Begriffs ‘erlaubtes Risiko’ für die Strafrechtssystematik”, en VOGLER *et al.* (eds.), *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag*, t. 1, Berlín, Duncker & Humblot, 1985, pp. 405 (422 s.).

⁵⁷ Por el contrario, la cuestión ya no es pacífica cuando se piensa en el cirujano con conocimientos especiales sobre la peligrosidad de la operación en sí misma habitual. Sin embargo, este pensamiento (que acentúa la función de protección de bienes jurídicos) lleva a una cuestión secundaria menos problemática, puesto que los conocimientos especiales del cirujano marcan una peligrosidad *objetiva* incrementada de su actuar (cfr. GRECO, “Das Subjektive an der objektiven Zurechnung - Zum ‚Problem‘ des Sonderwissens”, en *ZStW*, vol. 117, n.º 3, 2005, p. 519 [537 ss.]; de otra opinión, p. ej., BURKHARDT,

Además, preguntar si un dato psíquico-subjetivo desempeña un papel decisivo para la punibilidad de una conducta no constituye una prueba de fuego idónea para el Derecho penal de la actitud interna (ilegítimo), como lo demuestra el hecho de que semejante demarcación también apuntaría a la culpabilidad como elemento de un Derecho penal de la actitud interna.⁵⁸ A la inversa, por varias razones puede no ser suficiente para una vinculación legítima del Derecho penal a lo interno el que una conducta manifieste de alguna manera una mala voluntad. Y ello porque entonces la distinción (que como es sabido se remonta a KANT) entre conducta moral —motivada por la idea de deber en sí— y conducta conforme a la ley —basada en otra motivación, de carácter externo— devendría inválida.⁵⁹ Si se explicara que una acción puede ser contraria a deber y punible tan pronto como exteriorizara de algún modo una actitud malvada, ello supondría hacer depender el atributo de la acción “contraria a deber” (o conforme a deber) de la actitud que la acción conllevara y, por tanto, mezclar las categorías de deber y actitud.⁶⁰ Además, entender que lo decisivo es si la mala

“Tatbestandsmäßiges Verhalten und ex-ante-Betrachtung. Zugleich ein Beitrag wider die ‘Verwirrung zwischen dem Subjektiven und dem Objektiven’”, en WOLTER/FREUND (eds.), *Straftat, Strafzumessung und Strafprozess im gesamten Strafrechtssystem*, Heidelberg, C. F. Müller, 1996, pp. 99-105. Cfr., también, SANCINETTI, “‘Dolus generalis’ und ‘strafrechtliches Glück’”, *supra* nota 3, pp. 349-357, con ulteriores referencias.

⁵⁸ DEGENER, *supra* nota 20, p. 388 (394). Cfr., además, SANCINETTI, *Subjektive Unrechtsbegründung und Rücktritt vom Versuch*, *supra* nota 1, p. 37 sobre que también en la tentativa “el contenido interno que es presupuesto de la punibilidad llega más lejos que aquello que ha sido efectivamente externalizado”.

⁵⁹ Cfr. KANT, *Metaphysik der Sitten*, Vorländer-Ausgabe, Leipzig, 1913, p. 21; detalladamente sobre la distinción entre legalidad y moralidad en KANT, KELKER, *supra* nota 7, pp. 375 ss. Cfr. en este punto, por lo demás, SCHMIDHÄUSER, *Gesinnungsethik und Gesinnungsstrafrecht*, *supra* nota 16, pp. 81, 82 ss. detalladamente sobre que en ocasiones se malinterpreta a KANT como partidario de una ética radical de la actitud interna para la cual el resultado de una acción es irrelevante en tanto esta se lleve a cabo en la actitud interna correcta. Semejante “ética ‘pura’ de la actitud interna” basada en la “actitud rigorista superficial” (SCHMIDHÄUSER, *Gesinnungsethik und Gesinnungsstrafrecht*, *supra* nota 16, pp. 81-82; cfr., también, GALLAS, “Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs”, en KAUFMANN (ed.), *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978*, Múnich, Beck, 1979, p. 155-165: “ética de la actitud exacerbada”), tendría graves problemas para diferenciar entre legalidad y moralidad y sería propicia a tendencias hacia un Derecho penal de la actitud interna. Y ello puesto que allí donde una “actitud rigorista superficial” recibe alabanza social no se está muy lejos de reaccionar con un reproche ante una actitud opuesta o discrepante. Con otras palabras, a un Derecho penal de la actitud interna (ilegítimo) le correspondería en última instancia una “ética ‘pura’ de la actitud” (82), cosa que SCHMIDHÄUSER asume para una ética de la actitud interna de procedencia kantiana bien entendida y el Derecho penal de la culpabilidad entendido por él como Derecho penal de la actitud interna (94): “también podría afirmarse que la ética del resultado y el Derecho penal del resultado se corresponden con lo hacen la ética de la actitud interna y el Derecho penal de la actitud interna”.

⁶⁰ Evidentemente esto es en cierto modo la quintaesencia del “Derecho penal del deber y de la actitud interna” de la *Escuela de Kiel* (cfr. SCHAFFSTEIN, “Das Verbrechen als Pflichtverletzung”, en DAHM *et al.* (eds.), *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, Berlín, Junker & Dünnhaupt, 1935, pp. 108, 128 s. con el ejemplo de un testigo decidido a mentir que erróneamente dice la verdad y que debe responder por falso testimonio (consumado) porque en la concreta situación con su declaración verdadera ha evidenciado una disposición errónea frente al deber de decir la verdad; al respecto AMBOS,

voluntad ha hallado alguna salida en forma de comportamiento externo carece de potencial diferenciador porque “el sujeto [de todos modos] siempre se comporta de alguna manera (de acuerdo con su actitud interna) a través de su existir [*Dasein*] y modo de ser concreto [*Sosein*] en el mundo exterior”.⁶¹

IV. Consecuencias

Nuestras consideraciones pueden resumirse así: el Derecho penal de la actitud interna —entendido en sentido peyorativo— existe allí *donde las valoraciones o consecuencias jurídico-penales se hacen depender de lo subjetivo-psíquico (interno) sin que exista una razón material [sachlichen Grund] para ello*. La existencia o no de una razón material depende, por un lado, de la perspectiva que se adopte sobre la función del Derecho penal y del fin de la pena⁶² y, por el otro, de la manera en que una determinada norma (o una praxis jurisprudencial) asigne un “papel decisivo” a lo interno del autor.

En diversas discusiones sobre ámbitos específicos, los elementos de la actitud interna⁶³ y de la intención⁶⁴ han tenido una importancia destacable durante mucho tiempo. En aquellos la

Nationalsozialistisches Strafrecht, Kontinuität und Radikalisierung, *supra* nota 14, pp. 107 s.; ÍDEM, *Derecho Penal Nacionalsocialista*, *supra* nota 14, p. 187).

⁶¹ RATH, *supra* nota 21, pp. 15 s.; cfr. en este punto también SIEBER / VOGEL, *supra* nota 31, p. 140 (“La respiración de un ser humano en relación con la decisión de matar”). Un ejemplo más próximo a la praxis podría ser poner por escrito una mala intención en un diario personal o en un sistema informático. Cfr. al respecto nuevamente SIEBER/VOGEL, *op. cit.*: “El contenido mínimo de la prohibición de un Derecho penal de los pensamientos es, por tanto, que el ciudadano sea castigado por su conducta en el mundo exterior. Las meras intenciones no deberían estar castigadas, incluso aunque se comunicaran a otros y se hicieran, de este modo, accesibles desde el exterior. A la prohibición del ‘Derecho penal de los pensamientos’ subyace el reconocimiento de que tiene que producirse una separación fundamental entre las malas intenciones por un lado y su realización, por el otro. Porque puede y debe confiarse en la persona capaz de ser autorresponsable de decidirse por el Derecho pese a los malos pensamientos. Si el Estado quisiera sancionar los meros pensamientos —lo que sin duda podría hacer en gran medida dadas las posibilidades técnicas de investigación hoy en día disponibles— entonces el ciudadano ya no sería respetado como persona autorresponsable”.

⁶² Cfr. *supra* texto principal correspondiente a las notas 38 ss.

⁶³ Cfr. al respecto especialmente SCHMIDHÄUSER, KELKER y TIMM.

⁶⁴ La necesidad de una perspectiva diferenciadora puede mostrarse especialmente bien a partir de los elementos de la intención: cuando tales elementos tienen un efecto limitador de la pena —p. ej. la intención de apropiación en la relación entre el hurto y el mero uso impune— o perfilan el injusto —p. ej. en el caso de la sustracción con medios coactivos cualificados (§ 249, StGB)—, los respectivos requisitos subjetivos pueden fundamentarse materialmente. Por el contrario, allí donde la presencia de una intención fundamenta la punibilidad se hace patente el reproche de Derecho penal de la actitud interna. Ello vale, p. ej., para la jurisprudencia del BGH sobre el § 315b, StGB que trata de incluir la conducción “externamente correcta” como peligrosa cuando está motivada por la intención de causar un accidente (BGH NJW 1999, 3132 [3133]). No se advierte diferencia estructural relevante alguna con respecto al ejemplo de carácter teórico mencionado

prevalencia de los elementos de la actitud interna se debe a la *incongruencia* típica entre lo objetivo y lo subjetivo, lo que plantea la cuestión de si la pena no se halla vinculada de manera decisiva o en última instancia exclusivamente a los factores internos.⁶⁵ Por el contrario, al tener como trasfondo la creación de delitos de preparación, la moderna discusión se ha centrado, en particular, en el aspecto de la criminalización de conductas (*prima facie*) socialmente adecuadas o cotidianas sobre la base de los elementos internos subyacentes.⁶⁶ Este aspecto del problema adquiere sus propias peculiaridades por el hecho de que ciertas normas (como el § 89a, ap. 2a, StGB) pretenden ser decididamente entendidas como protectoras de bienes jurídicos⁶⁷ y, sin embargo, van referidas a bienes jurídicos cada vez más vagos (o incluso solo *postulan* referirse a bienes jurídicos).⁶⁸ Un criterio (aunque requiere a su vez ser rellenado de contenido) que apunta en la dirección correcta es la *referencia de sentido delictiva*, máxime cuando el carácter cotidiano, neutral o socialmente adecuado de una conducta depende en última instancia del contexto o de su contextualización.⁶⁹

Por lo que respecta al *representativo* § 89a, ap. 2a, StGB, parece plausible para evaluar la conducta en cuestión como ya punible o (aún) impune si, desde la perspectiva de un observador que tenga en cuenta la planificación delictiva, aquella se presenta como “manifestación objetiva inequívoca de la intención de cometer el delito”.⁷⁰ El que bajo estas condiciones ya no se pueda hablar más de cotidianidad es solo un reflejo de la circunstancia de que la persona en cuestión comienza, mediante tales acciones, a vincularse *externamente* a su plan de acción de una forma

en texto en la nota 56 (claro, al respecto, RATH, *supra* nota 21, p. 47 [“(…) nada más que Derecho penal de la actitud interna”]).

⁶⁵ Cfr. *supra* texto principal correspondiente a las notas 31 s.

⁶⁶ Cfr. *supra* texto principal correspondiente a la nota 33.

⁶⁷ BT-Drs. 18/4087, p. 10 (“especial peligrosidad de la acción de preparación del viaje”); en el mismo sentido, *BGHSt* 62, 102, 112 s.

⁶⁸ Cfr. DUTTGE, “Vorbereitung eines Computerbetruges: Auf dem Weg zu einem ‘grenzenlosen’ Strafrecht” en HEINRICH et al. (eds.), *Festschrift für Ulrich Weber zum 70. Geburtstag. 18. September 2004*, Bielefeld, Gieseking, 2004, p. 285-294 s. Cfr., además, *supra* texto principal correspondiente a la nota 37.

⁶⁹ *BGHSt* 46, 107-113: “Ni las acciones cotidianas ni las acciones profesionales son siempre neutrales. Casi toda acción puede situarse en un contexto criminal (cfr. ROXIN, “Was ist Beihilfe?”, en KÜHNE (ed.), *Festschrift für Koichi Miyazawa*, Baden-Baden, Nomos, 1995, pp. 501 y 515). Los conceptos mencionados no son idóneos por sí solos para delimitar claramente la complicitad punible del actuar permitido”; AMBOS, *supra* nota 18, p. 650 (660); AMBOS, “Beihilfe durch Alltagshandlungen”, en *JA*, 2000, p. 721-724.

⁷⁰ SIEBER/VOGEL, *supra* nota 31, p. 140 s.; AMBOS, *supra* nota 18, p. 650 (660).

peligrosa (y al hacerlo excede su esfera de organización)⁷¹.⁷² Pero dado que esto no es necesario según la redacción de la norma, resulta difícil no considerar al § 89, ap. 2a, StGB como Derecho penal de la actitud interna ilegítimo. El BGH pretende desactivar este reproche apelando a que el § 89a, ap. 2a, StGB presupone “que al menos el intento de abandonar el país exprese que el autor quiera hacer realidad su intención de trasladarse a un país en el que se halle el campo de entrenamiento con el fin de cometer un grave atentado que ponga en peligro al Estado o de cometer acciones preparatorias”,⁷³ pero esto no puede resultar convincente por las razones ya aducidas,⁷⁴ pues el mero intento de abandonar el país no constituye, por sí solo, una “puesta en marcha [de la mala voluntad] peligrosa para bienes jurídicos”⁷⁵ en el sentido de una autovinculación al plan concebido. La decisión del BGH⁷⁶ se inscribe en una línea de decisiones que se basan, por lo menos, en un Derecho penal de la actitud interna implícito.⁷⁷

V. Bibliografía

AMBOS, Kai, “Beihilfe durch Alltagshandlungen”, en *JA*, 2000, pp. 721-725. Versión española de esta obra: “La complicidad a través de acciones cotidianas o externamente neutrales” (trad. Gabriel PÉREZ BARBERÁ), en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.ª época, n.º 8, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia. Facultad de Derecho, 2001, pp. 195-206.

— “Freiheit im Sein als Teil der Persönlichkeit und Grundlage strafrechtlicher Schuld. Zur Schuldlehre von Jorge de Figueiredo Dias”, en *GA*, n.º 156, 2009, pp. 561-585. Versión española de esta obra: “La libertad del ser como dimensión de la personalidad y fundamento de la culpabilidad penal –Sobre la doctrina de la culpabilidad de Jorge Figueiredo Dias” (trad. María Cecilia DÓMINE), en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo LXIII, Madrid, 2010, pp. 95-129.

⁷¹ Cfr. *supra* texto principal correspondiente a la nota 44.

⁷² Cfr., p. ej., sobre los mecanismos de una “autovinculación” en el marco de la *comunicación* por ordenador HARRENDORF/BOCK/RACKOW, “Überlegungen zur Strafwürdigkeit computervermittelter Kommunikation im Internet – Zugleich Besprechung von BGH, Beschl. v. 16.03.2011 – 5 StR 581/10 – Zauberwald (= StV 2012, 146)”, en *StV*, 2012, p. 687 (690 s.).

⁷³ *BGHSt* 62, 102 (114).

⁷⁴ Cfr. *supra* texto principal correspondiente a las notas 59 ss.

⁷⁵ *BGH* cit.; sin bastardillas en el original.

⁷⁶ Cfr. AMBOS, *supra* nota 18, p. 650 (660) quien pone de manifiesto que el BGH invoca a SIEBER/VOGEL, *supra* nota 31, pp. 140 s. de forma distorsionada.

⁷⁷ Cfr., también, RATH, *supra* nota 21, p. 64 (“vuelta al Derecho penal de la actitud interna”) y *passim*.

— “Rechtsgutsprinzip und harm principle: theoretische Ausgangspunkte zur Bestimmung der Funktion des Völkerstrafrechts. Ein zweiter Beitrag zu einer grundlegenden Theorie des Völkerstrafrechts”, en ZÖLLER, Mark A. / HILGER, Hans / KÜPER, Wilfried / ROXIN, Claus (eds.), *Gesamte Strafrechtswissenschaft in internationaler Dimension. Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag am 7. September 2013*, Berlín, Duncker & Humblot, 2013, pp. 1285-1310. Versión española de esta obra: “Bien jurídico y *harm principle*: bases teóricas para determinar la ‘función global’ del derecho penal internacional. Una segunda contribución para una teoría coherente del derecho penal internacional” (trad. Carolina Aguilera MARINOVIC), en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.^a época, n.º 10, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia. Facultad de Derecho, julio de 2013, pp. 343-378.

— “Besitz als Straftat und die Funktion der subjektiven Tatseite. Überlegungen aus einer vergleichenden Perspektive”, en JOERDEN, Jan C. / SCHMOLLER, Kurt (eds.), *Rechtsstaatliches Strafen. Festschrift für Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Keiichi Yamanaka zum 70. Geburtstag am 16. März 2017*, Berlín, Duncker & Humblot, 2017, pp. 223-237. Versión española de esta obra: “La posesión como delito y la función del elemento subjetivo – Reflexiones desde una perspectiva comparada” (trad. Gustavo URQUIZO VIDELA), en *Revista de Ciencias Penales*, Sexta Época, Vol. XLII, n.º 1, 2015, pp. 13-30.

— “Liberal Criminal Theory. Ansätze eines angloamerikanisch-deutschen Dialogs zu Ehren von Andrew (Andreas) von Hirsch”, en *GA*, 2017, pp. 297-323. Versión inglesa de esta obra: en *Criminal Law Forum*, vol. 28, 2017, pp. 589-628.

— “Anmerkung zu einer Entscheidung des BGH, Beschluss vom 06.04.2017 (3 StR 326/16) - Zur Strafbarkeit der Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat durch die Ausreise aus der Bundesrepublik Deutschland”, en *JR*, 2017, pp. 655-660.

— *Nationalsozialistische Strafrecht. Kontinuität und Radikalisierung*, Baden-Baden, Nomos, 2019. Versión española de esta obra, ampliada y actualizada: *Derecho Penal Nacionalsocialista. Continuidad y radicalización* (trad. José R. BÉGUELIN / Leandro A. DIAS), Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.

BETTIOL, Giuseppe, “Colpa d'autore e certezza del diritto”, en KAUFMANN, Arthur / BEMMANN, Günter / KRAUSS, Detlef / VOLK, Klaus (eds.), *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978*, Múnich, C.H. Beck, 1979, pp. 333-341.

BINDER, Hans, “Der juristische und der psychiatrische Maßstab bei der Beurteilung der Tötungsdelikte”, en *ZStrR*, vol. 67, 1952, pp. 306-339.

BITTMANN, Folker, “Hatecrime: Gesinnungsstrafrecht oder notwendige Verteidigung der Rechtsordnung? Zum gemeinsamen Gesetzesentwurf der Länder Brandenburg und Sachsen-Anhalt für ein ... Strafrechtsänderungsgesetz”, en *DRiZ*, 2007, 323-326.

BURKHARDT, Björn, “Tatbestandsmäßiges Verhalten und ex-ante-Betrachtung. Zugleich ein Beitrag wider die ‚Verwirrung zwischen dem Subjektiven und dem Objektiven‘”, en WOLTER, Jürgen / FREUND, Georg (eds.), *Straftat, Strafzumessung und Strafprozess im gesamten Strafrechtssystem*, Heidelberg, C. F. Müller, 1996, pp. 99-105.

DEGENER, Wilhelm, “Der Zueignungsbegriff des Unterschlagungstatbestandes (§ 246, StGB)”, en *JZ*, vol. 56, n.º 8, 2001, pp. 38-399.

DUTTGE, Gunnar en “Vorbereitung eines Computerbetruges: Auf dem Weg zu einem ‚grenzenlosen‘ Strafrecht”, en HEINRICH, Bernd / HILGENDORF, Eric / MITSCH, Wolfgang / STERNBERG-LIEBEN, Detlev (eds.), *Festschrift für Ulrich Weber zum 70. Geburtstag. 18. September 2004*, Bielefeld, Gieseking, 2004, pp. 285-310.

FEUERBACH, Anselm, *Kritik des Kleinschrodischen Entwurfs zu einem peinlichen Gesetzbuche für die Chur-Pfalz-Bayrischen Staaten*, t. III, Fráncfort del Meno, 1804 (reimpreso en 1988).

FISCHER, Thomas, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, 66.ª ed., Múnich, C.H. Beck, 2019.

FRISCH, Wolfgang, *Vorsatz und Risiko. Grundfragen des tatbestandsmäßigen Verhaltens und des Vorsatzes*, Köln, Heymann 1983.

— “Zum tatbestandsmäßigen Verhalten der Strafvereitelung – OLG Stuttgart”, en *NJW* 1983, p. 1569, *JuS* 1983, pp. 915-924.

— “Gewissenstaten und Strafrecht”, en HOYER, Andreas / MÜLLER, Henning Ernst / PAWLIK, Michael / WOLTER, Jürgen (eds.), *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, C. F. Müller, 2006, pp. 11-31.

GALLAS, Wilhelm, “Tatstrafe und Täterstrafe, insbesondere im Kriegsstrafrecht (Bericht anlässlich einer Tagung der Arbeitsgemeinschaft deutscher Strafrechtslehrer am 6. und 7. September 1940 in Weimar)”, en *ZStW*, vol. 60, n.º 1, 1941, pp. 374-417.

— “Pflichtenkollision als Schuldaußschließungsgrund”, en ENGISCH, Karl / MAURACH, Reinhart (eds.), *Festschrift für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag*, München, C.H. Beck, 1954, pp. 311-334.

— “Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs”, en KAUFMANN, Arthur (ed.), *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978*, München, Beck, 1979, pp. 155-179.

GAZEAS, Nikolaus / GROSSE-WILDE, Thomas, “Anmerkung zu einer Entscheidung des BGH, Beschluss vom 06.04.2017 (3 StR 326/16) – Zur Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Straftat durch die Ausreise aus der Bundesrepublik Deutschland”, en *StV*, 2018, pp. 84-88.

GIERHAKE, Katrin, “Zur geplanten Einführung neuer Straftatbestände wegen der Vorbereitung terroristischer Straftaten”, en *ZIS*, 2008, pp. 397-405.

GLÖCKNER, Hans Peter, *Cogitationis poenam nemo patitur: D. 48. 19. 18. zu den Anfängen einer Versuchslehre in der Jurisprudenz der Glossatoren*, Fráncfort del Meno, Klostermann, 1989.

GÖTZ, Regina, Struktureller Rassismus und rechte Gewalt, *AnwBl*, 2016, p. 563.

GRECO, Luis, “Das Subjektive an der objektiven Zurechnung - Zum ‚Problem‘ des Sonderwissens”, en *ZStW*, vol. 117, n.º 3, 2005, pp. 519-554.

GROPP, Walter: “Tatstrafrecht und Verbrechenssystem und die Vorverlagerung der Strafbarkeit”, en SINN, Arndt / GROPP, Walter / NAGY, Ferenc (eds.), *Grenzen der Vorverlagerung in einem Tatstrafrecht*, Osnabrück, Vandenhoeck & Ruprecht, 2011, pp. 99-119.

HARRENDORF, Stefan / BOCK, Stefanie / RACKOW, Peter, en “Überlegungen zur Strafwürdigkeit computervermittelter Kommunikation im Internet —Zugleich Besprechung von BGH, Beschl. v. 16.03.2011 – 5 StR 581/10 – Zauberwald (= StV 2012, 146)—”, en *StV*, 2012, pp. 687-695.

HIRSCH, Hans Joachim, “Untauglicher Versuch und Tatstrafrecht”, en SCHÜNEMANN, Bernd / ACHENBACH, Hans / BOTTKE, Wilfried / HAFFKE, Bernhard / RUDOLPHI, Hans-Joachim (eds.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, Berlín y otra, De Gruyter, 2001, pp. 711-728.

JAKOBS, Günter, “Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung”, en *ZStW*, vol. 97, n.º 4, 1985, pp. 751-785.

KANT, *Metaphysik der Sitten*, Vorländer-Ausgabe, Leipzig, 1913.

KARGL, Walter, “Gesinnung und Erfolg im Unterschlagungstatbestand. Die Manifestation der Zueignung”, en *ZStW*, vol. 103, n.º 1, 1991, pp. 136-185.

KAUFMANN, Armin, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, Gotinga, Schwartz & Co., 1954.

KELKER, Brigitte, *Zur Legitimität von Gesinnungsmerkmalen im Strafrecht*, Fráncfort del Meno, Vittorio Klostermann, 2007.

KÖHLER, Michael, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Berlín, Springer, 1997.

MAIWALD, Manfred, “Zur Leistungsfähigkeit des Begriffs ‚erlaubtes Risiko‘ für die Strafrechtssystematik”, en VOGLER, Theo *et al.* (eds.), *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag*, t. I, Berlín, Duncker & Humblot, 1985, pp. 405-425.

MEZGER, Edmund, “Tatstrafe und Täterstrafe, insbesondere im Kriegsstrafrecht (Bericht anlässlich einer Tagung der Arbeitsgemeinschaft deutscher Strafrechtslehrer am 6. und 7. September 1940 in Weimar)”, en *ZStW*, vol. 60, n.º 1, 1941, pp. 353-374.

MIEBACH / MAIER, en JOECKS, Wolfgang / MIEBACH, Klaus (eds.) *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch. §§ 38 – 79b, StGB*, t. 2, , 3.ª ed., Múnich, C.H. Beck, 2016.

PAWLIK, Michael, “Hans Kudlich, Die Unterstützung fremder Straftaten durch berufsbedingtes Verhalten. (Strafrechtliche Abhandlungen, NF. Bd. 156). Verlag Duncker & Humblot, Berlín 2004. 576 S. kart. EUR 98,-”, GA 2006, pp. 240-241.

— *Das Unrecht des Bürgers*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2012.

PETZSCHE, Anneke, “Die Kriminalisierung von Vorbereitungshandlungen – Abschied vom Tatstrafrecht?”, en *ZStW*, vol. 131, n.º 3, 2019, pp. 576-594.

PUSCHKE, Jens, “Ausreise als Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat – Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 6.4.2017 – 3 StR 326/16”, en *NJW*, 2017, p. 2932.

RACKOW, Peter, *Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts*, Fráncfort del Meno, Peter Lang, 2007.

RATH, Jürgen, *Gesinnungsstrafrecht. Zur Kritik der Destruktion des Kriminalunrechtsbegriffs in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs*, Hamburgo, Dr. Kovač, 2002.

ROXIN, Claus, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, t. I, 4.^a ed., Múnich, C. H. Beck, 2006 [1991].

— “Was ist Beihilfe?”, en KÜHNE, Hans Heins (ed.), *Festschrift für Koichi Miyazawa*, Baden-Baden, Nomos, 1995, pp. 501-518.

SANCINETTI, Marcelo, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito. Análisis de la estructura de la fundamentación y exclusión del ilícito* (Übersetzung von Zielinski, Handlungs- und Erfolgswert im Unrechtsbegriff, 1973), Buenos Aires, Hammurabi, 1990.

— *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa*, Bogotá, Temis, 1995.

— *Subjektive Unrechtsbegründung und Rücktritt vom Versuch*, Köln y otras, Carl Heymann, 1995.

— *Teoría del delito y disvalor de acción*, Buenos Aires, Hammurabi, 2001.

— “‘Dolus generalis’ und ‘strafrechtliches Glück’”, en SCHÜNEMANN, Bernd / ACHENBACH, Hans / BOTTKE, Wilfried / HAFFKE, Bernhard / RUDOLPHI, Hans-Joachim (eds.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, Berlín y otra, 2001, de Gruyter, pp. 349-364.

— *Dolo e imprudencia. Comentario a los §§ 15 y 16 del Código penal alemán* (Übersetzung der Kommentierung Zielinskis der §§ 15-16, StGB im AK-StGB), Buenos Aires, Hammurabi, 2003.

— *Dolo, tentativa y delito putativo* (zusammenfassende Übersetzung der u. erwähnten Schriften Struensees), Buenos Aires, Hammurabi, 2003.

— “Der Handlungswert als Grundlage einer rationalen Strafrechtsdogmatik”, en *GA*, 2016, pp. 411-426.

SCHAFFSTEIN, Friedrich, *Politische Strafrechtswissenschaft*, Hamburgo, Hanseatische verlagsanstalt, 1934.

— “Das Verbrechen als Pflichtverletzung”, en DAHM, Georg / HUBER, Ernst Rudolf / LARENZ, Karl / MICHAELIS, Karl / SCHAFFSTEIN, Friedrich / SIEBERT, Wolfgang, *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, Berlín, Junker & Dünnhaupt, 1935, pp. 108-142.

— “Das subjektive Recht im Strafrecht”, en *DRWis*, 1936, pp. 39-49.

SCHMIDHÄUSER, Eberhard, *Gesinnungsmerkmale im Strafrecht*, Tubinga, Mohr, 1958.

— “Gesinnungsethik und Gesinnungsstrafrecht”, en LACKNER, Karl / LEFERENZ, Heinz / SCHMIDT, Eberhard / WELP, Jürgen / WOLFF, Ernst A. (eds.), *Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag am 22. Juli 1973*, Berlín, De Gruyter, 1973, pp. 81-97.

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

SIEBER, Ulrich / VOGEL, Benjamin, *Terrorismusfinanzierung. Prävention im Spannungsfeld von internationalen Vorgaben und nationalem Tatstrafrecht*, Berlín, Duncker & Humblot, 2015.

SINN, Arndt, *Straffreistellung aufgrund von Drittverhalten. Zurechnung und Freistellung durch Macht*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2007.

STRATENWERTH, “Günter, Zur Funktion strafrechtlicher Gesinnungsmerkmale”, en WELZEL, Hans / CONRAD, Hermann / KAUFMANN, Armin / KAUFMANN, Hilde (eds.), *Festschrift für Hellmuth von Weber zum 70. Geburtstag*, Bonn, Röhrscheid, 1963, pp. 171-191.

STRATENWERTH, Günter / KUHLEN, Lothar, *Strafrecht Allgemeiner Teil I*, 6.^a ed., München, Vahlen, 2011.

STRUENSEE, Eberhard, “Versuch und Vorsatz”, en DORNSEIFER, Gerhard *et al.* (eds.), *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Köln y otras, Carl Heymann, 1989, pp. 523-539.

— “Verursachungsvorsatz und Wahnkausalität”, en *ZStW*, vol. 102, n.º 1, 1990, pp. 21-50.

TAG, Brigitte, “Beihilfe durch neutrales Verhalten”, en *JR*, 1997, pp. 49-57.

TIMM, Frauke, *Gesinnung und Straftat*, Berlín, Duncker & Humblot, 2012.

— “Tatmotive und Gesinnungen als Strafschärfungsgrund am Beispiel der »Hassdelikte« ”, en *JR*, 2014, pp. 141-148.

v. LISZT, Franz, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, t. II, Berlín, 1905 (reimpreso en 1970).

WELZEL, Hans, *Das Deutsche Strafrecht in seinen Grundzügen. Eine systematische Darstellung*, 2.ª ed., Berlín, De Gruyter, 1949.

ZACHARIÄ, Heinrich Albert, *Die Lehre vom Versuche des Verbrechens*, t. I, Gotinga, Dieterich, 1836.

ZIELINSKI, Diethart, *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff. Untersuchungen zur Struktur von Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluß*, Berlín, Duncker & Humblot, 1973.