



**Universidad de Málaga. Programa de Doctorado en Ciencias Jurídicas y
Sociales. Facultad de Derecho/Albert-Ludwigs-Universität Freiburg.
Facultad de Derecho**

TESIS DOCTORAL

DELITOS DE POSESIÓN: UNA INVESTIGACIÓN DOGMÁTICA Y POLÍTICO- CRIMINAL

Tesis doctoral presentada por **D. Carlos Domênico Viveiros** para la obtención del grado de Doctor por la Universidad de Málaga y por la Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, en el marco del Convenio Específico de Cotutela de Tesis Doctoral expedido en Málaga en 14 de junio de 2016 y en Friburgo de Brisgóvia en 12 de julio de 2016

Directores:

Prof. Dr. Dr. h. c. José Luis Díez Ripollés, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Málaga

Prof. Dr. Dr. h. c. Walter Perron, Catedrático de Derecho Penal de la Albert-Ludwigs-Universität Freiburg


Málaga/Friburgo de Brisgóvia, enero de 2022





UNIVERSIDAD
DE MÁLAGA

AUTOR: Carlos Domenico Viveiros

 <https://orcid.org/0000-0001-7122-7964>

EDITA: Publicaciones y Divulgación Científica. Universidad de Málaga



Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional:

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/legalcode>

Cualquier parte de esta obra se puede reproducir sin autorización pero con el reconocimiento y atribución de los autores.

No se puede hacer uso comercial de la obra y no se puede alterar, transformar o hacer obras derivadas.

Esta Tesis Doctoral está depositada en el Repositorio Institucional de la Universidad de Málaga (RIUMA): riuma.uma.es





DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y ORIGINALIDAD DE LA TESIS PRESENTADA PARA OBTENER EL TÍTULO DE DOCTOR

D./Dña CARLOS DOMÊNICO VIVEIROS

Estudiante del programa de doctorado EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES de la Universidad de Málaga, autor/a de la tesis, presentada para la obtención del título de doctor por la Universidad de Málaga, titulada: DELITOS DE POSESIÓN: UNA INVESTIGACIÓN DOGMÁTICA Y POLÍTICO-CRIMINAL

Realizada bajo la tutorización de ----- y dirección de JOSÉ LUIS DÍEZ RIPOLLÉS Y WALTER PERRON (si tuviera varios directores deberá hacer constar el nombre de todos)

DECLARO QUE:

La tesis presentada es una obra original que no infringe los derechos de propiedad intelectual ni los derechos de propiedad industrial u otros, conforme al ordenamiento jurídico vigente (Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia), modificado por la Ley 2/2019, de 1 de marzo.

Igualmente asumo, ante a la Universidad de Málaga y ante cualquier otra instancia, la responsabilidad que pudiera derivarse en caso de plagio de contenidos en la tesis presentada, conforme al ordenamiento jurídico vigente.

En Málaga, a 20 de ENERO de 2021

Fdo.: Doctorando/a	Fdo.: Tutor/a
Fdo.: Director/es de tesis	





UNIVERSIDAD
DE MÁLAGA



**BESITZDELIKTE:
EINE DOGMATISCHE UND KRIMINALPOLITISCHE
UNTERSUCHUNG**

Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde der
Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universidad de Málaga und der
Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität
Freiburg im Rahmen der spezifischen Cotutelle-Vereinbarung vom 14. Juni
2016 (Málaga) und vom 12. Juli 2016 (Freiburg im Breisgau)

vorgelegt von
Carlos Domênico Viveiros
geboren in Nova Iguaçu



UNIVERSIDAD
DE MÁLAGA

Dekanin der Rechtswissenschaftlichen Fakultät:
Prof. Dr. Katharina von Koppenfels-Spies.

Betreuer der Arbeit:
Prof. Dr. Dr. h. c. José Luis Díez Ripollés (Universidad de Málaga).
Prof. Dr. Dr. h. c. Walter Perron (Albert-Ludwigs-Universität Freiburg).

Referent:

Koreferent:

Drittprüfer:

Datum der mündlichen Prüfung:



UNIVERSIDAD
DE MÁLAGA

Dedico este trabajo a mis abuelos paternos, José Carlos (*in memoriam*) y Nadyr (*in memoriam*), y a mi abuela materna, Maria José, que han puesto los cimientos de una familia basada en los valores del trabajo diligente y del apoyo mutuo, sin los cuales esta investigación no se podría haber llegado a culminar.



UNIVERSIDAD
DE MÁLAGA

RESUMEN

La presente investigación doctoral discute algunos de los principales problemas dogmáticos y político-criminales de los delitos de posesión en el sistema jurídico europeo continental, especialmente en el marco del ordenamiento jurídico-penal español y alemán. En el capítulo 1, se sientan las bases metodológicas y terminológicas que informarán el resto de la investigación. En el capítulo 2, se brinda un concepto de tipo de posesión, en base al cual se da un panorama cualitativo y cuantitativo de los tipos de posesión contenidos en el ordenamiento jurídico-penal positivo español. El capítulo 3 analiza y refuta la posibilidad de interpretar los tipos de posesión como delitos “de estado” o “sin acción”, es decir, como figuras delictivas sin un comportamiento humano. El capítulo 4 analiza y refuta la posibilidad de considerar la posesión una manifestación autónoma de responsabilidad penal por el comportamiento. En este mismo capítulo se defiende, en consecuencia, la necesidad de vincular la responsabilidad penal en los delitos de posesión a acciones u omisiones del sujeto típico que hacen surgir o persistir su relación de dominio sobre el objeto. El capítulo 5 presenta nuestro planteamiento personal, que concibe los delitos de posesión como delitos comisivos y/u omisivos propios, permanentes y de resultado. El capítulo 6 se ocupa de los riesgos de persecución penal inherentes a la realización de la acción debida de supresión de la relación de dominio sobre el objeto. También propone una reforma legislativa que excluya la responsabilidad penal por conductas como la posesión, la adquisición y el transporte de un objeto hacia la autoridad competente, si el objeto en cuestión es entregado voluntariamente a la autoridad.

Palabras clave: delitos de posesión; dogma de la acción; delitos sin acción; delitos comisivos; delitos omisivos propios; delitos permanentes; delitos de resultado; entrega voluntaria de objetos prohibidos a las autoridades; amnistía penal.



UNIVERSIDAD
DE MÁLAGA

ZUSAMMENFASSUNG

Die vorliegende Dissertation befasst sich mit einigen der dogmatischen und kriminalpolitischen Hauptprobleme der Besitzdelikte im kontinentaleuropäischen Rechtssystem, insbesondere in der spanischen und deutschen Strafrechtsordnung. Kapitel 1 enthält die methodischen und terminologischen Grundüberlegungen, auf denen die weiteren Kapitel der Dissertation fußen. Kapitel 2 befasst sich mit der Begriffsbestimmung der Besitztatbestände, auf deren Grundlage sodann ein qualitativer und quantitativer Überblick über die Besitztatbestände des geltenden spanischen Strafrechts gegeben wird. Kapitel 3 analysiert und widerlegt die Auffassung, die die Besitztatbestände als „Zustandsdelikte“ bzw. „Delikte ohne Handlung“ ansieht, d. h., als Tatbestände, die kein menschliches Verhalten unter Strafe stellen. Kapitel 4 analysiert und widerlegt die Auffassung, die das Besitzen als eine selbstständige Erscheinungsform menschlichen Verhaltens konzipiert. Folglich wird im selben Kapitel die Ansicht vertreten, dass die strafrechtliche Besitzverantwortung abhängig ist vom Vorliegen strafbarer Handlungen oder Unterlassungen, die die eigene Herrschaftsmacht über die Sache herbeiführen oder aufrechterhalten. Im Kapitel 5 wird unser eigener Ansatz mit Bezug auf die Besitzdelikte erarbeitet, wonach Besitzdelikte als Begehungs- und/oder echte Unterlassungsdelikte und als Erfolgs-Dauerdelikte anzusehen sind. Im Kapitel 6 werden die Strafverfolgungsrisiken angegangen, die die Vornahme der gebotenen Handlung zur Aufhebung der eigenen Herrschaftsmacht über einen verbotenen Gegenstand birgt. Dabei wird auch eine Gesetzesreform vorgeschlagen, welche die Strafbarkeit von Verhaltensweisen wie dem Besitzen, dem Erwerben und dem Transportieren des Gegenstandes zur Übergabe an die zuständige Behörde ausschließt, wenn diese Übergabe freiwillig erfolgt.

Schlüsselwörter: Besitzdelikte; Handlungsdogma; Delikte ohne Handlung; Begehungsdelikte; echte Unterlassungsdelikte; Dauerdelikte; Erfolgsdelikte; freiwillige Abgabe verbotener Gegenstände bei Behörden; Amnestieregelungen.



UNIVERSIDAD
DE MÁLAGA

RESUMO

A presente tese doutoral aborda alguns dos principais problemas dogmáticos e político-criminais dos crimes de posse no sistema jurídico europeu continental, especialmente no contexto do direito espanhol e alemão. O capítulo 1 desenvolve as considerações metodológicas e terminológicas fundamentais que embasam o resto do trabalho. O capítulo 2 define o conceito de tipos de posse, sobre cuja base se oferece um panorama qualitativo e quantitativo dos tipos de posse no direito penal positivo espanhol. O capítulo 3 analisa e refuta a concepção dos crimes de posse como crimes “de estado” ou “sem ação”, é dizer, como figuras legais que não criminalizam comportamentos humanos. O capítulo 4 analisa e refuta a concepção da posse como modalidade autônoma de comportamento humano. Neste capítulo também se afirma, por conseguinte, a necessidade de vincular a responsabilidade penal nos tipos de posse às ações ou omissões do sujeito típico que dão lugar ao surgimento ou à persistência de sua relação de domínio sobre o objeto. O capítulo 5 desenvolve nossa própria posição sobre os crimes de posse, que os concebe como crimes comissivos e/ou omissivos, permanentes e de resultado. No capítulo 6 são abordados os riscos de persecução penal inerentes à realização da ação ordenada de supressão da relação de domínio sobre o objeto. Também se propõe uma reforma legal que exclua a responsabilidade penal por condutas como a posse, a aquisição e o transporte de um objeto à autoridade competente, se o objeto em questão é entregue voluntariamente à autoridade.

Palavras-chaves: crimes de posse; dogma da ação; crimes sem ação; crimes comissivos; crimes omissivos próprios; crimes permanentes; crimes de resultado; entrega voluntária de objetos proibidos a autoridades; anistia penal.



UNIVERSIDAD
DE MÁLAGA

ABSTRACT

This dissertation tackles some of the main legal interpretation and legitimacy issues related to crimes of possession in the Civil Law system, especially in Spanish and German criminal law. Chapter 1 lays the methodological and terminological foundations upon which the research is further developed. Chapter 2 defines the concept of possession offences and provides a qualitative and quantitative overview of the possession offences in Spanish criminal law. Chapter 3 analyzes and refutes the interpretation of possession offences as a criminalization of a “state of affairs” or as “offences without an act”, in other words, as offences that don’t require an underlying human behavior. Chapter 4 analyzes and refutes the interpretation of the possession as an autonomous manifestation of human behavior. In the same chapter we argue, thus, that the criminal responsibility for possession offences must be linked to the actions or omissions that generate or maintain the possession. Chapter 5 presents our personal view regarding the crimes of possession, which interprets these as criminal actions and/or omissions, and also as permanent offences with a naturalistic external effect. Chapter 6 addresses the risks of criminal prosecution that permeate the suppression of previous possession of prohibited objects. It also proposes a legislative reform that excludes criminal responsibility for offences such as the possession, the procurement and the transportation of forbidden objects to the competent authorities, if such objects are voluntarily surrendered to the authorities.

Keywords: crimes of possession; act requirement; offences without an act; criminal actions; criminal omissions; permanent offences; offences with a naturalistic external effect; voluntary surrender of forbidden objects to authorities; amnesty regulations.



UNIVERSIDAD
DE MÁLAGA

ÍNDICE

RESUMEN	1
ZUSAMMENFASSUNG.....	3
RESUMO.....	5
ABSTRACT	7
ÍNDICE DE ABREVIATURAS	17
INTRODUCCIÓN	21
CASOS DIDÁCTICOS	25

PARTE 1

FUNDAMENTOS

CAPÍTULO 1. CONSIDERACIONES METODOLÓGICAS Y TERMINOLÓGICAS PREMILINARES	31
I. Consideraciones metodológicas preliminares.....	31
II. Aclaraciones terminológicas preliminares	32
CAPÍTULO 2. PANORAMA GENERAL DE LOS DELITOS DE POSESIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO-PENAL POSITIVO ESPAÑOL	37
I. Introducción.....	37
II. El concepto de tipo de posesión	38
II.1. La exclusiva descripción de la relación fáctica de dominio sobre el objeto típico.....	38
II.2. La vinculación de la descripción de la relación fáctica de dominio al texto literal del tipo	39
II.3. La relación fáctica de dominio entre persona y objeto típico.....	42
II.4. La corporeidad del objeto típico.....	43
II.5. Consecuencias prácticas para los fines de nuestro planteamiento personal...48	
III. Los tipos de posesión del ordenamiento jurídico-penal positivo español: delimitación preliminar.....	50
III.1. Tipos delictivos que exigen comportamientos con el objeto típico o respecto a la custodia sobre el objeto típico.....	51

III.2. Tipos mixtos que presuponen una relación de simultaneidad entre la detentación de la relación fáctica de dominio sobre un objeto y un comportamiento típico.....	56
III.3. Tipos que criminalizan el uso indebido de determinados objetos como fenómeno posiblemente rayano con la mera detentación del dominio fáctico	58
IV. Los tipos de posesión del ordenamiento jurídico-penal positivo español: panorama y clasificación según modalidad de formulación típica.....	61
IV.1. Posesión	62
IV.2. Tenencia y tenencia en (su) poder	65
IV.3. Tenencia en depósito y depósito	68
IV.4. Almacenamiento	69
IV.5. Tipos de posesión imprudentes (imprudencia grave)	71
<i>IV.5.1. Panorama general</i>	71
<i>IV.5.2. Tipos problemáticos</i>	73
IV.5.2.1. La posesión imprudente en el contexto del delito de blanqueo de capitales: art. 301.1 en conexión con el art. 301.3 CP	73
IV.5.2.2. Los arts. 361 y 362 bis, en conexión con el art. 367 CP	74
IV.5.2.3. La posesión imprudente en el contexto de los delitos de terrorismo: arts. 573.1, 574.1, 574.2 y 574.3 y 576.1 en conexión con el art. 577.3 CP	75
IV.5.2.4. La posesión imprudente en los delitos de contrabando: arts. 2.1 letra “b”, 2.2 letra “b” y 2.3 letras “a” y “b” en conexión con el art. 2.5 LRC	76
IV.6. Responsabilidad penal de la persona jurídica por delitos de posesión	82
V. Análisis cuantitativo de los tipos de posesión en el ordenamiento jurídico-penal positivo español.....	85

PARTE 2

CUESTIONES DOGMÁTICAS DE LOS DELITOS DE POSESIÓN

SECCIÓN 1ª: DELITOS DE POSESIÓN COMO DELITOS DE ESTADO

CAPÍTULO 3. SOBRE LA TEORÍA DE LOS DELITOS DE POSESIÓN

COMO DELITOS DE ESTADO Y SU APRECIACIÓN CRÍTICA91

I. Introducción.....91

II. Antecedentes históricos de la discusión contemporánea en el sistema

jurídico europeo continental.....92

II.1. Las controversias relacionadas con la responsabilidad penal

por *positum habens* en el derecho romano92

II.2. El debate sobre los delitos “de sospecha” o “sin acción” en la doctrina

italiana de la primera mitad del siglo XX96

II.2.1. *Apreciación crítica*101

III. La teoría de los delitos de estado en la discusión científica alemana

y española de fines del siglo XX y comienzos del siglo XXI106

III.1. Introducción106

III.2. La teoría de los delitos de estado de Eckstein.....109

III.3. El planteamiento de Deiters: oposición meramente aparente

a la responsabilidad penal por el estado en los delitos de posesión.....117

III.4. Los planteamientos de Lampe y de Ambos: defensa meramente aparente

de la responsabilidad penal por el estado en los delitos de posesión.....118

IV. Análisis de la conformidad constitucional de la interpretación de los

delitos de posesión como delitos de estado.....119

IV.1. Introducción119

IV.2. Los autos BVerfG NJW 1994, 2412 y BVerfG NJW 1995, 248

del tribunal constitucional alemán120

IV.3. Responsabilidad penal por el estado, principio constitucional de legalidad penal y las expresiones “hecho” (“Tat”) del art. 103, apdo. 2 GG y “acciones u omisiones” del art. 25.1 CE127

<i>IV.3.1. Delimitación preliminar del problema: los dos posibles procedimientos hermenéuticos para sustentar la contrariedad de la responsabilidad penal por el estado con los arts. 103, apdo. 2 GG y 25.1 CE</i>	127
<i>IV.3.2. Responsabilidad penal por el estado, principio constitucional de legalidad penal y la expresión “hecho” (“Tat”) del art. 103, apdo. 2 GG</i>	132
<i>IV.3.3. Responsabilidad penal por el estado, principio constitucional de legalidad penal y la expresión “acciones u omisiones” del art. 25.1 CE</i>	135
<i>IV.3.4. Toma de postura</i>	137
IV.3.4.1. Interpretación gramatical	137
IV.3.4.2. Interpretación histórica	142
IV.3.4.3. Interpretación teleológica.....	143
<i>IV.3.5. Conclusiones: Responsabilidad penal por el estado, principio constitucional de legalidad penal y las expresiones “hecho” (“Tat”) del art. 103, apdo. 2 GG y “acciones u omisiones” del art. 25.1 CE</i>	146
IV.4. Responsabilidad penal por el estado y principio de imputación subjetiva (o de “culpabilidad”)	148
<i>IV.4.1. Introducción</i>	148
<i>IV.4.2. Responsabilidad penal por el estado y capacidad de realización de la acción debida: aclaraciones fáctico-didácticas preliminares</i>	149
<i>IV.4.3. El principio de imputación subjetiva (o de “culpabilidad”): fundamento constitucional y precisiones terminológicas y conceptuales previas</i>	153
<i>IV.4.4. Responsabilidad penal por el estado: infracción al principio de imputación subjetiva</i>	165
IV.4.4.1. No determinante: la crítica adicional de Hochmayr a la responsabilidad penal por el estado	168
<i>IV.4.5. ¿Puede la exigencia de una intención criminal adicional superar el déficit de legitimidad de la responsabilidad penal por el estado?</i>	173
IV.4.5.1. Posibles objeciones	177

IV.4.6. ¿Relación de accesoriadad entre la responsabilidad penal por el estado y la responsabilidad penal por el comportamiento?	180
IV.4.7. Conclusiones: responsabilidad penal por el estado y principio de imputación subjetiva (o de “culpabilidad”)	184
IV.5. ¿Penalización “de facto” de meros estados en la jurisprudencia?	186
IV.6. Responsabilidad penal por el estado y protección de bienes jurídicos fundamentales	188

SECCIÓN 2ª: DELITOS DE POSESIÓN COMO DELITOS DE COMPORTAMIENTO

CAPÍTULO 4. ¿POSESIÓN COMO CATEGORÍA DE IMPUTACIÓN AUTÓNOMA (TERTIUM GENUS) DE LA RESPONSABILIDAD PENAL POR EL COMPORTAMIENTO? SOBRE EL PLANTEAMIENTO DE ROXIN

I. Breve repaso e introducción	191
II. El planteamiento de Roxin	192
III. Apreciación crítica	194
III.1. El punto de partida de la argumentación de Roxin como “falacia del espantapájaros”	194
III.2. La inviabilidad dogmática de la comprensión de la posesión como tercera categoría de imputación jurídico-penal por un comportamiento	204
III.3. La aptitud de la dogmática comisiva/omisiva para abarcar supuestos de establecimiento activo de la propia custodia sobre el objeto típico	209
III.4. Conclusiones	211

CAPÍTULO 5. PLANTEAMIENTO PROPIO: DELITOS DE POSESIÓN COMO DELITOS COMISIVOS Y/U OMISIVOS, PERMANENTES Y DE RESULTADO

I. Breve repaso e introducción	213
II. Consideraciones preliminares: el surgimiento y la persistencia de la custodia sobre el objeto típico como puntos de anclaje de la responsabilidad penal en los delitos de posesión y sus consecuencias dogmáticas	214

II.1. Establecimiento y mantenimiento de la custodia sobre el objeto típico como planos de análisis de la responsabilidad penal en los delitos de posesión	215
II.2. La relevancia de comportamientos de utilización del objeto típico para los tipos de posesión	216
III. Delitos de posesión como delitos comisivos y/u omisivos	219
III.1. El concepto de comportamiento humano: consideraciones sobre su aplicabilidad a los dos posibles sentidos de la “posesión” y formulación de una definición mínima para los fines de la presente investigación.....	219
<i>III.1.1. Posesión como estado de cosas o resultado prohibido por los tipos de posesión (custodia)</i>	<i>220</i>
<i>III.1.2. Posesión como título de imputación</i>	<i>221</i>
III.2. La diferenciación entre acción y omisión en el derecho penal y su aplicación a las figuras delictivas de posesión	223
IV. Delitos de posesión como delitos permanentes y de resultado.....	232
IV.1. Introducción	232
IV.2. La calidad de delito permanente	232
<i>IV.2.1. Consecuencias dogmáticas</i>	<i>233</i>
IV.3. La calidad de delito de resultado	238
<i>IV.3.1. La custodia o disponibilidad sobre el objeto típico: panorama de su comprensión en el contexto del tipo de posesión de estupefacientes (art. 368 CP y § 29, apdo. 1, núm. 3 BtMG).....</i>	<i>243</i>
IV.3.1.1. La custodia o disponibilidad en el tipo de posesión de estupefacientes del art. 368 CP.....	244
IV.3.1.2. La custodia en el tipo de posesión de estupefacientes del § 29, apdo. 1, núm. 3 BtMG.....	255
V. El establecimiento de la custodia sobre el objeto típico: controversias dogmáticas específicas	266
V.1. Objeciones a la inclusión en el tipo.....	266
V.2. El carácter comisivo u omisivo	276
VI. El mantenimiento de la custodia sobre el objeto típico: controversias dogmáticas específicas	278
VI.1. Objeciones a la inclusión en el tipo	278
VI.2. El carácter omisivo o comisivo.....	280
VI.3. ¿Omisión propia o impropia?.....	282

VII. Análisis de la conformidad constitucional de la interpretación de los delitos de posesión como delitos de comportamiento.....	287
CAPÍTULO 6. RIESGO DE PERSECUCIÓN PENAL DE LA ACCIÓN DEBIDA DE ELIMINACIÓN DE LA CUSTODIA, Y SU TRASCENDENCIA POLÍTICO-CRIMINAL	291
I. Planteamiento del problema.....	291
II. Soluciones en el plano legal y dogmático	293
II.1. Soluciones en el derecho de armas.....	294
II.1.1. <i>Las cláusulas de deberes de comunicación, entrega e inutilización de los §§ 37c y 40 apdo. 5 WaffG</i>	<i>294</i>
II.1.2. <i>El art. 93 RA.....</i>	<i>297</i>
II.2. Soluciones dogmáticas	300
III. Los persistentes riesgos de persecución penal y la necesidad de su tratamiento a nivel político-legislativo	303
IV. Soluciones en el plano político-legislativo	308
IV.1. Excusas absolutorias: el § 58, apdo. 8 WaffG	308
IV.2. La propuesta de Wojtech: atribución al abogado del rol de intermediario entre el detentador de la custodia y las autoridades.....	315
IV.3. Propuesta propia.....	317
IV.3.1. <i>Los detentadores de custodia abarcados</i>	<i>318</i>
IV.3.2. <i>La naturaleza jurídica de la cláusula</i>	<i>323</i>
IV.3.2.1. Detentadores de custodia culpables	324
IV.3.2.2. Detentadores de custodia impuesta <i>lato sensu</i>	325
IV.3.3. <i>El carácter permanente o temporal</i>	<i>326</i>
IV.3.4. <i>Los objetos típicos abarcados</i>	<i>328</i>
IV.3.5. <i>Las acciones de eliminación de la custodia</i>	<i>330</i>
IV.3.6. <i>Otros comentarios acerca del precepto legal propuesto</i>	<i>331</i>
IV.3.7. <i>A título de conclusión: borrador del texto legal correspondiente a nuestra propuesta de reforma legislativa</i>	<i>332</i>
CONCLUSIONES	335
DETAILLIERTE ZUSAMMENFASSUNG	339
FAZIT	363
BIBLIOGRAFÍA	365



UNIVERSIDAD
DE MÁLAGA

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

- ADPCP – Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (revista).
- AG – Amtsgericht [tribunal de primera instancia].
- AnwBl – Anwaltsblatt (revista).
- Apdo(s). – apartado(s).
- Art(s). – artículo(s).
- AT – Allgemeiner Teil [Parte general].
- A(s)TS – Auto(s) del Tribunal supremo español
- Az. – Aktenzeichen [número de expediente].
- BayObLG – Bayerisches Oberstes Landesgericht [Tribunal supremo estatal de Baviera].
- BeckRS – Beck-Rechtsprechung [Repositorio de jurisprudencia].
- BGB – Bürgerliches Gesetzbuch [Código civil alemán].
- BGBI – Bundesgesetzblatt [Boletín oficial federal alemán].
- BGH – Bundesgerichtshof [Tribunal supremo federal alemán – citas sin otras referencias se refieren a las decisiones del tribunal supremo en materia penal].
- BGHSt – Entscheidungen des BGH in Strafsachen [decisiones del Tribunal supremo federal alemán en materia penal].
- B.O.E. – Boletín oficial del Estado español.
- BT – Besonderer Teil [Parte especial].
- BT-Drs. – Bundestags-Drucksache [Boletín del parlamento federal alemán].
- BtMG – Gesetz über den Verkehr mit Betäubungsmitteln [Ley alemana sobre el tráfico de estupefacientes].
- BVerfG – Bundesverfassungsgericht [Tribunal constitucional federal alemán].
- BVerfGE – Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts [decisiones del Tribunal constitucional federal alemán].
- CCi – Código civil español.

CE – Comisión europea.

CE – Constitución española de 1978.

CEDH – Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de 4 de noviembre de 1950.

CP – Código penal (el uso de esta abreviatura sin otras referencias alude al Código penal español de 1995 - Ley orgánica 10/1995 de 23 de noviembre).

CPC – Cuadernos de Política Criminal (revista).

CPM – Ley orgánica 14/2015 de 14 de octubre, del Código penal militar.

FS – Festschrift [libro-homenaje].

GA – Goltdammer's Archiv für Strafrecht (revista).

GG – Grundgesetz [Constitución alemana de 1949].

JA – Juristische Arbeitsblätter (revista).

JR – Juristische Rundschau (revista).

Juris – juris, das Rechtsportal (repertorio de jurisprudencia).

KG Berlin – Kammergericht Berlin [Tribunal superior estatal de Berlín].

LG – Landgericht [tribunal estatal].

LRC – Ley orgánica 12/1995 de 12 de diciembre, de represión del contrabando.

NJW – Neue Juristische Wochenschrift (revista).

NStZ – Neue Zeitschrift für Strafrecht (revista).

NStZ-RR – Neue Zeitschrift für Strafrecht-Rechtsprechungsreport (repertorio de jurisprudencia).

Núm. – Número.

Núm. marg. – Número(s) marginal(es).

OLG – Oberlandesgericht (tribunal superior estatal).

PE – Parte especial.

PG – Parte general.

RA – Real Decreto 137/1993, de 29 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de armas.

RIDA – Revue internationale des droits de l'antiquité (revista).

SAP – Sentencia de la Audiencia provincial.

S(s)TS – Sentencia(s) del Tribunal supremo español.

StGB – Strafgesetzbuch [Código penal alemán].

StV – Strafverteidiger (revista).

WaffG – Waffengesetz [Ley de armas alemana].

ZIS – Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (revista).

ZStW – Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (revista).



UNIVERSIDAD
DE MÁLAGA

INTRODUCCIÓN

Determinados tipos penales se caracterizan por no contener una descripción expresa de cualesquiera acciones u omisiones humanas. En lugar de estas, su texto literal alude, exclusivamente, a una relación de poder o dominio de una persona sobre un objeto. Dichas figuras delictivas reciben, actualmente, la denominación de “tipos de posesión” o de “tenencia”.

Al prescindir de la descripción de conductas como la adquisición del correspondiente objeto típico, los tipos de posesión permiten castigar penalmente a quienes tengan la cosa bajo su poder sin que sea necesario probar, por regla general, cuándo o de qué manera la han obtenido. Lo cual no solo produce una facilitación de la prueba penal, sino que también dificulta la extinción de la responsabilidad del autor del delito por medio de la prescripción, pues su plazo no empezará a correr mientras que el individuo mantenga el objeto en su esfera de poder de manera típica, antijurídica, culpable y punible¹.

Las ventajas prácticas acabadas de describir son, seguramente, determinantes para el recurso cada vez más frecuente a la tipificación de la posesión. Otro posible catalizador de esta tendencia político-criminal es la cada vez mayor influencia de los tratados y organismos internacionales en el derecho penal interno de los Estados nacionales, que frecuentemente se ven sujetos a obligaciones de tipificación de la posesión de determinados objetos².

Ello no debe llevar a creer, sin embargo, que las figuras delictivas de posesión son una invención de la época actual. Por el contrario, instituciones tan antiguas como la *Lex Cornelia de sicariis et veneficis* y la responsabilidad penal por *positum habens* del

¹ Destacando este aspecto, Pastor Muñoz, N., *Los delitos de posesión y los delitos de estatus: una aproximación político-criminal y dogmática*, Atelier, Barcelona, 2005, pp. 26 y ss.; Hochmayr, G., *Strafbarer Besitz von Gegenständen: Zur Reichweite der Strafdrohungen für den (bloßen) Besitz von Waffen, Suchtmitteln, Kinderpornographie, etc.*, MANZ'sche, Viena, 2005, pp. 1 y s.

² Poniéndolo de manifiesto, Hochmayr, G., *Strafbarer Besitz*, cit., p. 2. Entre otros ejemplos del fenómeno aludido, cf. la Decisión marco 2004/68/JAI, de 22.12.2003, del Consejo de la Unión europea, que – siguiendo la misma línea de la Recomendación Nr. (91) 11 de 09.11.1991 del Comité de ministros – impuso a los Estados miembros, en su art. 3, apdo. 1, letra “d”, la obligación de criminalizar la posesión de pornografía infantil. Así como el art. 3.1, letra “a”, apartado “iii)” de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas de 1988, que determina la tipificación de la posesión de cualquier estupefaciente o sustancia sicotrópica con la intención de realizar actividades como la distribución, la venta y la importación o exportación de dichos objetos.

derecho romano ya permitían el castigo penal, sea por la mera tenencia, sea por tan solo “tener puestas” cosas de manera peligrosa³.

Lo que sí puede ser calificado de novedoso es el cada vez mayor número de tipos de posesión en ordenamientos jurídicos contemporáneos, que ha venido acompañado – sobre todo en los últimos 30 años – de un creciente interés científico en los problemas dogmáticos y político-criminales que estas figuras de delito suscitan. Así, Eckstein⁴ pudo constatar la existencia de más de 100 tipos de posesión en el derecho alemán. Y el panorama comparativo suministrado por Hochmayr⁵, a pesar de no brindar cantidades exactas ni aproximaciones, también permite deducir un elevado número de figuras delictivas de posesión en el derecho austriaco y suizo.

En la presente investigación, aportamos nuestra contribución al debate de algunos de los citados problemas dogmáticos y político-criminales en el contexto del sistema jurídico europeo continental, especialmente en el marco de la discusión científica alemana y española. Nuestra principal preocupación consistirá en sentar las bases dogmáticas de la comprensión de los delitos de posesión como delitos de comportamiento, es decir, como criminalizaciones de acciones u omisiones humanas.

En la primera parte del trabajo (capítulos 1 y 2), estableceremos los fundamentos sobre los cuales se basarán las demás partes de la investigación. En el capítulo 1, sentamos las precisiones metodológicas y terminológicas que informarán los capítulos subsecuentes. En el capítulo 2, suministramos un concepto de tipo de posesión, en base al cual brindamos un panorama cualitativo y cuantitativo de los tipos de posesión contenidos en el ordenamiento jurídico-penal positivo español, que permitirá, entre otras conclusiones, afirmar que este contiene 48 tipos de posesión distribuidos en 42 diferentes preceptos jurídico-penales⁶.

En la segunda parte del trabajo, nos ocupamos de las cuestiones dogmáticas de los delitos de posesión. En su sección primera (capítulo 3), analizamos y negamos la viabilidad de concebir estos tipos delictivos como una atribución de responsabilidad penal sin que que concurran acciones u omisiones humanas, sobre todo en el marco de la teoría de los delitos de estado de Eckstein. En su sección segunda (capítulos 4 y 5), estudiamos

³ Al respecto, cf. *infra*, capítulo 3, apartado II.1.

⁴ Eckstein, K., *Besitz als Straftat*, Duncker & Humblot, Berlín, 2001, pp. 23 y ss.

⁵ Hochmayr, G., *Strafbarer Besitz*, cit., pp. 6 y ss.

⁶ El exclusivo abordaje del derecho penal español en dicho capítulo se debe a que, como acabamos de mencionar, el cómputo de las figuras delictivas de posesión alemanas ya ha sido realizado por Eckstein.

los delitos de posesión como delitos de comportamiento. Tras examinar y refutar en el capítulo 4 la posición de Roxin, quien considera que los delitos de posesión constituyen una manifestación autónoma (*tertium genus*) de responsabilidad penal por el comportamiento, defendemos en el capítulo 5 nuestro propio planteamiento, que concibe los delitos de posesión como delitos comisivos y/u omisivos propios, permanentes y de resultado.

Dedicamos el capítulo 6, por fin, a la cuestión de de los riesgos de persecución penal inherentes a la realización de la acción debida en los tipos de posesión. Atendemos también a las implicaciones de tal cuestión en el plano político-criminal, al justificar y formular una propuesta de regulación legal que excluye la responsabilidad penal de las personas que entreguen objetos prohibidos a las autoridades.



UNIVERSIDAD
DE MÁLAGA

CASOS DIDÁCTICOS

Caso 1: “E recibe una llamada anónima en su trabajo. El interlocutor le comunica que un sobre con estupefacientes se encuentra en su buzón de correo”⁷.

Caso 2: “E posee una casa con jardín. Un paquete con drogas va a parar a su terreno, sin que él lo perciba”⁸.

Caso 3: Un paquete con estupefacientes es depositado en el buzón de correo de “E”, sin que éste hubiese solicitado el envío de tal sustancia. Antes de que “E” llegue a conocer que las drogas se encuentran en su buzón, su vecino “B”, notorio traficante de estupefacientes, invade el apartamento de “E”, lo encierra en una habitación y lo ata a una cama. Acto seguido, “B” le comunica a “E” que en el buzón de correo de este último se halla un paquete con heroína, paquete cuyo real destinatario es “B”, y que había sido depositado en el buzón de “E” con la finalidad de alejar sospechas con respecto a “B”. “B” también le informa a “E” que traficará con la droga en el apartamento de “E”, actividad esta que será llevada a cabo a lo largo de cinco días. Para evitar que “E” lo denuncie a la policía, “B” mantiene a “E” en la habitación, encerrado e incomunicado, por el citado período de cinco días.

Caso 4: “E toma un paquete en custodia a petición de un conocido. Tras una semana, siente curiosidad, abre el paquete y constata, para consternación suya, que éste contiene estupefacientes. De inmediato decide devolver el objeto prohibido lo más rápido posible”⁹.

Caso 5: “E” recibe una llamada anónima durante un viaje de negocios en el extranjero. El interlocutor le comunica que un sobre con pornografía infantil se encuentra en el buzón de correo de su casa. “E” cuelga el teléfono y sigue trabajando sin pensar más en lo que el interlocutor anónimo le comunicó.

⁷ Eckstein, K., *Besitz*, cit., p. 221.

⁸ *Ibid.*, p. 220.

⁹ *Ibid.*, p. 103 (supuesto fáctico de la sentencia del tribunal supremo alemán BGH StV 1981, 127).

Caso 6 (variación del caso 5, *ceteris paribus*): Cuatro días después de recibir la llamada anónima, al llegar a casa de su viaje de negocios, “E” abre su buzón y constata que de hecho hay allí un sobre con pornografía infantil. Enseguida, cierra nuevamente el buzón – sin retirar el material pornográfico de su interior –, entra en su casa, se cambia de ropa y sale nuevamente a la calle para realizar su caminata diaria, sin pensar más en el objeto que encontró en su buzón.

Caso 7 (variación del caso 5): “E” recibe una llamada anónima durante un viaje de negocios en el extranjero. El interlocutor le comunica que un sobre con pornografía infantil se encuentra en el buzón de correo de su casa. Acto seguido “E” cuelga un anuncio en la internet oscura (“dark web”) donde ofrece las fotografías pornográficas a cambio de una suma de dinero.

Caso 8: “E” camina por la calle cuando encuentra en una esquina un paquete transparente con estupefacientes. “E”, sabedor de su contenido, recoge el paquete y lo coloca en el bolsillo interior de su chaqueta.

Caso 9: “E” llega a su casa y sorprende a su vecino, “B”, que se ha introducido en su casa y está abriendo un cajón con la intención de apoderarse de los estupefacientes que “E” guarda allí. “E” le propina una paliza a “B” y lo expulsa de la casa, evitando así que “B” se apodere de las drogas¹⁰.

Caso 10: “E” está desmayado en el hospital tras haber sufrido un accidente de tráfico. “B” deposita un paquete con estupefacientes en el buzón de correo de “E”. Inmediatamente antes del accidente “E” le había pedido a “B” que depositase las drogas en su buzón.

Caso 11: “E” está desmayado en el hospital tras haber sufrido un accidente de tráfico. “B” deposita un paquete con estupefacientes en el buzón de correo de “E”. “E” no le había solicitado las drogas a “B”.

¹⁰ Adaptación del caso didáctico de Eckstein, *Ibid.*, p. 145.

Caso 12: “E” le solicita a “B”, por teléfono, que deposite un paquete con drogas en su buzón de correo. Posteriormente, “B” cumple lo acordado. En el momento que “B” coloca los estupefacientes en el buzón de “E”, este está echando una siesta. Una hora después, “E” despierta y constata que la policía confiscó los estupefacientes¹¹.

Caso 13 (variación del caso 10): “E” está desmayado en el hospital tras haber sufrido un accidente de tráfico. “B” deposita un paquete con estupefacientes en el buzón de correo de “E”. Inmediatamente antes del accidente “E” le había pedido a “B” que depositase las drogas en su buzón, drogas éstas que “E” pretendía vender, en el mismo día y en su totalidad, a “C”. “E” solo recobra el conocimiento dos años después del accidente. Los estupefacientes permanecen durante estos dos años en su buzón de correo.

Caso 14: “En el aeropuerto, E nota que otro pasajero le está metiendo un pequeño paquete en la mochila [de E]. Él sospecha inmediatamente que se trata de estupefacientes. Aun así, no tiene la intención de librarse de este inesperado regalo”¹².

¹¹ Adaptación del caso didáctico de Eckstein, *Ibid.*, p. 216.

¹² *Ibid.*, p. 143.



UNIVERSIDAD
DE MÁLAGA

PARTE 1

FUNDAMENTOS





UNIVERSIDAD
DE MÁLAGA

CAPÍTULO 1

CONSIDERACIONES METODOLÓGICAS Y TERMINOLÓGICAS

PREMILINARES

I. Consideraciones metodológicas preliminares

Los delitos de posesión solo han empezado a disfrutar de especial atención y reconocimiento en la ciencia penal del sistema jurídico europeo continental a fines del siglo anterior. Inicialmente, fueron estudiados por la doctrina italiana de la primera mitad del siglo XX en el contexto de la polémica sobre los “delitos de sospecha” o “sin acción”¹³. La consolidación de su estatus como una categoría de delitos con un conjunto de características y problemáticas comunes solo ha tenido lugar, sin embargo, en las últimas tres décadas, ante todo en el contexto de la ciencia penal germánica, con la publicación de investigaciones como las de Nestler¹⁴, Struensee¹⁵, Eckstein¹⁶ y Hochmayr¹⁷. También en España se pueden mencionar trabajos como los de Pastor Muñoz¹⁸ y Cox Leixelard¹⁹.

El hecho de que, solo con las menciones del párrafo anterior, ya casi hayamos agotado el abanico de trabajos científicos enfocados en los delitos de posesión en la ciencia penal alemana y española, pone de manifiesto que el abordaje de estos delitos *apenas da sus primeros pasos*. En consecuencia, gran parte de las discusiones dogmáticas y político-criminales de tales especies delictivas solo cuenta – en el mejor de los casos – con un conjunto reducido de posicionamientos y argumentaciones.

A la vista de la circunstancia mencionada y a fin de evitar formular un planteamiento sesgado, esta investigación echará mano, frecuentemente, de un método – por así decirlo – “dialéctico-hipotético”: en la mayoría de las cuestiones abordadas, no nos limitaremos a esgrimir nuestra posición y argumentos propios, confrontándolos con

¹³ Al respecto, v. *infra*, capítulo 3, apartado II.2.

¹⁴ Nestler, C., “Rechtsgüterschutz und Strafbarkeit des Besitzes von Schußwaffen und Betäubungsmitteln”, en Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a.M. (ed.), *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, Peter Lang, Fráncfort del Meno, 1995, pp. 65 y ss.

¹⁵ Struensee, E., “Besitzdelikte”, en Samson/Dencker/Frisch/Frister/Reiß (eds.), *Festschrift für Gerald Grünwald zum siebzigsten Geburtstag*, Nomos, Baden-Baden, 1999, pp. 713 y ss.

¹⁶ Eckstein, K., *Besitz*, cit., *passim*.

¹⁷ Hochmayr, G., *Strafbarer Besitz*, cit., *passim*.

¹⁸ Pastor Muñoz, N., *Los delitos de posesión y los delitos de estatus*, cit., *passim*.

¹⁹ Cox Leixelard, J. P., *Delitos de posesión. Bases para una dogmática*, B de f, Buenos Aires, 2012, *passim*.

los ajenos, si existen, sino que también los someteremos a confrontación con objeciones y réplicas imaginables.

La segunda aclaración metodológica que hacer se refiere a la utilización de casos didácticos en el presente trabajo. Optamos por emplear esta metodología, que es frecuentemente utilizada en la doctrina alemana²⁰, porque facilita la comprensión de los diferentes planteamientos – tanto los de otros autores como los nuestros – acerca de los temas abordados. Y también porque minimiza un riesgo presente en cualquier debate dogmático, a saber, el de que asuma una calidad excesivamente abstracta y termine desatendiendo, así, su función primordialmente práctica de ofrecer soluciones legales justas y sistemáticamente armónicas a los supuestos fácticos con que la *praxis* de la justicia penal se encuentra²¹.

II. Aclaraciones terminológicas preliminares

La ambigüedad inherente a algunos de los términos con que la investigación operará – sobre todo aquella relativa al término “posesión” – impone realizar ciertas precisiones preliminares, sobre cómo debe comprenderse el uso de dichos términos en posteriores capítulos de esta obra:

Como primera y más importante aclaración, debemos establecer la distinción entre posesión como título de imputación y posesión como estado de cosas o resultado prohibido por los tipos de posesión²². La posesión como título de imputación es el concepto abstracto referido a los presupuestos bajo los cuales el estado de cosas o resultado desvalorado por un tipo de posesión puede ser atribuido a una persona como obra suya, y que permite el castigo penal conforme al correspondiente tipo de posesión. Una de las preocupaciones centrales de este trabajo será determinar qué contenido se debe

²⁰ En la dogmática de los delitos de posesión, por ejemplo, la metodología es utilizada en las monografías de Eckstein, K., *Besitz*, cit., *passim* y de Abel, S., *Besitzdelikte im deutschen und US-amerikanischen Strafrecht*, Shaker Verlag, Aquisgrán, 2016, *passim*.

²¹ En este sentido, atiéndanse a las consideraciones de Greco, L., “Dos formas de hacer dogmática jurídico-penal”, *Revista Discusiones*, 8, 2008, pp. 177 y ss., quien resalta la necesidad de comprender – y de construir – la dogmática penal, no como una ciencia que se ocupa exclusivamente de la elaboración de conceptos abstractos, sino como un saber cuya función primordial es dar respuestas a problemas concretos.

²² Esta primera aclaración se inspira en la propuesta terminológica de Hochmayr, G., *Strafbarer Besitz*, cit., pp. 65 y ss., quien propone diferenciar, para los fines de la dogmática de los delitos de posesión en la ciencia penal de habla alemana, el significado del vocablo “Besitz” (posesión) del que corresponde al término “Gewahrsam” (custodia).

asignar a tal concepto abstracto, es decir, si el título de imputación de la posesión debe ser entendido como una atribución de responsabilidad penal por un comportamiento o si se trata, más bien, de una responsabilidad penal por la sospecha o por el estado.

Para evitar la impresión de que estamos prejuzgando las cuestiones debatidas, cada vez que utilicemos el término *posesión* sin comillas, debe ser entendido – salvo que se diga lo contrario – en su sentido netamente abstracto de título de imputación.

Una observación similar debe valer para el capítulo 2 de esta obra, en que formularemos nuestro concepto de tipos de posesión y clasificaremos los tipos de posesión del derecho positivo español según las diferentes modalidades de formulación típica de que el legislador se sirve (como la tenencia, el depósito o el almacenamiento). Así pues, salvo que digamos otra cosa, cada vez que aludamos a estas modalidades de formulación típica – independientemente del empleo o no de comillas – ellas han de ser entendidas como subgrupos del título abstracto de imputación cuyo contenido está en disputa en el debate dogmático acerca de la viabilidad de concebir tal título como un supuesto de responsabilidad penal por un comportamiento, por la sospecha o por el estado.

Por su parte, la posesión como estado de cosas o resultado desvalorado por los tipos de posesión corresponde a la relación de dominio entre el sujeto y el objeto típico. Para evitar confusiones, evitaremos lo máximo posible emplear la palabra posesión para designar tal relación y la utilizaremos en esta acepción tan solo cuando sea absolutamente imprescindible y con expresa alusión a tal sentido. En lugar de la palabra posesión aludiremos al estado de cosas o resultado²³ desvalorado por los tipos de posesión mediante el empleo del término *custodia* y, menos frecuentemente, con expresiones como dominio fáctico, poder fáctico, relación fáctica de dominio, etc.

Los términos *detentador de la custodia* y *poseedor* tampoco deben ser confundidos. El primero de tales términos meramente designa al sujeto que detenta una relación de dominio sobre un objeto típico, no diciendo cosa alguna sobre su responsabilidad penal²⁴.

²³ La disyuntiva “estado de cosas o resultado”, de que nos servimos para calificar la custodia, se debe a la controversia actual sobre si los tipos de posesión deben ser clasificados como de mera (in)actividad o de resultado. En otras palabras, de entenderse que los delitos de posesión son delitos de mera actividad o inactividad, la custodia deberá ser designada como un “estado de cosas”. De entenderse, por el contrario, que son delitos de resultado, la custodia deberá ser denominada como un “resultado”. Sobre la controversia en cuestión, cf. *infra*, capítulo 5, apartado IV.3.

²⁴ Por su parte, la palabra “detentador” – sea cuando se emplee sola, sea cuando se emplee yuxtapuesta a la locución “de la custodia”, no debe ser entendida según su acepción jurídico-civil, sino exclusivamente en

En cambio, el segundo será reservado para designar al sujeto que detenta tal relación de dominio de manera típica, antijurídica, culpable y punible, es decir, de forma penalmente responsable. Todo poseedor es un detentador de custodia, pero no todo detentador de custodia es un poseedor.

Sin embargo, también se ha de atender a que uno de los fundamentos sobre los que la teoría de la responsabilidad penal por el estado se estructura es la identificación entre ambas acepciones de la posesión. La forma ambigua con la cual dicho vocablo se emplea es – principalmente en la construcción dogmática de Eckstein – muchas veces intencional. Conciliaremos nuestro interés en la claridad del debate con la fidelidad a la construcción teórica de los respectivos autores de la siguiente manera: cada vez que un autor haga uso de los términos “posesión”, “poseedor” o “poseer” de una manera que no permita discernir claramente a cuál de sus dos acepciones alude, emplearemos tal palabra entre comillas.

Adicionalmente, cabe preguntarse qué anhelamos decir cuando echamos mano del término categoría de imputación y cuál es la relación de este concepto con la posesión en cuanto título de imputación.

El término *categoría de imputación* alude a las dos modalidades de atribución de responsabilidad tradicionalmente abarcadas en el sistema de responsabilidad penal por el comportamiento, a saber, la responsabilidad comisiva y la omisiva. Veremos asimismo que, en la primera mitad del siglo XX, un sector de la doctrina italiana formuló el concepto de delitos de sospecha y que, actualmente, Eckstein y sus seguidores defienden, a su vez, la existencia de delitos de estado²⁵. El denominador común a ambos planteamientos consiste en la defensa de que las correspondientes figuras delictivas no criminalizan ni acciones ni omisiones humanas. Empleando nuestra terminología, esto equivale a decir que dichas posiciones proponen nuevas categorías de imputación desvinculadas del sistema de responsabilidad penal por el comportamiento, en concreto, la “responsabilidad penal por la sospecha” y la “responsabilidad penal por el estado”.

La relación del concepto de la posesión como *título de imputación* con el de las categorías de imputación debe ser, en sintonía con lo que hemos anticipado, una de continente y contenido. Así, analizaremos si la posesión como título de imputación inicialmente abstracto debe corresponder solo al sistema de responsabilidad por el

su sentido corriente y neutral, es decir, como el sujeto que “tiene” la custodia sobre el objeto. Su uso se debe a la necesidad de evitar el – ambiguo y antiestético – término “tenedor”.

²⁵ Cf. *infra*, capítulo 3, apartados II.2. y III.2.

comportamiento – que abarca las categorías de imputación comisiva y omisiva – o si también abarca categorías de imputación “por la sospecha” o “por el estado”.

Una vez asentada, como veremos, la ilegitimidad de estas dos últimas categorías de imputación, la investigación dogmática identificará el título de imputación de la posesión con las categorías de imputación del sistema de responsabilidad penal por el comportamiento, es decir, con la responsabilidad penal comisiva y omisiva. Pero antes será necesario exponer y refutar la posición particular de Roxin, quien, al sustentar que la posesión constituye una tercera y autónoma categoría de imputación *dentro* del sistema de responsabilidad penal por el comportamiento, ve la posesión al mismo tiempo como título y como categoría de imputación.

En el ámbito particular de las categorías de imputación comisiva y omisiva, pretenderemos evitar el malentendido relacionado con el doble sentido en que la palabra *acción* es utilizada en la doctrina penal. En este trabajo, cada vez que se lea el vocablo acción, éste debe ser entendido tan solo como comisión, es decir, como delito o comportamiento comisivo.

En cambio, no utilizaremos tal palabra en su sentido amplio de conducta humana, comprensivo tanto de comisiones y delitos comisivos como de omisiones y delitos omisivos. En su lugar, nos valdremos de los términos *comportamiento* y *conducta*. Cuando reproduzcamos la posición de determinado autor que utiliza el término “acción” según su denotación amplia, emplearemos dicha palabra entre comillas.

Como cuarta aclaración, advertimos que el término “custodia impuesta”, frecuentemente mencionado en este trabajo, se refiere a los supuestos en que determinado objeto típico llega a la esfera de dominio del individuo sin o contra su voluntad²⁶.

Rayanos con los supuestos de custodia impuesta son los casos en que el individuo hace surgir su custodia sobre un objeto de forma voluntaria, pero sin saber que dicho objeto ostenta determinadas características que están descritas en un tipo de posesión y que hacen, en consecuencia, que su detentación sea ilegal. Ello ocurre, por ejemplo, cuando alguien toma un paquete en custodia a pedido de un amigo, sin saber, con todo, que el recipiente contiene estupefacientes²⁷.

Debido a la calidad voluntaria de la conducta que hace surgir el poder fáctico sobre la cosa, en tales situaciones no se puede hablar, propiamente, de una imposición de

²⁶ Véanse los casos 1 y 3 en la lista de casos didácticos presente al inicio de esta obra.

²⁷ Véase el caso 4 en la lista de casos didácticos presente al inicio de esta obra.

custodia. Sin embargo, es necesario tener en cuenta, por una parte, que en dichos casos está ausente el dolo del sujeto típico respecto a las características que hacen del objeto uno prohibido, y que la previsión expresa de la modalidad imprudente constituye una excepción en el contexto de los tipos de posesión²⁸. Por otra parte, también se ha de atender a que, incluso con respecto a tipos de posesión que prevén el castigo penal de su ejecución imprudente, es posible que una conducta concreta de establecimiento de custodia no cumpla ni siquiera los requisitos de responsabilidad de la modalidad imprudente.

En consecuencia, los supuestos de establecimiento voluntario de custodia sin conocimiento de las calidades de la cosa reciben, muchas veces, un tratamiento jurídico idéntico al de los casos de custodia impuesta propiamente dichos, a saber, la impunidad del comportamiento mediante el cual el individuo hace surgir su poder fáctico sobre el objeto típico²⁹.

Atenderemos a esta circunstancia al denominar dichos casos como de custodia impuesta referente a la calidad del objeto típico. Y, cuando pretendamos aludir a la – frecuente – impunidad del comportamiento que hace surgir la custodia en estas situaciones, yuxtapondremos a tal terminología expresiones como “sin posibilidad de castigo penal del establecimiento imprudente de la custodia”. Esto será hecho, además, para evitar el empleo – relativamente usual en la doctrina alemana – de la expresión “adquisición de buena fe” (“gutgläubiger Erwerb”), que, por servirse de un término propio del derecho civil, puede producir confusiones indeseables para la dogmática de los delitos de posesión.

²⁸ El derecho penal positivo español solo criminaliza la modalidad imprudente en 12 de sus 48 tipos de posesión. Al respecto, cf. *infra*, capítulo 2, apartado V.

²⁹ Lo cual, según defenderemos en este trabajo – cf. *infra*, capítulo 5, apartado VI.1 – hace que el reconocimiento de la responsabilidad penal por posesión dependa, en tales casos, de la verificación de si el individuo *mantuvo* su custodia – por regla general, a título omisivo – de manera típica, antijurídica, culpable y punible.

CAPÍTULO 2

PANORAMA GENERAL DE LOS DELITOS DE POSESIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO-PENAL POSITIVO ESPAÑOL

I. Introducción

Como hemos puesto de manifiesto, lo novedoso de las figuras típicas de posesión en la época actual no es tanto su propia existencia sino su aspecto cuantitativo, es decir, el elevado número de tipos de posesión vigentes en los ordenamientos jurídicos de distintos países.

El presente capítulo confirmará esta última afirmación al brindar un panorama cualitativo y cuantitativo de las figuras delictivas de posesión del derecho positivo español. Tal panorama permitirá, entre otras cosas, constatar el elevado número de tipos de posesión existentes, un total de 48 tipos distribuidos en 42 preceptos penales diferentes. Nuestra tarea se ve facilitada por la loable elección del legislador penal español de mantener – a diferencia de lo que sucede en países como Alemania – la gran mayoría de los tipos penales en el cuerpo legal unitario del código penal. Ello también nos permite realizar una clasificación y cuantificación de los tipos de posesión españoles no meramente ejemplificativas, sino con pretensión de ser exhaustivas.

Por ser éste un análisis novedoso, tanto por su pretensión exhaustiva como por suministrar, junto a los diagnósticos cualitativos que son característicos de una investigación jurídica también otros cuantitativos, ha de ofrecer los elementos necesarios para que, en un futuro y deseable debate acerca de sus resultados, uno pueda falsarlos si los considera inexactos.

Para ello es necesario, inicialmente, delimitar de manera minuciosa nuestro concepto personal de tipo de posesión. Luego es menester indicar – y de manera igualmente exhaustiva – cuáles tipos penales *no* consideramos que sean tipos de posesión. Solo entonces se podrán enumerar y cuantificar los tipos que consideramos que corresponden al concepto de las figuras delictivas investigadas en este trabajo. En los siguientes apartados, nos ocuparemos de estas tres tareas.

II. El concepto de tipo de posesión

Un concepto inicial y mínimo de los tipos penales de posesión – es decir, uno que no prejuzgue las controversias en torno de estos tipos – debe entenderlos como tipos penales cuyo texto literal describe exclusivamente una relación fáctica de dominio entre una persona y un objeto corpóreo³⁰.

Piénsese en los siguientes ejemplos: el art. 301.1 CP castiga al que “posea (...) bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquiera tercera persona”, mientras el art. 564.1 CP dispone que “la tenencia de armas de fuego reglamentadas, careciendo de las licencias o permisos necesarios, será castigada ...”. El texto literal de ambos tipos se limita a describir una relación de poder o dominio (posesión, tenencia) del sujeto típico sobre los respectivos objetos (bienes, armas de fuego). Se trata, por ello, de tipos de posesión.

En los siguientes apartados, realizaremos una aclaración minuciosa de cada uno de los elementos que componen nuestro concepto de tipo de posesión.

II.1. La exclusiva descripción de la relación fáctica de dominio sobre el objeto típico

Inicialmente, se nota que nuestra definición de los tipos de posesión se sirve solo de uno de los dos sentidos posibles del término posesión, el de dominio fáctico o custodia sobre el objeto típico. Se observa también que este uso de los vocablos posesión y tenencia para establecer dicha definición inicial y para clasificar los arts. 301.1 y 564 CP como tipos de posesión contradice las reglas terminológicas que hemos sentado anteriormente³¹.

Esta discrepancia terminológica puntual es indispensable, empero, para establecer un concepto inicial y mínimo de tipo de posesión. Pues el otro sentido de los términos

³⁰ Versión ligeramente modificada, y adaptada a las peculiaridades del derecho positivo español, del concepto formulado por Hochmayr, G., *Strafbarer Besitz*, cit., p. 6.

³¹ Recordémoslas: cada vez que usamos el vocablo posesión sin comillas, o modalidades de formulación típica como la de tenencia prevista en el art. 564.1 CP con o sin comillas, los empleamos exclusivamente con su sentido abstracto de *título de imputación*, y no con el sentido de dominio fáctico o custodia sobre el objeto típico. Esto sin perjuicio de reservas expresas en sentido contrario, como la que acabamos de realizar. Para esta y otras sumamente importantes precisiones terminológicas introductorias, cf. *supra*, capítulo 1, apartado II.

posesión y tenencia, el de título de imputación, ostenta un carácter abstracto que es incapaz de suministrar reglas de exclusión inherentes a cualquier tarea de delimitación conceptual.

Por otro lado, sea cual fuere la categoría de imputación – responsabilidad comisiva, omisiva, por el estado etc. – con que se pretenda rellenar el título de imputación abstracto de la posesión, ninguna de aquellas categorías prescinde del dominio fáctico sobre el objeto como presupuesto de responsabilidad penal. El dominio fáctico o custodia sobre el objeto típico es, por tanto, el denominador común de todas las categorías de imputación mencionadas y de las corrientes doctrinales que las propugnan en el debate sobre el título de imputación de la posesión. Por esta razón, puede ser usado para conceptualizar los tipos de posesión sin el riesgo de despertar ulteriores protestas por parte de cualesquiera de las mentadas corrientes.

II.2. La vinculación de la descripción de la relación fáctica de dominio al texto literal del tipo

No obstante, si aludiese tan solo al “dominio fáctico sobre el objeto típico”, nuestra definición podría despertar la impresión de que entiende que los tipos de posesión ya *castigan* la mera relación fáctica de dominio, es decir, que ellos serían tipos delictivos sin comportamiento.

Para alejar de una vez por todas esta impresión, afirmamos que los tipos de posesión *describen* exclusivamente tal relación fáctica de dominio. Esta también es la razón por la cual vinculamos dicha descripción al *texto literal* de los tipos de posesión³². Pues, como es sabido, el texto literal de la ley es el punto de partida, pero no necesariamente el de llegada, de la interpretación jurídica.

Una formulación ajustada de nuestro concepto de tipos de posesión los definiría, por tanto, como aquellos tipos que *despiertan la impresión de que castigan* el mero poder fáctico de un sujeto sobre un objeto típico corpóreo. Impresión esta que será confirmada o rechazada con base en la conclusión a que uno llegue en la discusión sobre la admisibilidad de una responsabilidad penal sin comportamiento en tales tipos delictivos.

³² El mérito de haber vinculado tales componentes por primera vez en la definición inicial de los tipos de posesión le cabe a Hochmayr, G., *Strafbarer Besitz*, cit., p. 6.

La exclusiva descripción de una relación fáctica de dominio entre sujeto y objeto y la vinculación de tal descripción al texto literal del tipo son, por tanto, componentes indisociables: el primer componente posibilita una exclusión del concepto de tipo de posesión de figuras típicas que por expresa voluntad legislativa deben quedar fuera de dicho concepto, sin con ello prejuzgar la discusión sobre la admisibilidad de una responsabilidad penal sin comportamiento en los tipos de posesión. El segundo refuerza la neutralidad del primero respecto a la discusión mencionada, en aras de satisfacer todas las corrientes del mentado debate dogmático.

Esto hace que nuestro concepto de tipo de posesión sea preferible a definiciones que pueden ser comprendidas de forma valorativamente cargada. Este es el caso, por ejemplo, de la definición brindada por Eckstein, quien identifica como tipos de posesión a las figuras delictivas en que “el proceso que desencadena la punición se agota en que una persona objetivamente ‘tenga’ algo”³³. Al utilizar la expresión “proceso que desencadena la punición”, Eckstein prejuzga la discusión mencionada – o al menos despierta la impresión de así hacerlo – a favor de su propia posición, que defiende el reconocimiento de una responsabilidad penal sin comportamiento (por el estado) en los tipos de posesión.

Lo mismo ocurriría si, al formular nuestra concepción inicial de las figuras delictivas de posesión, hubiésemos anticipado nuestra posición respecto al referido debate y definido aquéllas, por ejemplo, como “tipos en que el proceso que desencadena la punición consiste en el establecimiento o en el mantenimiento responsable de una relación fáctica de dominio entre una persona y un objeto típico corpóreo”. Una definición inicial como esta sería coherente con los siguientes capítulos de la presente obra, pero también sería inservible, pues al prejuzgar la controversia sobre la admisibilidad de una responsabilidad penal sin comportamiento en los tipos de posesión, confundiría al lector que apenas ha iniciado el análisis de tales figuras delictivas. Además, terminaría incluyendo en el concepto de tipos de posesión figuras delictivas como la adquisición de pornografía infantil para propio consumo prevista en el art. 189.5, 1.º verbo típico, del CP, dado que tipos penales como éste también criminalizan el “establecimiento responsable de una relación fáctica de dominio entre una persona y un objeto típico corpóreo”. Lo cual implicaría contrariar la expresa voluntad legislativa – materializada en verbos típicos como “adquirir” – de mantener dichos tipos fuera de la categoría de los tipos de posesión.

³³ Eckstein, K., *Besitz*, cit., pp. 17, 22.

La alusión al texto literal del tipo nos permite, por otra parte, formular una primera regla de exclusión conceptual: no serán tipos de posesión aquellas figuras delictivas cuyo texto literal – como el del primer verbo típico del art. 189.5 del CP – describe acciones u omisiones al lado de una relación fáctica de dominio entre sujeto y objeto típico.

La única excepción a esta regla de exclusión es el texto literal de los tipos de “realización de operaciones de tenencia” previstos en los arts. 2.1 letra “b”, 2.2 letra “b” y 2.3 letras “a” y “b” de la Ley orgánica 12/1995 de 12 de diciembre, de represión del contrabando (LRC). En el correspondiente apartado de este capítulo³⁴, sustentaremos que esta confusa expresión, cuyo tenor literal es incomprensible en el contexto del uso ordinario del lenguaje, solo adquiere sentido jurídico si se la interpreta, no como un comportamiento que funda o establece la relación de dominio sobre el objeto típico, sino como una relación fáctica de dominio sobre los objetos descritos en los mentados tipos, a la que debe acompañar una intención de tráfico o puesta en circulación de los objetos por parte del sujeto típico.

Sin embargo, como también pondremos de manifiesto en tal apartado, es necesario tener presente que se trata de una interpretación correctiva *ad hoc* de una redacción legal necesitada de urgente rectificación.

Por otra parte, el manejo *a contrario sensu* de esta primera regla de exclusión permite concluir que la mera circunstancia de que determinado tipo requiera, además de una relación fáctica de poder entre sujeto y objeto típicos, también una intención adicional de su autor, no influye en la clasificación de dicha figura delictiva como tipo de posesión.

Así, el tipo previsto en el art. 189.1, 1.º párrafo, letra “b” del CP no pierde su calidad de tipo de posesión por el mero hecho de que el texto legal presuponga, además de la detentación del dominio fáctico sobre la pornografía, intenciones adicionales del sujeto típico como, por ejemplo, las de venderla o de distribuirla. En la presente obra, figuras delictivas como ésta serán denominadas *tipos de posesión con tendencia interna trascendente*.

³⁴ Cf. *infra*, III.1.

II.3. La relación fáctica de dominio entre persona y objeto típico

La relación fáctica de dominio no está siempre descrita en los tipos de posesión con el verbo poseer o con el sustantivo posesión. Aunque éstos sean los más frecuentemente utilizados para designar dicha relación – concretamente, en 18 de los 48 tipos de posesión del derecho penal español³⁵ –, la clasificación realizada abajo demostrará que otros vocablos diversos como tenencia, depósito o almacenamiento también son empleados por el legislador. Para evitar expresiones antiestéticas y confusas como “tipos de posesión de posesión” o “tipos de posesión de tenencia”, designaremos estas variaciones de técnica legislativa *modalidades de formulación típica*.

La atribución de responsabilidad penal a una persona natural como autora de un tipo de posesión presupone que esta misma persona sea la titular del poder fáctico sobre el objeto. En otras palabras, para que exista un delito de posesión *propio*, es necesario que exista una custodia *propia* sobre el objeto típico.

En consecuencia, asignar responsabilidad por posesión a una persona natural en supuestos en que un tercero es el detentador exclusivo de la custodia sobre el objeto, solo será posible a título de *participación delictiva* en un delito de posesión *ajeno*.

El dominio fáctico propio sobre el objeto típico es, con todo, un requisito de autoría aplicable exclusivamente a las personas naturales, no siendo necesaria su presencia, en cambio, para atribuir responsabilidad penal a la persona jurídica por los tipos de posesión que establecen la posibilidad de tal imputación³⁶.

La razón de ello reside en la regulación establecida en las letras “a” y “b” del apartado 1 del art. 31 bis CP³⁷. Estos preceptos vinculan la atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica a delitos practicados *por otros* – es decir, por las personas

³⁵ Al respecto, cf. *infra*, V.

³⁶ Como veremos a continuación, la mayoría de los tipos de posesión del derecho penal español – concretamente, 32 de 48 o un 66% de la totalidad de figuras típicas de posesión del país – admiten imputación a la persona jurídica. Al respecto, cf. *infra*, V.

³⁷ “Artículo 31 bis. 1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables: a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma. b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso”.

naturales mencionadas en dichas normas – sin que ello implique, obviamente, excluir la autoría delictiva y limitarse a reconocer una mera participación de tal ente jurídico.

Ello permite concluir, por un lado, que la imputación conforme al art. 31 bis CP de delitos de posesión a la persona jurídica, con base en el dominio fáctico responsable y exclusivo de otros sobre objetos típicos, siempre implicará castigarla a título de *autora*, y no de mera partícipe en un delito de posesión ajeno. Por otro lado, se concluye también que la imputación directa a tales entes jurídicos por *propia* detentación de la custodia sobre un objeto típico se ve imposibilitada, de antemano, por la redacción de las letras “a” y “b” del apartado 1 del art. 31 bis CP, independientemente de que se afirme o se niegue la capacidad abstracta de las personas jurídicas para detentar, en su propia persona, una custodia sobre objetos típicos³⁸.

Estas observaciones permiten constatar, por fin, la razón por la cual nuestro concepto de tipos de posesión no emplea – a diferencia de definiciones como la brindada por Hochmayr³⁹ – el elemento de la “custodia en su propia persona” (“Eigengewahrsam”) para definir tales figuras típicas: en el derecho penal español, este requisito tiene validez exclusivamente para la imputación de delitos de posesión, en la modalidad de autoría, a personas naturales. Pero no se aplica, en cambio, a personas jurídicas.

II.4. La corporeidad del objeto típico

El último componente de nuestra definición es la corporeidad del objeto típico. La relación fáctica de dominio o custodia en sentido jurídico-penal “termina allí donde tendencias de espiritualización, sean de naturaleza jurídica o técnica, ponen en duda la función de asignación de cosas [a personas]”⁴⁰ de tal concepto.

Los datos de la situación vital concreta que sirven como sustrato para el juicio de reconocimiento o rechazo de una relación de dominio entre sujeto y objeto típico son primordialmente aquellos aprehensibles de forma inmediata por los sentidos humanos. La preferencia de datos de tal naturaleza solo puede ser asegurada, empero, cuando la situación vital en cuestión alude a objetos físicos, a *cosas*. Pues solamente esta clase de

³⁸ Lo cual seguramente tiene el potencial de generar lagunas de punición, sean o no estas lagunas justificables.

³⁹ Hochmayr, G., *Strafbarer Besitz*, cit., p. 6.

⁴⁰ Eckstein, K., *Besitz*, cit., p. 111.

objetos puede encuadrarse en parámetros espaciotemporales como la ubicación, el posicionamiento, la duración de la presencia del objeto en determinado lugar, etc.

No cabe dudar que la materialidad subyacente a tal criterio ya es – en el derecho penal tal vez en menor medida que en los otros sectores del ordenamiento jurídico – parcialmente anacrónica de cara a la amplia inmaterialidad de las interacciones sociales que caracteriza la época presente⁴¹.

Ello puede ser visto de manera especialmente clara en la actual tendencia político-criminal a tipificar la mera detentación de objetos inmateriales como datos, programas informáticos o informaciones. Tendencia esta que se manifiesta, en el contexto específico del ordenamiento jurídico-penal español, en primer lugar, en los múltiples y cada vez más abundantes preceptos que emplean modalidades de formulación típica como posesión o tenencia para designar, más allá de una relación fáctica de dominio sobre cosas, un dominio sobre objetos exclusivamente inmateriales o ideales⁴². También se aprecia en una segunda categoría de tipos penales que se limita a describir determinadas calidades del objeto típico, dejando abierta de manera expresa o implícita la posibilidad de abarcar

⁴¹ Teniendo en cuenta el desarrollo científico previsible de las próximas décadas en áreas como la inteligencia artificial, la cibernética o incluso la ingeniería genética, es de suponer que dicha materialidad devendrá superada en cada vez mayor medida.

⁴² Así, véase por ejemplo el art. 286.1, párrafo 1º del CP: “Artículo 286.1. Será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a 24 meses el que, sin consentimiento del prestador de servicios y con fines comerciales, facilite el acceso inteligible a un servicio de radiodifusión sonora o televisiva, a servicios interactivos prestados a distancia por vía electrónica, o suministre el acceso condicional a los mismos, considerado como servicio independiente, mediante: 1.º La fabricación, importación, distribución, puesta a disposición por vía electrónica, venta, alquiler, o *posesión* de cualquier *equipo* o *programa informático*, no autorizado en otro Estado miembro de la Unión Europea, diseñado o adaptado para hacer posible dicho acceso” (cursivas nuestras).

Los demás ejemplos pueden ser vistos en los objetos típicos descritos en los arts. 270.5 letra “a” (“copias digitales”), arts. 600.2 CP y 26 CPM (“informaciones”) y en los “datos y programas informáticos” a que alude el art. 400 del CP.

tanto objetos corpóreos como inmateriales⁴³⁻⁴⁴. Sin olvidar una tercera clase de figuras delictivas, cuyo único ejemplo en el derecho penal español es el art. 248.2, letra “b” del CP, el cual describe como objeto típico tan solo uno de carácter inmaterial, a saber, los programas informáticos específicamente destinados a la comisión de estafas⁴⁵.

Ahora bien, es innegable la necesidad de construir una dogmática que, atendiendo a las peculiaridades técnicas inherentes a tales objetos inmateriales, reconozca reglas sociales de atribución de una relación fáctica de dominio entre aquéllos y el sujeto de la imputación.

Con todo, estas mismas peculiaridades técnicas y el propio carácter inmaterial de los objetos harán que las mentadas reglas de atribución sean cualitativamente distintas de las que tienen incidencia en los tipos de posesión de objetos corpóreos. Pues en el ámbito de las interacciones sociales inmaterialmente mediadas no rigen convenciones sociales

⁴³ Para los tipos que dejan abierta *explícitamente* la posibilidad de comprender su objeto típico tanto física como inmaterialmente, véanse los arts. 189.1, 1.º párrafo, letra “b” y 189.5 en conexión con las cláusulas del art. 189.1, 2.º párrafo, letras “a” a “c” del CP, que disponen lo siguiente: “A los efectos de este Título se considera pornografía infantil o en cuya elaboración hayan sido utilizadas personas con discapacidad necesitadas de especial protección: a) *Todo material* que represente de manera visual a un menor o una persona con discapacidad necesitada de especial protección participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada. b) *Toda representación* de los órganos sexuales de un menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección con fines principalmente sexuales. c) *Todo material* que represente de forma visual a una persona que parezca ser un menor participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada, o cualquier representación de los órganos sexuales de una persona que parezca ser un menor, con fines principalmente sexuales, salvo que la persona que parezca ser un menor resulte tener en realidad dieciocho años o más en el momento de obtenerse las imágenes” (cursivas nuestras).

Los demás ejemplos pueden ser vistos en los objetos típicos del art. 270.5 letra “a” en conexión con el art. 270.1 (“obra o prestación [...] fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio”) y de los arts. 270.6 (“cualquier medio”), 510.1 letra “b” y 510.2 letra “a” (“cualquier otra clase de material o soportes”) y 576.1 (“bienes o valores de cualquier clase”) del CP.

⁴⁴ Para los tipos que dejan abierta *implícitamente* la posibilidad de comprender su objeto típico tanto física como inmaterialmente, véanse por ejemplo la redacción de la primera frase del art. 301.1 CP: “Artículo 301. 1. El que adquiera, posea, utilice, convierta, o transmita *bienes*, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquiera tercera persona, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años y multa del tanto al triplo del valor de los bienes” (cursivas nuestras).

Los demás ejemplos pueden ser vistos en los objetos típicos de los arts. 189.1, 1.º párrafo, letra “b” y 189.5 en conexión con la cláusula del art. 189.1, 2.º párrafo, letra “d” (“imágenes”), 273.2 (“producto”), 270.5 letra “a” en conexión con el art. 270.2 (“obras o prestaciones”) y en los “útiles”, “materiales”, “instrumentos”, “elementos de seguridad” y “otros medios” a que alude el art. 400 del CP.

⁴⁵ “Artículo 248. (...) 2. También se consideran reos de estafa: (...) b) Los que fabricaren, introdujeran, poseyeran o facilitaren *programas informáticos* específicamente destinados a la comisión de las estafas previstas en este artículo” (cursivas nuestras).

idénticas a las que inciden en el ámbito de las interacciones sociales “reales” (es decir, las físicamente mediadas).

Además, no se puede descartar de antemano la admisibilidad de que, en determinados ámbitos de regulación, la finalidad de protección de los correspondientes tipos penales conduzca a un reconocimiento de un dominio fáctico sobre objetos inmateriales más extensivo de lo que cabría reconocer si se tratase de objetos físicos⁴⁶.

Como ejemplo de la ausencia de identidad entre las reglas de atribución de dominio fáctico en el ámbito inmaterial y aquellas vigentes en el ámbito físico, piénsese por un lado en los archivos o datos presentes en un sistema de almacenamiento virtual de “nube electrónica” y, por otro, en los objetos presentes en la vestimenta de una persona. En el primer caso resulta consecuente atribuir el dominio fáctico sobre dichos archivos electrónicos al individuo o al grupo de individuos que detentan el acceso exclusivo a la nube a través de una clave electrónica. Podría pensarse que esta regla de adscripción es idéntica a la que se da en el plano físico, y que le atribuye a una persona el dominio fáctico sobre los objetos contenidos en el bolsillo de su chaqueta, pues, al ser tal vestimenta una extensión de su cuerpo como esfera de custodia, también le asegura socialmente el acceso exclusivo a los objetos que allí se encuentran. Pero las semejanzas terminan aquí. Pues el correlato físico de los archivos o datos de la nube electrónica – el disco duro – no se encuentra en una esfera de dominio física del detentador de la clave de acceso, sino en los servidores de las compañías proveedoras de tal servicio de almacenamiento.

Con base en este ejemplo, y en estrecha relación con la ausencia de identidad de las mentadas reglas sociales de adscripción del dominio fáctico, se concluye que, si una persona detenta el acceso exclusivo a una nube electrónica que contiene un programa informático específicamente destinado a la comisión de estafas, no se podrá negar su dominio fáctico sobre tal programa con base en la mera circunstancia de que el soporte físico del programa informático (el disco duro) no se halla en su poder. Pues tal rechazo contravendría la finalidad de protección del art. 248.2 del CP⁴⁷.

⁴⁶ En este sentido, cf. las consideraciones de Eckstein, K., *Besitz*, cit., pp. 21 y s., respecto del tipo penal alemán de almacenamiento no autorizado de datos personales.

⁴⁷ Esta consideración no prejuzga, evidentemente, ni el juicio acerca de la responsabilidad penal de tal persona por la detentación del poder fáctico sobre el programa informático, ni la cuestión de la legitimidad del amplio adelantamiento de la intervención penal producido por esta criminalización de hechos preparatorios.

Las disparidades aducidas deben conducir, por tanto, a la exclusión de la detentación de objetos inmateriales del concepto de tipo de posesión. En el contexto del derecho positivo español, y para los fines de la presente investigación, ello produce importantes consecuencias para las tres categorías de tipos penales a que hemos aludido anteriormente, a saber:

- a) Los tipos penales que describen una relación fáctica de dominio sobre cosas y sobre objetos inmateriales⁴⁸ solo pueden ser considerados tipos de posesión con respecto a la primera clase de objetos mencionada. Las consideraciones dogmáticas de los siguientes capítulos solo se aplican, por ende, a aquella primera clase de objetos. Tales tipos serán incluidos en el cálculo numérico y en la clasificación de las figuras delictivas de posesión según las modalidades de formulación típica que realizaremos abajo⁴⁹, pero los objetos únicamente inmateriales serán excluidos de ellas. Las exclusiones serán registradas expresamente en notas a pie de página.

- b) Los tipos penales que se limitan a describir determinadas calidades del objeto típico y dejan abierta de manera expresa o implícita la posibilidad de abarcar tanto los objetos corpóreos como también los inmateriales⁵⁰ solo pueden ser entendidos como tipos de posesión cuando los objetos a que se refiere la situación vital concreta sean corpóreos, o cuando su vinculación a un objeto físico que les otorgue corporeidad – como por ejemplo el disco duro de un ordenador – no contravenga la finalidad de protección del tipo penal en cuestión⁵¹. Las consideraciones dogmáticas de los siguientes capítulos se aplican a los mentados tipos dentro de los estrictos límites de esta observación. Tales tipos serán incluidos en el cálculo numérico y en la clasificación de las figuras delictivas de posesión según modalidades de formulación típica que llevaremos a cabo abajo. Cada vez que

⁴⁸ Como hemos visto, se trata de los tipos penales de los arts. 286.1 párrafo 1º, 270.5 letra “a” y 600.2 CP y de los “datos y programas informáticos” a que alude el art. 400 CP.

⁴⁹ Cf. *infra*, IV.

⁵⁰ Como hemos visto, se trata de los tipos penales de los arts. 189.1, 1.º párrafo letra “b” y 189.5 en conexión con las cláusulas del art. 189.1, 2.º párrafo, letras “a” a “d” del CP, así como de las figuras delictivas previstas en los arts. 270.5 letra “a” en conexión con el art. 270.1, 270.5 letra “a” en conexión con el art. 270.2, 270.6, 273.2, 301.1, 510.1 letra “b”, 510.2 letra “a”, 576.1 y de los “útiles”, “materiales”, “instrumentos”, “elementos de seguridad” y “otros medios” a que alude el art. 400 del CP.

⁵¹ Esta constatación depende, con todo, de un análisis individualizado que no puede ser realizado en los límites de este trabajo.

mencionemos los mentados tipos, nos remitiremos expresamente en notas a pie de página a la observación contenida en el presente ítem.

- c) La figura típica del art. 248.2 CP, que describe como su único objeto típico uno de carácter inmaterial, no es un tipo de posesión. Las consideraciones dogmáticas de los próximos capítulos no se aplican a tal tipo. Esta figura delictiva será excluida del cálculo numérico y de la clasificación de las figuras delictivas de posesión según modalidades de formulación típica que realizaremos abajo.

II.5. Consecuencias prácticas para los fines de nuestro planteamiento personal

La inclusión o no de determinado tipo penal en la categoría de los tipos de posesión produce diversas consecuencias prácticas. Dos de estas consecuencias, relativa la primera al plano del derecho penal material y la segunda al ámbito procesal penal, son particularmente relevantes para los fines del planteamiento que defenderemos en el contexto de la presente investigación y merecen, por ello, una especial alusión.

Preliminarmente es necesario advertir, con todo, que el reconocimiento de tales consecuencias prácticas está estrechamente vinculado – principalmente en el ámbito procesal – a nuestras posiciones particulares en las discusiones sobre la admisibilidad de la responsabilidad penal por el estado y sobre la clasificación de los tipos de posesión como delitos comisivos y/u omisivos. A diferencia de la definición inicial brindada en los apartados anteriores, las consecuencias que explicitaremos abajo no tienen como punto de partida una visión neutral de los respectivos debates, sino lo contrario.

En el plano del derecho penal material, llegaremos en este trabajo a la constatación de que los delitos de posesión han de poder ser cometidos, tanto mediante comportamientos (normalmente comisivos – caso didáctico 8) de establecimiento voluntario de la custodia sobre el objeto típico como mediante comportamientos (normalmente omisivos – caso didáctico 6) de mantenimiento de aquella custodia⁵². Esta última clase de comportamientos adquiere especial importancia en los supuestos fácticos de custodia impuesta.

Excluiremos un tipo delictivo del concepto de tipo de posesión siempre que dicho tipo únicamente criminalice comportamientos de establecimiento, pero no de

⁵² Al respecto, cf. *infra*, capítulo 5, apartados V.1 y VI.1.

mantenimiento de la custodia sobre los objetos descritos en el tipo delictivo. En consecuencia, en esos tipos penales los supuestos fácticos de custodia impuesta no conducen ni siquiera potencialmente a una responsabilidad penal del sujeto que mantiene su poder fáctico sobre la cosa.

Ilustremos estas dos afirmaciones con un ejemplo relativo a la pornografía infantil: al contrario de las figuras delictivas de los arts. 189.1, 1.º párrafo, letra “b”, 1.º verbo típico y 189.5, 2.º verbo típico, del CP, la adquisición criminalizada en el primer verbo típico del art. 189.5 CP no es una figura típica de posesión⁵³. Por tal razón, ella no admite una ejecución típica mediante conductas que meramente mantengan – en otras palabras, que hagan persistir – una custodia preexistente sobre material pornográfico infantil.

En consecuencia, la persona que descubre que un tercero colocó fotografías pornográficas de menores en su mochila sin su consentimiento y que, estando en condiciones de deshacerse de tales objetos, no se libra de ellos, no puede ser castigada según el tipo de adquisición de pornografía infantil del art. 189.5, 1.º verbo típico, sino eventualmente – es decir, dependiendo de las circunstancias fácticas y siempre que también se verifique antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad – conforme a la figura típica de posesión del art. 189.1, 1º párrafo, letra “b”, 1.º verbo típico o la del art. 189.5, 2.º verbo típico, del CP.

En el plano procesal, como los tipos que no son de posesión se aplican exclusivamente a las conductas que establecen la custodia del sujeto típico sobre los respectivos objetos prohibidos – no incluyendo, en cambio, las situaciones de custodia impuesta sobre tales objetos – tales tipos exigen probar que el individuo estableció su relación de dominio sobre el objeto de manera típica, antijurídica, culpable y punible.

Por esta razón, no es aplicable a las figuras delictivas que no responden al concepto de tipo de posesión la solución de compromiso de carácter procesal y material que sostendremos en este trabajo⁵⁴, y que permite prescindir de la prueba de que han concurrido comportamientos de establecimiento y/o mantenimiento de la custodia cuando las circunstancias concretas de la propia custodia sobre el objeto son capaces de fundamentar una convicción judicial suficientemente sólida de que el acusado realizó tales comportamientos.

⁵³ Al respecto, v. *infra*, III.1.

⁵⁴ Cf. *infra*, capítulo 3, apartado IV.5.

Así, imagínese que un individuo es atrapado por la policía mientras corre por la calle con un revólver importado fijado a la altura de la cintura entre su pantalón y su ropa interior, y que tal individuo carece del permiso necesario para portar el arma. En esta situación, las circunstancias concretas de la propia custodia del individuo sobre el objeto permitirán prescindir, para los fines de la aplicación del tipo de tenencia ilegal de armas de fuego reglamentadas (art. 564.1 CP), de la prueba de que se ha dado un comportamiento de adquisición del arma o de mantenimiento de ésta en su poder. Estas circunstancias no serán aptas, empero, para basar la condena del citado individuo por el delito de posesión en cuestión si deviene plausible su alegación de que la custodia del revólver le había sido impuesta por los policías con la intención de extorsionarlo y de que, cuando se le atrapó, él estaba huyendo de los policías corruptos, razón por la cual no pudo deshacerse del arma. En cambio, si a tal individuo se le pretende castigar – alternativa o cumulativamente al delito de posesión – por la conducta de contrabando del revólver mediante su importación, conminada en el art. 2.1, letra “a” en conexión con el art. 2.3, letra “a” LRC, será necesario probar su acto concreto de adquisición mediante importación del revólver sin presentarlo a la administración aduanera. Por tratarse de una imputación de un tipo que no es de posesión, las circunstancias concretas de su custodia sobre el arma no serán suficientes, por sí mismas, para fundar su condena por la conducta de contrabando mediante importación.

III. Los tipos de posesión del ordenamiento jurídico-penal positivo español: delimitación preliminar

Como hemos puesto de manifiesto, un diagnóstico cuantitativo y con pretensión exhaustiva de los tipos de posesión del derecho positivo español debe proporcionar los elementos necesarios para asegurar su falsabilidad.

A tal fin, realizaremos a continuación una delimitación preliminar que aclarará qué clases de tipos penales *no* consideramos abarcadas por el concepto de tipo de posesión.

Esta aclaración deviene especialmente importante para aquellos tipos que, como defenderemos más abajo, son indebidamente clasificados por la doctrina y jurisprudencia dominantes como tipos de posesión. Y también para identificar aquellas figuras delictivas que a primera vista no parecen pertenecer a tal categoría, pero que merecen la designación de tipos de posesión tras un examen más detenido.

III.1. Tipos delictivos que exigen comportamientos con el objeto típico o respecto a la custodia sobre el objeto típico

Los criterios fijados arriba posibilitan, inicialmente, la fácil exclusión de un primer grupo de figuras delictivas del concepto de tipos de posesión. Se trata de aquellas figuras típicas cuyo texto literal presupone, de una u otra manera, que el agente detente o vaya a detentar el poder fáctico sobre un objeto, pero que exigen al mismo tiempo que aquél realice determinado comportamiento, sea con el propio objeto, sea respecto a su dominio fáctico sobre éste.

Ejemplos de la primera alternativa mencionada – es decir, de tipos que exigen una actividad con el propio objeto – se hallan en múltiples tipos agravados o calificados del código penal que elevan la pena prevista en el tipo base en el caso de que se utilicen armas⁵⁵ u otros medios peligrosos en su ejecución⁵⁶, así como en el art. 75, párrafo 2.º de la Ley orgánica 14/2015 de 14 de octubre, del Código penal militar (CPM), que castiga al militar que embarque drogas en un buque de guerra o aeronave militar.

Ejemplos evidentes de la segunda alternativa mencionada, en que el tipo de delito exige una actividad respecto del poder fáctico sobre la cosa, son los tipos que criminalizan la adquisición de objetos. Es este el caso, entre otros tipos penales, del ya aludido tipo de adquisición de pornografía infantil para consumo propio previsto en el art. 189.5, 1º verbo típico, del CP⁵⁷.

No tan claras son las cosas, con todo, en el tipo penal resultante de la lectura conjunta de los arts. 566.1, párrafo 1.º y 567.1 CP:

El art. 566.1 castiga en su párrafo 1.º a los que fabriquen, comercialicen o establezcan depósitos de armas o municiones de guerra⁵⁸, químicas, biológicas, nucleares

⁵⁵ El concepto de “arma” se halla definido en los apartados 1 a 18 del art. 2 del Real Decreto 137/1993, de 29 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de armas (RA).

⁵⁶ V. los arts. 148.1 párrafo 1.º, 153.3, 180.1 circunstancia 5.ª, 242.3 y 369.1 circunstancia 8.ª del CP, así como el art. 65.1 de la Ley orgánica 14/2015 de 14 de octubre, del Código penal militar (CPM).

⁵⁷ V. también las conductas típicas de adquisición previstas en los arts. 156 bis párrafo 1.º letra “b” (“recepción”), 298.1, 301.1, 332.1, 334.1 letra “a”, 345.1, 362 bis, 567.1, 575.2 y 576 del CP, así como aquella tipificada en el art. 85 CPM.

⁵⁸ Según el art. 567.2 CP, “se consideran armas de guerra las determinadas como tales en las disposiciones reguladoras de la defensa nacional”. En el art. 6.1, letras “a” a “g” del RA se lleva a cabo la mentada determinación.

o radiológicas, de minas antipersonas y de municiones en racimo⁵⁹ sin autorización legal o de la autoridad competente. Por su parte, el art. 567.1 CP define como depósito de los objetos enumerados en el párrafo 1.º del art. 566.1, entre otras conductas, su mera tenencia.

A la vista de estas definiciones, se podría pensar que el art. 566.1 CP contiene un tipo de posesión en su párrafo 1.º. Sin embargo, a diferencia de figuras delictivas como la del art. 362 bis, que utiliza la expresión “tenencia en depósito”, y del art. 568, que emplea únicamente el término “depósito”⁶⁰, el art. 566.1, párrafo 1.º del CP castiga, más bien, el *establecimiento del depósito*.

Como se ve, el texto literal del precepto no describe exclusivamente una relación fáctica de dominio entre un sujeto y un objeto, sino que exige de manera expresa un comportamiento que haga surgir tal relación. Por esta razón, no se puede clasificar el tipo penal en cuestión como un tipo de posesión.

Estas mismas consideraciones son extensibles a la figura delictiva del art. 566.1, párrafo 2.º en conexión con el 567.3 CP:

El art. 566.1 CP pena en su párrafo 2.º a los que fabriquen, comercialicen o establezcan depósitos de armas de fuego reglamentadas sin autorización legal o de la autoridad competente. Por otro lado, el art. 567.3 CP precisa que el depósito de armas de fuego reglamentadas a que alude el párrafo 2.º del art. 566.1 CP es, además de otras conductas, la mera “reunión” de cinco o más de dichas armas.

También en el contexto de este tipo penal, el texto literal describe, además de la relación de poder, un comportamiento que hace surgir esta relación. La figura delictiva en cuestión tampoco encaja en el concepto de tipo de posesión defendido en esta obra.

⁵⁹ El art. 567.2 CP considera como armas químicas, biológicas, nucleares o radiológicas, minas antipersonas o municiones en racimo “las determinadas como tales en los tratados o convenios internacionales en los que España sea parte”. Para los problemas planteados por esta imprecisa cláusula, cf. Queralt Jiménez, J. J., *Derecho penal español. Parte especial*, 7ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 1006 y s. (versión en línea).

⁶⁰ Al respecto, v. *infra*, IV.3.

En sentido opuesto a la interpretación de la doctrina ampliamente mayoritaria⁶¹ y de la jurisprudencia⁶² al respecto, se ha de concluir que los párrafos 1.º y 2.º del art. 566.1 CP no contienen tipos de posesión, sino que criminalizan conductas que fundan o hacen surgir una relación de dominio del sujeto sobre el objeto típico. De seguir prevaleciendo la posición dominante, se continuará rebasando de manera inadmisiblemente el tenor literal del vocablo “establecer”⁶³.

Es necesario recalcar que, lejos de constituir una discrepancia meramente terminológica o clasificatoria, nuestra divergencia interpretativa frente a la opinión dominante produce, en sintonía con lo que hemos sustentado anteriormente⁶⁴, consecuencias prácticas muy concretas e importantes para los tipos penales abordados: en el plano penal material, comportamientos del sujeto típico que tan solo *mantengan* un depósito de armas o municiones no establecido previamente por él, no conducirán a su responsabilidad penal según los tipos de los párrafos 1.º y 2.º del art. 566.1 CP.

Así, el individuo que adquiere un trastero en una subasta sin saber que en aquél se halla una gran cantidad de armas y municiones y que, no obstante, mantiene su custodia sobre tales objetos tras descubrir que se encuentran allí, no podrá ser castigado conforme a los mentados preceptos, sino exclusivamente según tipos penales de tenencia ilegal de armas como los de los arts. 563 y 564 CP. Probablemente, será castigado con pena menor de la que resultaría de la aplicación de los citados párrafos del art. 566.1 CP. Pero esta circunstancia no debe modificar el resultado interpretativo a que hemos llegado: por respeto al principio de legalidad, esta discrepancia entre merecimiento de pena y pena

⁶¹ Cf. Vera Sánchez, J. S., “Tenencia de armas y explosivos (Arts. 563-570)”, en Corcoy Bidasolo/Hortal Ibarra (eds.), *Manual de derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 833 y s.; Cuerda Arnau, M. L., “Lección XLI. Delitos contra el orden público”, en González Cussac (ed.), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, 6ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 796 y s.; Queralt Jiménez, J. J., *PE*, cit., pp. 1005, 1008 (versión en línea); Aguado Correa, T., “Artículos 566 y 567”, en Gómez Tomillo/Javato Martín (eds.), *Comentarios prácticos al Código penal*, vol. VI, Aranzadi, Navarra, 2015, pp. 536 y s.; García Alberó, R., “Artículo 566”, en Quintero Olivares/Morales Prats (eds.), *Comentarios al Código penal español*, vol. II, 7ª ed., Aranzadi, Navarra, 2016, pp. 1857 y s.

⁶² V. por ejemplo las SsTS 532/2016 de 16 junio, 120/2010 de 27 de enero, 944/2007 de 21 de noviembre, 50/2001 de 22 enero y el ATS 1126/2008 de 30 de octubre.

⁶³ En este sentido, siguen actuales las palabras de Carbonell Mateu y Vives Antón: “establecer significa fundar, instituir, hacer de nuevo. Por lo tanto, por imperativo del texto de la ley, no realiza la conducta típica quien se limita a la tenencia de un depósito constituido por otras personas. En la jurisprudencia tienden a equipararse tenencia de un conjunto de armas y establecimiento de un depósito. (...) Esta equiparación supone el recurso a una analogía prohibida, aunque obedezca, evidentemente, a razones de justicia material” (Carbonell Mateu, J. C./Vives Antón, T. S., “Arts. 566-567”, en Vives Antón (ed.), *Comentarios al código penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 2110).

⁶⁴ Cf. *supra*, II.5.

concretamente aplicable no podrá ser corregida por el intérprete. La realización de esta corrección le cabe exclusivamente al legislador.

Igualmente relevantes son las consecuencias en el plano procesal: en oposición al procedimiento adoptado por la jurisprudencia en la aplicación de los párrafos 1.º y 2.º del art. 566.1 CP, no resulta admisible basar una condena por tales tipos penales en las circunstancias concretas del depósito – léase, la custodia – de las armas y municiones. Es necesario, más bien, que la fiscalía pruebe la conducta concreta mediante la cual el individuo estableció su depósito de los objetos en cuestión; conducta esta que debe ostentar los atributos de tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad. Eventuales dificultades probatorias al respecto no pueden ser sanadas por el intérprete. Esta es una prerrogativa exclusiva del legislador.

También plantea problemas clasificatorios la defectuosa redacción de los tipos contenidos en los arts. 2.1 letra “b”, 2.2 letra “b” y 2.3 letras “a” y “b” LRC. Como veremos a continuación⁶⁵, dichos preceptos castigan a los que “realicen operaciones de tenencia” con los respectivos objetos típicos.

Se trata de una asociación de palabras completamente ajena al uso ordinario del lenguaje: resultaría absolutamente inusual y confuso oír decir que alguien “realizó una operación de tenencia”. Esto se debe a que tanto “realización” como “operaciones” designan fenómenos dinámicos⁶⁶⁻⁶⁷, mientras el término “tenencia”⁶⁸ transmite una idea de estado.

Al nivel de la interpretación jurídica, esta vinculación de dos palabras con sentido dinámico a una con sentido estático plantea la cuestión de si no será necesario comprender la “realización de operaciones de tenencia”, como hemos hecho con el establecimiento de depósitos de armas y municiones, no como una tipificación de delitos de posesión sino como la criminalización de un comportamiento que funda o hace surgir la custodia sobre el objeto típico.

⁶⁵ Cf *infra*, IV.2.

⁶⁶ Cf. la primera definición del vocablo “realizar” en Real Academia Española, “Diccionario de la lengua española - Edición del Tricentenario”, fecha de consulta 7 agosto 2020, en <https://dle.rae.es>: “1. tr. Efectuar, llevar a cabo algo o ejecutar una acción”.

⁶⁷ Cf. la primera y segunda definiciones del vocablo “operación” en *Ibid.*: “1. f. Acción y efecto de operar. 2. f. Ejecución de algo”.

⁶⁸ Cf. la primera definición de la voz “tenencia” en *Ibid.*: “1. f. Ocupación y posesión actual y corporal de algo”.

Entendemos que la mentada interpretación no es aplicable al tipo en análisis. Ello porque, a diferencia del verbo “establecer”, la expresión “realizar operaciones de” no puede ser interpretada como un acto de fundar o instituir el propio poder fáctico sobre el objeto.

Ello nos conduce a concluir que en los tipos aludidos de la Ley de represión del contrabando debe prevalecer, excepcionalmente, el segundo sentido que el término “tenencia” puede asumir en el plano jurídico-penal. Se trata de la tenencia en su acepción de título de imputación que se debe corresponder, según defenderemos en esta obra⁶⁹, con las categorías de imputación de la acción/omisión, es decir, con comportamientos activos y/u omisivos del sujeto típico.

Esta segunda comprensión del término – que implica reconocer que los arts. 2.1 letra “b”, 2.2 letra “b” y 2.3 letras “a” y “b” LRC contienen tipos de posesión – es la única compatible con la locución “realizar operaciones de” y, en consecuencia, la única que puede atribuir sentido jurídico al texto de la ley. Pues, si se concibe el vocablo de esta manera, la palabra “tenencia” podrá ser comprendida por si sola como un comportamiento humano de establecimiento y/o mantenimiento de la propia custodia sobre los objetos prohibidos. Y la locución verbal “realizar operaciones de” únicamente ostentará la función de enfatizar que se trata de criminalizar comportamientos humanos y no meros estados, así como la de exigir una intención adicional de puesta en circulación o tráfico de los objetos típicos detentados⁷⁰.

A la vista de estas consideraciones se puede concluir que, al contrario de los párrafos 1.º y 2.º del art. 566.1 CP, los arts. 2.1 letra “b”, 2.2 letra “b” y 2.3 letras “a” y “b” LRC sí que contienen tipos de posesión.

Un grave reproche merece, por fin, el legislador por el claro déficit en racionalidad lingüística causado por su empleo de la inusual y confusa expresión “realizar operaciones de tenencia”, la cual imposibilita la comprensión del mensaje normativo por el ciudadano lego y desperdicia el tiempo de los juristas al exigirles formular interpretaciones correctivas *ad hoc* como la planteada arriba.

Ello deviene aun más grave cuando se tiene en cuenta la desidia con que se perdió la oportunidad de reparar, con ocasión de la aprobación de la actualmente vigente Ley de

⁶⁹ Cf. *infra*, capítulos 4 y 5.

⁷⁰ Al respecto, v. *infra*, IV.5.2.4.

represión del contrabando, este tradicional – pues ya estaba presente en la derogada Ley orgánica 7/1982 de 13 de julio – traspié legislativo.

III.2. Tipos mixtos que presuponen una relación de simultaneidad entre la detentación de la relación fáctica de dominio sobre un objeto y un comportamiento típico

La tarea de clasificación también se ve dificultada ante un segundo grupo de tipos de delito. Se trata de tipos mixtos que exigen, junto a la detentación del dominio fáctico sobre un objeto, un comportamiento típico para: a) fundamentar la responsabilidad penal o; b) para elevar la pena de un tipo base.

Sin embargo, dicho comportamiento típico ni va referido a la propia cosa detentada, ni tampoco al poder fáctico sobre la cosa. Tal grupo de tipos delictivos presupone, por tanto, una relación de simultaneidad – pero no de dependencia – entre ambos componentes.

Forma parte de este grupo de figuras delictivas el art. 326 bis del CP, que castiga a quienes, contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general, lleven a cabo la explotación de instalaciones en las que se almacenen sustancias o preparados peligrosos que causen o puedan causar daños sustanciales a personas o al medio ambiente. Y también el art. 495.1 CP, que penaliza a los que, portando armas u otros instrumentos peligrosos, intenten penetrar en las sedes del Congreso de los diputados, del Senado o de la Asamblea legislativa de una Comunidad autónoma para presentar, en persona o colectivamente, peticiones a tales órganos.

Asimismo, en el art. 557 bis, apdo. 1, circunstancia 1.^a del CP se prevé la cualificación de los tipos penales de los apartados 1 y 2 del art. 557 CP en los supuestos en que uno de los partícipes en las actividades delictivas contra la paz pública allí descritas porte un arma⁷¹ u otro instrumento peligroso. Y tanto el art. 570 bis como el art. 570 ter del CP contienen un apartado 2, cuyas letras “b” y “c”, de idéntica redacción en ambos preceptos, agravan la pena de las actividades relacionadas con organizaciones o grupos criminales criminalizados en el apartado 1 de sus respectivos artículos, cuando la organización o grupo criminal disponga de armas o instrumentos peligrosos (letra “b”) o de medios tecnológicos avanzados de comunicación o transporte que por sus

⁷¹ El concepto de “arma” se halla definido en los apartados 1 a 18 del art. 2 RA.

características resulten especialmente aptos para facilitar la ejecución de los delitos o la impunidad de los culpables (letra “c”).

En el contexto de las leyes especiales, el código penal militar agrava en su art. 34.1 la pena del delito de desobediencia o resistencia a órdenes de centinela cuando “el hecho se verifica con armas u otro medio peligroso”⁷², mientras que el art. 39 CPM castiga a los militares que, en número de cuatro o más, hagan reclamaciones o peticiones colectivas portando armas. Por su parte, la Ley orgánica 5/1985 de 19 de junio, del Régimen electoral general, pena en su art. 147 a los que penetren en los locales donde se celebren actos electorales portando armas u otros instrumentos susceptibles de ser usados como tales.

En la doctrina alemana, Eckstein⁷³ pretende excluir del concepto de tipo de posesión figuras delictivas semejantes a las mencionadas en este apartado. Sobre los preceptos previstos en los §§ 244 apdo. 1 núm. 1, 244a apdo. 1, 2.^a modalidad típica y 250 apdo. 1 núm. 1 StGB, que establecen tipos calificados para delitos patrimoniales como el de robo si el sujeto típico lleva armas consigo durante la ejecución del delito, alega el penalista que “lo que constituye el injusto, en todos estos casos, es el tipo base, que determina cuál delito está presente (en su modalidad calificada)”. La conducta típica no se reduciría, por tanto, a llevar el arma consigo, sino que sería caracterizada por los respectivos tipos bases de hurto, robo etc. del código penal alemán.

En el plano conceptual, Eckstein tiene razón. Si se confronta con los tipos mixtos del derecho penal español que fundamentan la responsabilidad o elevan la pena cuando la acción típica sea concomitante al dominio fáctico de un arma, su argumentación acerca del fundamento constitutivo del injusto se ve reforzada, además, por el hecho de que en tales tipos ni siquiera se exige que el individuo detente el arma sin estar autorizado para ello. Y respecto a las figuras delictivas vigentes en España que fundamentan la responsabilidad penal o elevan la pena si se detentan medios, instrumentos o sustancias peligrosas en su ejecución, se ha de atender a que la mera detentación de la custodia sobre estas clases muy vagas de objetos no se halla criminalizada en ninguna parte como

⁷² Al utilizar la preposición “con” en lugar de verbos como “hacer uso” o “utilizar”, el precepto abre margen a la interpretación de que la aplicación de dicha agravación es posible incluso cuando el sujeto típico perpetra el hecho mientras tan solo porta un arma u objeto peligroso. Aparentemente contrario a esta interpretación, Melón Muñoz, C., “Artículos 30 a 37 - Los delitos contra la defensa y seguridad nacional (II)”, en León Villalba/Juanes Peces/Rodríguez-Villasante y Prieto/López Lorca (eds.), *El Código penal militar de 2015: reflexiones y comentarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 359 y s.

⁷³ Cf. Eckstein, K., *Besitz*, cit., pp. 40 y s.

conducta típica autónoma, lo cual también respalda el razonamiento aducido por Eckstein.

Estas dos circunstancias indican que, a diferencia de lo que se verifica en los tipos de posesión, el legislador no identifica el fundamento del injusto de tales tipos mixtos en los peligros derivados del dominio fáctico responsable sobre un objeto. El mentado fundamento reside, más bien: a) respecto a los supuestos de elevación de la pena de un tipo base, en el incremento de la peligrosidad que la detentación de la custodia del objeto produce *en* la ejecución de un hecho que ya es peligroso en sí mismo; b) respecto a los supuestos en que el dominio fáctico del objeto (co)fundamenta la responsabilidad penal, en la creación de peligros resultante de la *conjunción* de la custodia y de un comportamiento típico.

No obstante, en el plano práctico es necesario atender a la observación de Hochmayr de que, en lo que atañe al componente que requiere la detentación del dominio fáctico sobre un objeto, los mentados tipos mixtos plantean problemáticas semejantes a las inherentes a los tipos de posesión⁷⁴. Así, el tratamiento jurídico-penal de supuestos de custodia impuesta en los tipos mixtos presenta, respecto al individuo a quien se le impuso la custodia, los mismos problemas y consecuencias que aquellos inherentes a las figuras típicas de posesión.

Por tal razón, aunque tales tipos mixtos no puedan ser clasificados como tipos de posesión, al componente relativo a la detentación de la custodia previsto en aquellas figuras delictivas se deberán aplicar las mismas consecuencias prácticas que valen para los tipos de posesión⁷⁵.

III.3. Tipos que criminalizan el uso indebido de determinados objetos como fenómeno posiblemente rayano con la mera detentación del dominio fáctico

La distinción rigurosa entre tipos de posesión y tipos que no pertenecen a tal categoría se obtiene con dificultades, por fin, en un tercer y último grupo de figuras delictivas: las que castigan a quienes usen o utilicen vestimentas, indumentarias, banderas etc. que les atribuyan indebidamente determinados títulos oficialmente reconocidos.

⁷⁴ Hochmayr, G., *Strafbarer Besitz*, cit., p. 8.

⁷⁵ Para los fines del planteamiento defendido en este trabajo, esto implica reconocerles validez a las consecuencias descritas *supra*, II.5.

Forman parte de este grupo el art. 402 bis del CP, que pena a quien sin autorización e indebidamente use un uniforme, traje o insignia en público que le atribuya carácter oficial. Así como el art. 612 del CP, que castiga en sus párrafos 4.º a 6.º al que, con ocasión de un conflicto armado, use indebidamente determinados signos protectores o distintivos, emblemas o señales establecidos y reconocidos en los tratados internacionales en los que España fuere parte (párrafo 4º), utilice indebidamente o de modo pérfido bandera, uniforme, insignia o emblema distintivo de Estados neutrales, de las Naciones Unidas o de otros Estados que no sean partes en el conflicto o de Partes adversas durante ataques o para cubrir, favorecer, proteger u obstaculizar operaciones militares (párrafo 5.º) o utilice indebidamente o de modo pérfido bandera de parlamento o de rendición (párrafo 6.º). De las leyes especiales, el art. 79 CPM pena al militar que use intencionadamente y en público uniforme, divisas, distintivos o insignias militares, medallas o condecoraciones que no tenga derecho a usar.

La dificultad clasificatoria inherente a tal grupo de tipos delictivos reside en que, en determinadas situaciones concretas, el “usar” o “utilizar” se presenta como un fenómeno muy cercano a la mera detentación de la custodia sobre el objeto, acarreado consecuencias prácticas idénticas (en el ámbito del derecho penal sustantivo) o similares (en el contexto procesal) a las de su clasificación como tipos de posesión.

Así, piénsese por ejemplo en el uso público e indebido de condecoraciones por un militar, criminalizado en el art. 79 CPM: el uso de una condecoración presupone que ella esté fijada en una parte específica de su uniforme. Pero esta vestimenta forma parte de la más estrecha de sus esferas de custodia, su cuerpo.

Ejemplos como este pueden reiterarse con respecto a todos los tipos mencionados en este apartado. En ellos se manifiesta la proximidad fenomenológica a la mera detentación del dominio fáctico que el usar o utilizar puede llegar a alcanzar, a saber: la circunstancia de que, en determinados casos, la asignación de responsabilidad jurídico-penal por uso de un objeto típico depende de su presencia en una esfera de custodia, en un espacio que atribuye al individuo el poder fáctico sobre los objetos allí ubicados.

Tal circunstancia puede dar lugar, también, a situaciones análogas a aquellas de custodia impuesta sobre objetos típicos que caracterizan las figuras típicas de posesión. Sigamos con el ejemplo del art. 79 CPM:

Es verdad que las condecoraciones suelen y deben estar puestas en el uniforme, de tal manera que los supuestos fácticos más probables serán aquellos en que el propio

militar las colocó allí indebidamente. En otras palabras, por regla general habrá un comportamiento comisivo de su parte⁷⁶.

Pero es igualmente posible – aunque menos probable – que el militar lleve puesta una condecoración en su uniforme sin que él mismo la haya fijado allí⁷⁷, sino que lo haya hecho un tercero sin que él se percatara de ello. En este último caso, su responsabilidad penal dependerá de un comportamiento posterior, normalmente omisivo, que posibilita la persistencia de la condecoración en el uniforme. Ello ocurre, por ejemplo, cuando el militar que se encuentra en público, tras percibir que una condecoración que no tiene derecho a usar se halla fijada en su uniforme y pudiendo removerla de allí, nada hace para retirar dicho objeto de su uniforme. Esta consecuencia práctica en el plano del derecho penal sustantivo es idéntica a aquélla que se extrae de los tipos de posesión.

En el plano procesal, ¿qué es lo que permitirá afirmar o negar que el militar usa indebidamente la condecoración como consecuencia de un comportamiento suyo? La respuesta se debe buscar, entre otros factores, en las circunstancias concretas de la custodia del militar sobre la condecoración, es decir, en elementos como el posicionamiento de la condecoración en el uniforme, por cuánto tiempo ella estuvo en el uniforme, etc.

En ello reside la similitud – pero no la identidad – de las consecuencias procesales que caracterizan a tipos como el del art. 79 CPM y los tipos de posesión, pues tal como resaltamos anteriormente⁷⁸, en las figuras típicas de posesión, la diferenciación de los supuestos de custodia impuesta que no originan responsabilidad penal frente a los casos de establecimiento y/o mantenimiento responsable de la custodia sobre un objeto típico depende de las circunstancias concretas en las cuales tal custodia se constata.

A la vista de la constatación de que también con respecto a tipos como los del presente apartado se pueden dar situaciones equivalentes a las de custodia impuesta, Hochmayr⁷⁹ propone incluir tal grupo de figuras delictivas en la categoría de los tipos de posesión. Con todo, concebir dichos tipos penales como de posesión no devendría compatible con la consecuencia práctica de carácter procesal que, en nuestra opinión, dicha clasificación debe acarrear.

⁷⁶ En este sentido, Hochmayr, G., *Strafbarer Besitz*, cit., p. 22.

⁷⁷ *Idem*.

⁷⁸ Cf. *supra*, II.5. Cf. también *infra*, capítulo 3, apartado IV.5.

⁷⁹ Hochmayr, G., *Strafbarer Besitz*, cit., p. 22.

De aplicarse a las conductas típicas enumeradas en este apartado la solución de compromiso de naturaleza procesal y material a que aludimos arriba⁸⁰, en determinados casos el uso o utilización de los respectivos objetos típicos podría considerarse probado *exclusivamente* con base en las circunstancias concretas de su custodia. Con ello se produciría una facilitación probatoria que es inherente a los tipos de posesión, pero que no es perseguida por el legislador con la criminalización de tales conductas de uso y utilización.

Los casos de imposición de custodia de los objetos descritos en los tipos aquí abordados deben ser tratados, más bien, de manera análoga al del individuo en cuya habitación la policía encuentra a una persona encerrada: la fiscalía debe probar que un comportamiento activo u omisivo de dicho individuo causó o eventualmente hizo persistir el resultado o estado típico prohibido. Esto impide, finalmente, clasificar los tipos enumerados en el presente apartado como figuras delictivas de posesión.

IV. Los tipos de posesión del ordenamiento jurídico-penal positivo español: panorama y clasificación según modalidad de formulación típica

La delimitación inicial realizada en los apartados anteriores nos permite, ahora, dirigir nuestra atención a las figuras delictivas del derecho penal español que sí encajan en nuestro concepto de tipos de posesión.

A continuación, presentaremos un panorama con pretensión de exhaustividad de los tipos de posesión actualmente vigentes en España. Ellos serán agrupados y expuestos según las seis diferentes modalidades de formulación típica utilizadas por el legislador español, que son la posesión, la tenencia, la tenencia en (su) poder, la tenencia en depósito, el depósito y el almacenamiento.

Luego, enumeraremos los tipos de posesión que admiten ejecución imprudente (mediante imprudencia grave), así como los que admiten atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica. Al final, brindaremos un panorama cuantitativo de las figuras delictivas en cuestión, donde llegaremos, entre otras conclusiones, a la constatación de que el ordenamiento jurídico-penal positivo español contiene 48 tipos de posesión.

Por tratarse de una temática que exige un análisis global de una elevada cantidad de tipos penales heterogéneos, en este trabajo no abordaremos, empero, la cuestión de si

⁸⁰ Cf. *supra*, II.5. Cf. también *infra*, capítulo 3, apartado IV.5.

el concepto de custodia puede ser entendido de manera idéntica para todas estas modalidades de formulación típica o si el empleo de algunas de ellas – principalmente las de depósito o de almacenamiento – impone, más bien, determinados condicionamientos cualitativos o cuantitativos a la relación de dominio fáctico típicamente exigida⁸¹.

Para evitar formular juicios precipitados acerca de la cuestión aludida y preservar el carácter eminentemente descriptivo y clasificatorio de los siguientes apartados, consideraremos que los preceptos penales que emplean más de una modalidad de formulación típica, como por ejemplo la de tenencia al lado de la de depósito, no contienen solo un tipo penal de posesión, sino tantos tipos de posesión como modalidades de formulación típica se hallen descritas en dichos preceptos. Ello influirá no solo en la clasificación realizada abajo, sino también en la determinación del número total de tipos de posesión del derecho penal español, que será expuesta en el apartado final de este capítulo.

IV.1. Posesión

La modalidad de formulación típica de posesión está prevista en los arts. 189.1 1.º párrafo letra “b”, 189.5, 270.6, 273.1, 273.2, 273.3, 274.4, 286.1 párrafo 1.º, 301.1, 332.1, 334.1, 345.1, 368, 510.1 letra “b”, 510.2 letra “a”, 574.3 y 576.1 del CP, así como en el art. 76 CPM.

El art. 189.1, 1.º párrafo, letra “b” del CP pena a quienes posean pornografía infantil o en cuya elaboración hayan sido utilizadas personas con discapacidad necesitadas de especial protección, siempre que ostenten una finalidad de producción, venta, distribución, exhibición o de facilitación de la producción del material pornográfico⁸². El apartado 2 del mismo artículo eleva significativamente el marco penal de tal conducta delictiva cuando concorra alguna de las circunstancias especialmente graves enumeradas en sus letras “a” a “h”, entre las cuales destaca la circunstancia de que la persona retratada sea menor de dieciséis años.

⁸¹ Para un panorama de la comprensión doctrinal y jurisprudencial del concepto de custodia – o “disponibilidad” – en los tipos de posesión de estupefacientes del derecho alemán y español, véase sin embargo *infra*, capítulo 5, apartado IV.3.1.

⁸² Respecto al objeto típico “pornografía infantil”, descrito en los arts. 189.1, 1.º párrafo, letra “b” y 189.5 y definido en el art. 189.1, 2.º párrafo, letras “a” a “d” del CP, atiéndase a la observación registrada *supra*, II.4, ítem “b”.

Por su parte, el apartado 5 del art. 189 CP extiende, aunque con pena menos elevada, la sanción de la posesión de pornografía infantil y de personas con discapacidad necesitadas de especial protección a los supuestos en que el sujeto típico las posea meramente para su propio uso.

En el ámbito de los delitos relativos a la propiedad intelectual, el art. 270.6 CP conmina la posesión con finalidad comercial de medios facilitadores de supresión no autorizada o de neutralización de dispositivos técnicos de protección de programas informáticos u otras obras descritas en los apartados 1 y 2 de aquel mismo artículo⁸³.

Ya en el contexto de la tutela penal de la propiedad industrial, los apartados 1 y 2 del art. 273 CP tipifican el poseer con fines industriales o comerciales, sin el consentimiento del titular de una patente o modelo de utilidad y con conocimiento de su registro, objetos amparados por tales derechos (apdo. 1) o productos directamente obtenidos por el procedimiento patentado (apdo. 2)⁸⁴. El apartado 3 del mentado artículo impone idéntica sanción penal a todo aquél que, bajo las mismas circunstancias típicas exigidas en el apartado 1, posea objetos amparados en favor de terceros por un modelo o dibujo industrial o artístico o topografía de un producto semiconductor.

La posesión de material vegetal de reproducción o multiplicación de una variedad vegetal protegida conforme a la legislación nacional o de la Unión europea sobre protección de obtenciones vegetales es castigada por el art. 274.4 CP, siempre que el sujeto típico detente dicho material con fines agrarios o comerciales, sin consentimiento del titular del correspondiente título de obtención vegetal y con conocimiento del respectivo registro. Con la misma pena se castiga a quienes posean, bajo la denominación de una variedad vegetal protegida, material vegetal de reproducción o multiplicación que no pertenezca a tal variedad.

El art. 286.1, párrafo 1.º del CP ordena la represión penal de quienes posean equipos diseñados o adaptados para viabilizar el acceso no autorizado a servicios de radiodifusión sonora o televisiva o a servicios electrónicos interactivos⁸⁵. Como requisito típico

⁸³ En lo que concierne al objeto típico “medios facilitadores” descrito en este precepto, véase la observación contenida *supra*, II.4, ítem “b”.

⁸⁴ Respecto al objeto típico “productos” descrito en el art. 270.2 del CP, véase la observación registrada *supra*, II.4, ítem “b”.

⁸⁵ Hemos excluido el objeto inmaterial “programa informático” mencionado en este tipo de la presente clasificación.

adicional debe concurrir la circunstancia de que el equipo no esté autorizado en otro Estado miembro de la Unión europea.

Entre los verbos típicos de la figura delictiva de blanqueo de capitales, el art. 301.1 CP incluye el poseer bienes a sabiendas de que éstos tienen su origen en una actividad delictiva⁸⁶. El tipo es calificado en el caso de que los bienes poseídos tengan su origen en alguno de los delitos relacionados con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, en alguno de los delitos comprendidos en los capítulos V, VI, VII, VIII, IX y X del título XIX o en alguno de los delitos del capítulo I del título XVI del CP.

En el ámbito de los delitos relativos a la protección de la flora, fauna y animales domésticos, el art. 332.1 CP pena a quienes, contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general, posean especies protegidas de flora silvestre. En lo que concierne a las especies protegidas de fauna silvestre, el art. 334.1 CP castiga, igualmente, su posesión ilegal.

Entre los delitos relativos a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes, se tipifica en el art. 345.1 CP la posesión, en contravención de las leyes u otras disposiciones de carácter general, de materiales nucleares u otras sustancias radiactivas peligrosas que causen o puedan causar la muerte o lesiones graves a personas o daños sustanciales a la calidad del aire, la calidad del suelo o la calidad de las aguas o a animales o plantas.

El art. 368 CP criminaliza los actos de cultivo, elaboración, tráfico, promoción, favorecimiento o facilitación del consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, así como la posesión de dichos objetos “con aquellos fines”⁸⁷. En el art. 76 CPM, se agrava la pena del mencionado tipo de posesión en los supuestos en que el sujeto típico, siendo militar, cometa el delito en instalaciones afectas a las Fuerzas armadas o a la Guardia civil, en buques de guerra, buques de la Guardia civil, aeronaves militares, campamentos o durante ejercicios u operaciones.

La letra “b” del art. 510.1 del CP conmina la posesión con finalidad de distribución de escritos o cualquier otra clase de material o soportes aptos para estimular actos discriminatorios o violentos contra determinados grupos sociales, mientras la posesión de

⁸⁶ Sobre el objeto típico “bienes” descrito en este precepto, véase la observación registrada *supra*, II.4, ítem “b”.

⁸⁷ Para la controversia acerca del contenido de la expresión “con aquellos fines”, cf. *infra*, capítulo 5, apartado IV.3.1.1.

escritos y de cualquier otra clase de material o soportes que representen grave humillación, menosprecio o descrédito de alguno de estos grupos o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a los mismos es castigada en la letra “a” del apartado 2 del mismo artículo, siempre que también se verifique una finalidad de distribución por parte del detentador del material⁸⁸.

En el contexto de los delitos de terrorismo, el art. 574.3 CP pena la posesión de materiales nucleares, elementos radioactivos o materiales o equipos productores de radiaciones ionizantes, cuando tales objetos sean detentados con alguna de las finalidades terroristas descritas en las circunstancias 1.^a a 4.^a del art. 573.1 CP⁸⁹. Asimismo, el apartado 1 del art. 576 CP criminaliza la posesión de bienes o valores de cualquier clase con la intención de que se utilicen o a sabiendas de que serán utilizados en un delito de terrorismo⁹⁰.

IV.2. Tenencia y tenencia en (su) poder

La modalidad de formulación típica de tenencia se halla prevista en los arts. 348.1, 349, 386.2, 399 bis apdo. 2, 400, 563, 564.1, 568, 573.1, 574.1 y 574.2 del CP, así como en los arts. 2.1 letra “b”, 2.2 letra “b” y 2.3 letras “a” y “b” de la LRC. La tenencia en (su) poder es castigada en los arts. 371.1, 575.2 y 600.2 del CP, así como en los arts. 26 y 76 CPM.

El art. 348.1 CP tipifica la tenencia, en contrariedad a normas de seguridad, de sustancias inflamables o corrosivas, tóxicas y asfixiantes, o cualesquiera otras materias, aparatos o artificios que puedan causar estragos. Por su parte, la tenencia de organismos en infracción de normas o medidas de seguridad es conminada en el art. 349 CP, cuando de ella resulte un peligro concreto para la vida, la integridad física o la salud de las personas o para el medio ambiente.

⁸⁸ Respecto a los objetos típicos “cualquier otra clase de material o soportes” descritos en la letra “b” del art. 510.1 y en la letra “a” del art. 510.2 del CP, atiéndase a la observación registrada *supra*, II.4, ítem “b”.

⁸⁹ Las mentadas finalidades consisten en: “Artículo 573. 1. (...) 1.^a Subvertir el orden constitucional, o suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado, u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo. 2.^a Alterar gravemente la paz pública. 3.^a Desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional. 4.^a Provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella”.

⁹⁰ Respecto a los objetos típicos “bienes o valores de cualquier clase” descritos en este precepto, atiéndase a la observación registrada *supra*, II.4, ítem “b”.

La 2ª frase del art. 386.2 CP conmina la tenencia de moneda falsa para su expedición o distribución o puesta en circulación. A su vez, la tenencia de tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje falsificados destinados a la distribución o tráfico se halla criminalizada en el art. 399 bis, apdo. 2, del CP. Por fuerza del art. 400 CP, a la tenencia de útiles, materiales, instrumentos, sustancias, aparatos, elementos de seguridad u otros medios específicamente destinados a la comisión de los delitos descritos en los capítulos I y II del título XVIII del CP, se le aplica la pena señalada en cada caso para los autores de las correspondientes figuras típicas de falsedad⁹¹⁻⁹².

Entre los delitos relativos a armas, municiones y explosivos, la tenencia de armas prohibidas⁹³ o de armas derivadas de un proceso de modificación sustancial de las características de fabricación de las armas reglamentadas⁹⁴ es penada en el art. 563 CP, mientras que el art. 564.1 CP castiga la tenencia de armas de fuego reglamentadas careciendo de las licencias o permisos necesarios. En el último precepto mencionado, el marco penal a aplicar depende de si se trata de armas de fuego cortas (párrafo 1.º) o largas (párrafo 2.º)⁹⁵. El apartado 2 del art. 564 CP ordena la aplicación del tipo calificado en el supuesto de que la tenencia sea de armas que carezcan de marcas de fábrica o de número o que los tengan alterados o borrados, que hayan sido introducidas ilegalmente en territorio español o que hayan sido transformadas, modificando sus características originales. En el art. 568 CP se conmina la tenencia no autorizada de sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes, así como la de sus componentes.

En el contexto de los delitos de terrorismo, el art. 573.1 CP castiga la tenencia de armas, municiones o explosivos prevista en el código penal como delito grave cuando concurra alguna de las finalidades terroristas descritas en sus circunstancias 1.ª a 4.ª⁹⁶. La

⁹¹ Hemos excluido de la presente clasificación los objetos típicos inmateriales “datos y programas informáticos” mencionados en este precepto.

⁹² Respecto a los objetos típicos “útiles”, “instrumentos”, “elementos de seguridad” y “otros medios” mencionados en este tipo, se ha de atender a la observación registrada *supra*, II.4, ítem “b”.

⁹³ El concepto de armas prohibidas se halla definido en los arts. 4 y 5 RA.

⁹⁴ El concepto de “armas” y de “armas de fuego” reglamentadas se halla definido en el art. 3 RA.

⁹⁵ El art. 2, apdo. 12 RA define las armas de fuego cortas como aquellas cuyo cañón no exceda de 30 cm o cuya longitud total no exceda de 60 cm. El apartado 13 del mismo artículo considera como arma de fuego larga “cualquier arma de fuego que no sea un arma de fuego corta”.

⁹⁶ Dichas finalidades consisten en: “Artículo 573. 1. (...) 1.ª Subvertir el orden constitucional, o suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado, u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo. 2.ª Alterar gravemente la paz pública. 3.ª Desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional. 4.ª Provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella”.

tenencia con estas mismas finalidades de sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes o de sus componentes es penada en el art. 574.1 CP. El apartado 2 de este mismo artículo establece una figura típica calificada para los supuestos en que la tenencia con dichas finalidades sea de sustancias o aparatos nucleares, radiológicos, químicos o biológicos o cualesquiera otros de similar potencia destructiva.

De las leyes especiales se debe mencionar, por fin, la modalidad típica de “realización de operaciones de tenencia” de los arts. 2.1 letra “b”, 2.2 letra “b” y 2.3 letras “a” y “b” de la LRC. En todos estos preceptos, la expresión designa una tenencia⁹⁷ con intención de puesta en circulación o tráfico⁹⁸ de los respectivos objetos típicos.

El art. 2.1 letra “b” de la mentada ley castiga la realización de operaciones de tenencia de mercancías no comunitarias de lícito comercio sin cumplir los requisitos legalmente establecidos para acreditar su lícita importación, siempre que el valor de las mercancías sea igual o superior a 150.000 euros, mientras su art. 2.2 letra “b” tipifica las operaciones de tenencia, sin cumplir los requisitos legales, de géneros estancados o prohibidos, de especímenes de fauna y flora silvestres y sus partes y productos, de especies recogidas en el Convenio de Washington, de 3 de marzo de 1973, o en el Reglamento (CE) n.º 338/1997 del Consejo, de 9 de diciembre de 1996, cuyo valor sea igual o superior a 50.000 euros.

El art. 2.3 LRC produce una considerable ampliación del ámbito de incidencia de los tipos delictivos previstos en los apartados que le anteceden, entre ellos el de realización de operaciones de tenencia: la letra “a” del precepto prescinde de un valor pecuniario mínimo para la punición cuando el objeto típico sea drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas, armas, explosivos, agentes biológicos o toxinas, sustancias químicas tóxicas y sus precursores o cualesquiera otros bienes cuya tenencia constituya delito, o cuando las operaciones de tenencia se realicen a través de una organización⁹⁹; mientras la letra “b” extiende el castigo penal a los supuestos cuyos objetos típicos detentados sean labores del tabaco con valor igual o superior a 15.000 euros.

⁹⁷ Al respecto, cf. *supra*, III.1.

⁹⁸ Sobre ello, cf. *infra*, IV.5.2.4.

⁹⁹ El elemento típico que distingue el tipo de posesión del art. 2.3 letra “a” LRC de los tipos de posesión del código penal y de las leyes especiales a que él se remite consiste, como sustentaremos abajo – cf. *infra*, IV.5.2.4 –, en que la figura delictiva de la Ley de represión del contrabando exige una intención adicional del sujeto activo de destinar los objetos típicos a la circulación o tráfico.

Por lo que concierne a la modalidad de formulación típica de tenencia en (su) poder, el art. 371.1 del CP castiga al que tenga en su poder equipos, materiales o sustancias enumeradas en los cuadros I y II de la Convención de Viena de 1988 sobre el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, así como cualesquiera otros productos adicionados al mismo convenio o que se incluyan en otros futuros convenios de la misma naturaleza ratificados por España. Como requisito típico adicional, se exige que el sujeto típico al menos sepa que los objetos típicos van a utilizarse en el cultivo, la producción o la fabricación ilícitas de tales sustancias. El art. 76 CPM agrava la pena del art. 371.1 CP en los supuestos en que el sujeto típico, siendo militar, cometa el delito en instalaciones afectas a las Fuerzas armadas o a la Guardia civil, en buques de guerra, buques de la Guardia civil, aeronaves militares, campamentos o durante ejercicios u operaciones.

Por su parte, el art. 575.2 del CP pena a quienes tengan en su poder documentos que estén dirigidos o, por su contenido, resulten idóneos para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista o a colaborar con cualquiera de ellos o en sus fines¹⁰⁰.

Finalmente, en el art. 600.2 del CP se castiga al que, incumpliendo las disposiciones establecidas en la legislación vigente, tenga en su poder objetos relativos a la seguridad o a la defensa nacional. Mientras que el art. 26 CPM agrava la pena de la figura delictiva del art. 600.2 CP para el caso de que tal delito sea cometido por un militar¹⁰¹.

IV.3. Tenencia en depósito y depósito

La tenencia en depósito es modalidad de formulación típica del art. 362 bis del CP. El depósito es criminalizado en los arts. 568, 573.1, 574.1 y 574.2 del CP.

En el art. 362 bis del CP se determina la punición del que tenga en depósito los medicamentos, sustancias activas, excipientes, productos sanitarios, accesorios, elementos o materiales con datos engañosos descritos en el art. 362 CP, cuando concorra una intención de destinar tales objetos al consumo público.

¹⁰⁰ Respecto al objeto típico “documentos” mencionado en este tipo, se ha de atender a la observación registrada *supra*, II.4, ítem “b”.

¹⁰¹ Hemos excluido el objeto inmaterial “informaciones”, mencionado en el art. 600.2 CP, de la presente clasificación.

El art. 568 CP criminaliza, además de la ya aludida tenencia¹⁰², también el depósito no autorizado de sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes, así como el de sus componentes.

En el contexto de los delitos de terrorismo, el art. 573.1 CP tipifica, al lado de la ya mencionada tenencia¹⁰³, el depósito de armas, municiones o explosivos previsto en el código penal como delito grave, cuando concurra alguna de las finalidades terroristas descritas en las circunstancias 1.ª a 4.ª de aquél mismo artículo¹⁰⁴. Ya el art. 574.1 CP castiga el depósito de armas y municiones con estas mismas finalidades, así como, al lado de la ya aludida tenencia¹⁰⁵, el depósito de sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes o de sus componentes, cuando concurra alguna de las finalidades terroristas descritas en las circunstancias 1.ª a 4.ª del art. 573.1 CP. El apartado 2 del art. 574 CP establece la figura típica calificada para los casos en que el depósito con dichas finalidades sea de armas, sustancias o aparatos nucleares, radiológicos, químicos o biológicos o cualesquiera otros de similar potencia destructiva.

IV.4. Almacenamiento

En los arts. 156 bis apdo. 1 letra “b”, 270.5 letra “a”, 274.1 letra “b”, 345.1 y 361 del CP se prevé el almacenamiento de determinados objetos como modalidad de formulación típica.

En el apartado 1, letra “b” del art. 156 bis del CP, se criminaliza el almacenamiento de órganos humanos extraídos de manera ilícita.

Por su parte, el art. 270.5, letra “a” del CP sanciona penalmente a quienes almacenen, intencionadamente y sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios, ejemplares de las obras, producciones o ejecuciones literarias mencionadas en los apartados 1 y 2 del

¹⁰² Cf. *supra*, IV.2.

¹⁰³ Cf. *supra*, IV.2.

¹⁰⁴ Las mentadas finalidades consisten en: “Artículo 573. 1. (...) 1.ª Subvertir el orden constitucional, o suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado, u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo. 2.ª Alterar gravemente la paz pública. 3.ª Desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional. 4.ª Provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella”.

¹⁰⁵ Cf. *supra*, IV.2.

propio art. 270 CP¹⁰⁶⁻¹⁰⁷. El tipo penal exige, además, que ellas estén destinadas a ser reproducidas, distribuidas o comunicadas públicamente.

El art. 274.1, letra “b” del CP ordena el castigo penal de los que, con fines industriales o comerciales, sin consentimiento del titular de un derecho de propiedad industrial registrado conforme a la legislación de marcas y con conocimiento de tal registro, almacenen productos que incorporen un signo distintivo idéntico o confundible con el registrado por su respectivo titular, siempre que se trate de los mismos o similares productos, servicios o actividades para los que el derecho de propiedad industrial en cuestión se encuentre registrado. Al almacenamiento debe acompañarle una intención de ofrecer, distribuir o comercializar tales productos al por mayor.

Además del anteriormente aludido “poseer”¹⁰⁸, el art. 345.1 CP también prevé la modalidad de formulación típica de almacenamiento, en infracción de las leyes u otras disposiciones de carácter general, de materiales nucleares u otras sustancias radiactivas peligrosas que causen o puedan causar la muerte o lesiones graves a personas o daños sustanciales a la calidad del aire, del suelo o de las aguas o a animales o plantas.

En el contexto de los delitos contra la salud pública, el tipo penal del art. 361 CP pena al que fabrique, importe, exporte, suministre, intermedie, comercialice, ofrezca, ponga en el mercado o *almacene con estas finalidades* medicamentos que carezcan de autorización exigida por la ley, sean dichos medicamentos de uso humano, sean de uso veterinario o sean medicamentos en investigación. Las conductas típicas aludidas se refieren también a productos sanitarios que no dispongan de los documentos exigidos de conformidad con las disposiciones de carácter general, o que estuvieran deteriorados, caducados o incumplieran las exigencias técnicas relativas a su composición, estabilidad y eficacia. El tipo exige que los comportamientos criminalizados generen un riesgo para la vida o la salud de las personas.

¹⁰⁶ Hemos excluido el objeto inmaterial “copias digitales” mencionado en este tipo de la presente clasificación.

¹⁰⁷ Los apartados 1 y 2 del art. 270 CP aluden a obras o prestaciones literarias, artísticas o científicas y a su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio (apdo. 1) y a obras o prestaciones objeto de propiedad intelectual (apdo. 2). Por lo que respecta a estos objetos típicos, véase la observación registrada *supra*, II.4, ítem “b”.

¹⁰⁸ Cf. *supra*, IV.1.

IV.5. Tipos de posesión imprudentes (imprudencia grave)

La criminalización de la ejecución mediante imprudencia grave está prevista expresamente respecto a diversas figuras delictivas de posesión del ordenamiento jurídico-penal español. En algunos de tales tipos penales, con todo, la punición de la imprudencia se ve imposibilitada por el hecho de contener el tipo base – sea expresamente, sea como consecuencia de su correcta interpretación – un delito de posesión con tendencia interna trascendente.

A continuación, presentaremos un panorama general de todos los tipos de posesión españoles que admiten, en teoría, una punición de su ejecución imprudente. En seguida, abordaremos las figuras típicas que plantean la problemática mencionada anteriormente, brindando finalmente nuestra posición acerca de la posibilidad o no de admitir el castigo de la imprudencia en tales tipos de posesión.

IV.5.1. Panorama general

La ejecución mediante imprudencia grave de delitos de posesión está prevista expresamente para la posesión en el blanqueo de capitales (art. 301, apdo. 3¹⁰⁹, en conexión con el apdo. 1 de este mismo artículo del CP), de especies protegidas de flora silvestre (art. 332, apdo. 3¹¹⁰, en conexión con el apdo. 1 del mismo precepto del CP), de especies protegidas de fauna silvestre (art. 334, apdo. 3¹¹¹ en conexión con el art. 334, apdo. 1, letra “a” del CP) y de materiales nucleares u otras sustancias radiactivas peligrosas (art. 345, apdo. 3¹¹² en conexión con el apdo. 1 de este mismo artículo del CP).

¹⁰⁹ “Artículo 301. (...) 3. Si los hechos se realizasen por imprudencia grave, la pena será de prisión de seis meses a dos años y multa del tanto al triple”.

¹¹⁰ “Artículo 332. (...) 3. Si los hechos se hubieran cometido por imprudencia grave, se impondrá una pena de prisión de tres meses a un año o multa de cuatro a ocho meses, e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de tres meses a dos años”.

¹¹¹ “Artículo 334. (...) 3. Si los hechos se hubieran cometido por imprudencia grave, se impondrá una pena de prisión de tres meses a un año o multa de cuatro a ocho meses y, en todo caso, inhabilitación especial para profesión u oficio e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de cazar o pescar por tiempo de tres meses a dos años”.

¹¹² “Artículo 345. (...) 3. Si los hechos a que se refieren los apartados anteriores se hubieran cometido por imprudencia grave, se impondrá la pena inferior en grado a la señalada en los mismos”.

En el ámbito de los delitos de terrorismo, el art. 577.3 CP¹¹³ prevé el castigo penal de la imprudencia grave con respecto a las modalidades típicas de posesión de materiales nucleares, elementos radioactivos o materiales o equipos productores de radiaciones ionizantes (art. 574.3 CP), de posesión de bienes o valores de cualquier clase (art. 576.1 CP), de tenencia y depósito de armas, municiones o explosivos previstos en el código penal como delitos graves (art. 573.1 CP), de tenencia y depósito de sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes o de sus componentes (art. 574.1 CP), de tenencia y depósito de sustancias o aparatos nucleares, radiológicos, químicos o biológicos o cualesquiera otros de similar potencia destructiva (art. 574.2 CP), de depósito de armas o municiones (art. 574.1 CP) y de depósito de armas nucleares, radiológicas, químicas o biológicas o cualesquiera otras de similar potencia destructiva (art. 574.2 CP).

Tanto el almacenamiento mediante imprudencia grave de medicamentos de uso humano, de uso veterinario o en investigación y de los productos sanitarios descritos en el art. 361 CP como la tenencia en depósito por imprudencia grave de los medicamentos, sustancias activas, excipientes, productos sanitarios, accesorios, elementos o materiales a los que se refiere el art. 362 bis CP devienen hipotéticamente punibles conforme al art. 367 CP¹¹⁴.

De las leyes especiales, la cláusula del art. 2.5 LRC¹¹⁵ prevé el castigo de la imprudencia grave respecto a la realización de operaciones de tenencia, sin cumplir los requisitos legales: de mercancías no comunitarias de lícito comercio con valor igual o superior a 150.000 euros (art. 2.1, letra “b” LRC); de especímenes de fauna y flora silvestres y sus partes y productos, de especies recogidas en el Convenio de Washington, de 3 de marzo de 1973, o en el Reglamento (CE) n.º 338/1997 del Consejo, de 9 de diciembre de 1996, con valor igual o superior a 50.000 euros (art. 2.2, letra “b” LRC); de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas, armas, explosivos, agentes biológicos o toxinas, sustancias químicas tóxicas y sus precursores o cualesquiera otros

¹¹³ “Artículo 577. (...) 3. Si la colaboración con las actividades o las finalidades de una organización o grupo terrorista, o en la comisión de cualquiera de los delitos comprendidos en este Capítulo, se hubiera producido por imprudencia grave se impondrá la pena de prisión de seis a dieciocho meses y multa de seis a doce meses”.

¹¹⁴ “Artículo 367. Si los hechos previstos en todos los artículos anteriores fueran realizados por imprudencia grave, se impondrán, respectivamente, las penas inferiores en grado”.

¹¹⁵ “Artículo 2. (...) 5. Las anteriores conductas serán igualmente punibles cuando se cometan por imprudencia grave”.

bienes cuya tenencia constituya delito o cuando las operaciones de tenencia se realicen a través de una organización, independientemente de un valor pecuniario mínimo (art. 2.3, letra “a” LRC) y; de labores del tabaco con valor igual o superior a 15.000 euros (art. 2.3, letra “b” LRC).

IV.5.2. Tipos problemáticos

IV.5.2.1. La posesión imprudente en el contexto del delito de blanqueo de capitales: art. 301.1 en conexión con el art. 301.3 CP

Inicialmente, se ha de señalar que en el contexto de la presente investigación y para los fines de este capítulo no resulta posible rechazar la compatibilidad de la posesión en el delito de blanqueo de capitales, tipificada en el art. 301.1 CP¹¹⁶, con su modalidad de ejecución imprudente, cuya punición está expresamente prevista en el art. 301.3 CP.

Como es sabido¹¹⁷, un amplio sector de la doctrina considera que no solo el “cualquier otro acto” a que alude el final de la primera frase del art. 301.1 CP, sino también las conductas de adquisición, posesión, utilización, conversión y transmisión enumeradas al inicio de la norma presuponen una especial finalidad de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o valores o de ayudar al sujeto activo del hecho antecedente a eludir las consecuencias legales de sus actos.

De seguirse esta interpretación, se concebiría la posesión de bienes o valores provenientes de actividades delictivas como un delito con tendencia interna trascendente. Esto impediría, en consecuencia, el reconocimiento de la punición de la posesión de bienes o valores provenientes de actividades delictivas a título imprudente, tal como es pretendida por el art. 301.3 CP.

En oposición a esta primera clase de posiciones, un segundo e igualmente amplio conjunto de opiniones doctrinales entiende que la mentada intención de ocultación,

¹¹⁶ Para facilitar la comprensión de la controversia expuesta a continuación, reproducimos el contenido de la primera frase de tal norma: “Artículo 301. 1. El que adquiriera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquiera tercera persona, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años y multa del tanto al triple del valor de los bienes”.

¹¹⁷ Abundantes referencias bibliográficas de la primera como de la segunda corriente doctrinal descritas a continuación en Del-Carpio-Delgado, J., “Sobre la necesaria interpretación y aplicación restrictiva del delito de blanqueo de capitales”, *Indret*, 4, 2016, p. 3, notas 3 y 2, respectivamente.

encubrimiento o ayuda se refiere exclusivamente al aludido “cualquier otro acto”, concluyendo así que lo único que el tipo subjetivo de los comportamientos de adquisición, posesión, utilización, conversión y transmisión exige es el conocimiento de que los bienes o valores tienen su origen en una actividad delictiva y la voluntad de realizar los mencionados comportamientos a pesar de conocer el origen delictivo de los bienes o valores. Adoptar este posicionamiento permitiría, por su parte, castigar la modalidad imprudente del tipo de posesión abordado.

De nuestra parte, nos inclinamos en un análisis preliminar a dar razón a la primera de las posiciones expuestas, pues demuestra ser más apta para contrarrestar los excesos punitivos causados por la excesiva amplitud del tipo penal de blanqueo de capitales. Con lo cual excluiríamos la posibilidad de castigar el tipo de posesión del art. 301.1 CP en su modalidad imprudente.

Una toma de posición definitiva sobre el asunto demandaría, con todo, un abordaje detallado de la profusión de argumentos y literatura de ambos lados en una discusión que debe envolver, por razones de sistemática interna del tipo, no solo la modalidad típica posesión sino también las de adquisición, utilización, conversión y transmisión. Lo cual desbordaría los límites de la presente investigación.

A la vista de tal circunstancia, y teniendo en cuenta que ninguna de las dos interpretaciones expuestas rebasa el tenor literal del art. 301.1 CP, para los fines clasificatorios de este capítulo consideraremos en principio punible la ejecución imprudente del tipo de posesión en cuestión. Se ha de tener presente, no obstante, que una afirmación definitiva en este sentido depende de una toma de postura ante la controversia previamente descrita.

IV.5.2.2. Los arts. 361 y 362 bis, en conexión con el art. 367 CP

Como hemos visto, la cláusula del art. 367 CP ordena el castigo de la imprudencia grave en el contexto del almacenamiento de medicamentos de uso humano, de uso veterinario o en investigación y de los productos sanitarios mencionados en el art. 361 CP, así como respecto a la tenencia en depósito de los medicamentos, sustancias activas, excipientes, productos sanitarios, accesorios, elementos o materiales a que alude el art. 362 bis CP.

Es necesario recordar, empero, que los tipos mencionados son de tendencia interna trascendente: el art. 361 CP exige expresamente una intención de fabricación,

importación, exportación, suministro, intermediación, comercialización, ofrecimiento o puesta en el mercado de sus objetos típicos, mientras el art. 362 bis del CP requiere, también expresamente, una finalidad de destinar los objetos típicos al consumo público. En consecuencia, la criminalización de la modalidad imprudente grave pretendida por el art. 367 CP – que es claramente defectuoso bajo la perspectiva de la racionalidad lingüístico-legislativa¹¹⁸ – no incidirá en los tipos de posesión de los arts. 361 y 362 bis. Estos tipos únicamente admitirán una ejecución dolosa.

IV.5.2.3. La posesión imprudente en el contexto de los delitos de terrorismo: arts. 573.1, 574.1, 574.2 y 574.3 y 576.1 en conexión con el art. 577.3 CP

El rechazo del castigo de la modalidad imprudente que hemos defendido con respecto a los 361 y 362 bis del CP no es extensible, con todo, a las figuras típicas de los arts. 573.1, 574.1, 574.2 y 574.3 y 576.1 del CP, cuya ejecución mediante imprudencia grave es criminalizada en el art. 577.3 CP.

Ello porque, a diferencia del art. 367 CP, el art. 577.3 CP no ordena el castigo penal de la imprudencia grave de los hechos “previstos en todos los artículos anteriores”, sino que lo prevé para la “colaboración con las actividades o las finalidades de una organización o grupo terrorista, o [la colaboración] en la comisión de cualquiera de los delitos comprendidos en este Capítulo”.

Por esta razón, en los casos en que la detentación imprudente grave del poder fáctico sobre los objetos mencionados en dichas figuras típicas configure una colaboración con actividades, finalidades o delitos de terrorismo, la tendencia interna trascendente exigida en los respectivos tipos de posesión¹¹⁹ resultará “cancelada” por la cláusula del art. 577.3 CP, lo cual permitirá el castigo de dicho detentador como poseedor mediante imprudencia grave.

¹¹⁸ La dejadez con la que el legislador pretende criminalizar supuestos de ejecución delictiva imprudente grave en el art. 367 CP se manifiesta en la expresión “en todos los artículos anteriores”, que de un lado ignora, como se vio, que las peculiaridades de algunas de las figuras típicas que le preceden convierten en inviable esta cláusula general de punición de la imprudencia; y de otro lado abre margen a la absurda interpretación de que el art. 367 se refiere a todos los artículos que le preceden en el código penal.

¹¹⁹ Recordemos que los tipos en cuestión exigen que el individuo posea la cosa ostentando una de las finalidades terroristas enumeradas en el art. 573.1 CP. La única excepción se halla en el art. 576.1 CP, que exige que el sujeto típico posea los bienes o valores “con la intención de que se utilicen” o “a sabiendas de que serán utilizados” en un delito de terrorismo, lo cual tampoco obsta el castigo de su ejecución imprudente cuando ésta configure una colaboración con un delito, actividad o finalidad terroristas.

Esta última afirmación puede ser ilustrada con el siguiente ejemplo: una persona toma cinco maletines en custodia en su apartamento a pedido de un amigo, sin hacer cualesquiera preguntas acerca del contenido de tales recipientes. Su peso, formato y apariencia externa indican, sin embargo, que se trata de maletines especiales con armas de alto calibre. La persona que toma los maletines en custodia sabe que su amigo es miembro de una organización terrorista que ya realizó actos violentos en el pasado, pero no sabe que tal organización planea un nuevo atentado para la semana siguiente, ni que los maletines contienen cinco ametralladoras que serán empleadas en el atentado. Antes de que el detentador de la custodia devolviese los maletines a su amigo, la policía ejecuta una orden judicial de entrada y registro en la casa del primero e incauta tales objetos, lo cual imposibilita la ejecución del atentado.

En una situación como la descrita, la posesión del objeto típico mediante imprudencia grave configura una colaboración, cuando no con un delito de terrorismo, al menos con las finalidades o actividades de una organización o grupo terrorista.

IV.5.2.4. La posesión imprudente en los delitos de contrabando: arts. 2.1 letra “b”, 2.2 letra “b” y 2.3 letras “a” y “b” en conexión con el art. 2.5 LRC

También es problemática la punición de la ejecución imprudente grave de los tipos contenidos en los arts. 2.1 letra “b”, 2.2 letra “b”, 2.3 letras “a” y “b” LRC, que se halla prevista en el art. 2.5 LRC. Como vimos anteriormente, la redacción de dichos tipos castiga a los que realicen operaciones de tenencia con los respectivos objetos típicos.

La ya destacada inusual vinculación del vocablo “operaciones” a la palabra “tenencia” ha dado lugar a dos distintas exégesis de tales tipos de delito:

Una primera interpretación¹²⁰⁻¹²¹ pone el acento en el término “operaciones”, el cual, al supuestamente denotar actuaciones comerciales de circulación o tráfico,

¹²⁰ Cf. Ferré Olivé, J. C., *Tratado de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 664 y s.; Martínez-Buján Pérez, C., *Derecho penal económico y de la empresa: Parte especial*, 6ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 1054; López Ortega, J. J., “Voz «Contrabando»”, en Boix Reig/Lloria García (eds.), *Diccionario de derecho penal económico*, 2ª ed., Iustel, Madrid, 2017, p. 211; Lorenzo Salgado, J. M., “Voz «Contrabando»”, en Boix Reig/Lloria García (eds.), *Diccionario de derecho penal económico*, 1ª ed., Iustel, Madrid, 2008, p. 259. De la jurisprudencia, inclinándose aparentemente en este sentido, cf. la SAP de Islas Baleares nº 149/2002 de 23 septiembre.

¹²¹ Todos los autores citados en la nota a pie de página inmediatamente anterior a esta se remiten a los comentarios de Bajo Fernández y/o a los de Noreña Salto al art. 1, apdo. uno, párrafo segundo de la derogada Ley orgánica 7/1982 de 13 de julio (cf. Bajo Fernández, M., “El comercio, tenencia o circulación

condicionaría la interpretación de la “tenencia”. En consecuencia, no sería típica la mera tenencia de los objetos típicos descritos en tales artículos, sino exclusivamente aquella destinada al tráfico o circulación de los objetos.

Aunque sin afirmarlo expresamente, al exigir un destino al tráfico o circulación tales autores conciben las aludidas figuras delictivas como tipos con tendencia interna trascendente, lo cual imposibilitaría la punición de la ejecución imprudente pretendida en el art. 2.5 LRC.

Por lo que respecta a la interpretación propuesta por esta primera corriente doctrinal, es necesario destacar que el sentido que atribuye a la palabra “operación” no necesariamente se corresponde con el significado de ésta¹²². Dicho término tan solo se identificará con su acepción particular de “actuación comercial” si su interpretación se deja influir por la semántica de otros vocablos típicos previstos al lado de la tenencia en los respectivos tipos de delito, a saber, el comercio y la circulación del art. 2.1, letra “b” y la importación, exportación, comercio y circulación del art. 2.2, letra “b” LRC.

Los resultados hermenéuticos a que llega tal doctrina no se basan, por tanto, en el significado individual del término “operaciones”, sino en una interpretación sistemática (y restrictiva) de la expresión “operaciones de tenencia” en relación con los otros vocablos típicos. En un plano más amplio, también se basan en la propia teleología de la Ley de represión del contrabando. Pues ésta lo que anhela es reprimir actividades ilegales en el contexto del intercambio y circulación de mercancías. Y penar la mera posesión sin intenciones relacionadas con aquel contexto específico contradiría tal cometido legislativo.

de géneros de lícito comercio”, en Cobo del Rosal/Bajo Fernández (eds.), *Comentarios a la legislación penal*, vol. III, Edersa, Madrid, 1984, p. 65; Noreña Salto, J. R., “La represión del contrabando (LO 7/1982)”, *CPC*, 19, 1983, p. 116). El precepto en cuestión disponía el siguiente: “Artículo 1. Uno. Son reos del delito de contrabando, siempre que el valor de los géneros o efectos sea igual o superior a un millón de pesetas, los que: (...) Segundo. Realizaren operaciones de comercio, tenencia o circulación de géneros de lícito comercio de procedencia extranjera, sin cumplir los requisitos establecidos para acreditar su lícita importación”.

¹²² Cf. la polisemia del vocablo “operación” en Real Academia Española, “Diccionario”, cit.: “1. f. Acción y efecto de operar. 2. f. Ejecución de algo. 3. f. Com. Negociación o contrato sobre valores o mercaderías. Operación de bolsa, de descuento. 4. f. Mat. Conjunto de reglas que permiten, partiendo de una o varias cantidades o expresiones, llamadas datos, obtener otras cantidades o expresiones llamadas resultados”.

Oponiéndose a tal línea interpretativa, un segundo sector de la doctrina¹²³ en línea con cierta jurisprudencia¹²⁴ pone énfasis en el término “tenencia” y defiende que la expresión “operaciones de tenencia” no traería consigo la exigencia de una intención adicional del detentador de la custodia del objeto típico.

Los autores que respaldan esta interpretación con argumentos, los formulan en sentido semejante a aquéllos esgrimidos en el plano político-criminal a favor de la tipificación de la posesión de pornografía infantil sin intención de difusión: defienden que la finalidad legislativa perseguida con el castigo de la mera tenencia sería combatir el mercado ilegal de los objetos en cuestión de la manera más eficaz posible, lo cual únicamente se lograría reprimiendo no solo los comportamientos de oferta como el comercio y la tenencia con estos fines, sino también los de “consumo”, como sería el caso de la tenencia sin finalidades comerciales y sin cumplir los requisitos legales para ello.

No se puede obviar que este último planteamiento tiene como trasfondo un marco legal muy concreto y una preocupación muy particular relacionada con el tipo del art. 2.2, letra “b” LRC. En concreto, antes de la reforma introducida por la Ley orgánica 1/2015 de 30 de marzo, el código penal no castigaba la mera posesión de especies protegidas de flora y de fauna silvestre, ni tampoco la de sus partes, derivados o propágulos.

De prevalecer en tal momento la interpretación que exigía una intención adicional de tráfico o circulación para la tenencia de tales objetos prevista en la Ley de represión del contrabando, se habría producido una laguna de punición: al individuo que los poseyera sin dichas intenciones comerciales – como el que tuviese tigres como “mascotas” en su propia casa o colmillos de elefante adornando su sala de estar sin cumplir los requisitos legales para ello – y que habría contribuido en la persistencia del mercado negro de tales objetos típicos mediante su comportamiento de “consumo”, no se le habría podido reprimir penalmente hasta la promulgación de la Ley orgánica 1/2015 de 30 de marzo¹²⁵.

¹²³ Así, Puyol Torrelles, M., “La posesión como conducta típica en el delito de contrabando de especies protegidas”, *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, 112, 2015, pp. 6 y ss. (versión digital); Hava García, E., *La tutela penal de los animales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 56. En el mismo sentido pero sin fundamentar sus posiciones, Escabias De Carbajal, R., “Problemática jurídico-penal de la Ley de Contrabando de 1995”, en Soriano (ed.), *Delitos contra la salud pública y contrabando*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, p. 305; Higuera Guimerá, J. F., *La protección penal de los animales en España*, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1994, p. 111.

¹²⁴ Cf. STS 2227/2001 de 29 noviembre; SAP de Santa Cruz de Tenerife nº 175/2006 de 23 de marzo; SAP de Barcelona de 20 de marzo de 1998.

¹²⁵ Salvo, obviamente, que se consiguiese probar alguna otra conducta típica por él realizada, como por ejemplo la importación ilegal del objeto.

Es precisamente para evitar tal laguna que esta segunda corriente propuso interpretar la expresión “operaciones de tenencia” de la Ley de represión de contrabando como una mera tenencia. Pues la consecuencia de tal interpretación sería que dicho comportamiento de “consumo” ya no devendría impune, sino que sería abarcado, muy probablemente, por el tipo del art. 2.2 letra “b” LRC, que criminaliza las operaciones de tenencia con especímenes de fauna y flora silvestres y sus partes y productos, de especies recogidas en el Convenio de Washington, de 3 de marzo de 1973, o en el Reglamento (CE) n.º 338/1997 del Consejo, de 9 de diciembre de 1996, con valor igual o superior a 50.000 euros.

Teniendo en cuenta que la citada reforma legal de 2015 introdujo en los arts. 332.1 y 334.1, letra “a” del CP la punición de la mera posesión respecto a los objetos típicos de las *especies* protegidas de flora y de fauna silvestre, pero no respecto a las *partes, derivados o propágulos* de tales especies¹²⁶⁻¹²⁷ – razón por la cual el detentador ilegal de tigres como “mascotas” pasó a ser penalmente responsable conforme al código penal, pero el que tiene ilegalmente colmillos de elefante adornando su sala de estar continúa no siéndolo –, es probable que tal línea interpretativa siga ganando adeptos en la doctrina como en la jurisprudencia, que defenderán tal posición con la intención de colmar la laguna de punición aún existente.

Entendemos, con todo, que la adopción de tal planteamiento produciría distorsiones sistemáticas insoportables, no solo para los otros tipos de posesión de la Ley de represión del contrabando, sino para todos los demás tipos de posesión del ordenamiento jurídico-penal español.

¹²⁶ Las partes, derivados o propágulos de especies protegidas de flora silvestre solo se hallan recogidos como objetos típicos en la modalidad típica de *tráfico*: “Artículo 332. 1. El que, contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general, corte, tale, arranque, recolecte, adquiera, *posea* o destruya *especies protegidas de flora silvestre*, o *trafique* con ellas, *sus partes, derivados de las mismas o con sus propágulos*, salvo que la conducta afecte a una cantidad insignificante de ejemplares y no tenga consecuencias relevantes para el estado de conservación de la especie, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de ocho a veinticuatro meses, e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de seis meses a dos años. La misma pena se impondrá a quien, contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general, destruya o altere gravemente su hábitat” (cursivas nuestras).

¹²⁷ Las partes o derivados de especies protegidas de fauna silvestre solo se hallan recogidos en la modalidad típica de *tráfico* prevista en la letra “b” del art. 334.1 CP: “Artículo 334. 1. Será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de ocho a veinticuatro meses y, en todo caso, inhabilitación especial para profesión u oficio e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de cazar o pescar por tiempo de dos a cuatro años quien, contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general: a) cace, pesque, adquiera, *posea* o destruya *especies protegidas de fauna silvestre*; b) *trafique* con ellas, *sus partes o derivados de las mismas*” (cursivas nuestras).

Ello porque, si se comprendiese la expresión “operaciones de tenencia” del art. 2.2, letra “b” LRC como una tipificación de la mera tenencia, esta misma interpretación también habría de valer para las figuras delictivas de posesión de los arts. 2.1 letra “b” y 2.3 letras “a” y “b” de la LRC.

La otra alternativa, consistente en interpretar el tipo de posesión del art. 2.2, letra “b” LRC como una mera tenencia, *excluyendo*, sin embargo, los demás tipos de posesión de la Ley de represión del contrabando de tal interpretación, tropieza con dificultades sistemáticas y teleológicas insuperables cuando se aduzcan las razones necesarias – en virtud del principio de igualdad – para justificar tal discrepancia interpretativa: a nivel sistemático, el argumento relativo a la necesidad de reprimir conductas de “consumo” que favorecen la persistencia del mercado ilegal de los especímenes protegidos de fauna y flora silvestres y de sus partes y productos (art. 2.2, letra “b” LRC) es incapaz de explicar dicha discrepancia. Pues este argumento no es aplicable exclusivamente a estos últimos objetos típicos, sino que también debe valer para otros objetos prohibidos como las drogas tóxicas o las sustancias estupefacientes (art. 2.3, letra “a” LRC), dado que el consumo de estas sustancias también puede ser visto como un factor que hace persistir su mercado ilegal.

Ya a nivel teleológico, tal razonamiento no puede justificar por qué soslaya, *tan solo con respecto* al art. 2.2, letra “b” LRC, el argumento en sentido contrario y de igual peso, de que la Ley de represión del contrabando tan solo pretendería reprimir actividades ilegales en el ámbito específico del intercambio y circulación de mercancías, y de que, por tal razón, *todos* los tipos de posesión contenidos en la mentada ley exigirían una intención de puesta en circulación o tráfico de sus respectivos objetos típicos.

Una interpretación de las “operaciones de tenencia” como mera tenencia tan solo en el caso del art. 2.2, letra “b” LRC no devendría, por tanto, justificable.

Y una vez trasladada a los arts. 2.1 letra “b” y 2.3 letras “a” y “b” de la LRC, tal interpretación conduciría a absurdos y graves resultados exegéticos:

Por una parte, sería necesario llegar a la conclusión de que todo aquél que poseyera cualesquiera bienes *lícitos* no comunitarios *para su propio consumo* cuyo valor superase los 150.000 euros, y que por cualquier razón no pudiese acreditar su lícita importación, sería responsable del delito previsto en el art. 2.1, letra “b” LRC. Lo cual transformaría tal figura delictiva, en la práctica, en un delito de sospecha.

Aún más graves serían las consecuencias de la extensión de dicha exégesis al tipo del art. 2.3, letra “a” LRC: hemos visto que este precepto prescinde de un valor pecuniario

mínimo para el castigo penal de las operaciones de tenencia cuando el objeto típico sea drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas, armas, explosivos, agentes biológicos o toxinas, sustancias químicas tóxicas y sus precursores o cualesquiera otros bienes cuya tenencia constituya delito, o cuando ello se realice a través de una organización.

De entenderse el término “operaciones de tenencia” como una mera tenencia sin cualquier intención adicional, el art. 2.3, letra “a” LRC se transformaría en un tipo de recogida omnicompreensivo, que contendría un sinnúmero de tipos de mera posesión subsidiarios con respecto a los tipos de posesión con tendencia interna trascendente del código penal y demás leyes especiales. Y que también vendría a criminalizar, tras su interpretación conjunta con el art. 2.5 LRC, la imprudencia con respecto a *todos los tipos de mera posesión previstos en el ordenamiento jurídico-penal español*.

Para ilustrar la primera afirmación del párrafo anterior, pensemos por ejemplo en el tipo penal de posesión de drogas del art. 368 CP. Independientemente de cuál posición se adopte en el debate acerca del contenido de la expresión “con aquellos fines”¹²⁸, es ineludible la conclusión de que el legislador quiso configurar tal tipo como uno con tendencia interna trascendente. Por esta razón, la mera posesión de sustancias estupefacientes, no acompañada de una de las intenciones que el art. 368 CP requiere, está excluida de la incidencia del tipo de posesión de drogas¹²⁹ y es, en consecuencia, impune.

De considerarse que las “operaciones de tenencia” del art. art. 2.3, letra “a” LRC configuran un tipo de posesión sin tendencia interna trascendente – es decir, sin la exigencia de una intención de puesta en circulación o de tráfico del correspondiente objeto –, se concluiría que la mera posesión de drogas sin las intenciones exigidas por el art. 368 CP puede subsumirse subsidiariamente en el art. 2.3, letra “a” LRC, pues las drogas tóxicas están descritas como objetos típicos de este último precepto. Esta conclusión contradiría claramente, empero, la ya aludida *voluntas legislatoris* subyacente a la tipificación de la posesión de drogas en el art. 368 CP.

¹²⁸ La primera frase del precepto establece que “los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines, serán castigados con las penas de prisión de tres a seis años y multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito si se tratare de sustancias o productos que causen grave daño a la salud, y de prisión de uno a tres años y multa del tanto al duplo en los demás casos”.

¹²⁹ Es ésta, además, una comprensión prácticamente unánime en la doctrina y jurisprudencia españolas. Al respecto, cf. *infra*, capítulo 5, apartado IV.3.1.1.

Para ilustrar la segunda afirmación, relativa a la interpretación conjunta de los arts. 2.3, letra “a” y 2.5 LRC, pensemos por ejemplo en el tipo de tenencia ilegal de armas de fuego reglamentadas del art. 564 CP. El Código penal no contiene, en parte alguna, una cláusula de criminalización de la imprudencia con respecto a dicho tipo de posesión, razón por la cual resulta consecuente afirmar, con base en el art. 12 CP, que el legislador no deseó castigar la ejecución imprudente del art. 564 CP.

De entenderse que las “operaciones de tenencia” del art. 2.3, letra “a” LRC significan una mera tenencia sin cualquier intención adicional, sería necesario reconocer que la mera tenencia ilegal de armas de fuego reglamentadas también está recogida en la citada norma, dado que esta también enumera las “armas” entre sus objetos típicos. Y, como el art. 2.5 LRC criminaliza la ejecución imprudente del art. 2.3, letra “a” LRC, impondría la conclusión de que la ejecución *imprudente* de la tenencia ilegal de armas de fuego reglamentadas es castigada en el derecho español. Conclusión esta que no se corresponde con la *voluntas legislatoris* aludida en el párrafo anterior.

A la vista de las distorsiones sistemáticas generadas por esta corriente interpretativa, concluimos que la expresión “operaciones de tenencia” contenida en los arts. 2.1 letra “b”, 2.2 letra “b” y 2.3 letras “a” y “b” LRC no criminaliza una mera tenencia sin cualquier intención adicional, sino que establece tipos de posesión con tendencia interna transcendente, más concretamente, con finalidad de puesta en circulación o tráfico de los respectivos objetos típicos.

Por esta razón, la cláusula de criminalización de la modalidad imprudente prevista en el art. 2.5 LRC no incidirá en tales tipos de posesión. Ellos únicamente admitirán una ejecución típica dolosa.

IV.6. Responsabilidad penal de la persona jurídica por delitos de posesión

La responsabilidad penal de la persona jurídica está expresamente prevista para la mayoría de los tipos de posesión del ordenamiento jurídico-penal español, los cuales enumeraremos a continuación según la modalidad de formulación típica a que corresponden. En todas estas figuras típicas, la imputación jurídico-penal a la persona jurídica presupone la presencia de los requisitos establecidos en el art. 31 bis del CP¹³⁰.

¹³⁰ “Artículo 31 bis. 1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables: a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo

En virtud del art. 189 bis del CP se admite la imputación del delito de posesión a la persona jurídica en los tipos de los arts. 189.1, 1.º párrafo letra “b” y 189.5 del CP. Si se concibe, con todo, la intención de “propio uso” requerida en el art. 189.5 CP como una finalidad de satisfacción de las propias pulsiones sexuales pedófilas mediante la visualización del material pornográfico, difícilmente se verificará, en la práctica, alguna de las condiciones de atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica previstas en las letras “a” y “b” del apartado 1 del art. 31 bis del CP.

La responsabilidad penal de la persona jurídica por las modalidades de formulación típica de posesión de los arts. 270.6, 273.1, 273.2, 273.3, 274.4 y 286.1 párrafo 1.º del CP está establecida en el art. 288 CP. Por lo que atañe a la posesión en el contexto del delito de blanqueo de capitales del art. 301.1 CP, la imputación jurídico-penal a la persona jurídica exige, conforme disponen los apartados 1 y 2 del art. 302 CP, que se trate de una organización dedicada a los propósitos delictivos señalados en el art. 301 CP.

El castigo penal de la persona jurídica por la ejecución de la modalidad de formulación típica de posesión del art. 368 CP está previsto en el art. 369 bis CP. Los arts. 510.1 letra “b” y 510.2 letra “a” del CP ven la incidencia de sus modalidades de formulación típica de posesión extendidas a la persona jurídica a tenor del art. 510 bis del CP. Estos mismos efectos son desplegados con respecto a los arts. 574.3 y 576.1 del CP por la cláusula del art. 580 bis del CP.

La modalidad de formulación típica de tenencia prevista en los arts. 348.1 y 386.2 del CP admite imputación a la persona jurídica a tenor – respectivamente – de los arts. 348.3 y 386.5 del CP. Tal como dispone el art. 580 bis del CP, conducen al castigo de la persona jurídica la tenencia tipificada en los arts. 573.1, 574.1 y 574.2 del CP, así como la tenencia en (su) poder prevista en el art. 575.2 CP. El art. 2.6 LRC admite el castigo penal de la persona jurídica por la ejecución de operaciones de tenencia previstas en los arts. 2.1 letra “b”, 2.2 letra “b” y 2.3 letras “a” y “b” de la LRC. Cuando estos delitos hayan sido practicados en el contexto o en colaboración con entidades colectivas sin

o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma. b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso”.

personalidad jurídica, el art. 2.7 LRC dispone que a éstas se podrán aplicar las consecuencias accesorias de las que habla el art. 129 CP.

La tenencia en depósito de los objetos típicos descritos en el art. 362 bis del CP conduce al castigo penal de la persona jurídica en virtud del art. 366 CP. Aunque no exista un precepto equivalente para la modalidad de formulación típica de depósito de sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes o de sus componentes prevista en el art. 568 CP, se ha de tener presente que el art. 569 CP prescribe la declaración judicial de ilicitud y la consecuente disolución de asociaciones con propósitos delictivos en cuyo nombre o por cuya cuenta *se establezcan* depósitos de armas, municiones o explosivos¹³¹. Por su parte, el depósito de objetos típicos previstos en los arts. 573.1, 574.1 y 574.2 del CP conduce, según la cláusula del art. 580 bis del CP, al castigo penal de la persona jurídica.

El castigo a la persona jurídica por el delito de almacenamiento de órganos humanos ilícitamente extraídos del art. 156 bis, apdo. 1, letra “b” del CP es posibilitado por el apartado 7 del art. 156 bis. Asimismo, la responsabilidad penal por el almacenamiento de los objetos típicos mencionados en los arts. 270.5 letra “a” y 274.1 letra “b” del CP se extiende a la persona jurídica en virtud del art. 288 CP. Lo mismo es ordenado por el art. 366 CP respecto al almacenamiento de los objetos a que alude el art. 361 CP.

Con base en el panorama presentado en este apartado y en el inmediatamente anterior, se concluye además que la imputación a la persona jurídica de delitos de posesión imprudentes (por imprudencia grave) resulta posible para la posesión en el blanqueo de capitales, siempre y cuando la persona jurídica sea una organización dedicada a los propósitos delictivos señalados en el art. 301 CP (art. 301, apdo. 3 en conexión con el apdo. 1 de este mismo artículo y con los apartados 1 y 2 del art. 302 del CP). También es posible hacerle responsable a la persona jurídica, a título de imprudencia grave, en la posesión de bienes o valores de cualquier clase en el contexto de los delitos de terrorismo (art. 576.1 en conexión con los arts. 577.3 y 580 bis del CP).

Asimismo, se prevé el castigo de la persona jurídica por la ejecución imprudente grave de las modalidades típicas de tenencia y depósito de armas, municiones o

¹³¹ Con base en la exclusión efectuada más arriba de los tipos de *establecimiento del depósito* del concepto de tipo de posesión– cf. *supra*, III.1 – y en las consecuencias prácticas que dicha exclusión debe acarrear en el plano procesal penal – cf. *supra*, II.5 e *infra*, capítulo 3, apartado IV.5 – se deduce que la declaración de ilicitud y la disolución solo podrán ser aplicadas a la asociación cuando se pruebe *el propio acto de establecimiento* del depósito por el sujeto típico en nombre o por cuenta de aquella entidad.

explosivos previstas en el código penal como delitos graves (art. 573.1 en conexión con los arts. 577.3 y 580 bis del CP), de tenencia y depósito de sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes o de sus componentes (art. 574.1 en conexión con los arts. 577.3 y 580 bis del CP), de tenencia y depósito de sustancias o aparatos nucleares, radiológicos, químicos o biológicos o cualesquiera otros de similar potencia destructiva (art. 574.2 en conexión con los arts. 577.3 y 580 bis del CP), de depósito de armas y municiones (574.1 en conexión con los arts. 577.3 y 580 bis del CP) y de depósito de armas nucleares, radiológicas, químicas o biológicas o cualesquiera otras de similar potencia destructiva (art. 574.2 en conexión con los arts. 577.3 y 580 bis del CP).

V. Análisis cuantitativo de los tipos de posesión en el ordenamiento jurídico-penal positivo español

Con base en el panorama expuesto arriba, se llega a la conclusión de que 42 diferentes preceptos del ordenamiento jurídico-penal positivo español prevén tipos delictivos de posesión, de los cuales 36 están contenidos en el código penal y 6 en las leyes penales especiales¹³².

La clasificación anteriormente realizada permite identificar, además, un total de 48 tipos de posesión, de los cuales 41 están previstos en el código penal y 7 en las leyes penales especiales¹³³.

¹³² Arts. 156 bis apdo. 1 letra “b”, 189.1 1.º párrafo letra “b”, 189.5, 270.5 letra “a”, 270.6, 273.1, 273.2, 273.3, 274.1 letra “b”, 274.4, 286.1 párrafo 1.º, 301.1, 332.1, 334.1, 345.1, 348.1, 349, 361, 362 bis, 368, 371.1, 386.2, 399 bis apdo. 2, 400, 510.1 letra “b”, 510.2 letra “a”, 563, 564.1, 568, 573.1, 574.1, 574.2, 574.3, 575.2, 576.1 y 600.2 del CP, arts. 26 y 76 CPM y arts. 2.1 letra “b”, 2.2 letra “b” y 2.3 letras “a” y “b” de la LRC.

¹³³ Arts. 156 bis apdo. 1 letra “b”, 189.1 1.º párrafo letra “b”, 189.5, 270.5 letra “a”, 270.6, 273.1, 273.2, 273.3, 274.1 letra “b”, 274.4, 286.1 párrafo 1.º, 301.1, 332.1, 334.1, 345.1 en las modalidades de formulación típica de posesión y de almacenamiento, 348.1, 349, 361, 362 bis, 368, 371.1, 386.2, 399 bis apdo. 2, 400, 510.1 letra “b”, 510.2 letra “a”, 563, 564.1, 568 en las modalidades de formulación típica de tenencia y de depósito, 573.1 en las modalidades de formulación típica de tenencia y de depósito, 574.1 en las modalidades de formulación típica de tenencia y de depósito, 574.2 en las modalidades de formulación típica de tenencia y de depósito, 574.3, 575.2, 576.1 y 600.2 del CP, Art. 26 CPM (en conexión con el art. 600.2 CP), art. 76 CPM en las modalidades de formulación típica de posesión (en conexión con el art. 368 CP) y de tenencia en (su) poder (en conexión con el art. 371.1 CP) y arts. 2.1 letra “b”, 2.2 letra “b” y 2.3 letras “a” y “b” de la LRC.

En el contexto de las leyes especiales, se verifican 3 tipos de posesión en la Ley orgánica 14/2015 de 14 de octubre, del Código penal militar¹³⁴, y 4 en la Ley orgánica 12/1995 de 12 de diciembre, de represión del contrabando¹³⁵.

Los tipos de posesión del derecho penal español pueden ser agrupados en 6 diferentes modalidades de formulación típica:

- a) 18 tipos de posesión se formulan típicamente como posesión¹³⁶;
- b) 15 tipos de posesión se formulan típicamente como tenencia¹³⁷;
- c) 5 tipos de posesión se formulan típicamente como tenencia en (su) poder¹³⁸;
- d) 1 tipo de posesión se formula típicamente como tenencia en depósito¹³⁹;
- e) 4 tipos de posesión se formulan típicamente como depósito¹⁴⁰;
- f) 5 tipos de posesión se formulan típicamente como almacenamiento¹⁴¹.

Los tipos de posesión imprudentes son, en España, 12 y están todos contenidos en el código penal¹⁴². Esta cantidad representa 1/4 o un 25% del total de 48 tipos de posesión del derecho penal español. Todos los mentados tipos imprudentes exigen imprudencia grave. En lo referente a sus modalidades de formulación típica se constata que:

¹³⁴ Art. 26 CPM (en conexión con el art. 600.2 CP) y art. 76 CPM en las modalidades de formulación típica de posesión (en conexión con el art. 368 CP) y de tenencia en (su) poder (en conexión con el art. 371.1 CP).

¹³⁵ Arts. 2.1 letra “b”, 2.2 letra “b” y 2.3 letras “a” y “b” de la LRC.

¹³⁶ Arts. 189.1 1.º párrafo letra “b”, 189.5, 270.6, 273.1, 273.2, 273.3, 274.4, 286.1 párrafo 1.º, 301.1, 332.1, 334.1, 345.1, 368, 510.1 letra “b”, 510.2 letra “a”, 574.3 y 576.1 del CP y art. 76 CPM en la modalidad de formulación típica de posesión (en conexión con el art. 368 CP).

¹³⁷ Arts. 348.1, 349, 386.2, 399 bis apdo. 2, 400, 563, 564.1, 568, 573.1, 574.1 y 574.2 del CP y arts. 2.1 letra “b”, 2.2 letra “b” y 2.3 letras “a” y “b” de la LRC.

¹³⁸ Arts. 371.1, 575.2 y 600.2 del CP, art. 26 CPM (en conexión con el art. 600.2 CP), art. 76 CPM en la modalidad de formulación típica de tenencia en (su) poder (en conexión con el art. 371.1 CP).

¹³⁹ Art. 362 bis del CP.

¹⁴⁰ Arts. 568, 573.1, 574.1 y 574.2 del CP.

¹⁴¹ Arts. 156 bis apdo. 1 letra “b”, 270.5 letra “a”, 274.1 letra “b”, 345.1 y 361 del CP.

¹⁴² Art. 301.3 en conexión con el art. 301.1 CP; art. 332.3 en conexión con el art. 332.1 CP; art. 334.3 en conexión con el art. 334.1 letra “a” CP; art. 345.3 en conexión con el art. 345.1 CP y; art. 573.1 en las modalidades de formulación típica de tenencia y de depósito, 574.1 en las modalidades de formulación típica de tenencia y de depósito, 574.2 en las modalidades de formulación típica de tenencia y de depósito, 574.3 y 576.1 en conexión con el art. 577.3 CP.

- a) 6 tipos de posesión imprudentes se formulan típicamente como posesión¹⁴³;
- b) 3 tipos de posesión imprudentes se formulan típicamente como tenencia¹⁴⁴;
- c) 3 tipos de posesión imprudentes se formulan típicamente como depósito¹⁴⁵.

En el derecho penal español se admite la imputación de responsabilidad penal a la persona jurídica en 32 tipos de posesión, 28 de ellos previstos en el código penal y 4 en la Ley de represión del contrabando¹⁴⁶. Estas 32 figuras delictivas representan aproximadamente 2/3 o un 66% del total de 48 tipos de posesión del ordenamiento jurídico-penal del país. Por lo que respecta a sus modalidades de formulación típica se verifica que:

- a) 14 tipos de posesión que admiten responsabilidad penal de la persona jurídica se formulan típicamente como posesión¹⁴⁷;
- b) 9 tipos de posesión que admiten responsabilidad penal de la persona jurídica se formulan típicamente como tenencia¹⁴⁸;
- c) 1 tipo de posesión que admite responsabilidad penal de la persona jurídica se formula típicamente como tenencia en (su) poder¹⁴⁹;

¹⁴³ Art. 301.3 en conexión con el art. 301.1 CP; art. 332.3 en conexión con el art. 332.1 CP; art. 334.3 en conexión con el art. 334.1 letra “a” CP; art. 345.3 en conexión con el art. 345.1 CP y; arts. 574.3 y 576.1 en conexión con el art. 577.3 CP.

¹⁴⁴ Arts. 573.1, 574.1 y 574.2 en la modalidad de formulación típica de tenencia en conexión con el art. 577.3 CP.

¹⁴⁵ Arts. 573.1, 574.1 y 574.2 en la modalidad de formulación típica de depósito en conexión con el art. 577.3 CP.

¹⁴⁶ Arts. 156 bis apdo. 1 letra “b”, 189.1 1.º párrafo letra “b” y 189.5 en conexión con el art. 189 bis CP; arts. 270.5 letra “a”, 270.6, 273.1, 273.2, 273.3, 274.1 letra “b”, 274.4 y 286.1 párrafo 1.º en conexión con el art. 288 CP; art. 301.1 en conexión con los apartados 1 y 2 del art. 302 CP; art. 348.1 en conexión con el art. 348.3 CP; arts. 361 y 362 bis en conexión con el art. 366 CP; art. 368 en conexión con el art. 369 bis del CP; art. 386.2 en conexión con el art. 386.5 CP; arts. 510.1 letra “b” y 510.2 letra “a” en conexión con el art. 510 bis del CP; arts. 573.1 en las modalidades de formulación típica de tenencia y de depósito, 574.1 en las modalidades de formulación típica de tenencia y de depósito, 574.2 en las modalidades de formulación típica de tenencia y de depósito, 574.3, 575.2 y 576.1 en conexión con el art. 580 bis del CP y; arts. 2.1 letra “b”, 2.2 letra “b” y 2.3 letras “a” y “b” en conexión con el art. 2.6 de la LRC.

¹⁴⁷ Arts. 189.1 1.º párrafo letra “b” y 189.5 en conexión con el art. 189 bis CP; arts. 270.6, 273.1, 273.2, 273.3, 274.4 y 286.1 párrafo 1.º en conexión con el art. 288 CP; art. 301.1 en conexión con los apartados 1 y 2 del art. 302 CP; art. 368 en conexión con el art. 369 bis del CP; arts. 510.1 letra “b” y 510.2 letra “a” en conexión con el art. 510 bis del CP y; arts. 574.3 y 576.1 en conexión con el art. 580 bis del CP.

¹⁴⁸ Art. 348.1 en conexión con el art. 348.3 CP; art. 386.2 en conexión con el art. 386.5 CP; arts. 573.1, 574.1 y 574.2 en la modalidad de formulación típica de tenencia en conexión con el 580 bis del CP y; arts. 2.1 letra “b”, 2.2 letra “b” y 2.3 letras “a” y “b” en conexión con el art. 2.6 de la LRC.

¹⁴⁹ Art. 575.2 en conexión con el 580 bis del CP.

- d) 1 tipo de posesión que admite responsabilidad penal de la persona jurídica se formula típicamente como tenencia en depósito¹⁵⁰;
- e) 3 tipos de posesión que admiten responsabilidad penal de la persona jurídica se formulan típicamente como depósito¹⁵¹;
- f) 4 tipos de posesión que admiten responsabilidad penal de la persona jurídica se formulan típicamente como almacenamiento¹⁵².

Finalmente, la posibilidad de imputación a la persona jurídica por delitos de posesión imprudentes (mediante imprudencia grave) está expresamente prevista en 8 tipos penales españoles¹⁵³. Esta cantidad representa 1/6 o un 16% del total de 48 tipos de posesión del ordenamiento jurídico-penal del país. De estas 8 figuras delictivas:

- a) 2 tipos de posesión que admiten responsabilidad penal de la persona jurídica por imprudencia grave se formulan típicamente como posesión¹⁵⁴;
- b) 3 tipos de posesión que admiten responsabilidad penal de la persona jurídica por imprudencia grave se formulan típicamente como tenencia¹⁵⁵;
- c) 3 tipos de posesión que admiten responsabilidad penal de la persona jurídica por imprudencia grave se formulan típicamente como depósito¹⁵⁶.

¹⁵⁰ Art. 362 bis en conexión con el 366 CP.

¹⁵¹ Arts. 573.1, 574.1 y 574.2 en la modalidad de formulación típica de depósito en conexión con el art. 580 bis del CP.

¹⁵² Arts. 156 bis apdo. 1 letra “b” en conexión con el art. 156 bis apdo. 7 CP, 270.5 letra “a” y 274.1 letra “b” en conexión con el art. 288 CP; art. 361 en conexión con el art. 366 CP.

¹⁵³ Art. 301.1 en conexión con los arts. 301.3, 302.1 y 302.2 CP; art. 576.1 en conexión con los arts. 577.3 y 580 bis del CP; art. 573.1 en las modalidades de formulación típica de tenencia y de depósito en conexión con los arts. 577.3 y 580 bis del CP; art. 574.1 en las modalidades de formulación típica de tenencia y de depósito en conexión con los arts. 577.3 y 580 bis del CP; art. 574.2 en las modalidades de formulación típica de tenencia y de depósito en conexión con los arts. 577.3 y 580 bis del CP.

¹⁵⁴ Art. 301.1 en conexión con los arts. 301.3, 302.1 y 302.2 CP y art. 576.1 en conexión con los arts. 577.3 y 580 bis del CP.

¹⁵⁵ Arts. 573.1, 574.1 y 574.2 en la modalidad de formulación típica de tenencia en conexión con los arts. 577.3 y 580 bis del CP.

¹⁵⁶ Arts. 573.1, 574.1 y 574.2 en la modalidad de formulación típica de depósito en conexión con los arts. 577.3 y 580 bis del CP.

PARTE 2
CUESTIONES DOGMÁTICAS DE LOS DELITOS
DE POSESIÓN



UNIVERSIDAD
DE MÁLAGA

SECCIÓN 1ª: DELITOS DE POSESIÓN COMO DELITOS DE ESTADO

CAPÍTULO 3

SOBRE LA TEORÍA DE LOS DELITOS DE POSESIÓN COMO DELITOS DE ESTADO Y SU APRECIACIÓN CRÍTICA

I. Introducción

Toda atribución de responsabilidad penal tiene como presupuesto básico e imprescindible un comportamiento humano, que se materializa en acciones u omisiones. Así puede ser enunciado el postulado prevalente en la doctrina penal del derecho europeo continental a lo largo del siglo XX, y también a comienzos del siglo XXI, sin perjuicio de la autonomía sistemática que finalmente se asigne o no a esos conceptos.

Sin embargo, al describir tan solo una relación fáctica de dominio entre sujeto y objeto típicos mediante vocablos como “posesión”, “tenencia” etc.¹⁵⁷, los tipos de posesión despiertan la impresión de que pretenden establecer una excepción al mentado postulado y criminalizar, en lugar de acciones u omisiones, el mero “estado” consistente en la detentación del objeto prohibido bajo el poder del sujeto típico.

Esta circunstancia ha conducido, tanto a un sector de la doctrina italiana de la primera mitad del siglo XX, como a planteamientos esgrimidos por penalistas alemanes de las últimas tres décadas, a defender que los tipos de posesión instituyen delitos sin comportamiento o “de estado”.

En los siguientes apartados, trataremos de exponer y analizar los planteamientos que sustentan que los tipos de posesión son manifestaciones de dicha responsabilidad penal por el estado.

Ello se llevará a cabo, inicialmente, al hilo de la investigación y apreciación crítica de los antecedentes históricos de la temática en el derecho europeo continental, que vienen ya del derecho romano, y que se encuentran modernamente en la mencionada doctrina penal italiana de la primera mitad del siglo XX.

¹⁵⁷ Al respecto, cf. *supra*, capítulo 2, apartado II.1.

Luego, describiremos los rasgos fundamentales de las construcciones teóricas que, en el contexto contemporáneo, ven los tipos de posesión como delitos de estado.

Concluiremos este capítulo con una valoración de la legitimidad constitucional de la teoría de los delitos de estado con base en una interpretación, a la luz del principio de legalidad penal, de la expresión “Tat”, empleada en art. 103, apdo. 2 de la constitución alemana, así como de los vocablos “acciones u omisiones”, contenidos en el art. 25.1 de la constitución española. A continuación, nos ocuparemos de la compatibilidad de la teoría de los delitos de estado con el principio de imputación subjetiva o de “culpabilidad” consagrado en ambos ordenamientos jurídicos.

II. Antecedentes históricos de la discusión contemporánea en el sistema jurídico europeo continental

II.1. Las controversias relacionadas con la responsabilidad penal por *positum habens* en el derecho romano

Como comprobación de que el recurso a la tipificación penal de la posesión no constituye un fenómeno reciente, la doctrina suele aludir a la *Lex Cornelia de sicariis et veneficis*, del año 81 a. C., que conminaba la mera posesión de veneno con la intención de causar la muerte de un tercero con la penalidad impuesta a los asesinatos, a saber, la pena de muerte¹⁵⁸.

Hasta el momento, se ha pasado por alto, sin embargo, un instituto jurídico también originario del derecho romano que ostenta mayor relevancia histórica – y no solo desde la perspectiva legislativa, sino también en el plano dogmático – para el estudio de los delitos de posesión y de la teoría de los delitos de estado. Se trata de la responsabilidad penal por *positum habens* o, en sentido más amplio, *positum aut suspensum* de objetos¹⁵⁹.

¹⁵⁸ Cf. Eckstein, K., *Besitz*, cit., p. 22; Eckstein, K., “Grundlagen und aktuelle Probleme der Besitzdelikte – EDV, EU, Strafrechtsänderungsgesetze, Konkurrenzen”, *ZStW*, 2005, p. 107; Schroeder, F.-C., “Besitz als Straftat”, *ZIS*, 2007, p. 444; Cox Leixelard, J. P., *Delitos de posesión*, cit., pp. 8 y s. Todos estos autores se basan, directa o indirectamente, en la investigación de Mommsen, T., *Römisches Strafrecht*, Duncker & Humblot, Leipzig, 1899, p. 636.

¹⁵⁹ Agradecemos a Juan Ramón Robles Reyes, profesor de derecho romano de la Universidad de Murcia, haber llamado nuestra atención sobre tal circunstancia.

Reza el tipo penal recogido en el Digesto en D.9.3.5.6:

“Dice el pretor: en las alas de los tejados o cobertizos que caen a la calle o sitio por donde pasa la gente o se detiene, ninguno tenga puesta cosa alguna que si cayere haga daño. Al que hiciere lo contrario, lo condenaré por la acción *in factum* en diez sueldos. Si el siervo lo hiciese ignorándolo su señor, mandaré que se dé o su importe o la acción noxal”¹⁶⁰⁻¹⁶¹.

El tipo en cuestión fue introducido por un edicto del pretor de Roma y estuvo en vigencia en el ámbito urbano al menos desde el período de la república tardía¹⁶²⁻¹⁶³. Castigaba al detentador del control sobre una casa ubicada en una vía de elevada circulación donde objetos se encontrasen puestos o colgados de tal manera, que pudiesen caer y provocar daños a otras personas o a la propiedad de terceros. Y tal como nos informa Pennitz¹⁶⁴, la imposición de la sanción era independiente de la prueba de quién concretamente puso o colgó el objeto de manera peligrosa.

Estas circunstancias dieron lugar a dos importantes controversias en la doctrina romanística actual. Por una parte, se debate qué intensidad de control sobre una edificación donde estuviesen objetos peligrosamente colocados o colgados permitiría el castigo conforme a tal tipo:

Un sector de los especialistas en derecho romano entiende que el tipo no solo era aplicable a quienes habitasen en la edificación, sino también a su propietario o a administradores con poderes de control¹⁶⁵.

¹⁶⁰ Adaptación a la ortografía contemporánea de la traducción al castellano de D.9.3.5.6, realizada por Rodríguez de Fonseca, B. A., “El Digesto del Emperador Justiniano”, en Gómez Marín/Gil y Gómez (eds.), *Cuerpo del Derecho Civil, ó sea Digesto, Código, Novelas é Institutas de Justiniano en Castellano y Latín*, vol. I, Imprenta de Ramón Vicente, Madrid, 1872, p. 369.

¹⁶¹ En latín: “*Praetor ait: ‘Ne quis in suggruenda protectove supra eum locum, qua vulgo iter fiet inve quo consistetur, id positum habeat, cuius casus nocere cui possit. Qui adversus ea fecerit, in eum solidorum decem in factum iudicium dabo. si servus insciente domino fecisse dicetur, aut noxae dedi iubebo’.*”

¹⁶² Cf. Pennitz, M., “Zur Noxalhaftung bei den sog. actiones de deiectis vel effusis und de posito (aut suspenso)”, *RIDA*, 58, 2011, pp. 275, 277.

¹⁶³ El período de la república romana tardía se extendió, aproximadamente, del fin del siglo II a. C. al año 27 a. C. (nombramiento de Octavio como *Augustus*). Se trata, por tanto, de la misma época histórica en que se promulgó la *Lex Cornelia de sicariis et veneficis*.

¹⁶⁴ Pennitz, M., “Zur Noxalhaftung..”, cit., p. 276, nota 4.

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 277; Gordon, W., “The roman class of quasi-delicts”, en *Estudios de Derecho Romano (Homenaje al Profesor Don Carlos Sánchez del Río y Peguero)*, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1967,

A su vez, la corriente opuesta entiende que el *positum habens* presuponía que el detentador de la edificación supiera que el objeto había sido posicionado o colgado de manera peligrosa, y también que dicho detentador tuviera la autoridad y la capacidad para retirar el objeto de tal posición. Presupuestos estos que, consecuentemente, solo podrían verificarse en el caso del *habitor* de la casa, pero no en las demás hipótesis mencionadas¹⁶⁶.

En estrecha conexión con esta primera controversia, pero ya en el contexto de la segunda discusión, Watson desafía la concepción ampliamente mayoritaria entre los demás romanistas respecto de la inexistencia de requisitos subjetivos de imputación en el *positum aut suspensum*.

Mientras la opinión ampliamente dominante¹⁶⁷ interpreta que el *dolus* o la *culpa* del detentador de la morada con respecto al *positum habens* eran prescindibles para el castigo de tal individuo, Watson entiende que el tipo en cuestión exigía los ya mencionados elementos del conocimiento de *positum habens* y de la autoridad y capacidad para reposicionar el objeto¹⁶⁸.

Ambas controversias presentan, en un plano general, una innegable similitud con la discusión científica contemporánea sobre los delitos de posesión. Y en un aspecto específico, ostentan puntos en común con el debate relativo a la interpretación de tales especies delictivas como delitos de estado.

En el debate acerca de la intensidad del control que el detentador de la edificación debe ejercer sobre esta para que se le pueda responsabilizar por *positum habens*, se notan semejanzas con la discusión contemporánea sobre los tipos de posesión en general. Así, sobre la posibilidad de responsabilizar penalmente a quienes detentan un poder fáctico al menos hipotéticamente más tenue sobre el objeto típico, tales como los “poseedores

p. 307. En el mismo sentido, aparentemente, Mommsen, T., *Römisches Strafrecht*, cit., p. 839, quien considera que “todo detentador de la morada” era responsable del delito.

¹⁶⁶ Así, Watson, A., “Liability in The Actio de Positis ac Suspensis”, en *Studies in Roman Private Law*, A&C Black, Londres, 1991, pp. 327 y ss. Similarmente, Palmirski, T., “Some remarks on Ne quis in suggrunda protectove id positum habeat, cuius casus nocere possit praetor’s edict”, *RIDA*, 50, 2003, pp. 297 y ss.

¹⁶⁷ Cf., entre otros, Mommsen, T., *Römisches Strafrecht*, cit., p. 839, nota 2; Stein, P., “The Nature of quasi-delictal Obligations in Roman Law”, *RIDA*, 5, 1958, pp. 563 y ss.; Pennitz, M., “Zur Noxalhaftung..”, cit., p. 277, nota 7.; Gordon, W., “The roman class..”, cit., pp. 307 y s.

¹⁶⁸ Watson, A., “Liability in The Actio..”, cit., pp. 327 y ss. Así también, Palmirski, T., “Some remarks on..”, cit., p. 298.

mediatos” o aquellas personas que tienen el objeto en su poder por un lapso temporal reducido¹⁶⁹.

Por otra parte, la divergencia de opiniones acerca de la necesidad de *dolus* o *culpa* para la imputación del tipo del derecho romano presenta una notable proximidad con la discusión actual sobre la admisibilidad de interpretar los tipos de posesión como delitos de estado.

Ello porque, al entender que dicho tipo exigía el conocimiento por parte del *habitor* de que el objeto se había puesto o colgado de manera peligrosa, así como que el *habitor* tuviera la autoridad y capacidad para cambiar de lugar al objeto peligrosamente colocado, Watson termina considerando – implícitamente – que sería necesario *al menos un comportamiento omisivo* del sujeto típico. Su interpretación es, por tanto, comparable a los planteamientos jurídico-penales contemporáneos que defienden la necesidad de preservar la responsabilidad penal por el comportamiento en los delitos de posesión.

Por su parte, al interpretar que el *dolus* o *culpa* del detentador de la morada eran irrelevantes para la imputación del *positum habens*, la doctrina romanística mayoritaria coincide parcialmente con la interpretación de los actuales tipos de posesión como delitos de estado:

Como veremos más adelante¹⁷⁰, el planteamiento que defiende una responsabilidad por el estado en los actuales tipos de posesión prescinde, en determinados supuestos de custodia impuesta sobre objetos típicos, de la capacidad del individuo de deshacerse de la custodia del objeto típico como requisito de la responsabilidad. En este punto, la lectura dominante del *positum habens* y la teoría de los delitos de estado se asemejan, pues ambas afirman el castigo del sujeto típico por un acontecimiento externo que él no es capaz de dominar subjetivamente, de acuerdo con el concepto de capacidad de dominio actualmente vigente en el sistema jurídico europeo continental.

Por otro lado, la diferencia entre los mentados planteamientos consiste en que, mientras la teoría de los delitos de posesión como delitos de estado exige que esté presente una voluntad de dominio y un dolo o imprudencia de posesión, la interpretación histórica

¹⁶⁹ Un panorama de la comprensión actual sobre esta problemática en el contexto de los tipos penales español y alemán de posesión de estupefacientes (art. 368 CP; § 29, apdo. 1, núm. 3 BtMG) puede ser visto *infra*, capítulo 5, apartado IV.3.1.

¹⁷⁰ Cf. *infra*, III.2.

dominante del *positum habens* prescinde, incluso, del conocimiento y de la voluntad de tener la cosa puesta o colgada de manera peligrosa como requisitos de la responsabilidad.

Por lo tanto, a luz de la comprensión del principio de imputación subjetiva – o de “culpabilidad” – vigente en el sistema jurídico europeo continental contemporáneo, se puede establecer la siguiente distinción: mientras la teoría de los delitos de estado constituye – como defenderemos más adelante¹⁷¹ – una imputación con base en el mero pensamiento, la interpretación mayoritaria del *positum habens* parte de que este representaba una atribución de responsabilidad penal objetiva.

II.2. El debate sobre los delitos “de sospecha” o “sin acción” en la doctrina italiana de la primera mitad del siglo XX

En su redacción original, el art. 708 del Código penal italiano de 1930 castigaba a todo aquél que, ostentando determinados antecedentes penales o estando sometido a amonestación o medida de seguridad personal o libertad bajo fianza, fuese “encontrado” en posesión de dinero o de objetos de valor incompatibles con su estado, cuya procedencia no justificase.

Se debe atribuir a Manzini la defensa pionera de que, en tipos como el citado, se manifiesta una excepción legítima al postulado dominante en la ciencia penal, según el cual todo delito debe tener como presupuesto un comportamiento humano (es decir, una acción u omisión)¹⁷²⁻¹⁷³.

Para Manzini, la posesión de los objetos típicos descritos en la antigua redacción del art. 708 no configura una “acción” humana, un comportamiento comisivo u omisivo, sino un mero resultado o *estado*.

¹⁷¹ Cf. *infra*, IV.4.4.

¹⁷² Tal carácter pionero es reivindicado por el propio penalista (cf. Manzini, V., *Trattato di diritto penale italiano*, vol. I, 3ª ed., Unione Tipografico - Editrice Torinese, Turín, 1933, p. 561). La defensa de dicha tesis ya había sido realizada por el autor en la segunda edición de la parte general de su tratado con respecto al art. 492 del – entonces vigente – Código penal italiano de 1889. La redacción de este último precepto correspondía a aquella de los arts. 707 y 708 del Código penal italiano de 1930 en su redacción original (cf. Manzini, V., *Trattato di diritto penale italiano*, vol. I, 2ª ed., Unione Tipografico - Editrice Torinese, Turín, 1920, p. 460).

¹⁷³ Agradecemos a Juarez Tavares, catedrático de derecho penal de la Universidad del Estado de Río de Janeiro, haber llamado nuestra atención sobre el planteamiento de Manzini.

Según el autor, la imposibilidad de considerar dicho tipo de posesión como un delito comisivo se debería a que “la acción es de quien descubre aquella posesión y no del poseedor; y la causa que ha producido tal resultado no tiene importancia constitutiva, sino solo eventualmente incriminante”¹⁷⁴.

Y tampoco sería posible concebir tal tipo penal, en la opinión del penalista italiano, como un delito omisivo. Por una parte, porque el individuo que detenta el objeto típico en su poder no tendría un deber jurídico de deshacerse de él¹⁷⁵. Por otra parte, porque la omisión de justificar la procedencia del objeto tampoco sería capaz de tornar el art. 708 del CP italiano en un delito omisivo. Pues tal justificación no sería una obligación, sino una mera facultad del poseedor¹⁷⁶, y la omisión de realizarla no sería un elemento constitutivo del delito, sino una condición de punibilidad¹⁷⁷. Por último, alega Manzini que la realización de dicha justificación puede resultar imposible “por causas independientes del origen” de la custodia sobre el objeto típico, sin que tal imposibilidad acarree o deba acarrear la impunidad de su detentador¹⁷⁸.

A la vista de tales consideraciones, Manzini concluye que, al lado de los delitos comisivos y omisivos, el art. 708 del CP italiano sería una manifestación de una tercera categoría delictiva. Esta tercera categoría, que Manzini bautiza como “delitos de sospecha”, no solo es reconocida por el penalista italiano como legítima, sino que además es identificada por él en otros tipos penales, como el resultante de la lectura conjunta de los arts. 171 y 174 de la Ley italiana de seguridad pública de 1931, que castigaba con arresto de tres meses a un año al amonestado que “diese razón a sospechas”¹⁷⁹.

Por otro lado, la redacción original del precepto del art. 707 del Código penal italiano de 1930 castigaba a quienes, ostentando determinados antecedentes penales o estando sometidos a amonestación o medida de seguridad personal o libertad bajo fianza, fuesen

¹⁷⁴ Manzini, V., *Trattato*, cit., vol. I, p. 562; Manzini, V., *Trattato di diritto penale italiano*, vol. IX, 2ª Parte, 3ª ed., Unione Tipografico - Editrice Torinese, Turín, 1939, p. 658.

¹⁷⁵ Manzini, V., *Trattato*, cit., vol. I, p. 562. Una alegación en el mismo sentido se halla también en Manzini, V., *Trattato*, cit., vol. IX, 2ª Parte, p. 658.

¹⁷⁶ Manzini, V., *Trattato*, cit., vol. IX, 2ª Parte, p. 658.

¹⁷⁷ Manzini, V., *Trattato*, cit., vol. I, p. 562; Manzini, V., *Trattato*, cit., vol. IX, 2ª Parte, p. 658.

¹⁷⁸ Manzini, V., *Trattato*, cit., vol. I, p. 562, nota 2; Manzini, V., *Trattato*, cit., vol. IX, 2ª Parte, p. 659.

¹⁷⁹ Manzini, V., *Trattato*, cit., vol. I, pp. 562 y s.

“atrapados” en posesión de llaves falsas u otros instrumentos aptos para abrir o forzar cerraduras.

En su tratado de la parte especial del derecho penal italiano, Manzini sustenta una posición – al menos aparentemente – contradictoria acerca de tal precepto: en el apartado relativo al “objeto específico de la tutela penal”¹⁸⁰ lo clasifica, tal como el art. 708, como un delito de sospecha. Comentando en momento posterior la “ejecución” de tal hecho punible¹⁸¹, sustenta, empero, que se trata de un delito *comisivo*¹⁸².

En armonía con su defensa de que tales figuras típicas no constituyen delitos de comportamiento, Manzini¹⁸³ destaca tres características fundamentales de los delitos de sospecha: a) el estado individual en que ellos “consisten” no configura una infracción de ningún mandato o prohibición normativa, sino que “es criminalizado por la sospecha que despierta”; b) también los delitos de sospecha se materializan en un resultado, pero este último, “en vez de ser determinado por una acción o por una omisión individual, consiste en una apreciación hecha por la autoridad con base en determinados elementos establecidos por la ley”; c) los delitos de sospecha no anhelan sustituir la prueba del delito del cual el objeto típico puede proceder – como por ejemplo un robo – por una mera sospecha, como si se tratase de una presunción de culpabilidad, sino que “es el *despertar sospecha* lo que constituye el propio delito”, y ello independientemente del hecho de cuya comisión se sospecha.

El planteamiento de Manzini encontró reducida acogida en la doctrina penal de su país. Como adeptos de su doctrina se manifestaron tan solo Romano di Falco¹⁸⁴, De Marsico¹⁸⁵ y Bellavista¹⁸⁶. En Latinoamérica, se adhirió a la postura de Manzini el brasileño Moraes¹⁸⁷.

¹⁸⁰ Manzini, V., *Trattato*, cit., vol. IX, 2ª Parte, p. 645 (núm. marg. 3890).

¹⁸¹ *Ibid.*, p. 650 (núm. marg. 3892).

¹⁸² Para un intento dogmático de acomodar estas dos proposiciones, que, en su opinión, serían solo aparentemente contradictorias, cf. Moraes, B., *Dos crimes sem ação*, Tip. H. Velho, Río de Janeiro, 1941, pp. 79 y ss.

¹⁸³ Manzini, V., *Trattato*, cit., vol. I, p. 561.

¹⁸⁴ Cf. Romano di Falco, E., *Principi di diritto penale*, Tipografia delle Mantellate, Roma, 1926, p. 124 *apud* Manzini, V., *Trattato*, cit., vol. I, p. 561, nota 3.

¹⁸⁵ Cf. de Marsico, A., *Diritto Penale. Parte Generale (ristampa)*, Eugenio Jovene, Nápoles, 1969, pp. 77 y s.

¹⁸⁶ Cf. Bellavista, G., *I reati senza azione*, Eugenio Jovene, Nápoles, 1937, *passim*.

¹⁸⁷ Cf. Moraes, B., *Dos crimes*, cit., *passim*.

Sin embargo, es menester mencionar que tanto De Marsico como Bellavista buscan reconducir el “estado” (según la terminología empleada por De Marsico en lugar del vocablo “sospecha”) o la “posición” (término este que es preferido por Bellavista) criminalizados en tales tipos de delito a un plano superior, que constituiría el denominador común de tales especies delictivas y de los delitos comisivos y omisivos. Se trataría de la “conducta”¹⁸⁸ o del “comportamiento”¹⁸⁹ humano, que pasarían a comprender, en la concepción de De Marsico y de Bellavista, tanto los delitos comisivos y omisivos como los delitos de “estado” o “posición”. Como se puede notar, en el planteamiento de dichos autores los términos “conducta” y “comportamiento” adquieren un sentido más amplio del que les asignamos en este trabajo.

Más difundidas en la ciencia penal italiana de la época fueron las críticas y objeciones a la teoría de los delitos de sospecha o – según la terminología de Bellavista – “sin acción”. Siguiendo la clasificación de Moraes¹⁹⁰, agruparemos tales posiciones críticas en dos variantes con rasgos comunes:

Una primera corriente¹⁹¹ rechazaba la existencia de la categoría propuesta por Manzini alegando que en tipos como el del antiguo art. 708 del CP italiano está presente una acción cuando el sujeto típico “entra en la posesión”, es decir, cuando establece su custodia sobre los bienes en cuestión, y también una omisión, cuando aquél no justifica de dónde provienen los bienes.

En lo que concierne al carácter de acción del establecimiento de la custodia sobre dichos objetos típicos, resulta especialmente relevante para los fines de este trabajo la fundamentación aducida por Pergola. Según alega el autor, si un individuo “se encontrase en posesión de aquellos objetos porque un tercero se los hubiese impuesto sin su conocimiento”, dicho individuo no sería responsable¹⁹².

Se aprecia que, al contrario de la mayoría de los autores de su tiempo, Pergola tiene en cuenta expresamente los supuestos fácticos de custodia impuesta de objetos típicos. Y,

¹⁸⁸ de Marsico, A., *PG*, cit., p. 78.

¹⁸⁹ Bellavista, G., *I reati*, cit., p. 61.

¹⁹⁰ Moraes, B., *Dos crimes*, cit., pp. 65 y ss.

¹⁹¹ Cf. Angioni, M., *La volontarietà del fatto nei reati: contributo alla nozione del «dolo»*, Fratelli Bocca, Turín, 1927, p. 95; Pergola, U., *Il reato*, Tipografía Consorzio Nazionale, Roma, 1930, p. 287; Massari, E., *Il momento esecutivo del reato: contributo alla teoria dell'atto punibile*, Mariotti, Nápoles, 1923, pp. 98 y ss. Cf. también Vannini, O., *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, Carlo Cya, Florencia, 1948, p. 76.

¹⁹² Pergola, U., *Il reato*, cit., p. 287.

como veremos, éstos son los supuestos fácticos en los que la concepción contemporánea de los delitos de posesión como delitos sin comportamiento o “de estado” se basa para defender su posición dogmática.

Tal como Pergola, Tesauro¹⁹³ – quien forma parte, empero, del segundo subgrupo de autores críticos a Manzini – alega que si un individuo es encontrado detentando la custodia sobre bienes cuya legitimidad no puede justificar porque, por ejemplo, el autor de un hurto puso el botín en el bolsillo de tal individuo sin que éste lo percibiera, no se podrá afirmar su responsabilidad penal conforme al tipo del art. 708 del CP italiano de 1930. Con base en ello, aduce que los supuestos de custodia impuesta brindan la base para concluir que, al contrario de lo que afirma Manzini, no existen ni pueden existir delitos sin comportamiento.

Un segundo círculo de censores¹⁹⁴ también negaba que faltase un comportamiento humano en la figura típica a que aludió Manzini, pero identificaba tal comportamiento únicamente con la acción mediante la cual el sujeto típico establece su custodia sobre el objeto.

De este último subgrupo de autores críticos, es especialmente digna de mención la opinión de Delitala, que es seguida en la doctrina española por Jiménez de Asúa¹⁹⁵. El primer autor acuñó la afirmación de que “la posesión injustificada no es un delito de sospecha, sino una sospecha de delito”¹⁹⁶.

Con estas palabras, Delitala pretende sintetizar su argumentación en el sentido de que la custodia del objeto no constituye, en sí misma, un elemento del delito, sino un indicio de la comisión de otro hecho punible. Sea este hecho punible un delito del cual supuestamente proviene el objeto, como una apropiación indebida o un robo; o sea un

¹⁹³ Tesauro, A., “Sui reati così detti di mero sospetto”, *Scuola Positiva*, vol. I, 1932, pp. 549 y s.

¹⁹⁴ Cf. Florian, E., *Parte Generale del Diritto Penale*, 4ª ed., Francesco Vallardi, Milán, 1934, p. 590; Carnelutti, F., *Teoria generale del reato*, CEDAM, Padua, 1933, p. 255 nota “I”; Tesauro, A., “Sui reati..”, cit., pp. 548 y ss.; Delitala, G., *Il «fatto» nella teoria generale del reato*, CEDAM, Padua, 1930, pp. 138 y ss; Bettioli, G., *Diritto Penale (Parte Generale)*, 2ª ed., Priulla Editore, Palermo, 1950, pp. 171 y s. Cf. también Cavallo, V., *Diritto Penale - Parte Generale*, vol. 2, Eugenio Jovene, Nápoles, 1955, pp. 153 y s.

¹⁹⁵ Jiménez de Asúa, L., *Tratado de Derecho Penal, III*, 4ª ed., Losada, Buenos Aires, 1963, pp. 455 y ss.

¹⁹⁶ Delitala, G., *Il «fatto»*, cit., p. 143.

delito a cuya preparación el objeto detentado se vincula, como ocurre, por ejemplo, en el caso del pago adelantado del *pretium sceleris* para la práctica de un delito futuro¹⁹⁷.

Para el penalista, lo que sucede es que el legislador, una vez “comprobada la posesión, (...) dados los antecedentes poco recomendables del poseedor, presume que la adquisición [del objeto] ha sido ilegítima, salvo que existan pruebas de lo contrario”¹⁹⁸. Se trataría, por ende, de un tipo “que sirve para incriminar, como hecho autónomo, la adquisición de la posesión, prescindiendo de la demostración de su ilegitimidad”¹⁹⁹.

Por último, dicha presunción de ilegitimidad es considerada por Delitala como una presunción de un contenido de culpabilidad indeterminado. El autor respalda su afirmación con el argumento de que tales tipos castigarían en realidad al detentador de la custodia, bien por la práctica de un tipo legalmente previsto cuya comisión no resulta probada, bien por un acto preparatorio atípico que, si no fuera por el tipo de posesión en cuestión, resultaría impune²⁰⁰. El acierto o legitimidad de la mentada presunción no son impugnados, sin embargo, por el penalista.

II.2.1. *Apreciación crítica*

Los planteamientos que acabamos de exponer no mantienen una línea de continuidad histórica directa con la discusión alemana contemporánea acerca de la responsabilidad penal por el estado en los tipos de posesión. Pues los penalistas alemanes “reanudaron” el debate en los años 90 del pasado siglo sin saber que ya había sido iniciado, varias décadas antes, en la doctrina italiana. A pesar de tal circunstancia, las semejanzas entre las posiciones defendidas en la controversia desarrollada en Italia y las planteadas en la doctrina alemana actual son muy llamativas.

En los próximos párrafos nos dedicaremos a destacar algunas de estas similitudes, pero también las diferencias entre el debate italiano, más antiguo, y el alemán más reciente. Al final de este apartado, evaluaremos la dimensión del legado que aquella

¹⁹⁷ *Ibid.*, p. 142.

¹⁹⁸ *Ibid.*, p. 141.

¹⁹⁹ *Ibid.*, p. 142.

²⁰⁰ *Ibid.*, pp. 142 y s.

primera discusión puede haber dejado para el debate contemporáneo en torno a la admisibilidad de la teoría de los delitos de estado.

En primer lugar, saltan a la vista las afinidades entre la teoría de los delitos de posesión como delitos de estado, desarrollada por Eckstein, y la doctrina de los “delitos de sospecha” de Manzini. Como primera y más evidente semejanza, se debe señalar que ambos autores propugnan desvincular el resultado o estado de cosas desvalorado por los tipos de posesión de los comportamientos comisivos u omisivos del sujeto típico.

De otro lado, se nota que subyace a ambos intentos de desvinculación una misma preocupación por maximizar la función de protección de bienes jurídicos de los tipos de posesión. En el planteamiento de Eckstein, esta preocupación se plasma, como veremos más adelante, en la defensa de su teoría de los delitos de estado como la única que se armoniza con las lógicas de protección post-lesiva y previa a la lesión de bienes jurídicos inherentes a los tipos de posesión²⁰¹. En la doctrina de Manzini, ello se manifiesta en la acomodación de la dogmática de dichas figuras típicas al intento de autonomización del “despertar sospecha” como elemento característico de su lesividad.

Pero la doctrina de Manzini es cualitativamente distinta y considerablemente más radical que la teoría sustentada por Eckstein. Al contrario del jurista alemán, Manzini llega al extremo de desconectar el resultado o estado de cosas desvalorado por los tipos de posesión de la propia detentación del poder fáctico sobre el objeto típico, colocando en el lugar de esta la “apreciación de la autoridad” respecto de si el detentador de la custodia despierta sospecha.

Esta sustitución constituye precisamente el recurso dogmático que le permite a Manzini formular, sin mayores dificultades, la radical afirmación de que el “estado individual” criminalizado en el antiguo art. 708 del CP italiano no configura una infracción de ningún mandato o prohibición normativa. Esto es así porque, como se verá en detalle abajo, este “despertar sospecha” se sustrae totalmente a la capacidad de dominio del individuo inculcado, con lo cual resulta de todo imposible enlazarlo a mandatos o prohibiciones normativas.

Por su parte, la ausencia de vinculación de los “delitos de sospecha” a cualesquiera normas prohibitivas o preceptivas hace posible, además, la inclusión en dicha categoría delictiva del tipo previsto en el art. 171 en conexión con el art. 174 de la ley italiana de

²⁰¹ Al respecto, cf. *infra*, III.2 y IV.6.

seguridad pública de 1931 – que castigaba, recordemos, al amonestado que “diese razón a sospechas”.

Ninguno de los elementos descritos en los tres últimos párrafos está presente en la propuesta dogmática de Eckstein.

Por el contrario, como rasgo característico de la fundamentación de su construcción, se verifica un constante – aunque, como veremos²⁰², no exitoso – esfuerzo por asociar la responsabilidad penal por el estado a la lógica de la dominabilidad individual, para así salvaguardar su conformidad con el principio de imputación subjetiva o de “culpabilidad”.

En este contexto, es especialmente llamativo el empeño del autor alemán por aproximar su teoría de los delitos de estado a la responsabilidad por el comportamiento, no solo mediante la defensa de la “accesoriedad” de la primera respecto a esta última²⁰³, sino también por medio de la alegación de que, aun cuando sean interpretados como delitos de estado, los tipos de posesión siguen originando mandatos de actuación²⁰⁴.

Entre los seguidores de la doctrina de Manzini, De Marsico y Bellavista consideran que tanto la responsabilidad penal por el estado como la responsabilidad comisiva y omisiva pueden ser comprendidas por un concepto superior, que sería la “conducta” o el “comportamiento” humano. Su posición presenta una notable proximidad a la actualmente defendida por Roxin²⁰⁵. Como veremos a continuación, este último autor entiende que la detentación voluntaria del poder fáctico sobre un objeto típico es subsumible en su concepto personal de conducta humana. Pero considera la posesión una categoría autónoma de imputación por un comportamiento humano, que sería irreductible, por tanto, a las categorías de los delitos comisivos y omisivos.

Por otro lado, tanto la primera como la segunda corriente de autores críticos al planteamiento de Manzini son parcialmente identificables con la doctrina y jurisprudencia actualmente dominantes en Alemania²⁰⁶. El aspecto común a estas tres posiciones reside en la exigencia de reconducir el resultado o estado de cosas desvalorado

²⁰² Cf. *infra*, IV.4.4.

²⁰³ Al respecto, cf. *infra*, IV.4.6.

²⁰⁴ Cf. Eckstein, K., *Besitz*, cit., p. 243.

²⁰⁵ Posición esta que, sin embargo, no compartimos. Para la exposición y refutación del planteamiento de Roxin, cf. *infra*, capítulo 4.

²⁰⁶ Al respecto, cf. *infra*, capítulo 5 (especialmente su apartado V.1).

por los tipos de posesión, la custodia sobre el objeto típico, a una acción previa que causa su surgimiento.

Las opiniones defendidas por ambos grupos de censores se distancian de la mentada doctrina alemana cuando dejan de analizar la posibilidad de que la responsabilidad omisiva en los tipos de posesión pueda manifestarse en el mantenimiento voluntario, por el sujeto típico, de su propia custodia sobre el objeto. La razón por la cual los juristas italianos han obviado este análisis reside, probablemente, en la circunstancia de que ni Manzini, ni sus seguidores, ni la mayoría de sus oponentes han concedido la debida relevancia dogmática a los supuestos de custodia impuesta sobre objetos típicos.

Concluidas estas reflexiones, cabe ahora analizar qué legado nos dejó la discusión italiana de la primera mitad del siglo XX, o, en otras palabras, si y de qué manera ella puede o debe influir en la controversia científica contemporánea sobre la admisibilidad de la responsabilidad penal por el estado.

Que la polémica desarrollada en la doctrina italiana solo puede prestar una aportación muy modesta al debate actual, puede ser anticipado, en nuestra opinión, ya en la propia construcción de Manzini y en su comparación con la doctrina de Eckstein.

Al anclar el resultado o estado de cosas prohibido por los delitos de sospecha, no en la custodia del individuo sobre el objeto típico, sino en la “apreciación de la autoridad” sobre si el detentador del objeto despierta sospecha o no, Manzini hace que la imputación dependa de un factor que se sustrae completamente a la capacidad de control del sujeto típico. Pues lo determinante para que éste sea castigado o no según el respectivo tipo de posesión, ya no es si elige o no establecer o mantener tal estado prohibido, teniendo la capacidad concreta para ello, sino el puro arbitrio de la autoridad que evalúa si su situación “despierta sospecha”.

Este diagnóstico se vuelve definitivo cuando se tiene en cuenta que, en casos de custodia impuesta donde el detentador no puede probar que el objeto no llegó a su esfera de dominio voluntariamente, el empleo de la doctrina de Manzini siempre conducirá al reconocimiento de la responsabilidad penal de aquél; y ello incluso si, en el momento en que es “encontrado” con el objeto, su detentador tiene la intención de deshacerse del mismo (lo que, en la teoría de Eckstein, conduciría a la impunidad). La construcción de Manzini manifiesta, a la postre, una contrariedad evidente a los principios de imputación subjetiva – o de “culpabilidad” – y de presunción de inocencia.

Si bien el diagnóstico a que llegamos en el párrafo anterior parece algo incuestionable en la actualidad, no puede decirse lo mismo con respecto a la época histórica en que el penalista italiano construyó su teoría de los delitos de sospecha.

Ello no debería sorprender, teniendo en cuenta, por una parte, que el sistema de creencias en que los principios de imputación subjetiva y de presunción de inocencia se insertan se refiere siempre a una sociedad o comunidad históricamente concreta; y, por otra, que en la época de Manzini, se concebían tales principios como generadores de un ámbito de protección menos generoso del que ostentan contemporáneamente.

Para ilustrar esta última afirmación basta con mencionar, de un lado, la difundida aceptación que el instituto del *versari in re illicita* encontraba en tal momento histórico²⁰⁷; y, de otro, la crítica dirigida por el propio Manzini al principio de presunción de inocencia como una formulación “burdamente paradójica e irracional”²⁰⁸. Crítica esta que, si bien hoy en día sería considerada autoritaria, en su época no se estimaba descabellada.

A título de conclusión, es posible afirmar que, por tener como presupuestos comprensiones históricamente distintas de las actualmente vigentes sobre los principios de imputación subjetiva y de presunción de inocencia, el debate italiano acerca de los delitos “de sospecha” o “sin acción” no puede aportar una contribución sustancial a la discusión científica contemporánea sobre la teoría de los delitos de posesión como delitos de estado.

El legado de aquella discusión más antigua parece residir, más bien, en la muestra que nos brinda de la variabilidad histórica en la comprensión de tales principios limitadores del *ius puniendi*. Y también en la constatación de que los esfuerzos de la doctrina contemporánea de los delitos de estado por compatibilizar a esta con aquellos principios deberán ser considerablemente más refinados y pormenorizados, teniendo en cuenta el mayor alcance de que tales principios gozan en la actualidad.

²⁰⁷ Al respecto, cf. Pereda, J., *El «versari in re illicita» en la doctrina y en el Código Penal*, Reus, Madrid, 1948, *passim*.

²⁰⁸ Cf. Manzini, V., *Tratado de derecho procesal penal*, vol. I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1951, p. 253.

III. La teoría de los delitos de estado en la discusión científica alemana y española de fines del siglo XX y comienzos del siglo XXI

III.1. Introducción

Si a los penalistas italianos les cupo la primacía en la discusión sobre la concepción de los tipos de posesión como delitos “sin acción” o de estado en el derecho continental, a la doctrina alemana se le debe reconocer el mérito de haber reiniciado – sin ser consciente de que la controversia ya había sido abordada en Italia – y profundizado tal debate a partir de la teoría del delito contemporánea y de la comprensión de los principios de imputación subjetiva y de presunción de inocencia actualmente vigentes en el sistema jurídico europeo continental.

En el año 1993, F.-C. Schroeder dio el estímulo inicial para el debate en la ciencia penal alemana cuando, comentando la introducción del tipo penal de mera posesión de pornografía infantil en el ordenamiento jurídico de su país, constató que “todavía queda por realizar una investigación general del merecimiento de pena de la posesión de objetos y de su naturaleza dogmática”²⁰⁹.

A este impulso inaugural le siguió la investigación de Nestler del año 1994²¹⁰ sobre el tema de la protección de bienes jurídicos mediante la tipificación de la posesión y, sobre el asunto que aquí discutiremos, los trabajos de Lagodny y de Struensee, publicados respectivamente en 1996²¹¹ y 1999²¹². En estas dos últimas obras se criticaban los delitos de posesión como manifestaciones de una inconstitucional responsabilidad penal por el estado²¹³.

El punto de inflexión de la controversia sobre la responsabilidad penal por el estado en la dogmática alemana reciente lo ocasiona, indudablemente, la tesis doctoral de

²⁰⁹ Schroeder, F.-C., “Das 27. Strafrechtsänderungsgesetz - Kinderpornographie”, *NJW*, 1993, p. 2582.

²¹⁰ Nestler, C., “Rechtsgüterschutz..”, cit., pp. 65 y ss.

²¹¹ Lagodny, O., *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, Mohr, Tubinga, 1996, pp. 318 y ss.

²¹² Struensee, E., “Besitzdelikte”, cit., pp. 713 y ss.

²¹³ Es menester destacar, sin embargo, que Lagodny identifica – tal como veremos en detalle más adelante (cf. *infra*, IV.4.5) – una excepción a la alegada inconstitucionalidad en aquellos tipos de posesión que exigen una intención adicional de utilización del objeto por parte del sujeto típico.

Eckstein, “Besitz als Straftat”²¹⁴, escrita por sugerencia y bajo la dirección de F.-C. Schroeder, y publicada finalmente en el año 2001.

En dicha obra Eckstein presta una detallada y significativa contribución, no solo a la concepción por él defendida de los delitos de posesión como delitos de estado (presente en la parte tercera de su trabajo²¹⁵), sino también a la comprensión de tales figuras típicas en el contexto del sistema de la responsabilidad penal por el comportamiento (contenida en la parte segunda de su monografía²¹⁶). Por tales razones, las posiciones defendidas por el autor serán objeto de referencia y crítica a lo largo de todo nuestro trabajo.

Por lo que respecta a la discusión alemana, se ha de mencionar por último que, tal como se verá, la doctrina penal del citado país se viene consolidando en sentido contrario a la teoría de Eckstein.

A su vez, la ciencia penal española reciente también está dando sus primeros pasos hacia la identificación de los delitos de posesión como tipos penales con características y problemáticas comunes, e iniciando el debate acerca de la admisibilidad de su comprensión como delitos de estado.

En 2005 y 2006, Pastor Muñoz publicó una investigación en lengua española²¹⁷ y alemana²¹⁸ sobre los delitos de posesión y de “estatus”. En ellos, la autora rechaza, tras un breve análisis²¹⁹, la concepción de los delitos de posesión como supuestos de responsabilidad penal por el estado. El enfoque de ambos trabajos académicos se dirige, empero, a verificar la legitimidad de la tipificación penal de la posesión para proteger bienes jurídicos fundamentales, razón por la cual la autora no se ocupa detalladamente de la posición defendida por Eckstein y por sus seguidores.

²¹⁴ Eckstein, K., *Besitz*, cit., *passim*.

²¹⁵ *Ibid.*, pp. 226-263.

²¹⁶ *Ibid.*, pp. 123-225.

²¹⁷ Pastor Muñoz, N., *Los delitos de posesión y los delitos de estatus*, cit., *passim*.

²¹⁸ Pastor Muñoz, N., “Besitz- und Statusdelikte, Eine kriminalpolitische und dogmatische Annäherung”, *GA*, 2006, pp. 793 y ss.

²¹⁹ Cf. Pastor Muñoz, N., *Los delitos de posesión y los delitos de estatus*, cit., pp. 37-43; Pastor Muñoz, N., “Besitz- und Statusdelikte..”, cit., p. 797.

En similar dirección caminan las investigaciones de Polaino-Orts, del año 2011²²⁰, y de Borja Jiménez, de 2018²²¹, dado que ambas otorgan primacía al análisis de tales especies delictivas, respectivamente, a la luz de las categorías del “derecho penal del enemigo” y de la “justicia penal preventiva”, en detrimento del examen detallado de la teoría de los delitos de estado.

Se puede apreciar, por tanto, que hasta el momento la ciencia penal española se ha dedicado precipuamente al estudio de los aspectos político-criminales de las figuras típicas de posesión.

Excepciones a esta última afirmación son la monografía de Cox Leixelard, del año 2012²²², y el artículo académico de Busato, publicado en 2015²²³. Por lo que respecta al primero de estos autores – que ve en los delitos de posesión supuestos típicos comisivos – es necesario resaltar, sin embargo, que el análisis específico y pormenorizado de la teoría de los delitos de estado tampoco constituye una de las preocupaciones fundamentales de su abordaje dogmático²²⁴.

En los siguientes apartados pretendemos aportar una contribución que colme esta laguna aún existente en la discusión científica española, al realizar una exposición y apreciación crítica detalladas de la concepción contemporánea de los delitos de posesión como delitos de estado.

²²⁰ Polaino-Orts, M., “Delitos de posesión como derecho penal del enemigo”, en Maier/Sancinetti/Schöne (eds.), *Dogmática penal entre naturalismo y normativismo. Libro en homenaje a Eberhard Struensee*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2011, pp. 481 y ss.

²²¹ Ni en Borja Jiménez, E., “Delitos de posesión: una perspectiva desde la justicia penal preventiva”, *Revista General de Derecho Penal*, 30, 2018, pp. 1 y ss. (49 nota 103) ni tampoco en su más reciente investigación, Borja Jiménez, E., “Delitos de posesión: ¿una respuesta dogmática adecuada para un planteamiento político-criminal inadecuado?”, en Portilla Contreras/Velásquez Velásquez/Pomares Cintas/Fuentes Osorio (eds.), *Un juez para la democracia: libro homenaje a Perfecto Andrés Ibáñez*, Dykinson, Madrid, 2019, pp. 487 y ss. (500 nota 40), realiza tal autor un análisis detallado de la concepción de los delitos de posesión como delitos de estado, sino que se limita a alegar que es una teoría basada en meros “casos de laboratorio” o “de escuela”.

²²² Cox Leixelard, J. P., *Delitos de posesión*, cit., *passim*.

²²³ Busato, P. C., “Una crítica a los delitos de posesión a partir del concepto de acción significativa. Conexiones entre el «civil law» y el «common law» en las tesis de Tomás Vives Antón y George Fletcher”, *Revista penal*, 35, 2015, pp. 5 y ss.

²²⁴ La teoría de Eckstein es abordada por el autor en Cox Leixelard, J. P., *Delitos de posesión*, cit., pp. 168-173.

III.2. La teoría de los delitos de estado de Eckstein

En oposición a la doctrina y jurisprudencia dominantes en Alemania, Eckstein ve los delitos de posesión como manifestaciones de una responsabilidad penal parcialmente independiente²²⁵ de un comportamiento humano.

A pesar de admitir la posibilidad de considerar la “posesión” – o, mejor dicho, las acciones y/u omisiones que dan lugar al surgimiento de la custodia sobre el objeto típico, o que conservan tal custodia – un comportamiento humano²²⁶, el autor alega que ello frustraría los objetivos perseguidos por el legislador con la criminalización de la posesión.

Esto se debería, en primer lugar, a las supuestas lagunas de punición que resultarían de la interpretación de los delitos de posesión como delitos de comportamiento en los casos de custodia impuesta.

Según Eckstein, para fines prácticos, no solo se deben considerar como supuestos de custodia impuesta – en la terminología del autor alemán, “posesión” impuesta o “aufgedrängter Besitz” – aquellas situaciones en que el objeto típico llega a la esfera de dominio de alguien sin o contra su voluntad, sino también los casos donde las circunstancias del surgimiento de la custodia sobre el objeto no pueden ser probadas. Por otra parte, también es posible que la “posesión” impuesta se refiera “únicamente a la calidad del objeto”²²⁷. Esta última afirmación se refiere a los supuestos que designamos como de custodia impuesta respecto a la calidad del objeto típico²²⁸.

Si se conciben los tipos de posesión como criminalizaciones de comportamientos humanos, entonces la responsabilidad penal por posesión solo aparecerá, en los casos de custodia impuesta, a partir del momento en que el detentador de la custodia sobre el objeto tenga la capacidad de realizar una acción que ponga fin a su custodia de manera eficaz y, sin embargo, no la realice.

²²⁵ Sobre la defensa realizada por el autor de una supuesta “accesoriedad a un comportamiento” de la responsabilidad penal por el estado en los delitos de posesión, v. *infra*, IV.4.6.

²²⁶ Tal posibilidad es investigada y aceptada en la parte segunda de su monografía (cf. Eckstein, K., *Besitz*, cit., pp. 123-225).

²²⁷ *Ibid.*, pp. 150 y s.

²²⁸ Cf. *supra*, capítulo 1, apartado II.

Eckstein sostiene, en cambio, que en una “aplicación neutral de la ley”, el marco temporal determinante para el inicio de la responsabilidad debería ser ya, más bien, el momento en que el detentador de la custodia, tras haber reconocido su dominio fáctico sobre el objeto y la calidad de éste, *no toma la decisión* de terminar su custodia inmediatamente.

De esta manera, la exigencia inherente al sistema de la responsabilidad por un comportamiento, de que el sujeto típico ostente la capacidad de realizar la acción mandada, conduciría a un inaceptable “retardo” de la responsabilidad penal. Para ilustrar su raciocinio, Eckstein utiliza el siguiente ejemplo didáctico:

Caso 1: “E recibe una llamada anónima en su trabajo. El interlocutor le comunica que un sobre con estupefacientes se encuentra en su buzón de correo”²²⁹.

Si nos basamos en los requisitos de responsabilidad por un comportamiento (omisivo), en el caso expuesto arriba, aunque “E” no tome, inmediatamente, la decisión de liberarse de su custodia sobre los estupefacientes, su responsabilidad por el tipo de posesión de estupefacientes aún no se ha dado; solo se dará cuando “E” detente la capacidad de tomar medidas eficaces para la terminación de su custodia.

Para Eckstein, la existencia de este lapso temporal, en el cual el detentador de la custodia es impune a pesar de no haber tomado la decisión de librarse del objeto, sería inaceptable²³⁰.

En este punto, se ha de hacer una importante observación: a diferencia de su correspondiente tipo en el derecho español, el tipo penal de posesión de drogas del derecho alemán no exige una intención adicional (de tráfico, cultivo etc.)²³¹. Por tal razón, tanto el

²²⁹ Eckstein, K., *Besitz*, cit., p. 221.

²³⁰ *Ibid.*, pp. 221 y ss. En idéntico sentido, Schroeder, F.-C., “Besitz..”, cit., p. 449. Contrariamente, Lampe, E. J., “Recensión a «Eckstein, Besitz als Straftat»”, *ZStW*, 2001, p. 895; Hochmayr, G., *Strafbarer Besitz*, cit., p. 143; Eisele, J., “Vorbemerkungen zu den §§ 13 ff.”, en Schönke/Schröder (eds.), *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 30ª ed., C. H. Beck, Múnich, 2019, núm. marg. 42; Oğlakcioğlu, M. T., *Der Allgemeine Teil des Betäubungsmittelstrafrechts*, Duncker & Humblot, Berlín, 2013, pp. 108 y s.; Kotz, P./Oğlakcioğlu, M. T., “BtMG § 29”, en *Münchener Kommentar zum StGB*, vol. 6, 3ª ed., C. H. Beck, Múnich, 2017, núm. marg. 1904; Borja Jiménez, E., “Delitos de posesión: una perspectiva..”, cit., p. 49, nota 113.

²³¹ Compárese la redacción del § 29, apdo. 1, núm. 3 BtMG con la del art. 368 del CP:

supuesto fáctico construido por Eckstein, como los casos didácticos utilizados en adelante que se refieran al objeto típico “estupefacientes”, aluden – salvo cuando se haga mención expresa del derecho español – tan solo al tipo penal de la ley alemana. Las consecuencias dogmáticas que se extraerán del abordaje de tales casos son, empero, extensibles a todos los tipos de posesión sin tendencia interna trascendente de ambos ordenamientos jurídicos – también, salvo expresa reserva en sentido contrario.

Por otra parte, Eckstein alega que la comprensión de los tipos de posesión como delitos de comportamiento frustraría el objetivo de facilitar la persecución penal que tales tipos de delito deberían cumplir.

Pues, si fuese necesario reconducir el “poseer” a comportamientos concretos de establecimiento o mantenimiento de la custodia sobre el objeto, sería menester que las autoridades de persecución penal probasen tales acciones u omisiones. Esta consecuencia contradiría, al decir del penalista alemán, la voluntad legislativa subyacente a la criminalización de la mera posesión, la cual consistiría justamente en prescindir de tal producción probatoria²³².

A esta voluntad legislativa ya se estaría ajustando, en la opinión del autor, la jurisprudencia alemana. Ello porque, según Eckstein, en el momento de realizar la subsunción del supuesto fáctico en los elementos típicos de los delitos de posesión, los tribunales prescindirían de probar la existencia de comportamientos de establecimiento o de mantenimiento de la custodia sobre el objeto. Ello tornaría necesario reconocer, a su

“§ 29. Delitos: (1) Será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con pena de multa quien: (...) 3. posea sustancias estupefacientes sin poseer una autorización por escrito para su adquisición”. “Artículo 368. Los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines, serán castigados con las penas de prisión de tres a seis años y multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito si se tratare de sustancias o productos que causen grave daño a la salud, y de prisión de uno a tres años y multa del tanto al duplo en los demás casos”.

²³² Eckstein, K., *Besitz*, cit., pp. 186 y s.; Eckstein, K., “Grundlagen..”, cit., pp. 111 y s. Así también, Schroeder, F.-C., “Besitz..”, cit., p. 448; Struensee, E., “Besitzdelikte”, cit., pp. 717, 720; Lagodny, O., *Strafrecht vor den Schranken*, cit., pp. 326 y s.; Ambos, K., “Besitz als Straftat und die Funktion der subjektiven Tatseite”, en Joerden/Schmoller (eds.), *Festschrift für Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Keiichi Yamanaka zum 70. Geburtstag am 16. März 2017*, Duncker & Humblot, Berlín, 2017, p. 232.

modo de ver, que la jurisprudencia alemana ya practica una punición “*de facto*” de meros estados²³³.

A estas críticas se deben añadir, finalmente, las consideraciones de Eckstein relativas a la “lógica del sistema de protección de bienes jurídicos en el derecho penal”. La concepción de los delitos de posesión como supuestos de responsabilidad por el comportamiento fracasaría tanto en los tipos que realizan una función de protección del bien jurídico tras su lesión, como en aquellos cuya función de protección es previa a la lesión de bienes jurídicos.

La protección post-lesiva estaría presente en aquellos tipos que castigan el *auxilium post delictum* o, en otras palabras – y siguiendo a planteamientos dogmáticos modernos –, que criminalizan el “estímulo mediato a la práctica del hecho”²³⁴. Sería el caso, según Eckstein, de la función de protección propia del tipo de mera posesión de pornografía infantil²³⁵. La protección previa a la lesión de bienes jurídicos correspondería, por su parte, tanto a los tipos de posesión que criminalizan actos preparatorios, como a otros tipos (de posesión) de peligro ubicados en un estadio previo a la lesión de bienes jurídicos²³⁶. Un ejemplo de tal función de protección sería la criminalización de la posesión no autorizada de armas de fuego²³⁷.

En los tipos de posesión que protegen bienes jurídicos tras su lesión, el comportamiento de establecimiento de la custodia sobre el objeto es más merecedor de pena que la “posesión” en sí misma.

Aquí, la concepción de los tipos de posesión como delitos de comportamiento fracasaría porque, al fragmentar tales tipos en un comportamiento de establecimiento de la custodia y en un comportamiento que la mantiene, no sería capaz de aclarar por qué el legislador ha decidido criminalizar, además de estos comportamientos, también la “posesión” como una totalidad²³⁸.

²³³ Eckstein, K., *Besitz*, cit., p. 187, nota 266; Eckstein, K., “Grundlagen.”, cit., p. 112, nota 24, respaldándose en la sentencia del Segundo senado de lo penal del tribunal supremo alemán, de 03/03/1978 (“BGH, Urteil vom 03.03.1978, Az. 2 StR 717/77” = BGHSt 27, 380).

²³⁴ Eckstein, K., *Besitz*, cit., p. 81.

²³⁵ *Ibid.*, pp. 67, 83.

²³⁶ *Ibid.*, p. 81.

²³⁷ *Ibid.*, pp. 75, 82.

²³⁸ *Ibid.*, p. 188.

Por otro lado, en los tipos de posesión cuya función de protección es previa a la lesión de bienes jurídicos, la “posesión” del objeto en sí misma es, por el contrario, más merecedora de pena que los comportamientos que la establecen o la conservan.

En este último contexto, concebir tales tipos como delitos de comportamiento significaría desplazar el punto de gravedad de la responsabilidad hacia la adquisición/conservación del objeto, las cuales son menos merecedoras de pena que la propia “posesión”. Según Eckstein, esto produciría un indebido alejamiento de la relación de los tipos de posesión con los bienes jurídicos que aquellos anhelan proteger²³⁹.

Para superar todas las dificultades arriba descritas, Eckstein propone complementar la responsabilidad penal por posesión vinculada a una acción u omisión con el reconocimiento de una *responsabilidad penal por el estado*.

El concepto clave para un correcto tratamiento jurídico de los supuestos de custodia impuesta como el del caso 1, supuestos que la interpretación de los delitos de posesión como delitos de comportamiento no estaría en condiciones de abarcar jurídicopenalmente sería, para Eckstein, la voluntad de dominio (“Herrschaftswille”) según la *perspectiva del tráfico social* (“Verkehrsauffassung”)²⁴⁰.

De acuerdo con la perspectiva del tráfico social, la voluntad de detentar la custodia sobre un objeto no solo estaría presente cuando el surgimiento del dominio fáctico sobre aquél puede reconducirse a un acto previo de obtención voluntaria, sino también en aquellos casos donde las cualidades del tráfico social amplían el concepto de la voluntad de dominio por medio de ficciones socio-normativas.

Por consiguiente, la “posesión típica” sobre un objeto impuesto surgiría ya, según Eckstein, en virtud de una *voluntad general de dominio* o, mejor dicho, de una *voluntad anticipada de obtención*, en el momento en que el objeto llega a un ámbito de dominio cuya función es incorporar lo allí contenido a la voluntad de dominio de su titular²⁴¹.

Aplicando el argumento al caso 1: a partir de las características del tráfico social, el titular del buzón de correo, “E”, ostentaría una voluntad anticipada de obtención de todos los objetos que se depositan en su buzón²⁴². Debido a esta voluntad anticipada de

²³⁹ *Ibid.*, pp. 188 y s. Así también, Schroeder, F.-C., “Besitz..”, cit., pp. 448 y s.

²⁴⁰ Eckstein, K., *Besitz*, cit., pp. 221 y ss.

²⁴¹ *Ibid.*, p. 221, nota 438.

²⁴² *Ibid.*, pp. 221 y s. Sobre la ampliación del concepto de voluntad de dominio mediante estas ficciones en el derecho penal patrimonial alemán, cf. por ejemplo Bosch, N., “§ 242”, en Schönke/Schröder (eds.), *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 30ª ed., C. H. Beck, Múnich, 2019, núm. marg. 30.

obtención, en el momento que los estupefacientes son puestos en el buzón de “E”, éste pasaría a ostentar la “posesión típica” de las drogas allí depositadas, aunque ello haya ocurrido sin su consentimiento.

Distintos son, sin embargo, los supuestos en que el objeto *no* llega a la esfera de dominio de una persona, ni como consecuencia de un acuerdo previo, ni tampoco de una manera conforme al tráfico social. Así, por ejemplo, en el **caso 2**: “E posee una casa con jardín. Un paquete con drogas va a parar a su terreno, sin que él lo perciba”²⁴³.

Según Eckstein, en situaciones como la del caso 2, la persona todavía no detenta la “posesión típica” en el momento en que surge su poder hipotético de acceder al objeto típico, es decir, cuando el paquete llega al terreno de “E”, sino si y cuando, inmediatamente después del descubrimiento del objeto, “E” no toma medidas para librarse de él²⁴⁴.

De acuerdo con Eckstein, en situaciones como la del caso 1 – ¡pero no en el caso 2! – la “posesión típica” surgiría “sin que se tengan en cuenta comportamientos subyacentes a ella”²⁴⁵. Ello, por una parte, porque en supuestos como el mencionado, actos previos del individuo como el establecimiento de la propia esfera de dominio mediante la instalación del buzón no constituyen, por regla general, una base idónea donde anclar su responsabilidad por posesión, debido a la ausencia de dolo²⁴⁶. Y por otra, porque, a pesar de que el poder fáctico sobre la cosa no ha surgido como consecuencia de una acción previa de su titular, la ya mencionada “voluntad anticipada de obtención” de tal individuo permitiría afirmar, aún así, el surgimiento de su “posesión típica” del objeto.

Por consiguiente, en estos supuestos fácticos lo determinante para afirmar la responsabilidad penal del individuo no sería si, tras conocer todas las circunstancias del hecho, y con la capacidad para librarse del objeto, lleva o no a cabo tal acción de desprenderse del objeto. El único factor decisivo sería, más bien, *si toma la decisión* de librarse inmediatamente de la cosa.

²⁴³ Eckstein, K., *Besitz*, cit., p. 220.

²⁴⁴ *Ibid.*, p. 221.

²⁴⁵ *Ibid.*, p. 224.

²⁴⁶ *Ibid.*, p. 223.

Así, en el caso 1, si “E” decide, tras saber que “posee típicamente” los estupefacientes, poner término a su “posesión” inmediatamente, se excluiría, según Eckstein, su voluntad de dominio. Lo cual produciría, en consecuencia, un “efecto de retardo temporal” de la responsabilidad²⁴⁷.

Sin embargo, si “E” *no decide* terminar su “posesión típica” inmediatamente, si *cambia* su intención original de deshacerse del objeto, o si *omite la puesta en práctica inmediata* de su decisión de ponerle término, entonces la realidad existencial externa de la “posesión” pasaría a ser dominable por la voluntad de dominio y el dolo de “E”, y éste pasaría a ser un poseedor jurídico-penalmente responsable, salvo que alguna causa de justificación o de exculpación sea aplicable a su situación concreta²⁴⁸.

En las dos primeras hipótesis descritas en el párrafo anterior, “E” es considerado penalmente responsable, aunque no ostente la capacidad de realizar cualquier acción de terminación de su “posesión típica” sobre el objeto, pues en ellas ya no se daría una responsabilidad por un comportamiento (omisivo), sino *por el estado*²⁴⁹.

Concluida la exposición de los principales rasgos de la posición dogmática formulada por Eckstein, cabe aludir finalmente a una decisión judicial que, según el autor, corroboraría – aunque no en el sentido estrictamente probatorio mencionado anteriormente – su construcción de la responsabilidad penal por el estado. Se trata del auto dictado por el Quinto senado de lo penal del tribunal supremo alemán, de 12/02/1980²⁵⁰:

En el supuesto fáctico de esta decisión, el acusado “P” había tomado en custodia una maleta en su apartamento a petición de otro individuo, “O”, sin saber que la maleta contenía una gran cantidad de heroína. Tres días después, “O” le informa a “P” que pretende vender cierta cantidad heroína que se encuentra en el coche de un tercer acusado, “A” (no se trata de la heroína contenida en la maleta entregada a “P”, de cuya existencia éste aún no sabe).

“P” accede al pedido de auxilio en la venta de los estupefacientes que le dirige “A”, y conduce el automóvil de “A” hacia diferentes locales, donde “O” y “A” venden parte de la heroína que se encuentra en el coche. Mientras “P” conduce el vehículo, “O” le hace

²⁴⁷ *Ibid.*, p. 222.

²⁴⁸ *Idem.*

²⁴⁹ Eckstein, K., *Besitz*, cit., pp. 106 y s., 222 y ss. Así también, Schroeder, F.-C., “Besitz..”, cit., p. 449.

²⁵⁰ “BGH, Beschluss vom 12.02.1980, Az. 5 StR 47/80”.

saber que también la maleta que este le había entregado tres días antes contiene heroína, y que dicha sustancia será recogida en la casa de “P” y vendida aquella misma noche. Acto seguido, “O” le ordena a “P”, mediante amenazas, que permanezca en presencia de “O” y de “A” hasta que la maleta sea recogida en su apartamento. Antes de que pudiesen recoger las drogas en tal lugar, los tres acusados son detenidos por la policía.

Analizando tal supuesto de hecho, el BGH rechazó la concurrencia de un estado de necesidad exculpante (§ 35, apdo. 1 StGB) respecto de las imputaciones por complicidad al tráfico y por posesión de estupefacientes hechas en desfavor de “P”, pues, según el tribunal, “el peligro resultante de las amenazas alegadas era, también para el acusado, evidentemente evitable de otra manera”.

Sin embargo, la existencia de una custodia de “P” sobre las drogas resultó descartada por el tribunal. Con respecto a los estupefacientes contenidos en el coche de “A”, que “P” conducía, adujo el tribunal que, como “P” condujo el coche “en tal momento, tan solo en presencia y bajo órdenes de los otros acusados, no es posible concluir que él pudo y quiso influir en lo que ocurría con la heroína escondida en el vehículo”.

En lo que atañe a la heroína presente en la maleta en el apartamento, la custodia de “P” es negada con respaldo en tres razones: a) porque él “se encontraba, desde el momento de la comunicación del lugar de conservación de las drogas [*i. e.*, su propio apartamento], en presencia del otro acusado [que le estaba amenazando] y lejos de su apartamento”; b) porque “P” solo volvería a entrar en su apartamento en un momento posterior a aquel en que “O” le contó que la maleta contenía drogas, a saber, el momento en que “O” y “A” planeaban recoger los estupefacientes en el apartamento de “P”; c) porque “P” “se hallaba – y esto no ha sido refutado – bajo el influjo de amenazas”.

Según la decisión, el conjunto de estas tres circunstancias tornaría cuestionable la voluntad de dominio de “P” con respecto a los estupefacientes, y, en consecuencia, también su custodia sobre tal objeto típico²⁵¹. Con base en ello, el tribunal excluyó su responsabilidad por el delito de posesión de estupefacientes, pero no por el de complicidad al tráfico, materializado en su contribución como “chófer” a las actividades de tráfico realizadas por “O” y “A”.

²⁵¹ Para más detalles sobre la comprensión dominante en Alemania de la voluntad de dominio como subcomponente del concepto de custodia en el tipo de posesión de estupefacientes del § 29, apdo. 1, núm. 3 BtMG, cf. *infra*, capítulo 5, apartado IV.3.1.2.

Eckstein alega que la decisión judicial en cuestión respaldaría su construcción de la responsabilidad penal por el estado porque, en tal auto, el BGH “ha considerado determinante el aspecto subjetivo del hecho”²⁵².

III.3. El planteamiento de Deiters: oposición meramente aparente a la responsabilidad penal por el estado en los delitos de posesión

Deiters se posiciona en contra del reconocimiento de una responsabilidad penal por el estado en los delitos de posesión. Pero lo hace, no en virtud de la inadmisibilidad de las consecuencias de tal planteamiento, sino porque tal concepción devendría, en su opinión, superflua para la consecución de los fines por ella anhelados.

Según el autor, para afirmar la responsabilidad penal en supuestos de custodia impuesta en que el detentador de la custodia ostenta la intención de mantenerla, pero no la capacidad de deshacerse de ella, no haría falta buscar una solución dogmática que fuera más allá de la responsabilidad por el comportamiento. Por el contrario, en tales casos se podría reconocer una “tentativa de omisión (propia)”²⁵³.

La insuficiencia de la argumentación de Deiters es puesta de manifiesto, sin embargo, por la réplica de Eckstein: de un lado, una tentativa omisiva no es capaz de aclarar la razón por la cuál se castigaría al detentador de la custodia, más bien, por un delito de posesión consumado. Además, es necesario atender a que la tentativa no es punible en todos los tipos de posesión del derecho alemán²⁵⁴.

Aún más importante, sin embargo, es señalar que Deiters fundamenta su concepción en un presupuesto dogmáticamente equivocado, el cual, como veremos más adelante, también es compartido por Eckstein. Se trata de la suposición de que quien aún no está en condiciones de deshacerse de una custodia inicialmente impuesta, pero tiene la intención de conservarla, ya se encuentra en el estadio de una tentativa omisiva. Tal como demostraremos en un posterior apartado²⁵⁵, todas las teorías que se ocupan de la determinación del momento de la tentativa omisiva idónea tienen – y deben tener – como presupuesto ineludible la capacidad del sujeto típico para ejecutar la acción debida.

²⁵² Eckstein, K., *Besitz*, cit., p. 223.

²⁵³ Deiters, M., “Recensión a «Eckstein, Besitz als Straftat»”, *GA*, 2004, pp. 59 y ss.

²⁵⁴ Eckstein, K., “Grundlagen..”, cit., p. 112, nota 27.

²⁵⁵ V. *infra*, IV.4.6.

A la vista de la constatación de que el razonamiento de Deiters conduce a las mismas consecuencias prácticas que el planteamiento de Eckstein – a saber, al reconocimiento de la responsabilidad penal en determinados supuestos de custodia impuesta donde el sujeto típico aún no tiene la capacidad de librarse del objeto –, una clasificación coherente del planteamiento de Deiters debe considerar a este autor, en oposición a lo que él mismo afirma, como un defensor de la responsabilidad penal por el estado en los delitos de posesión.

III.4. Los planteamientos de Lampe y de Ambos: defensa meramente aparente de la responsabilidad penal por el estado en los delitos de posesión

Mientras Deiters discrepa en abstracto de la construcción de la responsabilidad penal por el estado, pero termina coincidiendo en última instancia con sus consecuencias prácticas, las tornas se invierten cuando se trata de clasificar el planteamiento de Lampe.

Como Eckstein, Lampe también considera los tipos de posesión como supuestos de responsabilidad penal por el estado. Lo que distingue ambas posiciones, sin embargo, es que Lampe no acepta que la responsabilidad por el respectivo delito de posesión empiece ya en el momento en que el detentador de la custodia previamente impuesta adquiere el conocimiento acerca de la calidad del objeto y no decide renunciar a su poder fáctico sobre él. Para Lampe, es preciso que el detentador ostente, además de tal conocimiento, también la capacidad de elegir entre el “ejercicio” o el “no ejercicio” del dominio fáctico sobre el objeto²⁵⁶.

Pero Eckstein rechaza – correctamente – que la concepción de Lampe pueda representar una verdadera defensa de la responsabilidad penal por el estado. Según el primero de estos autores, detrás de la alternativa de ejercer o de no ejercer el dominio fáctico sobre el objeto se ocultan, al fin y al cabo, la acción y la omisión. Y, si éstos fuesen los elementos determinantes del contenido del “reproche de culpabilidad” (“Schuldvorwurf”) de los delitos de posesión, entonces ya nada restaría de la responsabilidad penal por el estado²⁵⁷.

²⁵⁶ Lampe, E. J., “Recensión a «Eckstein, Besitz als Straftat»”, cit., pp. 895 y s.

²⁵⁷ Eckstein, K., “Grundlagen..”, cit., p. 115.

El planteamiento de Lampe no puede, por tanto, ser clasificado como una defensa de la responsabilidad penal por el estado en los delitos de posesión.

Por su parte, Ambos afirma explícitamente que los tipos de posesión instituyen una responsabilidad penal por el estado²⁵⁸. En el caso específico de la posesión de objetos típicos que no son “en sí mismos” peligrosos, el penalista entiende necesaria, asimismo, una interpretación conforme al principio constitucional de “culpabilidad”, la cual exigiría una intención de utilizar el objeto para fines criminales como requisito adicional de responsabilidad²⁵⁹.

Pero, al confrontar las críticas dirigidas por Hochmayr a las consecuencias dogmáticas resultantes de la responsabilidad penal por el estado, el autor sostiene – en contradicción con el planteamiento de Eckstein – que el requisito típico de la ausencia de una intención del individuo de librarse del objeto típico “presupondría que la renuncia a la posesión le era posible también desde la perspectiva objetiva”²⁶⁰.

La ambigüedad de tal posición dificulta la tarea de clasificarla como una defensa real o meramente aparente de la responsabilidad penal por el estado. No obstante, en nuestra opinión la posición de Ambos se aproxima más al planteamiento de Lampe que a la teoría de los delitos de estado de Eckstein.

IV. Análisis de la conformidad constitucional de la interpretación de los delitos de posesión como delitos de estado

IV.1. Introducción

En los apartados anteriores, hemos expuesto las interpretaciones doctrinales que ven en los delitos de posesión delitos sin comportamiento o “de estado”, con especial énfasis en el planteamiento de Eckstein. Concluida la aludida exposición, cabe ahora analizar si el planteamiento de Eckstein y de sus seguidores constituye una interpretación constitucionalmente admisible de los tipos de posesión.

²⁵⁸ Ambos, K., “Besitz als Straftat..”, cit., pp. 223 y ss.

²⁵⁹ *Ibid.*, p. 237.

²⁶⁰ *Ibid.*, p. 235, nota 84.

Determinante para tal análisis será, por una parte, el principio constitucional de legalidad penal, pues al emplear las expresiones “hecho” (“Tat”) y “acciones u omisiones” en la formulación de dicho principio, el texto constitucional alemán (art. 103, apdo. 2 GG) y español (art. 25.1 CE) parece afirmar la contrariedad entre el principio de legalidad penal y el reconocimiento de una responsabilidad penal por el estado.

Por otra parte, también será necesario indagar si la lógica de atribución del suceso externo a la instancia interna del sujeto de la imputación, que subyace a la responsabilidad penal por el estado, se revela compatible con el Estado democrático de derecho. Esta indagación se refiere entonces al principio de imputación subjetiva, al cual la doctrina mayoritaria denomina “principio de culpabilidad”.

Antes de averiguar la conformidad de la responsabilidad penal por el estado con cada uno de los dos citados principios, hemos de aludir a dos decisiones del tribunal constitucional alemán que, por ser relevantes para ambas averiguaciones, deben ser abordadas en primer lugar. Se trata de los autos BVerfG NJW 1994, 2412 y BVerfG NJW 1995, 248, cuyos fundamentos serán explicitados en el siguiente apartado.

IV.2. Los autos BVerfG NJW 1994, 2412 y BVerfG NJW 1995, 248 del tribunal constitucional alemán

En dos sucesivos autos del año 1994 – el primero relacionado con la posesión de estupefacientes²⁶¹ y el segundo con la posesión de armas²⁶² –, el tribunal constitucional alemán fue instado a manifestarse sobre la constitucionalidad de los tipos de posesión a la luz del art. 103, apdo. 2 GG, el cual dispone que “un hecho solo puede ser penado si su punición estaba legalmente determinada antes de que el hecho fuera cometido”²⁶³.

En las citadas resoluciones, la corte alemana sentó algunos cánones interpretativos que devienen relevantes, tanto para la averiguación de la compatibilidad de la

²⁶¹ Auto de la Segunda cámara del segundo senado del tribunal constitucional alemán, de 16/06/1994 (“BVerfG, 2. Kammer des Zweiten Senats, Beschluss vom 16.06.1994 - 2 BvR 1157/94”) = BVerfG NJW 1994, 2412.

²⁶² Auto de la Segunda cámara del segundo senado del tribunal constitucional alemán, de 06/07/1994 (“BVerfG, 2. Kammer des Zweiten Senats, Beschluss vom 06.07.1994 - 2 BvR 885/94”) = BVerfG NJW 1995, 248.

²⁶³ En alemán, “eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde”.

responsabilidad penal por el estado con el principio constitucional de legalidad penal, como para la verificación de su conformidad con el principio constitucional de imputación subjetiva. Ello a pesar de que, como veremos a continuación, las cuestiones interpretativas decisivas para los dos citados análisis no han sido resueltas en tales autos.

Los recursos de inconstitucionalidad (“Verfassungsbeschwerden”) que dieron lugar a las decisiones judiciales comentadas alegaban que, del uso de la palabra “hecho” (“Tat”) en el art. 103, apdo. 2 GG, se habría de deducir una garantía fundamental de exclusiva criminalización de fenómenos que puedan ser comprendidos como comportamientos humanos²⁶⁴.

Para facilitar la comprensión de la tesis defendida en los recursos, hemos de adelantar que – tal como demostraremos a continuación²⁶⁵ – la definición del término “Tat” en los diccionarios de la lengua alemana es más restrictiva de la que corresponde a la expresión “hecho” en los diccionarios del idioma castellano: mientras este último vocablo puede denotar tanto una “acción u obra” como una “cosa que sucede”, el primero es definido como “algo que alguien hace [o] que hizo; acción”.

Por otro lado, también se ha de atender a que, aunque el vocablo “hecho” constituya la correspondencia terminológica de la palabra “Tat” más frecuentemente adoptada en la doctrina penal hispanohablante, no representa la única traducción posible de tal palabra, pues ésta también puede ser traducida al castellano como “acción” o “acto”.

La lectura de las decisiones no permite concluir, con todo, si la garantía postulada en los recursos se derivaría del principio constitucional de imputación subjetiva o de “culpabilidad”, o si estaría ligada, más bien, al propio principio de legalidad penal previsto explícitamente en el art. 103, apdo. 2 GG²⁶⁶. En el caso de que la primera

²⁶⁴ BVerfG NJW 1994, 2412; BVerfG NJW 1995, 248.

²⁶⁵ Cf. *infra*, IV.3.4.1.

²⁶⁶ En este punto, por necesidades de claridad, hemos de adelantar brevemente los rasgos fundamentales de los dos raciocinios acabados de mencionar, cuya exposición detallada será realizada *infra*, IV.3.1 y IV.3.2, respectivamente: Así, la deducción de la garantía constitucional de exclusiva criminalización de comportamientos humanos a partir del art. 103, apdo. 2 GG *con base en el principio de imputación subjetiva o de “culpabilidad”* se basaría en que, por haber empleado la palabra “hecho” en su formulación del principio de legalidad penal, tal norma constitucional habría instituido una interdicción del derecho penal de la mera actitud interna. Lo cual implicaría que tan solo comportamientos humanos – pero no meras actitudes subjetivas – pueden ser criminalizados.

Mientras que la deducción de la mentada garantía a partir del art. 103, apdo. 2 GG *con base en el principio de legalidad penal* estaría relacionada, por un lado, con la supuesta imposibilidad de encajar una

hipótesis corresponda a la base axiológica de la argumentación de los demandantes, ello significa que entienden que el art. 103, apdo. 2 GG no solo prevé explícitamente el principio de legalidad penal, sino también – y con carácter implícito – el de imputación subjetiva.

Sea cual sea el principio en que los demandantes basaron la alegada garantía constitucional de exclusiva criminalización de comportamientos humanos, llama la atención la noción muy peculiar con la cual identificaron el concepto de comportamiento. Éste debería ser entendido como un “movimiento corporal causado por un acto de voluntad”²⁶⁷. En consecuencia, tipos penales que criminalizasen acontecimientos que no configuran movimientos corporales causados por un acto de voluntad contrariarían, a su decir, el art. 103, apdo. 2 GG, y deberían ser considerados inconstitucionales.

Este último argumento es el que lleva a los demandantes a impugnar la constitucionalidad de los tipos de posesión de estupefacientes (§ 29, apdo. 1, núm. 3 BtMG) y de armas (§ 53, apdo. 1, núm. 3a WaffG, en su redacción antigua):

El texto literal de estas figuras delictivas se limita a describir, respectivamente, la posesión de estupefacientes y el “ejercicio del poder fáctico” (“Ausübung der tatsächlichen Gewalt”) sobre un arma de fuego. Con base en esta exclusiva descripción de una relación fáctica de poder entre sujeto y objeto típicos – que, como hemos visto, es un rasgo fundamental de los tipos de posesión²⁶⁸ – sustentan los demandantes que los tipos alemanes de posesión de estupefacientes y de armas de fuego *castigan* un mero “estado ausente de comportamiento” (“handlungsleerer Zustand”)²⁶⁹.

Al proceder esta manera, los mentados tipos de posesión contradirían la garantía de exclusiva criminalización de comportamientos humanos – que habrían de ser entendidos, recuérdese, como “movimientos corporales causados por un acto de voluntad” – supuestamente contenida en el art. 103, apdo. 2 GG. Lo cual tornaría necesario concluir

responsabilidad penal sin comportamiento (por el estado) en el tenor literal de la expresión “Tat” (“argumento gramatical”). Por otro lado, y en el caso de que no se aceptase el “argumento gramatical”, dicha deducción se haría con base en la supuesta necesidad de interpretar el término “Tat” de modo restrictivo en aras de evitar una erosión hermenéutica del principio de legalidad. Tal interpretación restrictiva implicaría, pues, que solo comportamientos humanos pueden estar comprendidos en tal término (“argumento teleológico”).

²⁶⁷ BVerfG NJW 1994, 2412; BVerfG NJW 1995, 248.

²⁶⁸ Al respecto, cf. *supra*, capítulo 2, apartado II.1.

²⁶⁹ BVerfG NJW 1994, 2412; BVerfG NJW 1995, 248 (249).

que las figuras delictivas de posesión de estupefacientes y de armas de fuego son inconstitucionales²⁷⁰.

El tribunal constitucional alemán no admitió los susodichos recursos a trámite. Sobre la objeción de que los tipos de posesión de drogas y de armas no encajarían en el concepto de comportamiento humano, sino que serían criminalizaciones de meros estados, adujo que el concepto de comportamiento defendido en los recursos – el de movimiento corporal causado por un acto de voluntad – ya resulta controvertido en el propio plano del derecho infraconstitucional, no pudiendo ser determinante, por ende, para la interpretación constitucional del término “Tat” empleado en el art. 103, apdo. 2 GG²⁷¹. Con base en ello, concluyó la corte que “el legislador no se halla impedido por la constitución de criminalizar, además, el establecimiento o el mantenimiento de un estado o relación que no estén vinculados a un movimiento corporal”²⁷².

En la argumentación acotada, la corte alemana brinda una respuesta en sentido negativo a una de las problemáticas planteadas por los demandantes, a saber, la de si el concepto de comportamiento humano debe ser identificado con la noción de “movimiento corporal causado por un acto de voluntad”. Sin embargo, al aludir a la posesión de estupefacientes y de armas como el “establecimiento o mantenimiento de un estado o relación”, el tribunal omite analizar una segunda problemática que los recursos le instaron a resolver: concretamente, si una atribución de responsabilidad penal por tal estado o relación *sin recurrir* a dichos comportamientos de establecimiento o de mantenimiento – o sea, si una responsabilidad penal por el estado – encaja o no en el término “hecho” (“Tat”) contenido en el art. 103, apdo. 2 GG.

No obstante, se ha de señalar que esta primera omisión del tribunal deviene comprensible si se tienen en cuenta dos graves vicios presentes en la argumentación de los demandantes. En primer lugar, estos parten del presupuesto de que, si los tipos de posesión de drogas o de armas se limitan a describir una relación fáctica de dominio entre sujeto y objeto típicos, ello significa necesariamente que dichos tipos ya *castigan* la propia relación fáctica de dominio. En otras palabras, asumen de antemano que los tipos de posesión son supuestos de responsabilidad penal por el estado, sin considerar la

²⁷⁰ BVerfG NJW 1994, 2412; BVerfG NJW 1995, 248.

²⁷¹ BVerfG NJW 1994, 2412; BVerfG NJW 1995, 248 (249).

²⁷² BVerfG NJW 1994, 2412 (2413); BVerfG NJW 1995, 248 (249).

posibilidad de (re)interpretar tales tipos de forma que exigieran comportamientos de establecimiento o mantenimiento a los que reconducir la relación fáctica de dominio.

En segundo lugar – y más evidentemente – tienen como base un concepto de conducta humana como “movimiento corporal causado por un acto de voluntad” que, por ser incapaz de abarcar siquiera las omisiones – en las cuales no es imprescindible la ocurrencia de un movimiento corporal voluntario –, deviene inservible.

En los dos vicios de argumentación destacados se aprecia, por tanto, la equiparación apriorística y equivocada del concepto de posesión (título de imputación) con la categoría de imputación de la responsabilidad penal por el estado, así como la de los términos “hecho” (“Tat”) y “comportamiento” (“Verhalten”) con la categoría de imputación de la *comisión* (“Handlung”)²⁷³. Equiparaciones estas que facilitaron, de antemano, la inadmisión a trámite de los recursos: tan solo hacía falta poner de manifiesto su carácter erróneo – como de hecho hizo el tribunal en ambas decisiones²⁷⁴ – para que la argumentación de los demandantes perdiese todo su poder persuasivo. Y por tanto sin que resultara necesario, para tales fines, analizar si la responsabilidad penal por el estado encaja o no en el término “hecho” (“Tat”) contenido en el art. 103, apdo. 2 GG.

Por otra parte, a la alegación de los demandantes de que el art. 103, apdo. 2 GG contendría la garantía de que nadie puede ser castigado por un acontecimiento sin la calidad de un comportamiento humano, lo cual proscibiría la criminalización de meros estados, replicó la corte constitucional que no se puede ampliar el sentido de tal norma hasta el punto de entender que contiene otra garantía constitucional diferente del principio de legalidad en sus cuatro corolarios²⁷⁵. En sus palabras, “la constitución no define qué es lo que se debe entender como un hecho en el sentido del art. 103, apdo. 2 GG”²⁷⁶.

²⁷³ Para estas distinciones fundamentales, cf. *supra*, capítulo 1, apartado II.

²⁷⁴ La equivocación de la primera equiparación es puesta de manifiesto por el tribunal cuando alega que “el legislador no se halla impedido por la constitución de criminalizar, además, el establecimiento o el mantenimiento de un estado o relación que no estén vinculados a un movimiento corporal”. Mientras que el carácter erróneo de la segunda es destacado por la corte cuando afirma que el concepto de comportamiento defendido por los demandantes ya resulta controvertido en el propio plano del derecho infraconstitucional, no pudiendo, en consecuencia, ser determinante para la interpretación del término “Tat” en el plano constitucional.

²⁷⁵ BVerfG NJW 1994, 2412; BVerfG NJW 1995, 248. Se trata de las garantías de legalidad en sentido formal (reserva de ley en sentido formal), de irretroactividad de la ley penal más severa, de prohibición del recurso a la analogía desfavorable al reo y de prohibición de leyes penales indeterminadas o imprecisas.

²⁷⁶ BVerfG NJW 1994, 2412; BVerfG NJW 1995, 248.

La decisión prosigue alegando que la determinación de “si al legislador le es prohibido conminar con una pena a un determinado comportamiento humano [...] depende exclusivamente de los estándares constitucionales en que el concepto de hecho del art. 103, apdo. 2 GG se halla integrado”. Y el estándar constitucional del cual tal determinación depende sería el principio de imputación subjetiva o de “culpabilidad”²⁷⁷.

Este último principio no se deduciría, empero, del art. 103, apdo. 2 GG, sino de los corolarios del Estado de derecho constitucionalmente asegurados de la dignidad (art. 1, apdo. 2 GG) y de la autorresponsabilidad (art. 2, apdo. 1 GG) del ser humano, y se mantendría íntegro con tal de que la criminalización se vincule a un “comportamiento prohibido de un ser humano que es dominable por su voluntad”. Al entender que el “establecimiento o mantenimiento de un estado prohibido” criminalizado en los tipos de posesión de drogas y de armas cumple este último requisito, concluye la corte que tales figuras delictivas no son inconstitucionales²⁷⁸.

Pero en esta última argumentación, el tribunal alemán, al mismo tiempo que se manifiesta sobre dos de las problemáticas suscitadas por los recursos, omite analizar otras dos importantes cuestiones:

Cuando alega que no es posible deducir del art. 103, apdo. 2 GG, garantías distintas de los cuatro corolarios del principio de legalidad, la corte rechaza la presuposición constitucional-positiva fundamental de los demandantes en el sentido de que el empleo de la expresión “Tat” en el citado precepto instituiría una garantía fundamental de exclusiva criminalización de comportamientos humanos. Y al consignar que el principio de imputación subjetiva o de “culpabilidad” no se deriva del art. 103, apdo. 2 sino de los arts. 1, apdo. 2 y 2, apdo. I GG, niega la posibilidad de anclar la base axiológica de la alegada garantía fundamental de exclusiva criminalización de comportamientos humanos en un reconocimiento implícito del principio de “culpabilidad” por parte del art. 103, apdo. 2 GG²⁷⁹.

Ahora bien, el razonamiento en cuestión pasa por alto, por una parte, que también es posible defender la incompatibilidad de la responsabilidad penal por el estado con el art. 103, apdo. 2 GG – y, en consecuencia, afirmar la garantía fundamental de exclusiva

²⁷⁷ BVerfG NJW 1994, 2412; BVerfG NJW 1995, 248 (249).

²⁷⁸ BVerfG NJW 1994, 2412 (2413); BVerfG NJW 1995, 248 (249).

²⁷⁹ Ello a pesar de que, como hemos explicitado, la lectura de las decisiones no permite concluir si los demandantes pretenden deducir dicha garantía fundamental del principio de legalidad penal explícitamente recogido en el art. 103, apdo. 2 GG o si respaldan tal deducción, más bien, en el supuesto reconocimiento implícito, por este precepto constitucional, del principio de imputación subjetiva o de “culpabilidad”.

criminalización de comportamientos humanos – *sin postular* que tal norma constitucional contiene un (adicional e implícito) principio de culpabilidad. En consecuencia, deja de analizar si la subsunción de la responsabilidad penal por el estado en el término “Tat”, contenido en el art. 103, apdo. 2 GG, violaría *el propio principio constitucional de legalidad penal* consagrado en este precepto.

Por otra parte, afirman las resoluciones judiciales comentadas que la decisión sobre la admisibilidad constitucional de conminar con una pena a un determinado *comportamiento humano* depende de si la criminalización es compatible con el principio de “culpabilidad”. Compatibilidad esta que estaría presente en la conminación penal del “establecimiento o mantenimiento” del poder fáctico sobre estupefacientes o armas de fuego. Esta argumentación omite verificar si un castigo penal de la posesión de estos objetos *sin recurrir a comportamientos* de establecimiento o mantenimiento de la custodia – es decir, si la interpretación de estos delitos de posesión como supuestos de una responsabilidad penal por el estado – respetaría o no el principio de “culpabilidad”.

A título de conclusión, se constata que, en los autos comentados, el tribunal constitucional alemán dejó de analizar: a) si la responsabilidad penal por el estado encaja o no en el término “hecho” (“Tat”) contenido en el art. 103, apdo. 2 GG; b) si, en el caso de que se subsuma la responsabilidad penal por el estado en el término “Tat”, se infringe o no el propio principio constitucional de legalidad penal consagrado en el propio art. 103, apdo. 2 GG²⁸⁰; c) si la responsabilidad penal por el estado viola o no el principio de responsabilidad subjetiva o de “culpabilidad”.

²⁸⁰ Como veremos adelante, a pesar de estar estrechamente relacionadas, las cuestiones enumeradas en los ítems “a” y “b” no se confunden. Pues es posible defender que, incluso si la responsabilidad penal por el estado encajase en el tenor literal de la palabra “Tat”, la subsunción de aquella categoría de imputación a este término produciría un vaciamiento hermenéutico – y, por tanto, una *violación* – del principio constitucional de legalidad penal. Para la exposición y refutación de este posible “argumento teleológico”, cf. *infra*, IV.3.2 y IV.3.4.5, respectivamente.

IV.3. Responsabilidad penal por el estado, principio constitucional de legalidad penal y las expresiones “hecho” (“Tat”) del art. 103, apdo. 2 GG y “acciones u omisiones” del art. 25.1 CE

IV.3.1. Delimitación preliminar del problema: los dos posibles procedimientos hermenéuticos para sustentar la contrariedad de la responsabilidad penal por el estado con los arts. 103, apdo. 2 GG y 25.1 CE

Múltiples disposiciones legales hacen referencia expresa, tanto en el derecho penal alemán como en el español, a un “hecho” (o “Tat”) como su objeto de regulación²⁸¹. También es usual la alusión al “hecho” entendido como comportamiento humano, es decir, como acción u omisión²⁸². Por su parte, al consagrar el principio constitucional de legalidad penal, respectivamente, en el art. 103, apdo. 2 GG²⁸³ y en el art. 25.1 CE²⁸⁴, las constituciones alemana y española emplean, también respectivamente, las expresiones “hecho” (“Tat”) y “acciones u omisiones”.

La utilización de los citados términos en el texto de estos preceptos constitucionales suscita la cuestión de si, procediendo de esta manera, los respectivos legisladores constitucionales habrán instituido, en dichas normas, proscripciones de una responsabilidad penal por el estado.

Pero, como hemos anticipado brevemente en el apartado anterior, para sustentar que el art. 103, apdo. 2 GG – y también que el art. 25.1 CE – establece una interdicción constitucional a la responsabilidad penal por el estado, es posible seguir no uno sino dos diferentes procedimientos hermenéuticos, que ostentan bases axiológicas distintas:

Un primer procedimiento hermenéutico vería en los arts. 103, apdo. 2 GG y 25.1 CE proscripciones de la responsabilidad penal por el estado con base en el principio de imputación subjetiva o de “culpabilidad”. Esta argumentación sostendría que, al haber empleado, respectivamente, la palabra “hecho” y la expresión

²⁸¹ Cf. por ejemplo los §§ 1, 2 apdos. 1 a 4, 3, 4, 8 y 9 StGB, así como los arts. 2.1, 6, 8 y 16.3, del CP.

²⁸² Así, por ejemplo, los §§ 14, 15, 16, 20 y 32 StGB, bien como arts. 1.1, 4.2 y 4.3, 7, 10, 12 y 65.2 del CP.

²⁸³ Recordemos que la disposición constitucional en cuestión establece que “un hecho solo puede ser penado si su punición estaba legalmente determinada antes de que el hecho fuera cometido” (en alemán, “eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde”).

²⁸⁴ En virtud de tal norma constitucional, en España “nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”.

“acciones u omisiones” en su formulación del principio de legalidad penal, los mentados preceptos constitucionales habían instituido indirectamente una interdicción del derecho penal basado en la mera actitud interna. En consecuencia, contendrían los arts. 103, apdo. 2 GG y 25.1 CE no uno sino *dos principios constitucionales* limitadores del *ius puniendi*, por un lado, el aludido principio de legalidad penal y, por otro lado, implícitamente, el principio de imputación subjetiva o de “culpabilidad”.

Al defender, por una parte, que el principio de imputación subjetiva o de “culpabilidad” deriva su fundamento constitucional positivo del art. 103, apdo. 2 GG y, por otra parte, que la responsabilidad penal por el estado es una interpretación basada en la mera actitud interna del sujeto típico²⁸⁵, tal línea argumentativa concluiría que la concepción de los delitos de posesión como delitos de estado configuraría una infracción del citado precepto constitucional.

En este aspecto, la argumentación se asemeja, en la doctrina constitucional alemana, a la posición defendida con carácter minoritario por Kingreen y Poscher, quienes – a pesar de no pronunciarse sobre la responsabilidad penal por el estado – extraen del art. 103, apdo. 2 GG que “un derecho penal de un estado de derecho se vincula a *hechos* [“Taten”], es decir, a acciones y no a actitudes internas”²⁸⁶.

En sentido similar, en España, tanto Orts Berenguer y González Cussac²⁸⁷ como Cobo del Rosal y Vives Antón²⁸⁸ identifican el fundamento constitucional del principio de “culpabilidad” también – pero no únicamente – con el principio de legalidad, y pretenden extraer asimismo un “principio del hecho” del art. 25.1 CE. Y autores como García Pérez²⁸⁹ y Mir Puig²⁹⁰ extraen el principio de “culpabilidad”, indirectamente, del art. 25.1 CE, al defender que el corolario de la seguridad jurídica sentaría las bases del reconocimiento de tal principio. Según afirma el primer autor, “un Derecho penal basado en la responsabilidad

²⁸⁵ Para no sobrecargar esta exposición, todavía no explicitaremos las razones de tal posible – y, en nuestra opinión, real – vulneración de la interdicción del derecho penal de la actitud interna. La temática será abordada detalladamente *infra*, IV.4.4.

²⁸⁶ Kingreen, T./Poscher, R., *Grundrechte - Staatsrecht II*, 34ª ed., C.F. Müller, Heidelberg, 2018, núm. marg. 1255.

²⁸⁷ Orts Berenguer, E./González Cussac, J. L., *Compendio de derecho penal. Parte general*, 7ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 150 y ss., 154 y ss.

²⁸⁸ Cobo del Rosal, M./Vives Antón, T. S., *Derecho penal. Parte general*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 344 y s., 544 nota 36.

²⁸⁹ García Pérez, O., “Delitos de sospecha: principio de culpabilidad y derecho a la presunción de inocencia. Los artículos 483 y 485 CP”, *ADPCP*, 46, 1993, p. 644.

²⁹⁰ Mir Puig, S., *Derecho penal: parte general*, 10ª ed., Reppertor, Barcelona, 2015, p. 136.

por el resultado determina que el sujeto no pueda prever las consecuencias jurídicas de su actuación, pues éstas se fundan en circunstancias que el sujeto ni siquiera pudo prever”²⁹¹.

Cabe recordar que, en Alemania, este primer procedimiento hermenéutico, que extiende el contenido garantístico de los mentados preceptos constitucionales más allá de la exclusiva previsión del principio de legalidad para incluir en él, además, el principio de imputación subjetiva – y así ver en tal precepto una prohibición de la responsabilidad penal por el estado – ha sido indirectamente neutralizado por el tribunal constitucional del país.

Pues, al sentar la interpretación de que el principio de imputación subjetiva o de “culpabilidad” no extrae su fundamento constitucional positivo del art. 103, apdo. 2 GG, los autos analizados en el apartado anterior imposibilitaron, indirectamente, sustentar la susodicha argumentación. Es necesario recalcar, empero, que esta primera variante argumentativa solo se vio imposibilitada *indirectamente*. Pues, como también hemos visto, a pesar de haber sentado el fundamento constitucional positivo del principio de imputación subjetiva en sentido diverso de lo pretendido por tal argumentación – lo cual le priva de antemano de viabilidad –, no se pronunció el tribunal constitucional alemán, en tales decisiones, acerca de la compatibilidad de la responsabilidad penal por el estado con el principio de imputación subjetiva o de “culpabilidad”.

En España, sin embargo, sigue abierta la cuestión de si resulta posible derivar el principio de imputación subjetiva del 25.1 CE y, así, afirmar que la responsabilidad penal por el estado viola este precepto constitucional. Ello es así porque la jurisprudencia constitucional española, al contrario de la alemana, no se ha pronunciado acerca de la posibilidad de derivar el principio de imputación subjetiva de la cláusula constitucional del art. 25.1 CE.

Al respecto, cabe aludir brevemente a la STC 65/1986 de 22 de mayo. En el recurso de amparo que dio lugar a dicha sentencia, el tribunal constitucional español fue instado a pronunciarse, entre otras cuestiones, sobre la posibilidad de entender que el art. 25.1 CE contiene, además del principio de legalidad, también el principio de “culpabilidad” en su vertiente de exigencia de proporcionalidad entre la pena concretamente aplicada y la gravedad del comportamiento delictivo realizado.

²⁹¹ García Pérez, O., “Delitos de sospecha..”, cit., p. 644.

Si se tiene en cuenta que la doctrina y la jurisprudencia españolas consideran, mayoritariamente, que tanto la exigencia de proporcionalidad anteriormente mencionada como el principio de imputación subjetiva están contenidos en la misma rúbrica del “principio de culpabilidad”²⁹², sería posible concluir, en la hipótesis de que el tribunal constitucional diera una respuesta afirmativa a la cuestión expuesta en el párrafo anterior, que el principio de imputación subjetiva también obtendría su fundamento constitucional positivo a partir del art. 25.1 CE.

Sin embargo, en vez de ofrecer una respuesta a la problemática planteada, el tribunal se limitó a aseverar que,

“aun prescindiendo del problema de si la culpabilidad debe considerarse comprendida en el principio de legalidad, es lo cierto que la cuestión planteada no se refiere en absoluto a la concreta culpabilidad del condenado (...) En realidad, aquí no se suscita la cuestión de la desproporción de la pena en el momento de su individualización llevada a cabo por los Tribunales por razón de la culpabilidad, ni la de en qué medida pueda existir una responsabilidad penal sin culpa, sino (...) los criterios del legislador al establecer en abstracto y con carácter general las penas correspondientes a diversas conductas tipificadas como delitos, lo que nada tiene que ver con la culpabilidad del autor concreto (...) No cabe deducir del art. 25.1 de la Constitución española un derecho fundamental a la proporcionalidad abstracta de la pena con la gravedad del delito”²⁹³.

Por lo que respecta a la sentencia examinada, discrepamos, por tanto, de la opinión de Díez Ripollés, quien alega que tal decisión habría derivado el fundamento constitucional del principio de imputación subjetiva del art. 25.1 CE²⁹⁴. Como se puede notar, la sentencia no se pronuncia sobre esta cuestión.

Una vez expuesta la manera en que se plantearía este primer procedimiento hermenéutico, destacamos que dicha exposición se hizo únicamente con la finalidad de aclarar sus rasgos fundamentales, con el fin de evitar su confusión con el segundo procedimiento hermenéutico que pasaremos a explicitar. En cambio, el examen de *la viabilidad* del primer procedimiento hermenéutico en el contexto constitucional

²⁹² Al respecto, cf. *infra*, IV.4.2.

²⁹³ STC 65/1986 de 22 de mayo, fundamento jurídico 3º.

²⁹⁴ Díez Ripollés, J. L., *Derecho penal español. Parte general*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 264.

español²⁹⁵ *aún no será llevado a cabo en este momento*. A este análisis se dedicará el apartado relativo al fundamento constitucional del principio de imputación subjetiva²⁹⁶.

Además de la interpretación acabada de exponer, también es posible defender la inadmisibilidad de la responsabilidad penal por el estado, en virtud de los arts. 103, apdo. 2 GG y 25.1 CE, con respaldo en la supuesta incompatibilidad de su reconocimiento con *el propio principio constitucional de legalidad penal* expresamente consagrado en estas dos normas.

Este segundo procedimiento hermenéutico – que, además de explicitar, también *valoraremos* a continuación – en nuestra opinión solo se ha desarrollado en la ciencia penal alemana y española de manera parcial. Ello porque, a favor de dicha interpretación, no solo es posible esgrimir una argumentación gramatical relacionada con el tenor literal de los arts. 103, apdo. 2 GG y 25.1 CE – la cual está presente en determinados planteamientos de la doctrina germánica y española –, sino que también se puede acudir a un segundo argumento, de naturaleza *teleológica*, de cuya posibilidad ni la doctrina ni la jurisprudencia de ambos países se ha, aún, percatado²⁹⁷.

En los siguientes apartados, expondremos el aludido argumento gramatical según los contornos concretos que adquiere en el contexto del art. 103, apdo. 2 GG y del art. 25.1 CE, identificando los planteamientos que lo defienden. Aclararemos también cómo el argumento teleológico podría plantearse en relación con el texto constitucional alemán y con el español.

La circunstancia de que el citado argumento teleológico no proviene de planteamientos ya existentes en la ciencia penal, sino de nuestra propia pluma, no debe llevar a pensar, empero, que él – y tampoco que el argumento gramatical – se corresponde con nuestra opinión personal. A causa de ello, cuando explicitemos ambos argumentos, el gramatical y

²⁹⁵ En lo que atañe, por su parte, al contexto constitucional alemán, hemos visto que dicho procedimiento ha sido desactivado indirectamente por el entendimiento sentado en los autos BVerfG NJW 1994, 2412 y BVerfG NJW 1995, 248.

²⁹⁶ Cf. *infra*, IV.4.2.

²⁹⁷ Con respecto al contexto alemán también cabe añadir que, tal como se vio, en los autos BVerfG NJW 1994, 2412 y BVerfG NJW 1995, 248 el tribunal constitucional alemán dejó de analizar dos cuestiones cruciales para el examen de la corrección de esta argumentación, a saber: a) si la responsabilidad penal por el estado puede subsumirse en la expresión “Tat”, contenida en el art. 103, apdo. 2 GG, averiguación esta que, como explicitaremos, tiene que ver con el “argumento gramatical” y; b) si dicha subsunción violaría el propio principio constitucional de legalidad penal consagrado en el art. 103, apdo. 2 GG, averiguación esta que, como también veremos, se refiere al “argumento teleológico”.

el teleológico, emplearemos constantemente el tiempo verbal condicional de indicativo. Esta manera de proceder, que va más allá de las argumentaciones ya existentes y se ocupa, además, de argumentaciones imaginables, se debe al método “dialéctico-hipotético” que adoptamos en este trabajo en virtud de la escasez de literatura sobre los delitos de posesión²⁹⁸.

Una vez concluida la exposición de ambos argumentos, tomaremos nuestra postura personal acerca de ellos. Al hilo de una lectura gramatical, histórica y teleológica de los arts. 103, apdo. 2 GG y 25.1 CE, refutaremos las citadas argumentaciones y defenderemos que el principio de legalidad penal, consagrado en estos dos preceptos, no instituye una proscripción de la responsabilidad penal por el estado.

IV.3.2. Responsabilidad penal por el estado, principio constitucional de legalidad penal y la expresión “hecho” (“Tat”) del art. 103, apdo. 2 GG

La ya destacada circunstancia de que la constitución alemana utiliza el término “hecho” (“Tat”) en su art. 103, apdo. 2, conduce a Lagodny a formular una afirmación que puede ser identificada – siempre dentro del contexto más amplio de la monografía en que se contiene – con el “argumento gramatical”:

Así, en la opinión de tal autor, dicho término “solamente puede ser entendido en el sentido de un comportamiento humano, pero no en el sentido de una responsabilidad por el estado”²⁹⁹. Tomada en sí misma, esta lacónica aseveración no permite inferir si su defensa de la proscripción de responsabilidad penal por el estado por el art. 103, apdo. 2 GG estaría ligada al principio constitucional de imputación subjetiva o de “culpabilidad” o si se derivaría, más bien, del principio de legalidad penal.

Una interpretación contextual de la afirmación de Lagodny demuestra, sin embargo, que él sostiene – aunque sin aducir otros argumentos que respalden esta posición específica – que el principio vulnerado por la responsabilidad penal por el estado en el art. 103, apdo. 2 GG es el de legalidad penal. Pues la citada alegación se halla contenida

²⁹⁸ Al respecto, cf. *supra*, capítulo 1, apartado I.

²⁹⁹ Lagodny, O., *Strafrecht vor den Schranken*, cit., p. 323. En idéntico sentido, Struensee, E., “Besitzdelikte”, cit., p. 715, nota 6.

en el apartado relativo al “mandato de determinación” de las leyes penales (“Bestimmtheitsgebot”)³⁰⁰.

Por otra parte, a pesar de sustentar que el principio de imputación subjetiva también resulta lesionado por la responsabilidad penal por el estado, el autor afirma expresamente, en un posterior capítulo de la misma monografía, que dicho principio *no extrae* su fundamento constitucional positivo del art. 103, apdo. 2 GG³⁰¹. Lo cual también permite inferir que el principio constitucional que Lagodny considera lesionado por la responsabilidad penal por el estado en el art. 103, apdo. 2 GG es el de legalidad penal.

La aseveración de nuestro penalista puede ser utilizada como un primer componente y punto de partida del “argumento gramatical”. Según este argumento, por no poder ser comprendida como un “hecho” o “Tat” según el sentido corriente del término, la responsabilidad penal por el estado no cabría en el tenor literal del art. 103, apdo. 2 GG.

Por otro lado, y como segundo componente del “argumento gramatical”, se puede plantear un raciocinio como el de Oğlakcioğlu sobre el tenor literal de la palabra “Tat” en el lenguaje especializado técnico-jurídico. A su modo de ver, la segunda sección (“zweiter Abschnitt”) de la parte general del código penal alemán, que versa sobre “el hecho” (“die Tat”), identificaría implícitamente el “hecho” con un comportamiento humano³⁰²⁻³⁰³.

Por no encajar en el tenor literal del vocablo “Tat” del art. 103, apdo. 2 GG, ni en la perspectiva del lenguaje ordinario ni en la del lenguaje técnico-jurídico, la responsabilidad penal por el estado tampoco se subordinaría a las garantías derivadas del principio de legalidad y establecidas en el propio art. 103, apdo. 2 GG³⁰⁴. De cara a esta

³⁰⁰ Lagodny, O., *Strafrecht vor den Schranken*, cit., p. 323 (apartado 3).

³⁰¹ *Ibid.*, pp. 323 y s. (apartado 4), 386, 403.

³⁰² Como ejemplos de tal identificación, Oğlakcioğlu menciona los §§ 8 y 13 StGB: “§ 8. Momento del hecho: Un hecho es cometido en el momento en que el autor o partícipe actuó o, en el caso de la omisión, habría debido actuar. No es determinante el momento en que el resultado se produce”.

“§ 13. Comisión por omisión: (1) Quien omite evitar un resultado que forma parte del tipo de una ley penal, solo será punible conforme a esta ley, si es jurídicamente responsable de que el resultado no se produzca y si la omisión se corresponde con la realización del tipo legal mediante acción.

(2) La pena puede ser atenuada conforme al § 49, apdo. 1”.

³⁰³ Oğlakcioğlu, M. T., *AT Betäubungsmittelstrafrecht*, cit., p. 103.

³⁰⁴ Nos referimos a las garantías de legalidad en sentido formal (reserva de ley en sentido formal), de irretroactividad de la ley penal más severa, de prohibición del recurso a la analogía desfavorable al reo y de prohibición de leyes penales indeterminadas o imprecisas.

circunstancia, y teniendo en cuenta que no puede existir una categoría de imputación para la cual no tengan vigencia las mentadas garantías, el respeto al principio de legalidad implicaría – según el “argumento gramatical” – proscribir la responsabilidad penal por el estado.

Por su parte, el “argumento teleológico”, que vería en el principio constitucional de legalidad penal una proscripción de la responsabilidad penal por el estado con respaldo en la *finalidad* del art. 103, apdo. 2 GG, podría ser planteado de la siguiente manera:

Aunque se partiese del presupuesto de que el argumento gramatical es incorrecto, y, en consecuencia, que la responsabilidad penal por el estado sí que cabe en el tenor literal del término “Tat”, el enunciado del art. 103, apdo. 2 GG exigiría realizar una interpretación *restrictiva* de todos sus términos, para evitar un vaciamiento del principio de legalidad. Interpretación restrictiva esta que, cuando aplicada a la palabra “Tat”, excluiría de su ámbito la responsabilidad penal por el estado.

Ilustremos tal raciocinio con un ejemplo: la comprensión del vocablo “legalmente” (“gesetzlich”), contenido en el art. 103, apdo. 2 GG, conforme a su acepción amplia de “normas estatales”, podría conducir a que se considere admisible un tipo penal emanado de un decreto del poder ejecutivo. En aras de evitar el vaciamiento del principio de legalidad, sería necesario hacer una interpretación restrictiva del vocablo aludido, para comprenderlo como una ley en sentido formal.

Aplicando este mismo raciocinio a nuestra controversia, procedería igualmente interpretar el término “Tat” de manera restrictiva, entendiéndolo como un comportamiento humano (“Verhalten”) y considerando que la responsabilidad penal por el estado está proscrita por el art. 103, apdo. 2 GG. Pues una interpretación en sentido contrario – es decir, una interpretación extensiva del término “Tat” que incluyera en él la responsabilidad penal por el estado – permitiría extender las garantías del principio de legalidad – y así legitimar – una categoría de imputación jurídico-penal con requisitos de responsabilidad menos rigurosos que aquellos de la responsabilidad comisiva u omisiva³⁰⁵. Esta legitimación de la ampliación de la intervención penal estatal mediante una interpretación extensiva *contra reum* erosionaría el principio de legalidad.

A pesar de que, como defenderemos a continuación, el argumento teleológico explicitado no resulta convincente, sí tiene como fundamento una constatación acertada:

³⁰⁵ Para los supuestos fácticos punibles conforme a la responsabilidad penal por el estado, pero que no lo serían si fueran analizados en el marco de la responsabilidad penal por el comportamiento, cf. *supra*, III.2 e *infra*, IV.4.4.

la de que la controversia sobre el alcance del término “Tat” no tiene que ver, simplemente, con la interpretación de una norma penal, sino también con la interpretación de normas de rango superior, que imponen límites a la propia interpretación judicial de las normas penales en cuanto manifestación peculiar del ejercicio del *ius puniendi* estatal. Aquí, el intérprete se encuentra ante una controversia “meta-hermenéutica”, que debe atender – en aras de evitar la erosión hermenéutica del principio de legalidad – a reglas distintas y más restrictivas que aquellas aplicables a la interpretación de una norma penal ordinaria.

En la necesidad de aplicar reglas interpretativas más estrictas a la norma “meta-hermenéutica” del art. 103, apdo. 2 GG residiría, según tal argumentación, la razón por la cual se debería rechazar el procedimiento de interpretación extensiva³⁰⁶ e interpretar *todos* los términos del mentado artículo de manera restrictiva. En contra de esta supuesta necesidad de generalización de la interpretación restrictiva a todas las palabras contenidas en el precepto – y, en consecuencia, también al término “Tat” – se dirigirá nuestra refutación.

IV.3.3. Responsabilidad penal por el estado, principio constitucional de legalidad penal y la expresión “acciones u omisiones” del art. 25.1 CE

En una primera mirada, el texto constitucional español parece rechazar aún más enfáticamente la responsabilidad penal por el estado. Ello porque el art. 25.1 de la constitución española, que consagra el principio de legalidad penal³⁰⁷, no utiliza meramente el vocablo “hecho”, sino la expresión aún más restrictiva “acciones u omisiones”. En consecuencia, cuando se trasladan al derecho constitucional español,

³⁰⁶ El cual es ampliamente defendido como lícito en el plano de la interpretación jurídico-penal. En Alemania, el entendimiento es prácticamente unánime en la actualidad, cf. por todos Hecker, B., “§ 1”, en Schönke/Schröder (eds.), *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 30ª ed., C. H. Beck, Múnich, 2019, núm. marg. 51. En la doctrina española reciente, tal posición es mayoritaria – cf. Mir Puig, S., *PG*, cit., pp. 125 y s.; Díez Ripollés, J. L., *PG*, cit., p. 85; Muñoz Conde, F./García Arán, M., *Derecho penal. Parte general*, 10ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 118; Luzón Peña, D.-M., *Lecciones de derecho penal: parte general*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 72 y s.; Orts Berenguer, E./González Cussac, J. L., *PG*, cit., pp. 134 y s. Contrariamente, sin embargo, Rodríguez Devesa, J. M./Serrano Gómez, A., *Derecho penal español. Parte general*, 18ª ed., Dykinson, Madrid, 1995, p. 257; Rodríguez Mourullo, G., *Derecho penal. Parte general*, Civitas, Madrid, 1978, pp. 111 y s.

³⁰⁷ Recordemos que, en virtud de tal norma constitucional, en España “nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”.

tanto el argumento gramatical como el argumento teleológico ya expuestos parecen ganar aún más poder persuasivo:

Así, hemos explicitado que el argumento gramatical partiría del presupuesto de que la responsabilidad penal por el estado desborda el tenor literal del vocablo “hecho” (“Tat”).

Si se tuviese tal afirmación como punto de partida, con aún más razón se podría decir que la responsabilidad penal por el estado está fuera del tenor literal de la expresión “acciones u omisiones” empleada en el art. 25.1 CE. Pues, como especies del género “comportamiento humano”, ninguno de estos dos conceptos podría abarcar – sea en el contexto del uso ordinario del lenguaje, sea en el marco del lenguaje especializado técnico jurídico – la responsabilidad penal por el estado.

En este sentido, Luzón Peña sostiene – aunque sin aludir a la responsabilidad penal por el estado – que “tanto en la formulación constitucional como en la legal del principio de legalidad se indica que no puede haber delito y por tanto pena sin una concreta acción o conducta y sobre ella tiene que versar la descripción de la ley”³⁰⁸.

Al hallarse fuera del tenor literal de la expresión “acciones u omisiones” del art. 25.1 CE, la responsabilidad penal por el estado también resultaría excluida de la incidencia de las garantías inherentes al principio de legalidad penal que tal norma establece³⁰⁹. Y, como no pueden existir categorías de imputación que se sustraigan al imperio del principio de legalidad, sería necesario reconocer – según el argumento gramatical – que la responsabilidad penal por el estado resultaría proscrita por dicho principio.

También el argumento teleológico, que hemos expuesto en el contexto de la norma constitucional alemana, parece ser aún más convincente cuando se traslada al art. 25.1 CE:

Hemos visto que tal argumentación rechazaría – para evitar una erosión interpretativa del principio de legalidad – una interpretación extensiva del vocablo “hecho” (“Tat”) que abarcase la responsabilidad penal por el estado en su tenor literal.

³⁰⁸ Luzón Peña, D.-M., *PG*, cit., p. 21.

³⁰⁹ Recordemos que se trata de las garantías de legalidad en sentido formal (reserva de ley en sentido formal), de irretroactividad de la ley penal más severa, de prohibición del recurso a la analogía desfavorable al reo y de prohibición de leyes penales indeterminadas o imprecisas.

Con aún más énfasis negaría, en consecuencia, la posibilidad de incluir la responsabilidad penal por el estado en la incidencia del 25.1 CE y, consecuentemente, en el alcance de las garantías derivadas del principio de legalidad. Pues, para que ello fuese posible, sería necesario echar mano del procedimiento exegético de la analogía con respecto a las “acciones u omisiones” a que el citado precepto constitucional alude.

Al posibilitar el reconocimiento de la responsabilidad penal por el estado, tal procedimiento de analogía constituiría una *conditio sine qua non* para admitir una nueva categoría de imputación jurídico-penal con requisitos de responsabilidad menos rigurosos que los inherentes a la responsabilidad comisiva u omisiva. Lo cual representaría, al fin y al cabo, una ampliación de la responsabilidad penal – en suma, una analogía *contra reum* – que erosionaría el principio de legalidad.

Evitar esta erosión del principio de legalidad implicaría reconocer, pues – de acuerdo con el argumento teleológico –, que la responsabilidad penal por el estado estaría proscrita por tal principio.

IV.3.4. Toma de postura

En los siguientes apartados, trataremos de explicitar las razones por las cuales, en nuestra opinión, el reconocimiento de la responsabilidad penal por el estado no acarrea una infracción del principio constitucional de legalidad penal consagrado en los arts. 103, apdo. 2 GG y 25.1 CE.

Nuestra argumentación será desarrollada al hilo de una interpretación gramatical, histórica y teleológica de estos dos preceptos constitucionales, que nos permitirá refutar tanto el “argumento gramatical” como el “argumento teleológico” expuestos arriba.

IV.3.4.1. Interpretación gramatical

A nuestro juicio, ni del tenor literal del art. 103, apdo. 2 GG, ni del correspondiente al art. 25.1 CE es posible deducir una prohibición de la responsabilidad penal por el estado con base en el principio de legalidad.

Tal conclusión es más fácilmente extraíble de la primera de tales normas, que emplea el término “Tat”. Pues, al contrario de lo que afirman los defensores del “argumento gramatical”, el fenómeno consistente en dominar el surgimiento o la persistencia de la propia custodia sobre el objeto típico sin omitir ni realizar acción

alguna, no puede ser excluido del sentido literal de dicho término. Ello tiene validez tanto en el plano del uso corriente del lenguaje como a nivel del lenguaje especializado técnico-jurídico:

En lo que atañe al uso corriente del lenguaje, es necesario reconocer inicialmente que la definición del término “Tat” en los diccionarios de la lengua alemana es más restrictiva de la que corresponde a la expresión “hecho” en los diccionarios del idioma castellano. Mientras este último vocablo puede denotar tanto una “acción u obra”³¹⁰ como una “cosa que sucede”³¹¹, el primero es definido como “algo que alguien hace [o] que hizo; acción”³¹².

A eso cabe añadir que, aunque el vocablo “hecho” constituya la correspondencia terminológica de la palabra “Tat” más frecuentemente adoptada en la doctrina penal hispanohablante, no representa la única traducción posible de tal palabra, pues ésta también puede ser traducida al castellano como “acción” o “acto”³¹³. Y estas dos últimas correspondencias son más semánticamente restrictivas que la palabra “hecho”.

A la vista de tales circunstancias no parecería posible considerar, en una primera mirada, que la responsabilidad penal por el estado estuviera abarcada por el vocablo “Tat”.

Pero el sentido de este y de cualquier otro término en el ámbito del lenguaje corriente no debe ser investigado tan solo con base en definiciones de diccionarios, sino también en el contexto de su uso social concreto. Y la palabra “Tat” asume en el contexto social germanófono un sentido más amplio del que le atribuyen los diccionarios de la lengua alemana.

Ello lo demuestra la circunstancia de que son comprendidas como “Taten” tanto las omisiones en general como las acciones u omisiones “perpetradas” específicamente por entes naturalmente incapaces de actuar o de omitir, tales como organizaciones o instituciones³¹⁴. Pero también y sobre todo se constata que supuestos que

³¹⁰ Cf. la 4ª definición del vocablo “hecho” en Real Academia Española, “Diccionario”, cit.

³¹¹ *Ibid.*, 5ª definición.

³¹² Cf. Bibliographisches Institut, “Duden | Tat | Rechtschreibung, Bedeutung, Definition, Herkunft”, fecha de consulta 15 agosto 2019, en <https://www.duden.de/rechtschreibung/Tat>, núm. 1, letra “a” (“etwas, was jemand tut, getan hat; Handlung”).

³¹³ Consúltese el vocablo, por ejemplo, en el diccionario electrónico alemán-español de la editorial Pons, “Tat | alemán » español | PONS”, fecha de consulta 15 agosto 2019, en <https://es.pons.com/traducci%C3%B3n?q=tat&l=dees&in=&lf=de&qnac=>, 2ª y 3ª definiciones.

³¹⁴ Cf., por ejemplo, el contenido de los enlaces https://europa.eu/rapid/press-release_PRES-08-359_de.htm?locale=en (fecha de consulta 15 de agosto 2019) y

corresponderían, en el plano jurídico, a una atribución de responsabilidad objetiva, tampoco son excluidos de la acepción social del vocablo “Tat”.

Por lo que respecta a este último punto, se pueden mencionar dos ejemplos paradigmáticos:

a) imagínese que alguien camina por la calle y “choca” contra otro peatón por accidente, es decir, ni deliberadamente, ni por “imprudencia” suya. En esta situación, las normas sociales le imponen al primero el “deber” de disculparse de todos modos ante el segundo por “su” hecho o “Tat”;

b) en el ámbito político – y sobre todo en el de la política económica – tienen lugar procesos de toma de decisiones altamente complejos, cuyos efectos dependen no solo de la propia decisión tomada, sino también de la intervención de una cantidad prácticamente inabarcable de factores relativamente incontrolables. Pero el gobernante responde políticamente, aunque no jurídicamente, por los efectos producidos como si fueran sus hechos o “Taten”, aunque él no los haya querido ni previsto ni, en determinados casos, haya podido siquiera preverlos en el momento en que tomó su decisión³¹⁵.

Estas constataciones nos permiten concluir que, en el uso corriente del idioma alemán, el sentido de la expresión “Tat” no se reduce a una mera acción en sentido estricto de una persona natural, sino que se extiende más allá de tal significado, aproximándose a la noción de “obra”, como *un fenómeno externo reconducible a determinado sujeto*. Con lo cual se desdibuja, en dicho contexto, la frontera entre los términos “Tat” y “Verantwortung” (“responsabilidad”).

Y, si se concibe el vocablo “Tat” conforme a esta acepción más amplia, nada impedirá concluir que el postulado fundamental de la responsabilidad penal por el estado, consistente en la reconducción del fenómeno externo de la custodia sobre un objeto típico

<https://www.bmi.bund.de/DE/themen/sicherheit/kriminalitaetsbekaempfung-und-gefahrenabwehr/politisch-motivierte-kriminalitaet/politisch-motivierte-kriminalitaet-node.html> (fecha de consulta 15 de agosto 2019), donde se utilizan, respectivamente, las expresiones “Die EU lässt den Worten Taten folgen” en referencia a la Unión europea, y “Taten des ‘Nationalsozialistischen Untergrunds (NSU)’” en alusión al grupo terrorista “Clandestinidad nacionalsocialista”.

³¹⁵ Una particular manifestación de las características de la responsabilidad política es ilustrada en la entrevista realizada por el periódico “Der Tagesspiegel” al investigador de la fundación alemana “Wissenschaft und Politik”, Dušan Reljić, acerca de la crisis política y económica griega del año 2008 – cf. Der Tagesspiegel, “Die Regierung hat das Vertrauen verspielt”, fecha de consulta 29 septiembre 2019, en <https://www.tagesspiegel.de/politik/balkan-experte-dusan-reljic-die-regierung-hat-das-vertrauen-verspielt/1395034.html>.

a determinado sujeto como “obra suya” – por más que con respaldo tan solo en la actitud interna de dicho sujeto – sí que puede ser entendido como un “Tat”.

Tampoco la comprensión del término “Tat” según su uso en el contexto del lenguaje especializado técnico-jurídico excluye la responsabilidad penal por estado de su sentido literal.

En sentido estrictamente jurídico-penal, si bien es verdadera la alegación de Oğlakcioğlu en el sentido de que preceptos como los §§ 8 y 13 StGB hacen referencia a una “actuación” dolosa o imprudente, ello no puede predeterminar el concepto de “Tat”, porque éste, así como los términos “Handlung” (acción) y “Unterlassung” (omisión), no se encuentra específicamente definido en ningún precepto de la parte general del código penal alemán³¹⁶.

Por otro lado, entender que la parte general exigiría un comportamiento humano “implícitamente”, con respaldo tan solo en los términos más frecuentemente utilizados en ella (“Handlung”, “Unterlassung”, etc.), incidiría, a nivel epistemológico, en una petición de principio cuyo espíritu no es compatible con el anhelo por progresar científicamente en la configuración y creación de nuevas construcciones dogmáticas.

Frente a ello, Oğlakcioğlu podría replicar que las nuevas construcciones dogmáticas deben ser sometidas a un examen riguroso de utilidad, y, sobre todo, de legitimidad, examen este que la propuesta de una responsabilidad penal por el estado, en última instancia, no superaría. Aunque no discrepamos de tal hipotética afirmación, entendemos que se refiere a una etapa de análisis distinta de la que ahora nos encontramos. En esta (sub)etapa específica no se trata de examinar la utilidad y la legitimidad de la responsabilidad penal por el estado en sí misma, sino de investigar si dicha construcción dogmática debe ser excluida, de antemano, de la literalidad de la parte general del código penal alemán³¹⁷.

En síntesis, la responsabilidad penal por el estado puede considerarse comprendida, a partir de una interpretación extensiva del término “Tat”, en el art. 103, apdo. 2 GG.

Las reflexiones precedentes se restringen, sin embargo, a la norma constitucional del art. 103, apdo. 2 GG, y no pueden extenderse a la interpretación del art. 25.1 CE. Pues, como se vio, en vez de expresiones más amplias como “Tat” o “hecho”, esta última

³¹⁶ Eckstein, K., *Besitz*, cit., p. 228.

³¹⁷ Sin embargo, como se puede notar, el resultado a que lleguemos tras este examen específico influye indirectamente en la respuesta a dar a aquellos dos cuestionamientos más amplios.

norma utiliza los términos “acciones u omisiones” – en cuyo sentido literal, *a contrario sensu*, no es posible incluir la responsabilidad penal por el estado, ni según el uso corriente del lenguaje, ni a partir de la acepción de tales vocablos en el lenguaje especializado técnico-jurídico³¹⁸.

Por tal razón, la responsabilidad penal por el estado solo podrá considerarse abarcada por el art. 25.1 CE si se echa mano del procedimiento exegético de la analogía.

Sin embargo, no se puede decir que este precepto la pretenda proscribir. Y la circunstancia que nos permite formular esta última afirmación reside en el contexto del enunciado normativo donde los términos “acciones u omisiones” se insertan:

Al establecer que no pueden ser penadas las acciones u omisiones que no estén legalmente previstas como delitos en momento anterior a su perpetración, el enunciado del art. 25.1 CE erige el *predicado* “previsión legal como delito en momento anterior a la perpetración” en una condición para el desencadenamiento de la consecuencia jurídica, sanción penal, como reacción al *sujeto* del enunciado, que son las “acciones u omisiones”.

En otras palabras, a la pregunta “¿bajo qué presupuesto se pueden penar acciones u omisiones?”, el enunciado normativo del art. 25.1 CE responde “si y cuando tales acciones u omisiones estén previstas como delito en una ley promulgada en momento previo a su perpetración”.

En cambio, pretender deducir de tal enunciado la conclusión de que únicamente acciones u omisiones humanas pueden ser punibles – como pretenden los defensores del “argumento gramatical” – implicaría transformar el *sujeto* “acciones u omisiones” en un *predicado*, ofreciendo la respuesta “acciones u omisiones” a una pregunta distinta, a saber, la cuestión de “¿cuáles modalidades del dominio humano sobre sucesos externos (acción, omisión, estado, etc.) permiten una atribución legítima de responsabilidad jurídico-penal?”³¹⁹.

Pero el enunciado del art. 25.1 CE *calla* ante esta pregunta. En consecuencia, vincular el sujeto “modalidades del dominio humano sobre sucesos externos” al (presunto) predicado “acciones u omisiones”, para formar la proposición “solamente acciones y omisiones constituyen modalidades del dominio humano sobre sucesos

³¹⁸ Sobre la inexistencia de una supuesta “accesoriedad respecto a un comportamiento” de la responsabilidad penal por el estado, cf. *infra*, IV.4.6.

³¹⁹ Así procede, en última instancia, Luzón Peña, D.-M., *PG*, cit., p. 21.

externos que permiten una atribución legítima de responsabilidad jurídico-penal”, rebasa el tenor literal del art. 25.1 CE.

Las consideraciones realizadas en los párrafos anteriores se aplican, *mutatis mutandis*, también a la expresión “Tat” y al contexto del enunciado normativo del art. 103, apdo. 2 GG³²⁰. En consecuencia, aunque se entienda – en sentido opuesto a lo que hemos defendido anteriormente – que la responsabilidad penal por el estado no está comprendida por el tenor literal del vocablo “Tat”, no resultará posible, de cualquier manera, inferir una interdicción de dicha categoría de imputación con base en el tenor literal de tal norma constitucional.

En vista de todas las consideraciones realizadas arriba, se concluye que el texto literal de los arts. 103, apdo. 2 GG y 25.1 CE no contiene una proscripción de la responsabilidad penal por el estado.

IV.3.4.2. Interpretación histórica

No existen argumentos históricos que respalden, específica y expresamente³²¹, nuestra interpretación de los arts. 103, apdo. 2 GG y 25.1 CE como compatibles con una responsabilidad penal por el estado. Lo mismo puede ser dicho, por otro lado, de una exégesis en sentido opuesto, que pretenda concebir tales preceptos como cláusulas de interdicción de la responsabilidad penal por el estado.

En el momento de la entrada en vigor de dichas normas³²², apenas se discutía sobre la posibilidad de interpretar determinados tipos penales como supuestos de criminalización de meros estados. Y, cuando se hacía, era en el contexto de la ciencia penal italiana, pero no en la doctrina penal española o alemana.

Por lo que concierne, por ejemplo, al art. 103, apdo. 2 GG, en la detallada exposición brindada por el auto del Segundo senado del tribunal constitucional alemán de 26/02/1969³²³ acerca de los debates que precedieron a la deliberación sobre la

³²⁰ Recordemos que el texto de tal disposición constitucional establece que “un hecho solo puede ser penado si su punición estaba legalmente determinada antes de que el hecho fuera cometido” (en alemán, “eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde”).

³²¹ Para la terminología empleada en la derogada constitución alemana de 1919 – que utilizamos, sin embargo, no como argumento histórico, sino como corroboración de nuestra interpretación teleológica de los tres preceptos que conforman el objeto de la controversia aquí estudiada –, cf. *infra*, IV.3.4.5.

³²² Respectivamente: 23 de mayo de 1949 y 29 de diciembre de 1978.

³²³ “BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 26.02.1969 - 2 BvL 15, 23/68” = BVerfGE 25, 269 (287 y ss.).

redacción de la norma constitucional, no se encuentra mención alguna a la responsabilidad penal por el estado. Debido a la circunstancia señalada en el párrafo anterior, tampoco resulta imaginable que allí pudiese constar cualquier alusión al tema.

Por consiguiente, resulta excluida de plano la posibilidad de aducir razones históricas a favor o en contra de la interpretación de los arts. 103, apdo. 2 GG y 25.1 CE como prohibiciones constitucionales de la responsabilidad penal por el estado.

La interpretación histórica de las dos normas constitucionales llega, así, a la misma conclusión de su interpretación gramatical: tanto el art. 103, apdo. 2 GG como el art. 25.1 CE *callan* ante la problemática de la admisibilidad de la responsabilidad penal por el estado.

IV.3.4.3. Interpretación teleológica

Una vez refutado el “argumento gramatical”, hemos de atender, ahora, al “argumento teleológico”. Como hemos visto, esta argumentación alegaría que todos los términos de los arts. 103, apdo. 2 GG y 25.1 CE deberían ser interpretados de manera restrictiva, de modo a evitar la erosión interpretativa del principio de legalidad.

Por lo que respecta a nuestra controversia, ello implicaría rechazar la posibilidad de abarcar la responsabilidad penal por el estado, mediante interpretación extensiva, en el término “Tat” del art. 103, apdo. 2 GG, o de considerar, mediante analogía respecto a las “acciones u omisiones”, que ella también recae en el art. 25.1 CE, y, en consecuencia, en la incidencia del principio de legalidad. La justificación de tal rechazo residiría en que dichos procedimientos de interpretación extensiva y de analogía serían una *conditio sine qua non* para admitir una nueva categoría de imputación jurídico-penal con requisitos de responsabilidad menos rigurosos que los inherentes a la responsabilidad comisiva u omisiva, es decir, para una ampliación de la responsabilidad penal. Se trataría, en suma, de procedimientos interpretativos *contra reum* que vaciarían el principio de legalidad.

Frente a esta posible argumentación, se ha de admitir, inicialmente, que el reconocimiento de la posibilidad de extender la incidencia del principio de legalidad a la responsabilidad penal por el estado realmente conlleva su legitimación parcial³²⁴,

³²⁴ Empleamos el término “parcial” debido a que la sola afirmación de la compatibilidad de la responsabilidad penal por el estado con el principio de legalidad inscrito en los arts. 103, apdo. 2 GG y art. 25.1 CE todavía no implica afirmar su constitucionalidad. Aún queda por aclarar – tal como haremos a

implicando por ende una ampliación, al menos potencial, del ámbito de la responsabilidad penal.

No obstante, para afirmar que esta consecuencia torna aquel reconocimiento inadmisibles, no es suficiente la constatación de que ambos están ligados lógicamente, sino que sería necesario, además, que tal relación lógica se revelara inaceptable en un contexto de justificación – es decir, que ella contraviniera una *razón* suministrada por los arts. 103, apdo. 2 GG y 25.1 CE.

Ilustremos esta afirmación con un ejemplo ya expuesto anteriormente: la interpretación extensiva de los vocablos “legalmente” (“gesetzlich”) y “legislación”, contenidos respectivamente en el art. 103, apdo. 2 GG y en el art. 25.1 CE. Conforme a su acepción amplia de “normas estatales”, podría conducir a que se considere admisible un tipo penal emanado de un decreto del poder ejecutivo. Para evitar el vaciamiento del principio de legalidad, el “argumento teleológico” defendería ser necesaria, más bien, una interpretación restrictiva del vocablo aludido, para comprenderlo como una ley en sentido formal.

En este caso específico, entendemos que el rechazo de tal argumentación a la interpretación extensiva es correcto. Pues la ampliación del ámbito de responsabilidad penal producida por la interpretación extensiva (admisibilidad de tipos penales emanados del poder ejecutivo) contraviene directamente una *razón* subyacente a la teleología de los arts. 103, apdo. 2 GG y 25.1 CE, a saber, la de que la imposición del castigo penal presupone que este se halle previsto en una ley en sentido formal.

Pero no existe, a nivel teleológico, una razón inferible a partir de los arts. 103, apdo. 2 GG y 25.1 CE que impida admitir esta ampliación de la responsabilidad, consistente en reconocer la responsabilidad penal por el estado como tercera categoría de imputación³²⁵. Más bien, existe una razón positiva para alegar que, en caso de que se demuestre compatible con los demás principios limitadores del *ius puniendi* estatal, la responsabilidad penal por el estado *debe* recibir, mediante una interpretación extensiva en el caso del art. 103, apdo. 2 GG, o mediante analogía en el caso del art. 25.1 CE, el

continuación – si la responsabilidad penal por el estado se armoniza con otros principios constitucionales limitadores del poder punitivo estatal.

³²⁵ En virtud de las conclusiones a que hemos llegado en los apartados anteriores, tampoco es posible aducir razones gramaticales o históricas en tal sentido.

mismo tratamiento a la luz del principio de legalidad que la responsabilidad comisiva u omisiva.

Tanto la inexistencia de la primera razón mencionada como la existencia de la segunda pueden ser reconducidas a un elemento común, que conforma la verdadera finalidad perseguida por los dos preceptos abordados, y que se asienta en un consenso atinente a los delitos “no internacionales”³²⁶ en los países del sistema jurídico europeo continental. Se trata de la consideración de que las cláusulas que prevén el principio de legalidad no tienen como objetivo prohibir cualesquiera categorías de imputación jurídico-penales, sino someter, sin excepciones, todas las categorías de imputación existentes – independientemente de las palabras elegidas por la norma para enumerarlas – e imaginables al imperio de dicho principio³²⁷.

Que las cosas son así y que así deben ser, nos lo demuestra, además, la comprensión de la cláusula que establecía el principio de legalidad en la derogada constitución alemana de 1919 (“Constitución de Weimar”). El art. 116 de la Constitución de Weimar disponía que “una acción solo puede ser castigada con una pena, si su punición [ya] estaba legalmente determinada antes de que la acción fuese cometida”³²⁸.

Pero nadie pretenderá afirmar que bajo la vigencia de tal norma constitucional habría sido constitucionalmente ilícito castigar las omisiones propias e impropias por la

³²⁶ El consenso no abarca, sin embargo, los crímenes internacionales, razón por la cual utilizamos la expresión “delitos no internacionales”. En este sentido, la Convención europea de derechos humanos establece, en el apdo. 2 de su art. 7, una excepción a la cláusula de legalidad de su art. 7.1, cuando prevé que “el presente artículo no impedirá el juicio o el castigo de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas”. La redacción corresponde a la traducción al idioma castellano adoptada en el instrumento de ratificación de la Convención por el Estado español, publicado en el B.O.E. núm. 243, de 10 de octubre de 1979, p. 23565; las lenguas oficiales de la Convención a nivel internacional son el francés y el inglés.

En alemán, “dieser Artikel schließt nicht aus, dass jemand wegen einer Handlung oder Unterlassung verurteilt oder bestraft wird, die zur Zeit ihrer Begehung nach den von den zivilisierten Völkern anerkannten allgemeinen Rechtsgrundsätzen strafbar war”. Redacción que corresponde a la traducción al idioma alemán adoptada en la ley de ratificación de la Convención por el Estado alemán, publicada en el BGBl núm. 14, de 22 de agosto de 1952, parte II, p. 689, con las modificaciones publicadas en el BGBl núm. 18, de 27 de mayo de 2002, parte II, p. 1059.

La misma excepción está prevista en el art. 15, apdo. 2 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, así como en el art. 49, apdo. 2 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión europea.

³²⁷ Al respecto, cf. Greco, L., *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie*, Duncker & Humblot, Berlín, 2009, pp. 261 y s., 268, quien destaca que, a pesar de que se debata, incluso en la actualidad, vivamente acerca de la fundamentación del principio de legalidad penal, es prácticamente incontrovertida su vigencia irrestricta, así como la de las cuatro garantías que de él resultan.

³²⁸ En alemán, “eine Handlung kann nur dann mit einer Strafe belegt werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Handlung begangen wurde”.

mera circunstancia de que, para afirmar la inclusión de éstas en el tenor literal de dicha norma, resulta necesario realizar una interpretación extensiva del término “acción” (“Handlung”), de modo a concebirla en su sentido amplio de “comportamiento” (“Verhalten”).

Y con menos razón se podrá alegar, por otro lado, que a la luz del art. 116 de la Constitución de Weimar los delitos omisivos no estarían sometidos al mismo tratamiento jurídico que tal disposición constitucional otorga expresamente a los hechos punibles comisivos.

Aplicando tales ponderaciones a la temática aquí abordada, se concluye, por una parte, que la teleología de los arts. 103, apdo. 2 GG y 25.1 CE no obstaculiza el reconocimiento de la responsabilidad por el estado como nueva modalidad de atribución de responsabilidad jurídico-penal. Además, se infiere que, en caso de que tal reconocimiento demuestre ser compatible con los demás principios limitadores del *ius puniendi* estatal, esa misma teleología no solo no impedirá, sino que exigirá un procedimiento de interpretación extensiva (para el art. 103, apdo. 2 GG) o de analogía (para el art. 25.1 CE) que otorgue a la responsabilidad penal por el estado idéntico tratamiento jurídico a la luz del principio de legalidad del que corresponde a la responsabilidad penal comisiva u omisiva.

IV.3.5. Conclusiones: Responsabilidad penal por el estado, principio constitucional de legalidad penal y las expresiones “hecho” (“Tat”) del art. 103, apdo. 2 GG y “acciones u omisiones” del art. 25.1 CE

La comprensión dogmática de los delitos de posesión como supuestos de responsabilidad penal por el estado no infringe la garantía constitucional de legalidad penal, prevista en el art. 103, apdo. 2 GG y en el art. 25.1 CE.

En lo que concierne al art. 103, apdo. 2 GG, su interpretación gramatical permite considerar que la responsabilidad penal por el estado se incluye en el sentido literal posible de la palabra “Tat”, tanto bajo la perspectiva del uso corriente del lenguaje en el contexto social germanófono, como en la acepción de dicho término en el contexto técnico-jurídico.

A contrario sensu, el tenor literal de la expresión “acciones u omisiones”, empleada en el art. 25.1 CE, no comprende la responsabilidad penal por el estado bajo ninguna de las dos perspectivas mencionadas.

Sin embargo, no se puede afirmar que el tenor literal de la norma constitucional española proscriba la responsabilidad penal por el estado, pues la interpretación de los términos “acciones u omisiones” conforme al contexto donde ellos se encuentran insertados revela que ambos preceptos guardan silencio respecto de la admisibilidad de dicha categoría de imputación.

Esta última conclusión también se aplicará, *mutatis mutandis*, al art. 103, apdo. 2 GG, en el caso de que se estime – en sentido opuesto a la lectura aquí defendida – que la responsabilidad penal por el estado no resulta abarcada por el sentido literal del vocablo “Tat”.

No hay razones históricas que respalden, específica y expresamente, ni nuestra interpretación de los dos preceptos mencionados, ni la exégesis contraria, que pretende extraer de aquéllos una prohibición de la responsabilidad penal por el estado.

Sin embargo, la escasa atención doctrinal prestada a la responsabilidad penal por el estado en los sistemas jurídicos europeos continentales en el momento de la entrada en vigor de tales normas – con la excepción de Italia – corrobora nuestra interpretación en el sentido de que tanto el art. 103, apdo. 2 GG como el art. 25.1 CE guardan silencio ante la cuestión de la admisibilidad de la mentada categoría de imputación.

Por último, la interpretación teleológica de las dos normas confirma, definitivamente, nuestra posición de que no se puede deducir una prohibición de la responsabilidad penal por el estado con respaldo en el principio de legalidad establecido en los arts. 103, apdo. 2 GG y 25.1 CE. Pues la finalidad de los preceptos no consiste en negar legitimidad a nuevas categorías de imputación propuestas por la doctrina, sino en someter cualquier categoría de imputación, actual o venidera, al imperio del principio de legalidad.

Por esta misma razón, en el supuesto de que la responsabilidad penal por el estado demuestre ser compatible con los demás principios limitadores del *ius puniendi* estatal, no solo será aceptable sino también necesario extenderle las garantías inherentes al principio de legalidad a los delitos de estado, sea mediante una interpretación extensiva (en el caso del art. 103, apdo. 2 GG), sea mediante analogía (en el caso del art. 25.1 CE).

IV.4. Responsabilidad penal por el estado y principio de imputación subjetiva (o de “culpabilidad”)

IV.4.1. Introducción

Hasta aquí, la comprensión de los delitos de posesión como supuestos de responsabilidad penal por el estado no ha demostrado entrar en conflicto con las constituciones española y alemana.

Pero su verdadera prueba de fuego todavía está por realizar.

Para examinar la viabilidad de la propuesta de reconocimiento de la responsabilidad penal por el estado como nueva categoría de imputación, es menester analizar si la lógica de reconducción del suceso externo a la instancia interna del sujeto de la imputación, que que subyace a la aludida categoría de asignación de responsabilidad, se revela compatible con un Estado democrático de derecho.

Decisivo para tal averiguación es el principio de imputación subjetiva, al cual la doctrina mayoritaria denomina “principio de culpabilidad”. Por ello, verificaremos si la responsabilidad penal por el estado se armoniza con dicho principio.

Antes, no obstante, será necesario realizar dos precisiones: en primer lugar, hemos de aclarar un malentendido fáctico-didáctico que se viene produciendo entre algunos de los críticos de la responsabilidad penal por el estado. Se trata de la errónea afirmación generalizadora de que, en supuestos de custodia impuesta, el reconocimiento por el individuo de la existencia de su poder fáctico sobre el objeto típico coincide temporalmente con el surgimiento de su capacidad para llevar a cabo la acción debida de eliminación de dicha custodia. Lo que conduce a pasar por alto el núcleo de lo que conforma la principal particularidad – y también el aspecto más problemático – de la propuesta dogmática de Eckstein.

La segunda precisión alude al fundamento constitucional del principio de imputación subjetiva en el derecho penal alemán y español, así como a las razones por las cuáles utilizamos tal nomenclatura en lugar de su denominación corriente como “principio de culpabilidad”.

IV.4.2. Responsabilidad penal por el estado y capacidad de realización de la acción debida: aclaraciones fáctico-didácticas preliminares

Tal como hemos adelantado, el malentendido fáctico-didáctico que hemos de aclarar se relaciona con la afirmación generalizadora de la coincidencia temporal entre el reconocimiento por el individuo de la situación típica que exige su actuación – en nuestro caso, la existencia de la propia custodia sobre el objeto típico – y el surgimiento de su capacidad para llevar a cabo tal acción.

En este sentido, Oğlakcioğlu, Abel y Eisele defienden que en situaciones como la del caso 1 se podría considerar el momento en que “E” reconoce que detenta la custodia sobre los estupeficientes, al mismo tiempo, como el inicio de su capacidad para eliminarla.

Según opinan los autores mencionados, ello ocurriría porque la supresión de la custodia también podría realizarse por otras personas a petición de “E” – por ejemplo, mediante una llamada a un vecino, a un pariente o incluso a la policía. Con todo, dicen, esta última posibilidad despertaría dudas sobre la exigibilidad de la acción de terminación de la custodia³²⁹.

Es probable que en la mayoría de los casos de los que se ocupan los tribunales se dé esa situación, y por esta razón la afirmación de tales autores resultará, por regla general, correcta. Pero esto no excluye la reducida – pero de todos modos existente – probabilidad de que se verifiquen situaciones donde el detentador de la custodia no dispone de nadie – ni siquiera de órganos estatales – que pueda terminar su custodia por él.

Aún más importante, empero, es destacar que en términos dogmáticos tampoco es posible generalizar la alegación de tales autores. Por lo que atañe al aspecto temporal, no se puede decir que el reconocimiento de la situación típica por el omitente coincide *necesariamente* con la capacidad de realizar la acción exigida. Y desde la perspectiva de los presupuestos teóricos de la responsabilidad omisiva, tampoco es posible defender que tal reconocimiento sea un requisito suficiente para afirmar que el individuo tiene la capacidad concreta de actuar.

³²⁹ Cf. Oğlakcioğlu, M. T., *AT Betäubungsmittelstrafrecht*, cit., p. 108; Abel, S., *Besitzdelikte*, cit., p. 72; Eisele, J., “Vorbemerkungen zu den §§ 13 ff.”, cit., núm. marg. 42.

Estas observaciones encuentran su comprobación más elocuente en las situaciones donde el sujeto se halla bajo el influjo de *vis absoluta*. En el contexto específico de las figuras típicas de posesión, piénsese, por ejemplo, en la siguiente situación:

Caso 3: Un paquete con estupefacientes es depositado en el buzón de correo “E”, sin que éste hubiese solicitado el envío de tal sustancia. Antes de que “E” llegue a conocer que las drogas se encuentran en su buzón, su vecino “B”, notorio traficante de estupefacientes, invade el apartamento de “E”, lo encierra en una habitación y lo ata a una cama. Acto seguido, “B” le comunica a “E” que en el buzón de correo de este último se halla un paquete con heroína, paquete éste cuyo real destinatario es “B”, y que había sido depositado en el buzón de “E” con la finalidad de alejar sospechas con respecto a “B”. “B” también le informa a “E” que traficará con la droga en el apartamento de “E”, actividad esta que será llevada a cabo a lo largo de cinco días. Para evitar que “E” lo denuncie a la policía, “B” mantiene a “E” en la habitación, encerrado e incomunicado, por el citado período de cinco días.

Ante todo, es necesario reconocer que, en el caso 3, no hay un establecimiento responsable, por parte de “E”, de su custodia sobre el paquete con heroína. Dicho paquete no ha sido colocado en el buzón de “E” como consecuencia de una acción u omisión de su parte. Y pretender anclar su responsabilidad penal en el mero acto de constitución de su propia esfera de dominio – por ejemplo, mediante la instalación del buzón de correo – tampoco resulta viable, pues tal acción ha sido ejecutada sin un dolo de fundar su poder fáctico sobre la sustancia estupefaciente.

Por lo que respecta al surgimiento de la custodia sobre los estupefacientes, “E” no puede ser responsabilizado, por tanto, ni por una adquisición u obtención “de otro modo” de sustancias estupefacientes (§ 29, apdo. 1, núm. 1 BtMG – “Erwerben”, “sich in sonstiger Weise Verschaffen”³³⁰), ni tampoco por el tipo de posesión de drogas del § 29, apdo. 1, núm. 3 BtMG.

Dediquémonos ahora al análisis del mantenimiento de la custodia sobre las drogas y supongamos que, a pesar de encontrarse encerrado en la habitación y atado a la cama, “E” opte por mantener la custodia sobre los estupefacientes ubicados en su buzón (y,

³³⁰ “§ 29. Delitos: (1) Será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con pena de multa quien: 1. (...) adquiera u obtenga para sí, de otro modo, sustancias estupefacientes”.

posteriormente, en su apartamento). Supongamos, además, que él manifieste su decisión indicando a “B” que está de acuerdo con los planes de este último.

Esta situación nos brinda el sustrato fáctico ideal para comprender el núcleo constitutivo de la responsabilidad penal por el estado. A diferencia del caso 1, aquí no existe posibilidad alguna de recurrir a acciones hipotéticas de terminación de la custodia por parte de terceros. En situaciones como la del caso 3, en que el detentador de la custodia se encuentra atado, encerrado en determinado lugar, incomunicado etc., el sujeto típico es incapaz de realizar cualquier acción relevante respecto del correspondiente tipo de posesión.

Por tal razón, en los siguientes párrafos analizaremos el caso 3 a la luz de los postulados de la concepción de los delitos de estado. Como hemos mencionado, este análisis nos ofrecerá una visión más nítida de las consecuencias dogmáticas resultantes de tal concepción que la que nos proporciona el caso 1. Y también facilitará verificar la admisibilidad de los tipos de posesión como supuestos de responsabilidad penal por el estado a la luz del principio de imputación subjetiva.

Ante todo, se ha de decir que el propio Eckstein no manifiesta expresamente cuál sería la conclusión a que la responsabilidad penal por el estado llegaría ante una situación de tal naturaleza.

No obstante, al aludir al supuesto fáctico de *vis compulsiva* del auto del Quinto senado de lo penal del tribunal supremo alemán, de 12/02/1980³³¹, que ve como una corroboración de la responsabilidad penal por el estado por la jurisprudencia, el autor da a entender que ante una situación de *vis absoluta* como la descrita en el caso 3, también reconocería la responsabilidad penal de “E” si éste decidiese conservar su custodia sobre los estupefacientes³³².

De todos modos, una aplicación consecuente del planteamiento de Eckstein deberá reconocer que todos sus presupuestos de responsabilidad se dan en el caso 3:

Inicialmente, es necesario reconocer que, por hallarse bajo el influjo de *vis absoluta*, “E” no realizó acción u omisión alguna que hiciese persistir su custodia sobre los estupefacientes. Falta, en este caso, el primer eslabón de la teoría del delito, a saber, la conducta humana.

³³¹ “BGH, Beschluss vom 12.02.1980, Az. 5 StR 47/80”.

³³² Al respecto, v. *supra*, III.2.

La ausencia de un comportamiento o conducta humana es, con todo, precisamente el punto de partida de la comprensión de los delitos de posesión como delitos de estado. Por esta razón, a diferencia de lo que se daría en el marco de la responsabilidad penal por el comportamiento, no procede afirmar de antemano la ausencia de responsabilidad penal de “E”. La posibilidad o no de su punición dependerá, más bien, del análisis de las siguientes categorías de la teoría del delito.

En el ámbito de la tipicidad, es posible afirmar tanto la voluntad de dominio de “E” sobre el objeto como la “posesión típica” de “E” sobre las drogas, pues éstas han sido depositadas en su buzón de correo, el cual, por ser un ámbito de dominio cuya función es incorporar lo allí contenido a la voluntad de dominio de su titular, permite afirmar – según la perspectiva del tráfico social – una voluntad de obtención anticipada de “E” con respecto a los estupefacientes³³³.

Y en el momento en que “E” conoce el contenido del paquete y decide mantener su “posesión típica” de la heroína – a pesar de no poder realizar ninguna acción para ponerle término – se manifiesta, además, su dolo de posesión.

Por lo demás, causas de justificación o de exculpación de la “conducta” de “E” no están presentes en tal supuesto fáctico. En la medida en que la violencia física empleada por “B” sobre “E” no concurre con una amenaza o intimidación para que este último consienta la persistencia de las drogas en su esfera de dominio, tampoco resulta posible apreciar un estado de necesidad justificante ni exculpante. Partiremos además del presupuesto de que la *vis absoluta* llevada a efecto por “B” no produjo un doblegamiento indirecto de la voluntad en “E”, de modo que la aquiescencia externalizada por este último con respecto a la persistencia de su “posesión típica” de la heroína refleja su volición genuina.

Dadas todas estas circunstancias, es necesario concluir que, en tal supuesto fáctico, la aplicación de los requisitos de la responsabilidad por el estado conduce a la punición de “E” por el tipo de posesión del § 29, apdo. 1, núm. 3 BtMG, aunque no se pueda constatar algún comportamiento de su parte con respecto al mantenimiento de su custodia sobre el objeto típico.

Esta última conclusión nos permite ir más allá de las críticas formuladas por Oğlakcioğlu, Abel y Eisele en contra de la responsabilidad penal por el estado, e

³³³ Al respecto, v *supra*, III.2.

identificar el núcleo de las peculiaridades – y también de los problemas de legitimidad – inherentes a la construcción dogmática de Eckstein, a saber:

En los supuestos de custodia impuesta donde se puede constatar una voluntad de dominio – aunque tan solo sea general o anticipada (casos 1 y 3) – conforme a las características del tráfico social, la afirmación o negación de la responsabilidad penal por el mantenimiento del propio dominio fáctico sobre el objeto típico se da, única y exclusivamente, en base a las respectivas actitudes internas de aceptación o de rechazo del individuo sobre la persistencia de su “posesión típica” sobre el objeto.

IV.4.3. El principio de imputación subjetiva (o de “culpabilidad”): fundamento constitucional y precisiones terminológicas y conceptuales previas

En los ya analizados autos BVerfG NJW 1994, 2412 y BVerfG NJW 1995, 248, el tribunal constitucional alemán consignó la interpretación que entendemos – con las debidas matizaciones – adecuada para averiguar la conformidad constitucional de la responsabilidad penal por el estado en los delitos de posesión³³⁴.

Según hemos visto, para la corte alemana, el factor decisivo para determinar si la construcción dogmática de la responsabilidad por el estado demuestra ser una forma legítima o ilegítima de atribución de responsabilidad penal no reside, al contrario de lo que alegaron los demandantes de los respectivos recursos constitucionales, en un concepto específico de comportamiento humano³³⁵. La legitimidad de dicha construcción debe ser investigada, más bien, a partir de las exigencias que la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias vinculan al principio constitucional de “culpabilidad”³³⁶.

Prosigue el tribunal alegando que del principio de culpabilidad se extrae la exigencia de limitar el castigo penal a aquellas lesiones o puestas en peligro de bienes jurídicos que se puedan reprochar a una determinada persona³³⁷. Por su parte, el concepto

³³⁴ A pesar de que, como vimos, los referidos cánones interpretativos no han sido empleados en esas decisiones para realizar dicha averiguación.

³³⁵ BVerfG NJW 1994, 2412; BVerfG NJW 1995, 248.

³³⁶ BVerfG NJW 1994, 2412 (2413); BVerfG NJW 1995, 248 (249).

³³⁷ BVerfG NJW 1994, 2412; BVerfG NJW 1995, 248 (249).

de reprochabilidad (“Vorwerfbarkeit”) se vincularía a un “comportamiento prohibido de un ser humano que es dominable por su voluntad”³³⁸.

En lo referente al fundamento constitucional positivo del principio, el tribunal asevera que no se desprende de la cláusula de legalidad penal del art. 103, 2 GG, sino de los corolarios del Estado de derecho constitucionalmente asegurados de la dignidad (art. 1, I GG) y de la autorresponsabilidad (art. 2, I GG) del ser humano³³⁹.

Esta lectura del texto constitucional alemán sigue la línea interpretativa sentada en decisiones previas del tribunal, a las cuales este se remite, una y otra vez, en los autos en cuestión³⁴⁰. Y es cercana, además, a la noción de culpabilidad como “posibilidad de actuar de otra manera” (“Anders-Handeln-Können”) que ha sido expresamente acogida, en época reciente, por tal corte³⁴¹, y que goza de amplia aceptación en la doctrina penal del país³⁴².

Cabe preguntar, ahora, en cuál de las tres funciones tradicionalmente asignadas por la doctrina penal alemana al principio de culpabilidad encajaría la vinculación, hecha por el tribunal constitucional, del concepto de reprochabilidad a un “comportamiento prohibido de un ser humano que es dominable por su voluntad”.

Esta cuestión se relaciona con la temática – aún poco investigada en la doctrina alemana³⁴³ – del contenido del principio *constitucional* de culpabilidad en tal ordenamiento jurídico. En otras palabras, plantea la cuestión de cuál o cuáles de las funciones del principio de culpabilidad afirmadas en el plano de la discusión estrictamente jurídico-penal alemana, también pueden ser entendidas como exigencias de carácter constitucional. Y también se refiere, *a contrario sensu*, a cómo y hasta qué

³³⁸ BVerfG NJW 1994, 2412 (2413); BVerfG NJW 1995, 248 (249).

³³⁹ BVerfG NJW 1994, 2412 (2413); BVerfG NJW 1995, 248 (249).

³⁴⁰ Cf. las múltiples citaciones de las decisiones BVerfGE 20, 323, BVerfGE 25, 269 y BVerfGE 26, 186.

³⁴¹ Cf. la decisión BVerfGE 123, 267 (413), del año 2008: “El derecho penal se basa en el principio de culpabilidad. Este principio presupone la autorresponsabilidad del ser humano, que determina su propia actuación y puede distinguir, en virtud de su libertad de voluntad, entre lo lícito y lo ilícito. A la protección de la dignidad humana subyace una imagen del ser humano como un ser espiritual-moral que busca autodeterminarse y desarrollarse en libertad”.

³⁴² Cf. Heger, M., “Vorbemerkung zu den §§ 13 ff.”, en Lackner/Kühl (eds.), *Strafgesetzbuch: Kommentar*, 29ª ed., C. H. Beck, Múnich, 2018, núm. marg. 23, con más referencias.

³⁴³ Poniéndolo de manifiesto, Roxin, C./Greco, L., *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, vol. I, 5ª ed., C.H. Beck, München, 2020, § 19, núm. marg. 53h, quienes constatan que, en tal país, “los innumerables trabajos sobre el concepto jurídico-penal de culpabilidad, si es que se manifiestan sobre la dimensión constitucional del tema, parecen partir de una identidad en los contornos que deben corresponder al concepto en el plano jurídico-penal y en el plano jurídico-constitucional”. Y destacan, asimismo, que algunas de las discusiones estrictamente jurídico-penales – como aquella relativa al “concepto material de culpabilidad” – no pueden ser consideradas exigencias del principio de culpabilidad a nivel constitucional.

medida las nociones más abstractas acerca del principio de culpabilidad, sentadas en el plano constitucional por la corte alemana, pueden ser concretadas e identificadas con las funciones que se asignan al principio en la literatura jurídico-penal del país.

Con base en el enlace hecho por el tribunal constitucional germánico entre los elementos de la voluntad del sujeto típico y su comportamiento, se deduce que aquél considera decisiva para la controversia la función de la culpabilidad como fundamento de la pena (“Strafbegründungsschuld”). Función esta que coincide parcialmente con el contenido del – abajo propugnado – principio de imputación subjetiva.

Según la concepción prevalente en Alemania, la culpabilidad como fundamento de la pena se vincula al “conjunto de presupuestos subjetivos de imputación que fundamentan o excluyen la imposición de la pena al autor”. En el contexto del derecho infra-constitucional, tal noción “está al mismo tiempo relacionada con el sistema [de la teoría] del delito”³⁴⁴.

Ahora bien, en este punto se ha de destacar que, en Alemania, la culpabilidad como fundamento de la pena suele ser expresamente identificada tan solo con el elemento de la imputabilidad y con la ausencia de un error de prohibición invencible³⁴⁵.

Sin embargo, si se ha de entender como “conjunto de presupuestos subjetivos de imputación”, la culpabilidad como fundamento de la pena no puede, pensamos, dejar de incluir elementos subjetivos de imputación relacionados con las demás categorías de la teoría del delito, como se da en el citado requisito de la “dominabilidad del comportamiento por la voluntad del agente”. Pues, de lo contrario, exigencias constitucionales e infra-constitucionales tradicionalmente asignadas por la doctrina alemana al principio de culpabilidad, como la proscripción de la responsabilidad penal objetiva y la prohibición de la criminalización de meros pensamientos malos, ya no podrían abarcarse por las funciones atribuidas al principio en la literatura jurídico-penal de tal país³⁴⁶.

Nuestra clasificación de la “dominabilidad del comportamiento por la voluntad del agente” como un elemento de la culpabilidad como fundamento de la pena se hace con fines

³⁴⁴ Eisele, J., “Vorbemerkungen zu den §§ 13 ff.”, cit., núm. marg. 111.

³⁴⁵ Cf. por ejemplo Roxin, C./Greco, L., *AT*, cit., vol. I, § 19, núm. marg. 54; Schlehofer, H., “Vorbemerkung zu § 32”, en *Münchener Kommentar zum StGB*, vol. 1, 4ª ed., C. H. Beck, Munich, 2020, núm. marg. 290.

³⁴⁶ En sentido próximo, Hirsch, H. J., “Das Schuldprinzip und seine Funktion im Strafrecht”, *ZStW*, 1994, p. 748.

meramente ilustrativos en este contexto. Ella no afecta, por tanto, a las críticas que dirigiremos a la indebida acumulación – realizada tanto por la doctrina alemana como por la literatura española – de funciones o exigencias en un mismo principio de “culpabilidad”.

A la función de fundamentación de la pena, la literatura alemana contrapone otras dos acepciones o funciones del principio de culpabilidad. Se trata, por un lado, de la llamada “idea de culpabilidad” (“Schuldidee”), en cuyo contexto la culpabilidad es tomada como fundamento y límite del *ius puniendi* estatal³⁴⁷, y que se corresponde, especialmente, con la discusión sobre la relación entre libertad de voluntad y culpabilidad; y por otro, de la culpabilidad referida a la determinación de la pena (“Strafzumessungsschuld”), que ve en la culpabilidad el fundamento de la aplicación de la pena al autor de un hecho delictivo³⁴⁸.

Eckstein propone – siguiendo a Lagodny y a cierto sector de la doctrina alemana – una clasificación adicional que distingue entre los sentidos formal y material del principio de culpabilidad³⁴⁹. El primero de tales sentidos aludiría a “si y en qué medida un estado de cosas conminado con una pena puede ser imputado a una persona”, mientras el segundo exigiría “que el propio estado de cosas a imputar posea un determinado peso”.

En su aspecto formal, esta distinción en nada contribuye a la delimitación del, ya conceptualmente sobrecargado, principio de culpabilidad, porque no le agrega ningún rasgo que su comprensión usual tripartita no contenga. En su vertiente material, la diferenciación sobrecarga aún más al mentado principio, pues le asigna exigencias que corresponden, más bien, al principio de lesividad. Esta propuesta de clasificación adicional no puede, por tanto, ser aceptada.

En España, también se realiza una acumulación de exigencias en un mismo “principio de culpabilidad”. Pero, a diferencia de lo que se verifica en Alemania, la

³⁴⁷ Un amplio sector de la doctrina alemana y española atribuye a esta “idea de culpabilidad” la denominación “concepto material de culpabilidad” (cf. por todos Roxin, C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, vol. I, 4ª ed., C. H. Beck, Múnich, 2006, § 19, núm. marg. 18 y ss. y Cerezo Mir, J., *Derecho penal: Parte general*, B de f, Montevideo, 2008, pp. 742 y ss., ambos con más referencias). Su significado no debe ser confundido con aquél correspondiente al presunto “principio de culpabilidad en sentido material” propugnado por parte de la doctrina alemana, sobre el cual discurriremos brevemente más adelante.

³⁴⁸ Eisele, J., “Vorbemerkungen zu den §§ 13 ff.”, cit., núm. marg. 108, 112.

³⁴⁹ Eckstein, K., *Besitz*, cit., p. 236, respaldándose en Lagodny, O., *Strafrecht vor den Schranken*, cit., p. 369. En la doctrina alemana, esta diferenciación también es adoptada actualmente por autores como Frister, H., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 9ª ed., C. H. Beck, Múnich, 2020, núm. marg. pp. 26 y ss., 30 y ss.

doctrina penal española busca identificar cada una de esas exigencias con un contenido *constitucional* – y no estrictamente jurídico-penal – del principio. La comprobación de esta afirmación puede ser vista en la pluralidad de posicionamientos acerca del fundamento positivo del principio de culpabilidad en la constitución española, que serán vistos más abajo, y que reflejan los intentos de buscar un fundamento constitucional para cada una de los diferentes contenidos penales atribuidas al citado principio.

La literatura española suele asignar, sobre todo, tres funciones o exigencias al principio de culpabilidad: le correspondería, inicialmente, el requisito del dolo o de la imprudencia en la imputación jurídico-penal, con la consecuente proscripción de la responsabilidad penal objetiva³⁵⁰. En segundo lugar, contendría el requisito de la reprochabilidad del autor del hecho delictivo, que tiene que ver con los elementos estudiados en la culpabilidad como tercera categoría de la teoría del delito, como la presencia de imputabilidad y de cognoscibilidad de la prohibición jurídico-penal³⁵¹. Finalmente, aludiría también a la prohibición de que la pena concretamente aplicada rebase la medida de la culpabilidad del reo³⁵².

Por lo que respecta al fundamento constitucional positivo del principio, no ha habido – tal como hemos demostrado anteriormente³⁵³ – un pronunciamiento del tribunal constitucional español sobre la posibilidad de extraerlo del art. 25.1 CE.

Por otro lado, y como también hemos anticipado, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia españolas se constata una amplia variedad de posicionamientos³⁵⁴ en lo que concierne a la base positiva del principio de culpabilidad en la constitución del país. Los clasificaremos a continuación en cinco principales líneas interpretativas³⁵⁵:

³⁵⁰ Cf. por ejemplo Cerezo Mir, J., *PG*, cit. pp. 733 y s.; Cobo del Rosal, M./Vives Antón, T. S., *PG*, cit., p. 536; Mir Puig, S., *PG*, cit., pp. 136 y s.; García Pérez, O., “Delitos de sospecha..”, cit., pp. 637 y s.

³⁵¹ Cf. Cobo del Rosal, M./Vives Antón, T. S., *PG*, cit., p. 549; Orts Berenguer, E./González Cussac, J. L., *PG*, cit., p. 155; Mir Puig, S., *PG*, cit., p. 137, entre diversos otros autores.

³⁵² Así, Orts Berenguer, E./González Cussac, J. L., *PG*, cit., p. 155; Cerezo Mir, J., *PG*, cit., p. 733; Cobo del Rosal, M./Vives Antón, T. S., *PG*, cit., p. 547; García Pérez, O., “Delitos de sospecha..”, cit., p. 638, entre diversos otros autores.

³⁵³ Cf. *supra*, IV.3.1.

³⁵⁴ Sin embargo, como se verá a continuación, estos variopintos posicionamientos muchas veces terminan coincidiendo parcialmente.

³⁵⁵ Un amplio panorama de las diferentes variantes interpretativas, en el cual nos basamos en gran medida, en Díez Ripollés, J. L., *PG*, cit., pp. 264 y s.

Además de los planteamientos doctrinales ya expuestos, vinculados a la cláusula de legalidad del art. 25.1 CE³⁵⁶, se pueden encontrar interpretaciones que, a semejanza de la jurisprudencia constitucional alemana, ven el fundamento del principio de “culpabilidad”, sea en la conformación del Estado español como un Estado de derecho (art. 1.1 CE)³⁵⁷ y en el valor de la justicia como su corolario (art. 1.1 CE)³⁵⁸, sea en la dignidad humana como fundamento del orden político y de la paz social (art. 10.1 CE)³⁵⁹.

Hay también interpretaciones constitucionales que consideran el principio de culpabilidad una consecuencia indirecta del principio de proporcionalidad, supuestamente recogido de manera indirecta por el art. 15 CE³⁶⁰, y aún hay otro conjunto de interpretaciones que entienden que es una implicación de la garantía de presunción de inocencia (art. 24.2 CE)³⁶¹.

Por fin, cabe mencionar la posición particular de Díez Ripollés, el cual se limita a afirmar que “no existe un fundamento constitucional directo del principio de imputación subjetiva”³⁶².

Concluida esta exposición, pasaremos a presentar nuestra propia posición acerca de la cuestión terminológica y constitucional-positiva relativa al principio de “culpabilidad”.

En primer lugar, se ha de concordar con Díez Ripollés cuando señala que el término “principio de culpabilidad” padece de una insoportable sobrecarga semántica y conceptual en los tiempos actuales.

Por una parte, al agrupar, bajo una misma rúbrica “principio de culpabilidad”, tanto la exigencia de dolo o imprudencia como la necesidad de reprochabilidad del sujeto activo

³⁵⁶ Cf. *supra*, IV.3.1.

³⁵⁷ Cf. Bacigalupo, E., “¿Tienen rango constitucional las consecuencias del principio de culpabilidad?”, *La Ley*, 2, 1982, p. 940; Cobo del Rosal, M./Vives Antón, T. S., *PG*, cit., p. 544 nota 36; Mir Puig, S., *PG*, cit., p. 136; Pérez del Valle, C., *Lecciones de derecho penal: parte general*, 2ª ed., Dykinson, Madrid, 2018, p. 46 (“interdicción de la arbitrariedad”).

³⁵⁸ Así, García Pérez, O., “Delitos de sospecha..”, cit., p. 644; Choclán Montalvo, J. A., “El principio de culpabilidad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español”, en López Barja de Quiroga/Zugaldía Espinar (eds.), *Dogmática y ley penal: libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, vol. I, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 89 y s.; Luzón Peña, D.-M., *PG*, cit., p. 26. Se inclina en este sentido también la STC 65/1986 de 22 de mayo.

³⁵⁹ Así, Bacigalupo, E., “¿Tienen rango constitucional..?”, cit., p. 940; Cerezo Mir, J., *PG*, cit., pp. 732 y s.; Mir Puig, S., *PG*, cit., p. 136; Luzón Peña, D.-M., *PG*, cit., p. 26; así como las SsTC 150/1991 de 4 de julio, 59/2008 de 14 de mayo y 185/2014 de 6 de noviembre. También la STC 65/1986 de 22 de mayo.

³⁶⁰ En este sentido, Bacigalupo, E., “¿Tienen rango constitucional..?”, cit., p. 941.

³⁶¹ Cf. García Pérez, O., “Delitos de sospecha..”, cit., pp. 646 y ss., así como las SsTC 253/1993 de 20 de julio, 120/1994 de 25 abril y 185/2014 de 6 de noviembre.

³⁶² Díez Ripollés, J. L., *PG*, cit., p. 265.

del delito, la doctrina dominante española termina aglutinando postulados que corresponden a categorías distintas de la teoría del delito dentro de ese principio, pues el primero de tales postulados corresponde al injusto, mientras el segundo se refiere a la culpabilidad³⁶³.

Por otro lado, como se vio, la concepción dominante – tanto en España como en Alemania – considera que el postulado de correspondencia entre la culpabilidad del agente y la de la pena concretamente aplicada también constituye, al lado de las exigencias mencionadas arriba, una derivación del principio de culpabilidad. En este punto ocurre una – igualmente indebida – equiparación de exigencias relativas a la atribución de responsabilidad penal, con requisitos relativos a la medida de la reacción penal ante una responsabilidad penal ya afirmada³⁶⁴.

A la vista de tales constataciones, entendemos – en la misma línea que Díez Ripollés – que es necesario descomponer las tres acepciones heterogéneas de lo que hoy se designa principio de culpabilidad en tres principios autónomos, que detentan fundamentos, denominaciones y consecuencias igualmente independientes, a saber: los principios de imputación subjetiva, de reprochabilidad individual y de proporcionalidad de la pena³⁶⁵.

La diferenciación aquí defendida representa un cambio en nuestra posición terminológica y conceptual, pues, en un trabajo pretérito³⁶⁶, hemos empleado el término “principio de culpabilidad” para aludir a las exigencias que ahora subdividimos en principios independientes.

Una vez sentada esta base terminológica, cabe ahora preguntar cuál de los tres principios mencionados es determinante para la averiguación de la conformidad constitucional de la responsabilidad penal por el estado, así como precisar el contenido, los límites y el fundamento constitucional de tal principio.

Tal como mencionamos arriba, el tribunal constitucional alemán ha considerado, correctamente, que el elemento de la dominabilidad subjetiva del comportamiento por

³⁶³ *Ibid.*, p. 243.

³⁶⁴ *Idem.*

³⁶⁵ *Idem.*

³⁶⁶ Cf. Viveiros, C., “Los delitos cualificados por el resultado y su legitimidad en el derecho penal español”, *CPC*, 119, 2016, especialmente pp. 171 y ss.

parte de la voluntad del autor fundamenta el “reproche de culpabilidad” (“Schuldvorwurf”) por aquel mismo comportamiento. Hemos constatado asimismo que esta exigencia corresponde a la culpabilidad como fundamento de la pena (“Strafbegründungsschuld”), la cual tiene que ver con los “requisitos subjetivos de imputación”.

Si se tiene en cuenta que “el principio de imputación subjetiva fija las condiciones de pertenencia subjetiva de un hecho a quien lo ha realizado o producido”³⁶⁷, no resultará difícil concluir que es este el principio al que aluden las decisiones del tribunal alemán. Esta será, pues, la base axiológica que guiará la verificación de la admisibilidad constitucional de la construcción dogmática de Eckstein.

Por otro lado, el manejo del contenido y de los límites de dicho principio debe atender a las siguientes observaciones:

En primer lugar, es necesario enfatizar, una vez más, que el contenido del principio de responsabilidad subjetiva coincide tan solo parcialmente con el asignado a la “culpabilidad como fundamento de la pena”, dado que ésta contiene un *plus* frente a aquél, que consiste en la exigencia de un juicio de reproche al sujeto activo del delito. Por pertenecer a la categoría analítica de la culpabilidad y no a la del tipo de injusto, esta última exigencia debe ser desplazada, en nuestra opinión, al principio de reprochabilidad individual.

En segundo lugar, se ha de señalar que el principio de imputación subjetiva contiene la exigencia de que toda imputación de un resultado o estado de cosas jurídico-penalmente relevante a determinado sujeto se base en su dolo o imprudencia. Pero – y en este punto nos distanciamos de la posición de Díez Ripollés – dicho principio no se limita a esta exigencia y a la correspondiente interdicción de la responsabilidad penal objetiva.

Ello porque, si el principio de imputación subjetiva se limitara a prohibir la responsabilidad penal objetiva, entonces él no estaría en condiciones de proscribir otras modalidades de atribución de responsabilidad penal que sí se sustraen a la dominabilidad subjetiva, pero que no encajan en el concepto de responsabilidad penal objetiva.

Ilustremos esta última afirmación con un ejemplo brindado por Eckstein: la imputación basada en una “mera aprobación interna de fenómenos naturales

³⁶⁷ Díez Ripollés, J. L., *PG*, cit., p. 259.

destructivos”³⁶⁸ también violaría el principio de imputación subjetiva. Y nadie pretenderá fundar esto último en que, en tales situaciones, hay responsabilidad penal objetiva, pues no hay duda de que en ellas está presente un dolo del autor respecto de tales sucesos externos.

Con ello, se llega a la conclusión de que, si bien la exigencia de dolo o imprudencia está abarcada por el principio de imputación subjetiva, el contenido y alcance de este principio no se agota en aquella exigencia.

Retomando la idea fundamental subyacente al principio en cuestión, se deduce que también las propias categorías del dolo y de la imprudencia deben estar revestidas por la lógica de la dominabilidad para que puedan garantizar una imputación jurídico-penal constitucionalmente legítima. Lo que permite afirmar, por otro lado, que el principio de imputación subjetiva contiene una prohibición adicional, a saber, la proscripción de la imputación jurídico-penal con base en meros malos pensamientos del sujeto típico.

Las consideraciones expuestas nos permiten formular una definición propia, y próxima pero no igual a la propuesta por Díez Ripollés, del principio de imputación subjetiva: éste consiste en la exigencia de que la imputación jurídico-penal de sucesos externos a un individuo se funde en una vinculación subjetivo-objetiva entre éste y aquéllos que sea mediada por la lógica de la dominabilidad. Esta exigencia será la determinante para la averiguación de la conformidad constitucional de la interpretación de los delitos de posesión como delitos de estado.

En lo que respecta al fundamento constitucional positivo del principio de imputación subjetiva, consideramos correcta la interpretación realizada por los tribunales constitucionales alemán y español, cuando estas cortes estiman que constituye una emanación directa de la dignidad humana (art. 1, I GG y art. 10.1 CE), la cual, a su vez, es un axioma fundante del Estado de derecho.

Entendemos que las exigencias e interdicciones derivadas del principio de imputación subjetiva corresponden al sistema de creencias enraizado en una comunidad de hablantes³⁶⁹, en nuestro caso, la comunidad de hablantes que integran los países del sistema jurídico europeo continental contemporáneo. Y que tanto aquellas exigencias e interdicciones como el requisito de la dominabilidad inherente a tal principio, aunque

³⁶⁸ Eckstein, K., *Besitz*, cit., p. 238.

³⁶⁹ En este sentido, Díez Ripollés, J. L., *PG*, cit., pp. 261 y s.

estén mediatizadas por categorías creadas por expertos – los juristas –, forman parte del consenso existente en la sociedad en torno a las reglas que permiten una atribución legítima de responsabilidad penal por determinados resultados o estados de cosas.

Y de ahí se deriva que, si determinada construcción dogmática interpreta un tipo o grupo de tipos penales de modo que la imputación jurídico-penal se desvincule de la idea de dominabilidad estipulada en el consenso de la comunidad de hablantes, esto implicará *excluire* al individuo afectado por dicha imputación de la comunidad. Lo que violará, en consecuencia, su dignidad.

No consideramos correctos, en cambio, los intentos de anclar el principio de imputación subjetiva en las cláusulas constitucionales de legalidad penal de los arts. 103, apdo. 2 GG y 25.1 CE.

Según hemos visto³⁷⁰, un sector de la doctrina pretende derivar, del respectivo uso de los términos “hecho” (“Tat”) y “acciones u omisiones” en estos preceptos, una prohibición constitucional de la criminalización de meros pensamientos malos (o un “principio del hecho”). Otro círculo de autores pretende deducir, con base en el corolario de la seguridad jurídica, una interdicción de la responsabilidad penal objetiva. Considerados acumulativamente, estos dos planteamientos satisfarían las dos exigencias que entendemos que derivan del principio de imputación subjetiva.

Al primer planteamiento subyace, sin embargo, una indebida inversión lógica: en vez de realizar un raciocinio deductivo que derive, de un enunciado normativo más amplio – como el de los art. 1, I GG y art. 10.1 CE, que consagran la dignidad humana – el principio de imputación subjetiva como su corolario, pretende llevar a cabo un procedimiento *inductivo* para extraer, con base en el uso puntual y aislado de los términos “hecho” y “acciones u omisiones” en los arts. 103, apdo. 2 GG y 25.1 CE, una conclusión más amplia en el sentido de la proscripción de la criminalización de meros pensamientos malos (o de la consagración de un “principio del hecho”) y, en una subsiguiente – y aún más amplia – inferencia, reconocer una supuesta previsión del principio de imputación subjetiva en tales preceptos constitucionales.

Para que un procedimiento inductivo como el realizado fuese correcto, sería necesario que dichas conclusiones más amplias encontrasen otros puntos de apoyo en el

³⁷⁰ Cf. *supra*, IV.3.1.

texto de las correspondientes normas constitucionales. Ello no se da, empero, en el caso de los arts. 103, apdo. 2 GG y 25.1 CE, pues su enunciado alude tan solo a la garantía constitucional de legalidad penal³⁷¹.

El segundo planteamiento, que desea ver en el corolario de la seguridad jurídica una interdicción de la responsabilidad penal objetiva – y, por tanto, una consagración del principio de imputación subjetiva – tampoco es acertado.

Al alegar que la responsabilidad penal objetiva viola el principio de seguridad jurídica, tal interpretación pasa por alto que ella está presente en el derecho civil, sin que nadie pretenda afirmar que constituye, en tal contexto, una infracción al mentado principio (el cual no tiene vigencia solo en el ámbito penal, sino en todos los sectores del ordenamiento jurídico). En suma, el fundamento de la interdicción de la responsabilidad penal objetiva no puede ser extraído, coherentemente, de un principio que admite tal modalidad de imputación en otras ramas del derecho³⁷².

Estas consideraciones nos permiten, por otro lado, rechazar una interpretación peculiar del art. 25.1 CE – a la cual hemos denominado “primer procedimiento hermenéutico” – cuyo análisis hemos dejado abierto anteriormente³⁷³. Dicha interpretación, que ve en la

³⁷¹ Recordemos que el art. 103, apdo. 2 GG reza que “un hecho solo puede ser penado si su punición estaba legalmente determinada antes de que el hecho fuera cometido” (en alemán, “eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde”). Mientras que, según el art. 25.1 CE, “nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”.

³⁷² Salvo que se pretenda postular la existencia de un principio de seguridad jurídica en sentido *estrictamente jurídico-penal*, cuyo alcance garantístico incluya contenidos distintos de los cuatro tradicionales corolarios del principio de legalidad penal. En esta hipótesis, la carga argumentativa recaerá sobre los autores que postulen tal principio.

³⁷³ Cf. *supra*, IV.3.1. Cabe recordar que la interpretación equivalente en el contexto constitucional alemán, que ve en el art. 103, apdo. 2 GG una proscripción de la responsabilidad penal por estado por la alegada contrariedad de esta al *principio de imputación subjetiva* supuestamente contenido en el mentado precepto, se ha visto indirectamente neutralizada por los autos BVerfG NJW 1994, 2412 y BVerfG NJW 1995, 248. En estas resoluciones, el tribunal constitucional alemán estableció que el susodicho principio no extrae su fundamento constitucional positivo del art. 103, apdo. 2 GG, sino de los corolarios del Estado de derecho constitucionalmente asegurados de la dignidad (art. 1, I GG) y de la autorresponsabilidad (art. 2, I GG) del ser humano. Aunque la aludida interpretación no se hubiera hecho inviable por la jurisprudencia de la corte constitucional alemana, ella tampoco devendría convincente – por las mismas razones aducidas a continuación respecto al art. 25.1 CE –. Sin embargo, y como también se ha visto *supra*, IV.2, en los autos en cuestión el tribunal alemán no se pronunció sobre la compatibilidad de la responsabilidad penal por el estado con el principio de imputación subjetiva.

responsabilidad penal por el estado una infracción del mentado precepto constitucional por la supuesta contrariedad de aquella *con el principio de imputación subjetiva*, no deviene convincente, pues el fundamento constitucional positivo de citado principio no ha de ser identificado con el art. 25.1, sino con el art. 10.1 CE.

Nuestro rechazo a tal interpretación no implica, sin embargo, que consideremos la responsabilidad penal por el estado respetuosa del principio de imputación subjetiva, sino exclusivamente que, en el caso de que tal construcción dogmática no demuestre ser compatible con el principio en cuestión, ella no estará en contradicción con el primero, sino con el segundo precepto constitucional mencionado (a saber, el art. 10.1 CE).

También se deben poner reparos a los sectores de la doctrina que pretenden anclar el principio de imputación subjetiva en la garantía de presunción de inocencia del art. 24.2 CE, o en el principio de proporcionalidad supuestamente recogido de manera implícita en el art. 15 CE:

Como hemos sustentado, del principio de imputación subjetiva se infieren la proscripción de la criminalización de meros pensamientos y la interdicción de la responsabilidad penal objetiva. No se termina de entender cuál sería la vinculación de estas dos prohibiciones con una garantía eminentemente procesal como la instituida en el art. 24.2 CE, ni tampoco con la exigencia de proporcionalidad del art. 15 CE, que, por referirse a la medida de la reacción penal ante una responsabilidad penal *ya afirmada*, presenta afinidad, más bien, con un principio *distinto*, a saber, el de proporcionalidad de la pena.

A título de conclusión sobre la temática del fundamento constitucional positivo del principio de imputación subjetiva, afirmamos que él se contiene en los arts. 1, I GG y art. 10.1 CE, que consagran la dignidad humana como fundamento de los ordenamientos jurídicos alemán y español.

IV.4.4. Responsabilidad penal por el estado: infracción al principio de imputación subjetiva

Como hemos visto previamente, el tribunal constitucional alemán afirma que el principio de imputación subjetiva se mantendría íntegro con tal de que las criminalizaciones se vinculen a un “comportamiento prohibido de un ser humano que es dominable por su voluntad”.

También hemos destacado que, procediendo de esta manera, el tribunal omite analizar si una imputación del acontecimiento típico externo *sin recurrir a un comportamiento humano* – o sea, si una responsabilidad penal por el estado – sería respetuosa del mencionado principio.

Respondiendo a esta cuestión dejada abierta por la corte constitucional alemana, Eckstein opina que una concepción de los delitos de posesión como delitos de estado no violaría el principio de imputación subjetiva si, en el contexto de tales delitos, otro “principio de control” (“Beherrschungsprinzip”) hace las veces del comportamiento humano³⁷⁴.

Según el penalista, como la responsabilidad por el estado en los tipos de posesión depende de una voluntad de dominio y de un dolo o imprudencia de posesión, el pensamiento malo del detentador de la custodia, aunque no vaya acompañado de un comportamiento en el mundo exterior, constituiría un factor determinante para la “existencia del proceso vital externo”³⁷⁵.

Esta forma de “participación subjetiva” del detentador de la custodia legítima, en su opinión, un “reproche de culpabilidad” (“Schuldvorwurf”), sin que ello signifique una violación del principio de interdicción de la criminalización de meros pensamientos malos. Pues el acontecimiento externo (“posesión típica”) y la participación subjetiva del sujeto (voluntad de dominio y dolo o imprudencia de posesión) estarían ligados por una relación de dominabilidad, por un “principio de control” (“Beherrschungsprinzip”) diferente del comportamiento humano, pero en igualdad de condiciones con este a la luz del principio de imputación subjetiva³⁷⁶.

³⁷⁴ Eckstein, K., *Besitz*, cit., pp. 239 y s.

³⁷⁵ *Ibid.*, p. 240.

³⁷⁶ *Idem.*

Hochmayr nos brinda el argumento determinante para el rechazo de tal argumentación. La autora asevera, correctamente, que nadie es capaz de controlar acontecimientos externos únicamente por la fuerza de su voluntad³⁷⁷. Requisito adicional de imputación ha de ser la capacidad del individuo de influir concretamente sobre tales acontecimientos.

Pero este requisito solo puede ser garantizado mediante una interpretación de los tipos de posesión anclada en un comportamiento humano. Pues las aproximaciones teóricas al concepto jurídico-penal de conducta humana comparten una preocupación fundamental, que Freund denomina, con razón, su “núcleo justificado”. Tratan de excluir del ámbito de lo jurídico-penalmente relevante acontecimientos externos que se sustraen a la capacidad de control – es decir, a la dominabilidad – de un determinado individuo. Es la llamada “función negativa” (o de “delimitación”) del concepto de comportamiento humano³⁷⁸.

Conforme añade Freund,

“*ultra posse nemo obligatur!* Lo imposible no puede ser exigido. Sucesos que no pueden ser controlados por una determinada persona, y que por ello tampoco pueden ser objeto de un mandato normativo dirigido a esa misma persona, quedan excluidos desde el principio del ámbito de lo jurídico-penalmente relevante”³⁷⁹.

Como ya vimos, en supuestos de custodia impuesta en que el objeto típico llega a la esfera de dominio del individuo de manera adecuada al tráfico social (casos 1 y 3) o tras un acuerdo previo, Eckstein afirma la responsabilidad penal del detentador de la custodia que no toma la decisión de deshacerse inmediatamente de ella, incluso si dicho detentador no ostenta la capacidad de llevar a cabo cualquier acción en tal sentido.

En tales casos, el juicio de imputación se funda en una decisión del sujeto que no puede, en absoluto, influir concretamente sobre el acontecimiento externo, que en este caso es la persistencia de su propia custodia sobre el objeto prohibido. La concepción de los delitos de posesión como delitos de estado termina, así, por defender una inadmisibles punición de meros pensamientos malos.

³⁷⁷ Hochmayr, G., *Strafbarer Besitz*, cit., p. 142.

³⁷⁸ Freund, G., “Vorbemerkung zu § 13”, en *Münchener Kommentar zum StGB*, vol. 1, 3ª ed., C. H. Beck, Múnich, 2017, núm. marg. 135.

³⁷⁹ *Idem.* Así también, Renzikowski, J., “Vor § 13”, en Matt/Renzikowski (eds.), *Strafgesetzbuch: Kommentar*, Vahlen, Múnich, 2020, núm. marg. 52.

Una no menos grave violación del principio de imputación subjetiva representa la punición de supuestos de custodia impuesta referente a la calidad del objeto típico. En estos casos, Eckstein defiende la responsabilidad penal del detentador de la custodia incluso si éste, inmediatamente después de tomar conocimiento de la calidad del objeto, decide deshacerse de él:

Caso 4: “E toma un paquete en custodia a petición de un conocido. Tras una semana, él siente curiosidad, abre el paquete y constata, para consternación suya, que éste contiene estupefacientes. De inmediato decide devolver el objeto prohibido lo más rápido posible”³⁸⁰.

Dado que en situaciones como la del caso 4 no hay una imposición, sino una obtención voluntaria de la custodia del objeto – aunque sin conocimiento de su calidad –, defiende Eckstein que el conocimiento y el deseo iniciales de “E” respecto al dominio fáctico sobre el paquete, que “E” manifestó al tomar el paquete en custodia, prevalecerían sobre sus “intenciones apreciables” posteriores de librarse del paquete al descubrir que éste contenía drogas.

Con base en ello, concluye el autor que “E” será responsable de un delito de posesión de estupefacientes en el caso 4, independientemente de que haya tomado la decisión de devolver el paquete lo más rápido posible inmediatamente después de haber tomado conocimiento de su contenido³⁸¹.

A salvo los casos en que estén presentes los requisitos de una modalidad delictiva imprudente legalmente prevista, la solución propuesta por Eckstein representa un inadmisibles anclaje de la imputación subjetiva en la mera voluntad de dominio del individuo (“Herrschaftswille”), sin que ésta se integre en un dolo integral del sujeto típico, cuya constatación presupondría no solo el conocimiento de la calidad de la cosa por parte del detentador de la custodia, sino también (al menos) su conformidad (“Sich-Abfinden”)³⁸² con la persistencia de su propia custodia a pesar de conocer las características del objeto y su propia capacidad para librarse de éste.

³⁸⁰ Eckstein, K., *Besitz*, cit., p. 103 (supuesto fáctico de la sentencia del tribunal supremo alemán BGH StV 1981, 127).

³⁸¹ *Ibid.*, p. 106.

³⁸² Sobre ello, v. *infra*, IV.4.4.1.

Nos causa extrañeza, además, que el penalista recurra³⁸³ a la jurisprudencia del tribunal supremo alemán³⁸⁴ y al planteamiento de Baae³⁸⁵ como supuestas corroboraciones de su posición. Al contrario de lo que Eckstein da a entender, tanto en la sentencia como en el artículo académico por él citados, la responsabilidad penal por posesión es *rechazada* – respectivamente, mediante la alegación de la ausencia del dolo y con base en la negación de la voluntad de dominio respecto del objeto típico.

Por último, las críticas aquí formuladas pueden ser reconducidas a un segundo denominador común que, junto a la renuncia a un comportamiento humano como presupuesto de la imputación, también caracteriza la contrariedad de la responsabilidad por el estado con el principio de imputación subjetiva. Se trata del intento de atribuir, en la práctica, la condición de “tercer” criterio de imputación subjetiva, en igualdad de condiciones con el dolo y la imprudencia, a la mera voluntad de dominio sobre la cosa (“Herrschaftswille”).

Sin embargo, incluso si se pasan por alto los buenos argumentos que refutan la consideración de la voluntad de dominio como un elemento típico general de los delitos de posesión³⁸⁶, es necesario concluir, con base en las constataciones a que llegamos arriba, que la sola existencia de tal elemento en determinado supuesto fáctico no es suficiente para reconocer que la instancia subjetiva del sujeto típico está en condiciones de controlar la situación objetiva externa. En otras palabras, la sola presencia de la voluntad de dominio es incapaz de fundar una relación de dominabilidad que vincule los aspectos subjetivo y objetivo del injusto de los delitos de posesión.

IV.4.4.1. No determinante: la crítica adicional de Hochmayr a la responsabilidad penal por el estado

No es determinante para el rechazo de la concepción de Eckstein, sin embargo, la objeción adicional de Hochmayr de que la construcción de la responsabilidad por el

³⁸³ Eckstein, K., *Besitz*, cit., p. 106, nota 544.

³⁸⁴ Concretamente, a la sentencia BGH StV 1981, 127 (128).

³⁸⁵ Baae, J., “Der Besitzwille im Betäubungsmittelrecht”, *NStZ*, 1987, pp. 214 y s. (215).

³⁸⁶ Cf., por ejemplo, el planteamiento de Hochmayr, G., *Strafbarer Besitz*, cit. pp. 81 y s., quien tan solo vincula la responsabilidad por posesión a la constatación de una voluntad de dominio en los casos en que el objeto típico no se halla en una esfera privada.

estado configuraría una “infracción especialmente grave de la prohibición del castigo de meros pensamientos”, dado que en el marco de la construcción dogmática de Eckstein el solo hecho de que el individuo *no tome la decisión* de terminar su custodia (impuesta) inmediatamente después de haberla reconocido, ya acarrea su responsabilidad³⁸⁷.

Según Hochmayr, esto conduciría a que la responsabilidad por posesión esté basada, no meramente en un mal pensamiento, sino – lo que sería aún más grave – en “la ausencia de un pensamiento digno de una valoración positiva”. Pues, para que la responsabilidad por posesión resulte configurada, el detentador de la custodia no necesitaría “tener la intención de realizar nada reprobable con el objeto típico”, ni “pensar nada más sobre la custodia una vez reconocida [por él mismo]”.

Dejando de lado momentáneamente el caso 1, tomaremos dos supuestos como punto de partida para, de un lado, ilustrar la argumentación de Hochmayr y, de otro, demostrar que su objeción solo ostenta una importancia hipotética – y con las debidas matizaciones – en el caso de que se pretendiese castigar al sujeto típico conforme a un tipo de posesión con tendencia interna trascendente, pero que, de todos modos, esta pretensión no corresponde a la posición defendida por Eckstein. Consideremos las siguientes situaciones:

Caso 5: “E” recibe una llamada anónima durante un viaje de negocios en el extranjero. El interlocutor le comunica que un sobre con pornografía infantil se encuentra en el buzón de correo de su casa. “E” cuelga el teléfono y sigue trabajando sin pensar más en lo que el interlocutor anónimo le comunicó.

Caso 6 (variación del caso 5, *ceteris paribus*): Cuatro días después de recibir la llamada anónima, al llegar a casa tras un viaje de negocios, “E” abre su buzón y constata que hay allí un sobre con pornografía infantil. Enseguida, cierra nuevamente el buzón – sin retirar el material pornográfico de su interior –, entra en su casa, se cambia de ropa y sale nuevamente a la calle para realizar su caminata diaria, sin pensar más en el objeto que encontró en su buzón.

³⁸⁷ *Ibid.*, pp. 142 y s.

En el caso 5, en el momento que “E” conoce la existencia de su custodia sobre el material pornográfico, no ostenta la capacidad de librarse de éste³⁸⁸. El hecho de que “E”, tras colgar el teléfono, haya seguido trabajando, indica que él no tomó una decisión de deshacerse de su custodia sobre la pornografía.

Como vimos, con base en su construcción de la responsabilidad penal por el estado, Eckstein concluiría – de manera inadmisibles – que “E” ya es punible en tal momento según el correspondiente tipo de posesión (§ 184b, apdo. 3 StGB; art. 189.5 CP).

Según Hochmayr, el aspecto “especialmente grave” de la teoría de los delitos de estado consistiría en que, en un supuesto como el caso 5, tal teoría ni siquiera exige una intención de “E” de quedarse con el material pornográfico o de utilizarlo para fines criminales (vendiéndolo, regalándolo, etc.), sino tan solo *la ausencia de una decisión* de librarse del objeto típico.

Un análisis conjunto de los casos 5 y 6 demuestra, sin embargo, que la alegación de Hochmayr no es acertada: en lo que respecta al aspecto subjetivo, ambos supuestos son idénticos. En el caso 6, el hecho de que “E”, tras abrir su buzón y comprobar su custodia sobre el material pornográfico, lo cierre nuevamente y atienda a sus actividades rutinarias, documenta igualmente la ausencia de una decisión suya de librarse del objeto. Pero, al contrario del caso 5, nadie pretenderá afirmar que “E” deberá resultar impune también en el caso 6.

Con ello, se llega a la conclusión de que la circunstancia que caracteriza la inaceptabilidad de la posición de Eckstein – y que torna la punición de “E” inadmisibles en el caso 5, pero no afecta al caso 6 – no reside en su descripción “negativa” del elemento subjetivo como “no tomar una decisión de terminar una custodia impuesta”.

El aspecto problemático es, más bien, el hecho de que el planteamiento de Eckstein reconoce una responsabilidad penal por posesión en supuestos en que la instancia subjetiva del sujeto típico no está en condiciones de controlar los acontecimientos objetivos externos. En otras palabras: la responsabilidad penal por el estado es incapaz de establecer una vinculación, bajo la forma de una relación de dominabilidad, entre los aspectos subjetivo (ausencia de una decisión de terminación de la propia

³⁸⁸ Prescindiremos aquí de las objeciones de carácter puramente fáctico-didáctico aducidas por Oğlakcioğlu, Abel y Eisele (cf. *supra*, IV.4.1), y partiremos del presupuesto de que “E” no es capaz de realizar *ninguna* acción de terminación de su custodia sobre el objeto, ni por sí mismo *ni tampoco por medio de terceros a petición suya*.

custodia/conformidad respecto de la persistencia de esta) y objetivo (persistencia de la propia custodia sobre el objeto típico) del injusto de los delitos de posesión.

Por lo demás, adherirse a la objeción adicional de Hochmayr significaría recaer en un error similar al que incurren los autores que entienden legítima la concepción de los delitos de estado en tipos de posesión con tendencia interna transcendente³⁸⁹.

Ello porque, en esta segunda crítica de la jurista austriaca, se verifica una indebida confusión entre la actitud interna del individuo con respecto al objeto típico en sí mismo, y su actitud interna ante la acción exigida de librarse de él. Pero, como quedará claro en los siguientes apartados, tan solo el último de tales elementos – y no el primero – es relevante para enjuiciar la admisibilidad de la responsabilidad penal por el estado a la luz del principio de imputación subjetiva.

Estas conclusiones adquieren un poder persuasivo y una trascendencia aún mayores si las ubicamos en el contexto del planteamiento dogmático más amplio – defendido incluso por la propia Hochmayr³⁹⁰ – que considera la no terminación voluntaria de una custodia previamente impuesta, por regla general, un delito de omisión:

Estando presentes el conocimiento, por parte del sujeto, de la situación típica que exige su actuación – es decir, de la existencia de la propia custodia sobre un objeto de los previstos en un tipo legal de posesión –, y de su propia capacidad para realizar una acción de terminación de su custodia, resultará consecuente deducir, a partir de la ausencia de una decisión suya de terminación de la custodia, al menos su conformidad – y por tanto al menos su dolo eventual³⁹¹ – respecto de la persistencia de su poder fáctico sobre el objeto.

La objeción adicional de Hochmayr ostenta una importancia aparente, sin embargo, en determinada hipótesis, aquella en que se pretendiera castigar a “E” en los supuestos 5

³⁸⁹ Al respecto, v. *infra*, IV.4.5.

³⁹⁰ Cf. Hochmayr, G., *Strafbarer Besitz*, cit., pp. 96 y ss.

³⁹¹ En este sentido, Jescheck, H.-H./Weigend, T., *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5ª ed., Duncker & Humblot, Berlín, 1996, p. 632; Weigend, T., “§ 13”, en *Leipziger Kommentar StGB*, vol. 1, 12ª ed., de Gruyter, Berlín, 2007, núm. marg. 73; Roxin, C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, vol. II, C. H. Beck, Múnich, 2003, § 31, núm. marg. 185; Kühl, K., *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 8ª ed., Vahlen, Múnich, 2017, § 18, núm. marg. 130, y las decisiones BGH NJW 1961, 1682 y BGH NSTZ 1992, 125. En la doctrina española, cf. Rodríguez Mourullo, G., *La omisión de socorro en el código penal*, Tecnos, Madrid, 1966, pp. 259 y s.; Luzón Peña, D.-M., *PG*, cit., pp. 240 y s., 581; Bacigalupo, E., *Delitos improprios de omisión*, Dykinson, Madrid, 2006, p. 109; Mir Puig, S., *PG*, cit., pp. 325 y s. De la jurisprudencia española, v. entre otras las SsTS 13787/1991 de 7 de marzo, 5652/2002 de 23 de julio, y más recientemente las SsTS 41/2018 de 25 de enero y 459/2018 de 10 octubre.

y 6, no por el tipo de mera posesión de pornografía infantil, sino v.g. por la posesión de tal material con intención de difusión o distribución³⁹².

En tal hipótesis, si se prescindiese no solo de la capacidad del sujeto típico para llevar a cabo la acción exigida de terminación de la custodia, sino también de su intención de realizar algo reprochable con el objeto típico detentado, la construcción de Eckstein realmente acarrearía consecuencias aún más graves que aquella que se produce en su configuración normal.

Pues además de ser incapaz de fundar una relación de dominabilidad entre los aspectos subjetivo y objetivo del injusto de los delitos de posesión, en tal hipótesis la responsabilidad por el estado también estaría renunciando indebidamente a un elemento subjetivo expresamente exigido en los respectivos tipos penales, a saber, la intención de difundir o de distribuir el material pornográfico infantil. Lo cual no sería baladí, teniendo en cuenta que el tipo de posesión de pornografía infantil con finalidad de difusión o distribución prevé una pena más elevada que la que corresponde al tipo de mera de posesión de tales objetos³⁹³.

No obstante, se ha de atender a que en esta hipótesis no habría una “doble” – o, en las palabras de Hochmayr, una “especialmente grave” – violación del principio de imputación subjetiva. Pues, a diferencia del dolo respecto a la persistencia de la propia custodia sobre el objeto típico, la intención de utilización de tal objeto no precisa de un correspondiente acontecimiento objetivo externo que esté en condiciones de dominar. Por el contrario, ella es un componente *netamente subjetivo*, presente única y exclusivamente en la instancia interna del sujeto típico, y es precisamente este aspecto netamente subjetivo lo que permite caracterizar a los tipos de posesión que exigen tal intención adicional como tipos de tendencia interna *trascendente*.

En consecuencia, renunciar a una intención adicional de utilización del objeto típico, expresamente requerida por determinado tipo de posesión, no significaría prescindir de una relación de dominabilidad entre los aspectos subjetivo y objetivo del injusto de los delitos de posesión (infracción al principio de imputación subjetiva), ya que

³⁹² § 184b, apdo. 1, núm. 4, en conexión con el § 184b, apdo. 1, núm. 1 StGB (“Vorrätighalten zum Zweck der Verbreitung”); art. 189.1, 1.º párrafo, letra b, del CP (posesión para fines de distribución).

³⁹³ En el derecho penal alemán, la posesión con intención de difusión es castigada con pena privativa de libertad de 3 meses a 5 años, mientras que a la mera posesión se conmina una pena privativa de libertad de hasta 3 años o pena de multa. En el derecho penal español, la posesión para fines de distribución es castigada con pena de prisión de 1 a 5 años, mientras que la mera posesión (para “propio uso”) es reprimida con pena de prisión de 3 meses a 1 año o con pena de multa de 6 meses a 2 años.

a la mentada intención no se corresponde, en absoluto, con un aspecto objetivo del injusto al que pudiese o tuviese que dominar. Prescindir de tal elemento subjetivo adicionalmente requerido por el tipo implicaría, más bien, una vulneración *del principio de legalidad penal*.

Con ello, a primera vista se puede concluir que la objeción adicional de Hochmayr contra la responsabilidad penal por el estado no se aplicaría a los tipos de “mera” posesión, pero que sí afectaría a los supuestos de posesión con tendencia interna trascendente siempre que se la vincule, no al principio de imputación subjetiva, sino al principio de legalidad penal.

Sin embargo, hay que reconocer que Eckstein no pretende extraer las mismas consecuencias de la responsabilidad penal por el estado en las dos clases de tipos de posesión. En el caso del tipo posesión de pornografía infantil para fines de difusión, el autor defiende que “solo se hace responsable quien desea una utilización prohibida muy concreta”³⁹⁴. Lo mismo puede decirse de su interpretación de otros tipos de posesión con tendencia interna trascendente, lo que se constata, por ejemplo, en sus consideraciones acerca del tipo del § 328, apdo. 3, núm. 1 StGB³⁹⁵.

Por las razones expuestas, se debe concluir que la objeción adicional de Hochmayr en contra de la teoría de los delitos de estado no es determinante para el rechazo de este planteamiento.

IV.4.5. ¿Puede la exigencia de una intención criminal adicional superar el déficit de legitimidad de la responsabilidad penal por el estado?

Las precisiones realizadas en el apartado anterior nos brindan la base argumentativa para refutar una posición minoritaria que, de un lado, no admite una responsabilidad penal por el estado en los delitos de “mera” posesión, pero la acepta en los tipos de posesión que exigen una intención criminal adicional del detentador de la custodia sobre el objeto típico. Y también nos permiten rechazar el planteamiento peculiar que exige tal intención, *de lege ferenda*, como requisito adicional de legitimación de la responsabilidad penal por el estado en determinadas especies de delitos de posesión.

³⁹⁴ Eckstein, K., *Besitz*, cit., p. 117.

³⁹⁵ *Ibid.*, pp. 120 y s.

Lagodny niega que se puedan interpretar los tipos de “mera” posesión como delitos de comportamiento, pero también rechaza la constitucionalidad de su comprensión como manifestaciones de una responsabilidad penal por el estado.

Según el autor, cualesquiera que sean las finalidades que se pretenda asignar a la pena, todas ellas presuponen un comportamiento humano como requisito de la sanción penal, pues lo que esta sanción pretende es justamente la modificación de comportamientos. A nivel constitucional, la exigencia de un comportamiento humano encontraría respaldo, además, en el art. 103, apdo. 2 GG³⁹⁶, así como en el principio constitucional de culpabilidad “en sentido formal”, entendido como posibilidad de *actuar* de otra manera (“*Anders-Handeln-Können*”)³⁹⁷.

Dado que, en la opinión de Lagodny, no resulta posible “reinterpretar” los tipos de mera posesión ni como delitos comisivos ni tampoco como delitos omisivos³⁹⁸, el autor llega a la conclusión de que tales figuras delictivas son manifestaciones de una criminalización inconstitucional de meros estados.

Estas consideraciones no tendrían validez, con todo, para los tipos de posesión que exigen una intención adicional del detentador de la custodia. Según Lagodny, en tales casos,

“por lo menos se establece una relación con otra norma de comportamiento, de manera que, aquí, los problemas constitucionales ya no se manifiestan en absoluto con la misma claridad que en la mera posesión sin una finalidad [adicional]. Se trata más bien de la más amplia modalidad de prohibición de actos preparatorios”. Los tipos de posesión con tendencia interna trascendente “se vinculan a una relación con un objeto. Pero ésta solo se prohíbe y hace derivar responsabilidad si sirve para la preparación de un determinado comportamiento. Por tanto, atienden al control de comportamientos y son fundamentalmente idóneos, de cara a lograr las finalidades de la pena”³⁹⁹.

³⁹⁶ Sobre esta interpretación peculiar del art. 103, apdo. 2 GG y su rechazo por parte del tribunal constitucional alemán, v. *supra*, IV.2.

³⁹⁷ Lagodny, O., *Strafrecht vor den Schranken*, cit., pp. 322 y ss. En idéntico sentido, Struensee, E., “Besitzdelikte”, cit., p. 715, nota 6.

³⁹⁸ Acerca de esta supuesta imposibilidad, v. *infra*, capítulo 5, apartados V.1 y VII.

³⁹⁹ Lagodny, O., *Strafrecht vor den Schranken*, cit., p. 334.

Equivalente a la posición de Lagodny es el planteamiento de Ambos, siempre y cuando se lo entienda – en oposición a la interpretación defendida en este trabajo⁴⁰⁰ – como una defensa de la concepción de los delitos de posesión como delitos de estado.

Tal como se vio anteriormente, Ambos sostiene, al menos nominalmente, que los delitos de posesión son manifestaciones de una responsabilidad penal por el estado. Pero, en el caso de objetos típicos que no son “en sí mismos” peligrosos – y aquí reside la diferencia entre su posición y la de Lagodny – el primer jurista afirma ser necesario probar que el sujeto típico ostenta una intención adicional de utilizar el objeto para fines criminales.

Tomando como base una variación del caso 5, demostraremos que las matizaciones propuestas por ambos autores no resultan, empero, ser convincentes:

Caso 7 (variación del caso 5): “E” recibe una llamada anónima durante un viaje de negocios en el extranjero. El interlocutor le comunica que un sobre con pornografía infantil se encuentra en el buzón de correo de su casa. Acto seguido “E” cuelga un anuncio en la internet oscura (“dark web”) donde ofrece las fotografías pornográficas a cambio de una suma de dinero.

En una situación como la del caso 7 está presente un acto de “E” que prueba su intención de utilizar delictivamente el objeto típico, sea respecto de la modalidad típica de “conseguirle a un tercero la posesión de la pornografía infantil”⁴⁰¹, sea respecto de la conducta de “vender” tal material⁴⁰². Pero, aun así, no resulta posible castigar a “E” por los respectivos tipos de posesión con intención de consecución a terceros⁴⁰³ o de posesión para fines de venta⁴⁰⁴.

Dado que a “E” le falta la capacidad de deshacerse de su custodia sobre el objeto típico⁴⁰⁵, su intención de realizar determinados actos criminales con tal objeto es tan

⁴⁰⁰ Acerca de la ambigüedad del planteamiento de Ambos, y a favor de que se trata, como la posición de Lampe, de una defensa meramente aparente de la responsabilidad penal por el estado en los delitos de posesión, v. *supra*, III.4.

⁴⁰¹ Prevista en el § 184b, apdo. 1, núm. 1 StGB (“Besitzverschaffung für Dritte”).

⁴⁰² Prevista en el art. 189.1, 1.º párrafo, letra b, del CP.

⁴⁰³ Se trata del § 184b, apdo. 1, núm. 4, 4º verbo típico, en conexión con el § 184b, apdo. 1, núm. 2 StGB (“Vorrätighalten zum Zweck der Besitzverschaffung für Dritte”).

⁴⁰⁴ Se trata del art. 189.1, 1.º párrafo, letra b, del CP.

⁴⁰⁵ Prescindiremos aquí de las objeciones de naturaleza puramente fáctico-didáctica aducidas por Oğlakcioğlu, Abel y Eisele (cf. *supra*, IV.4.1) y partiremos del presupuesto de que “E” no es capaz de

incapaz de influir de manera concreta sobre el acontecimiento típico externo – que es la persistencia de su custodia sobre el objeto prohibido – como lo sería la mera decisión de tan solo conservar su custodia sobre él.

Expresándolo en términos dogmáticos: a la luz del principio de imputación subjetiva, un mero incremento en la actitud interna del sujeto típico – su intención adicional de utilización del objeto para fines criminales – no es capaz de compensar el déficit de vinculación entre los aspectos subjetivo y objetivo del injusto, consistente en la ausencia de una relación de dominabilidad entre la intención del sujeto y la persistencia de su custodia sobre el objeto típico, que caracteriza la responsabilidad penal por el estado.

Digno de mención, además, es el hecho de que el propio Eckstein rechaza la diferenciación propuesta por Lagodny. Según Eckstein, el reconocimiento de la constitucionalidad de la responsabilidad penal por el estado solamente en tipos de posesión que exigen una intención de utilización criminal del objeto resulta inconsecuente, pues ello “pasa por alto que una mera finalidad adicional no podría llevar a la posesión por encima del umbral de la impunidad del pensamiento malo”⁴⁰⁶.

Tampoco es posible llegar a una conclusión diferente en los supuestos donde la conducta que prueba la intención de utilización del objeto típico ya configura, en sí misma, un acto preparatorio punible:

Así, en la situación bajo análisis, la acción de “E” consistente en colgar el anuncio electrónico configura un acto preparatorio tendente a causar una traslación de la custodia sobre el material pornográfico a otra persona; acto este que es castigado como una acción típica de “ofrecer”⁴⁰⁷, o de “promocionar”⁴⁰⁸ tales objetos. Ante tal circunstancia, se podría argumentar que la intención criminal de “E” sí que es plenamente capaz de influir de manera jurídico-penalmente relevante en el mundo exterior.

Tal afirmación no es incorrecta. No obstante, se ha de tener en cuenta que su objeto de referencia no es el mismo del nuestro. Ella no alude al mantenimiento punible por

realizar *ninguna* acción de terminación de su custodia sobre el objeto, ni por sí mismo *ni tampoco por medio de terceros a petición suya*.

⁴⁰⁶ Eckstein, K., *Besitz*, cit., p. 234, nota 33.

⁴⁰⁷ Criminalizada en el § 184b, apdo. 1, núm. 4, 5º verbo típico StGB (“Anbieten”) y en el art. 189.1, 1.º párrafo, letra “b”, 5º verbo típico, del CP.

⁴⁰⁸ Castigada en el § 184b, apdo. 1, núm. 4, 6º verbo típico StGB (“Bewerben”).

parte de “E” de su propia custodia sobre el objeto típico – o, en otras palabras, a la posesión – sino, como se mencionó, a la preparación de la traslación de la custodia a un tercero.

En consecuencia, en la hipótesis de que cuelgue el mencionado anuncio electrónico, “E” será punible, pero no por la posesión de pornografía infantil para fines de venta o de consecución a terceros, sino conforme a los tipos anteriormente mencionados, que castigan el “ofrecer” o “promocionar” dicho material.

IV.4.5.1. Posibles objeciones

Pero las conclusiones a que llegamos en el apartado anterior también pueden encontrarse con reparos: por un lado, se podría objetar que, como en el caso 7 están presentes tanto la custodia sobre el objeto típico como el acto que demuestra la intención de venderlo, devendría poco intuitivo negar aplicación a los tipos de posesión con tendencia interna trascendente del § 184b, apdo. 1, núm. 4, 4º verbo típico StGB y del art. 189.1, 1.º párrafo, letra b, del CP.

También es imaginable la objeción de que es inconcebible que determinada persona no sea capaz de acción en lo que respecta a determinada conducta típica – en este caso, la de posesión de pornografía infantil con finalidad de facilitación a terceros o de venta – pero que sí lo sea en relación con otra, la de ofrecer o promocionar pornografía infantil.

La primera de las objeciones debe ser rechazada, sin embargo, con base en dos precisiones dogmáticas:

En primer lugar, se debe atender a la distinción fundamental entre el concepto de custodia sobre el objeto típico, y la acepción particular que el concepto de capacidad de acción asume en el ámbito específico de los tipos de posesión: mientras aquél alude a la capacidad *abstracta* del individuo para *acceder* al objeto típico, éste se refiere a su capacidad *concreta* para *librarse* del mentado objeto.

Al respecto, es necesario adelantar que, para los fines de la afirmación de la custodia sobre un objeto descrito en una figura delictiva de posesión en casos de “posesión inmediata” en que está presente una “voluntad de dominio” (“Herrschaftswille”) respecto del objeto, doctrina y jurisprudencia alemanas se satisfacen con la presencia del objeto en una esfera de dominio del sujeto típico, como su casa, su coche o su local de trabajo, incluso en el

supuesto de que el sujeto no esté presente en tales lugares. En otras palabras, se satisfacen con una mera capacidad *abstracta* del sujeto típico para acceder a la cosa⁴⁰⁹.

En el caso 7, por tanto, la custodia de “E” sobre la pornografía infantil sería afirmada, en Alemania, aunque tal sujeto no pudiese – por encontrarse en su local de trabajo – acceder concretamente a las fotografías presentes en el buzón de correo de su casa. Pues su acto de ofrecer dichos objetos en la internet oscura documenta su voluntad de dominio sobre ellos⁴¹⁰.

Cabe resaltar que la aludida afirmación de la custodia en supuestos en que solo hay capacidad abstracta para acceder al objeto, a pesar de gozar de consenso en Alemania, tropieza con la resistencia de la doctrina española (aunque no con la de la jurisprudencia), tal como veremos a continuación en el contexto del tipo de posesión de estupeficientes⁴¹¹. La necesidad didáctica de aclarar la diferencia entre la capacidad abstracta de acceder al objeto y la capacidad concreta para deshacerse del mismo justifica tener como punto de partida, aquí, la perspectiva alemana.

En segundo lugar, se ha de destacar que, para los fines de la imputación del correspondiente tipo de posesión, la presencia de la capacidad abstracta del individuo para acceder al objeto típico (custodia) no es capaz de compensar la ausencia de su capacidad concreta para librarse del objeto (incapacidad de acción). Por tales razones, a los fines de aplicar los tipos de posesión del § 184b, apdo. 1, núm. 4, 4º verbo típico StGB y del art. 189.1, 1.º párrafo, letra b, del CP, aunque “E” ostente, en el caso 7, la capacidad abstracta de acceder al material pornográfico infantil, esta capacidad no podrá compensar su incapacidad concreta para librarse de tal material.

⁴⁰⁹ Al respecto, cf. *infra*, capítulo 5, apartado IV.3.1.2.

⁴¹⁰ Cuestión distinta es si la doctrina y jurisprudencia penal del país afirmarían la *responsabilidad penal* de “E”, en el supuesto abordado, por el tipo de posesión de pornografía infantil con intención de consecución a terceros del § 184b, apdo. 1, núm. 4, 4º verbo típico StGB. Teniendo en cuenta, por una parte, que en el caso 7 le falta a “E” la capacidad concreta para deshacerse del material pornográfico, y, por otra, que la interpretación del mentado tipo de posesión como un supuesto de responsabilidad penal por el estado – que es la única capaz de fundamentar la responsabilidad penal de “E” por posesión en tal situación – es minoritaria en la doctrina alemana, es posible afirmar que esta rechazaría la posibilidad de castigar a “E”, en la aludida situación, conforme al tipo de posesión en cuestión. Una afirmación similar con respecto a la jurisprudencia, en cambio, solo puede ser hecha una vez verificada (y negada) la afirmación de Eckstein en el sentido de que existiría un castigo “*de facto*” de meros estados en la *praxis* de aplicación de los tipos de posesión alemanes (sobre esta afirmación, cf. *supra*, III.2 e *infra*, IV.5). Verificación esta que no puede ser realizada, con todo, en la presente investigación.

⁴¹¹ Cf. *infra*, capítulo 5, apartados IV.3.1.1 y IV.3.1.2.

La segunda objeción tampoco resulta convincente. Ella puede superarse si se atienden a las consideraciones de Eckstein sobre la relación entre los conceptos de comportamiento humano y de capacidad de acción: el penalista pone de manifiesto la necesidad de dejar de atribuir, a la dimensión temporal del concepto de comportamiento, una calidad netamente situacional, y pasar a anclar dicho concepto en el reconocimiento de la capacidad humana de *actuar al mismo tiempo en varios sentidos*⁴¹².

El acierto de lo que dice nos lo demuestra el elocuente ejemplo ofrecido por el autor alemán: “quien es empujado por un asaltante hacia dentro de un puesto de mercado que vende artículos de loza no comete, por ausencia de acción [léase: comportamiento], un delito de daños, pero es perfectamente capaz, en plena posesión de sus facultades mentales, de verter contra el malhechor insultos lesivos de su honor”⁴¹³.

Igualmente, son concebibles constelaciones fácticas en que el sujeto se comporta al mismo tiempo en varios sentidos, pero de manera penalmente relevante en cada uno de ellos: el socorrista ve a un niño ahogándose en la piscina y, en vez de salvarlo, se aprovecha del estado de conmoción general causado por los gritos de socorro para apoderarse de la cartera de uno de los bañistas.

Así, el hecho de que reconozcamos que “E” es incapaz de acción en lo que respecta al tipo de posesión de pornografía infantil con intención de venta o de facilitación a terceros no impide, de todos modos, considerarlo responsable de un acto de ofrecer o promocionar el objeto típico en cuestión, acto este para el cual su capacidad de acción sí está, por el contrario, presente.

Tanto o más importante, sin embargo, es resaltar la validez de la afirmación en sentido inverso: la circunstancia de que “E” sea capaz de acción respecto de la conducta típica preparatoria de ofrecer o promocionar pornografía infantil no lo torna, en absoluto, capaz de acción – ni, por ende, penalmente responsable – en lo que respecta a los tipos de posesión de pornografía infantil con finalidad de venta o de consecución a terceros.

A título de conclusión, afirmamos: la exigencia de una intención criminal adicional del detentador de la custodia no es capaz de compensar el déficit de legitimidad de los delitos de posesión entendidos como delitos de estado, y ello ni siquiera cuando la

⁴¹² Eckstein, K., *Besitz*, cit., pp. 204 y s.

⁴¹³ *Ibid.*, p. 205.

conducta que prueba dicha intención ya configura, por sí misma, un acto preparatorio punible.

IV.4.6. ¿Relación de accesoria entre la responsabilidad penal por el estado y la responsabilidad penal por el comportamiento?

Aunque se aferre a las razones que, en su opinión, obligarían a reconocer una responsabilidad penal por el estado en los delitos de posesión, Eckstein alega como argumento complementario que la responsabilidad por el estado se comportaría, en la mayoría de los casos, de una manera “accesoria a un comportamiento”.

Ello se debería a la circunstancia de que el detentador de una custodia inicialmente impuesta que, tras tomar conocimiento de ésta, no decide librarse inmediatamente del objeto, ya se encontraría – incluso sin disponer de la capacidad para realizar la acción de eliminación de su custodia – en el estadio de una tentativa omisiva⁴¹⁴. Con todo, la responsabilidad por una omisión consumada solo estaría presente en el momento que el detentador de la custodia tuviera la capacidad para realizar una acción que podría haber sido eficaz para la terminación de dicha custodia⁴¹⁵.

Así, por ejemplo, en la situación fáctica del caso 5, en el momento que “E” cuelga el teléfono y sigue trabajando⁴¹⁶ ya se configuraría, supuestamente, su tentativa de omitir deshacerse del material pornográfico. Mientras que la omisión consumada solo se verificaría en un momento como el descrito en el caso 6, es decir, cuando llegando a su casa y apreciando que, de hecho, hay fotografías con contenido pornográfico infantil en su buzón, “E” cierra el buzón nuevamente en vez de, por ejemplo, recoger las fotografías y quemarlas.

Por otra parte, según Eckstein, aunque el reconocimiento de una tentativa de omisión en supuestos como el del caso 5 no sea capaz de colmar las lagunas de punición resultantes de concebir los delitos de posesión como delitos de comportamiento⁴¹⁷, tal

⁴¹⁴ *Ibid.*, p. 240.

⁴¹⁵ *Ibid.*, p. 223; Eckstein, K., “Grundlagen..”, cit., p. 112.

⁴¹⁶ Prescindiremos aquí de las objeciones de naturaleza puramente fáctico-didáctica aducidas por Oğlakcioğlu, Abel y Eisele (cf. *supra*, IV.4.1) y partiremos del presupuesto de que, en tal momento, “E” no es capaz de realizar *ninguna* acción de terminación de su custodia sobre el material pornográfico.

⁴¹⁷ Ello porque, tal como hemos adelantado (cf. *supra*, III.3), la consideración de una tentativa omisiva no es capaz de aclarar la razón por la cual se penaría al detentador de la custodia por un delito de posesión consumado. Además, surge el problema de que la tentativa no es punible en todos los tipos de posesión.

tentativa serviría para la “apreciación jurídico-constitucional de la punición de la posesión”⁴¹⁸. En nuestra opinión, esta última afirmación representa un intento de ampararse en la responsabilidad por el comportamiento con la finalidad de atenuar la evidente tensión existente entre la concepción de los delitos de posesión como delitos de estado y el principio de imputación subjetiva⁴¹⁹.

A continuación, demostraremos que la argumentación de Eckstein no encuentra respaldo en ninguna de las teorías relativas al *iter criminis* de los delitos omisivos:

No se puede hablar de una tentativa omisiva idónea cuando el sujeto, a pesar de conocer la custodia que se le impuso y la calidad del objeto impuesto, todavía no dispone de posibilidad alguna de poner término a su poder fáctico sobre la cosa.

Ello porque, tal como muestra la dogmática de los delitos omisivos de resultado, la pérdida de la primera oportunidad de impedimento del resultado no constituye la condición para afirmar la consumación delictiva, sino el presupuesto configurador del inicio de la tentativa. A la misma conclusión se llega si se adopta, en su lugar, la teoría de la pérdida de la última oportunidad de impedimento del resultado⁴²⁰.

En otras palabras: si el detentador de la custodia previamente impuesta todavía no dispone de posibilidad alguna de deshacerse del objeto típico en cuestión, entonces, aunque tenga la intención de conservar tal custodia, todavía se encuentra, según las teorías de la primera y de la última oportunidad de intervención, *en el estadio de preparación delictiva impune*.

A conclusión distinta no se llega utilizando otras variantes teóricas: frente a un detentador de una custodia previamente impuesta que es incapaz de realizar una acción de terminación de su custodia, no es posible hablar de un inicio de la tentativa ni en base a la atribución al detentador de la custodia de la salida del curso de los acontecimientos de su ámbito de dominio⁴²¹, ni en base a una puesta en peligro del bien jurídico o a un

⁴¹⁸ Eckstein, K., “Grundlagen..”, cit., p. 112.

⁴¹⁹ Así también, Deiters, M., “Recensión a «Eckstein, Besitz als Straftat»”, cit., p. 60.

⁴²⁰ Cf. por todos Eser, A./Bosch, N., “§ 22”, en Schönke/Schröder (eds.), *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 30ª ed., C. H. Beck, Múnich, 2019, núm. marg. 47; Cerezo Mir, J., *PG*, cit., p. 992.

⁴²¹ Esta es la teoría defendida, por ejemplo, por Otto, H., *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*, 7ª ed., de Gruyter, Berlín, 2004, § 18, núm. marg. 33 y ss.

aumento de un riesgo previamente existente⁴²², ni a partir de un “abandono del control sobre el foco de riesgo”⁴²³ que pudiesen reconducirse a una inacción de su parte.

Las cosas tampoco cambian, por último, si se parte de una comprensión de los delitos de posesión como delitos de mera (in)actividad. Pues en tal caso, la pérdida de la primera oportunidad de intervención ya debería ser considerada una omisión consumada, y la tentativa idónea sería, por ende, dogmáticamente impensable⁴²⁴.

Incluso si se siguen las voces que reconocen excepciones o rechazan esta última afirmación en el derecho español⁴²⁵ o alemán⁴²⁶ y aceptan, total o parcialmente, la tentativa en las omisiones sin resultado, se ha de tener en cuenta que, si un detentador de una custodia previamente impuesta no ostenta la capacidad concreta de deshacerse de ella, aún no habrá perdido ninguna oportunidad de cumplir el mandato de actuación contenido en el correspondiente tipo penal de posesión.

Por último, se ha de enfatizar nuevamente que ni siquiera en los casos en que el detentador de la custodia previamente impuesta manifiesta externamente, mediante algún

⁴²² Así, Eser, A./Bosch, N., “§ 22”, cit., núm. marg. 50 y s.; Jescheck, H.-H./Weigend, T., *AT*, cit., p. 638; Roxin, C., *AT*, cit., vol. II, § 29, núm. marg. 271 y ss; Wolter, J., *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*, Duncker & Humblot, Berlín, 1981, p. 258; Requejo Conde, C., “Tentativa y desistimiento en los delitos de omisión”, *Actualidad penal*, 24, 2001, p. 554; Farré Trepas, E., “Sobre el comienzo de la tentativa en los delitos de omisión, en la autoría mediata y en la actio libera in causa”, *Estudios penales y criminológicos*, 13, 1988, p. 62.

⁴²³ Cf. Alcácer Guirao, R., “Comienzo de la tentativa en la comisión por omisión”, *CPC*, 73, 2001, pp. 22 y ss.

⁴²⁴ Cf. Eser, A./Bosch, N., “§ 22”, cit., núm. marg. 53; Schmidhäuser, E., *Strafrecht, Allgemeiner Teil: Studienbuch*, 2ª ed., Mohr, Tubinga, 1984, p. 433; Jescheck, H.-H./Weigend, T., *AT*, cit., p. 637; Jiménez de Asúa, L., *Tratado III*, cit., p. 435; Rodríguez Mourullo, G., *La omisión de socorro*, cit., pp. 276 y ss.; Antón Oneca, J., *Derecho penal*, 2ª ed., Akal, Torrejón de Ardoz, 1986, p. 444; Córdoba Roda, J., “Artículo 16”, en Córdoba Roda/García Arán (eds.), *Comentarios al Código penal. Parte general*, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 128 y s; Orts Berenguer, E./González Cussac, J. L., *PG*, cit., p. 300, y la STS 2275/1970 de 10 de marzo. Estima la tentativa inacabada en los delitos omisivos de mera inactividad como conceptualmente posible, pero impune en virtud de la alusión del art. 16 del CP a un resultado, Díez Ripollés, J. L., *PG*, cit., pp. 552, 562.

⁴²⁵ Cf. Cerezo Mir, J., *PG*, cit., p. 980; Luzón Peña, D.-M., *PG*, cit., pp. 584 y s.; Farré Trepas, E., “Sobre el comienzo.”, cit., pp. 50 y ss.; Cobo del Rosal, M./Vives Antón, T. S., *PG*, cit., p. 730, nota 80; Muñoz Conde, F./García Arán, M., *PG*, cit., p. 405; Polaino Navarrete, M., “El injusto de la tentativa en el ejemplo de los delitos de mera actividad y de omisión pura. Sobre el concepto jurídico-penal de resultado”, *Revista del Poder Judicial*, 72, 2003, pp. 84 y s., así como la STS 5435/1976 de 20 de diciembre.

⁴²⁶ Cf. Gössel, K. H., en Maurach/Gössel/Zipf (eds.), *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, vol. 2, 8ª ed., C. F. Müller, Heidelberg, 2014, § 40, núm. marg. 140 y s.; Hillenkamp, T., “Vorbemerkungen zu den §§ 22 ff.”, en *Leipziger Kommentar StGB*, vol. 1, 12ª ed., de Gruyter, Berlín, 2007, núm. marg. 103 y s.; Schaffstein, F., “Die Vollendung der Unterlassung”, en Jescheck/Lüttger (eds.), *Festschrift für Eduard Dreher zum 70. Geburtstag am 29. April 1977*, de Gruyter, Berlín, 1977, pp. 148 y ss.; Tiedemann, K., “§ 283”, en *Leipziger Kommentar StGB*, vol. 9/Parte 2, 12ª ed., de Gruyter, Berlín, 2009, núm. marg. 151.

otro comportamiento, su intención de no realizar una acción inmediata de librarse del objeto – como ocurre por ejemplo en el caso 7, donde “E” anuncia la pornografía infantil en internet con la intención de venderla –, se podrá hablar de una tentativa omisiva idónea de su parte.

Es necesario recordar esto frente al criticable criterio de la “externalización de la decisión de no realizar la acción debida inmediatamente”, el cual es concebido por un sector de los autores alemanes que admiten la tentativa en ciertos tipos omisivos sin resultado, como decisivo para la constatación del *conatus*⁴²⁷. Otro sector de la doctrina del país lo considera, incluso, determinante para la verificación de la consumación de determinados delitos de mera inactividad⁴²⁸.

Oponiéndose a esta doctrina, Schaffstein afirma, con razón, que “si se exigiese en los delitos de omisión sin resultado una objetivación de la voluntad ya para el cumplimiento del tipo, eso significaría reinterpretar estos delitos de omisión como delitos comisivos, pero esta comisión sería a su vez una mera manifestación externa de la actitud interna y no sería inmune, por consiguiente, al reproche frente al derecho penal de la actitud interna”⁴²⁹.

Si bien la objeción de Schaffstein se dirige contra el empleo de dicho criterio como elemento caracterizador de la consumación de las omisiones sin resultado, ella puede ser esgrimida, con igual razón, en contra de su uso para la constatación de la tentativa.

Pues utilizar este criterio de manera aislada, sin tener en cuenta si el individuo ostenta también la capacidad de actuar, únicamente sería posible en el marco de las antidemocráticas teorías subjetivas extremas de la tentativa⁴³⁰. Las cuales no escaparían, aun así, al reproche de Schaffstein de que configuran una dogmática de la actitud interna⁴³¹, y, curiosamente, convertirían los respectivos tipos de mera inactividad, en la

⁴²⁷ Así, por ejemplo, Hillenkamp, T., “Vorbemerkungen zu den §§ 22 ff.”, cit., núm. marg. 104; Tiedemann, K., “§ 283”, cit., núm. marg. 151.

⁴²⁸ En este sentido, cf. por ejemplo Hecker, B., “§ 323c”, en Schönke/Schröder (eds.), *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 30ª ed., C. H. Beck, Múnich, 2019, núm. marg. 26.

⁴²⁹ Schaffstein, F., “Die Vollendung.”, cit., p. 158.

⁴³⁰ Al respecto, cf. Eser, A./Bosch, N., “Vor §§ 22 ff.”, en Schönke/Schröder (eds.), 30ª ed., C. H. Beck, Múnich, 2019, núm. marg. 21.

⁴³¹ No se puede dejar de señalar la ironía de que tal reproche – del todo correcto – provenga de la pluma de aquél que constituyó uno de los principales teóricos del derecho penal nacionalsocialista. En nada altera tal constatación la circunstancia de que esta particular oposición de Schaffstein al derecho penal de la actitud interna haya sido manifestada 22 años después de la caída del régimen de terror que el jurista ayudó a edificar.

práctica, en manifestaciones de una responsabilidad penal por el estado aún más severa que aquella propuesta por Eckstein para los delitos de posesión.

No obstante, tal como se puede inferir del contexto en que tal sector doctrinal maneja el mentado criterio, estas inadmisibles transformaciones ni siquiera son anheladas por los correspondientes autores: todos ellos vinculan, expresa o implícitamente, la verificación de la tentativa o de la consumación de los delitos omisivos sin resultado a la concomitancia de la externalización de la voluntad de no actuar con la capacidad de realizar la acción exigida por el tipo⁴³².

IV.4.7. Conclusiones: responsabilidad penal por el estado y principio de imputación subjetiva (o de “culpabilidad”)

En los supuestos fácticos de custodia impuesta en que el objeto típico llega a la esfera de dominio del individuo de manera adecuada al tráfico social (casos 1 y 3) o a causa de un acuerdo previo, la responsabilidad penal por el estado castiga al detentador de la custodia que no toma la decisión de deshacerse inmediatamente de ella incluso si dicho detentador no es capaz de suprimir su custodia sobre el objeto típico.

En tales casos, sin embargo, el juicio de imputación se funda en una decisión del sujeto típico que no puede, de ninguna manera, influir concretamente sobre el acontecimiento externo, a saber, la persistencia de la propia custodia sobre el objeto prohibido.

Por tal razón, en la construcción dogmática de Eckstein la instancia subjetiva del sujeto típico no está en condiciones de controlar los acontecimientos objetivos externos. En consecuencia, su planteamiento no resulta capaz de establecer una relación de dominabilidad entre los aspectos subjetivo y objetivo del injusto de los delitos de posesión. La concepción de los delitos de posesión como delitos de estado representa, por tanto, una punición de meros pensamientos malos, deviniendo así incompatible con el principio de imputación subjetiva.

En los supuestos de custodia impuesta referente a la calidad del objeto típico (caso 4), Eckstein afirma la responsabilidad penal del detentador de la custodia incluso si éste,

⁴³² Alusiones explícitas a la capacidad de realización de la acción debida como requisito de responsabilidad se hallan en Tiedemann, K., “§ 283”, cit., núm. marg. 154, y en Hecker, B., “§ 323c”, cit., núm. marg. 17. En el caso de Hillenkamp, ello se ve implícitamente en Hillenkamp, T., “§ 22”, en *Leipziger Kommentar StGB*, vol. 1, 12ª ed., de Gruyter, Berlín, 2007, núm. marg. 152.

nada más conocer la calidad del objeto, decide suprimir inmediatamente su custodia. A excepción de los casos en que están presentes los requisitos típicos de un delito de posesión imprudente, esta última solución representa un anclaje de la imputación subjetiva, exclusivamente, en la mera voluntad de dominio (“Herrschaftswille”) del detentador de la custodia.

Procediendo de esta manera, Eckstein reconoce, nuevamente, una responsabilidad penal por posesión en un supuesto en que está ausente una relación de dominabilidad entre los aspectos subjetivo y objetivo del injusto. Pues la sola presencia de la voluntad de dominio en determinado supuesto fáctico no conduce a afirmar que, en él, la instancia subjetiva del sujeto típico está en condiciones de controlar la situación objetiva externa. También aquí, la responsabilidad por el estado demuestra su incompatibilidad con el principio de imputación subjetiva.

Tampoco son admisibles las propuestas doctrinales que defienden una responsabilidad penal por el estado “modificada”, sea aceptándola con carácter general en los tipos de posesión con tendencia interna trascendente (Lagodny), sea reconociéndole legitimidad bajo la condición de que, en tipos de posesión cuyos objetos típicos no son “en sí mismos” peligrosos, se exija la prueba de que el individuo ostenta una intención adicional de utilizar el objeto para fines criminales (Ambos).

Y no convencen porque un mero incremento en el componente psicológico del detentador de la custodia, es decir, su intención adicional de utilización del objeto para fines criminales, no es capaz de compensar el vicio que caracteriza la responsabilidad penal por el estado, consistente en la ya mencionada incapacidad de la instancia interna del individuo para controlar los acontecimientos objetivos externos.

En aras de atenuar el conflicto existente entre la responsabilidad penal por el estado y el principio de imputación subjetiva, Eckstein sostiene que aquella construcción se comportaría al menos de una manera “accesoria a un comportamiento”. Según alega el autor, en situaciones como la del caso 5, si tras conocer su custodia inicialmente impuesta, el detentador no toma la decisión de suprimirla inmediatamente, ya se encontraría – incluso sin disponer de la capacidad para realizar la acción de eliminación de su custodia – en el estadio de una tentativa omisiva.

Pero la afirmación de Eckstein no es correcta: si el detentador de la custodia previamente impuesta todavía no puede deshacerse del objeto en cuestión, todavía se encuentra – incluso cuando tenga la intención de conservar su custodia – en el estadio de la preparación delictiva, y no ya en la fase de la tentativa.

Con base en estas consideraciones, se llega a la conclusión de que el conflicto entre los delitos de posesión entendidos como supuestos de responsabilidad penal por el estado y el principio de imputación subjetiva es categórico e insalvable.

Por tanto, la construcción dogmática de Eckstein es una interpretación constitucionalmente inadmisibles de los tipos de posesión.

IV.5. ¿Penalización “*de facto*” de meros estados en la jurisprudencia?

Un segundo e igualmente relevante argumento complementario, esgrimido por Eckstein en defensa de su teoría de los delitos de posesión como delitos de estado, consiste en la supuesta constatación de que la jurisprudencia alemana ya practicaría una penalización “*de facto*” de meros estados. El autor afirma que, en la práctica de aplicación de los tipos de posesión, los jueces prescinden de la prueba de que han concurrido comportamientos de establecimiento o de mantenimiento de la custodia sobre el objeto típico.

Sin embargo, en los apartados anteriores hemos llegado a la conclusión de que la responsabilidad penal por el estado es incompatible con el principio de imputación subjetiva consagrado en las constituciones alemana y española. Y la pretendida constatación de la punición de meros estados por la *praxis* de los tribunales no es capaz de cancelar las consecuencias de tal diagnóstico.

El silogismo deberá plantearse en sentido opuesto: en el caso de que se verifique que las instancias judiciales proceden de la manera alegada por Eckstein y que llevan a cabo un castigo *de facto* de meros estados, resultará necesario, más bien, reconocer la necesidad de un cambio en la jurisprudencia.

No menos importante, por otra parte, es poner de relieve que, el que un tribunal prescinda de pruebas de la concurrencia de comportamientos de establecimiento y/o mantenimiento de la custodia sobre el objeto típico no resulta incompatible, en todos los casos, con una interpretación de los delitos de posesión como delitos de comportamiento.

Tal incompatibilidad solo estará presente cuando dicha renuncia se refiera a una situación fáctica en que las circunstancias concretas de la custodia sobre el objeto no permitan, por sí mismas, concluir que hubo un comportamiento de establecimiento y/o mantenimiento de aquella. Además de los casos en que la ausencia de tales

comportamientos es evidente⁴³³, ello también puede ocurrir cuando el acusado haya formulado, en su defensa, una objeción plausible en el sentido de que la custodia sobre el objeto típico le fue impuesta y/o que él no disponía de la capacidad de terminar su custodia en el momento que las autoridades descubrieron que la detentaba.

Pero si las circunstancias concretas de la custodia demuestran, por el contrario, ser capaces de fundar un convencimiento judicial suficientemente sólido de que el acusado estableció y/o mantuvo su custodia sobre el objeto típico de forma dolosa o, eventualmente, imprudente, entonces la renuncia judicial a la prueba de tales comportamientos no podrá ser considerada un castigo penal de meros estados.

Ello pone de manifiesto, finalmente, que la concepción de los delitos de posesión como delitos de comportamiento no obsta a la mayor facilidad probatoria buscada por el legislador en tales especies delictivas. Al contrario, es posible llegar a una solución de compromiso de naturaleza procesal y material que compatibilice tal anhelo del legislador con el principio constitucional de imputación subjetiva, y que no termine castigando meros estados.

Pese a estas consideraciones, y al hecho de que Eckstein pretende corroborar su cuestionable afirmación con tan solo una decisión judicial⁴³⁴, el desarrollo futuro de la concepción de los delitos de posesión como delitos de comportamiento no puede darse por satisfecho con afirmaciones meramente abstractas y rehuir, de esta manera, el análisis y crítica de la *praxis* judicial. Pues, si omite esa tarea, la concepción de los delitos de posesión como delitos de comportamiento correrá el riesgo de transformarse en una posición, aunque dominante, meramente nominal, sin cualesquiera consecuencias o efectos prácticos.

La verificación de la corrección fáctica de la afirmación de Eckstein acerca del supuesto castigo *de facto* de meros estados por parte de los tribunales representa, además, uno de los cometidos más urgentes y relevantes para el análisis armónico y completo, en el marco de un sistema integral de la ciencia del derecho penal, de tipos de delito que quieren facilitar la prueba penal.

⁴³³ Al respecto, cf. Pastor Muñoz, N., *Los delitos de posesión y los delitos de estatus*, cit., p. 40: “¿o es que acaso los tribunales condenarían al tetrapléjico al que alguien le ha colocado un paquete con droga debajo del colchón?”.

⁴³⁴ Como se vio anteriormente, se trata de la sentencia del Segundo senado de lo penal del tribunal supremo alemán, de 03/03/1978 (“BGH, Urteil vom 03.03.1978, Az. 2 StR 717/77” = BGHSt 27, 380).

A pesar de que el aludido análisis no puede ser llevado a cabo en los límites de este trabajo, esperamos que nuestra constatación de su necesidad e importancia despierte el interés de la doctrina penal y procesal penal en su futura realización.

IV.6. Responsabilidad penal por el estado y protección de bienes jurídicos fundamentales

Como tercer argumento complementario en defensa de su teoría de los delitos de estado, Eckstein alega que la interpretación de los tipos de posesión como delitos de comportamiento fracasaría ante la lógica de protección de bienes jurídicos fundamentales inherente a tales figuras típicas.

Recordemos brevemente que, según el autor, la interpretación de los delitos de posesión como criminalizaciones de comportamientos sería insuficiente en los tipos con función de protección post-lesiva (v. g., posesión de pornografía infantil) porque, al fragmentar tales tipos en un comportamiento de establecimiento de la custodia y en un comportamiento que la mantiene, dicha interpretación no sería capaz de aclarar por qué el legislador ha decidido criminalizar la “posesión” como una totalidad. A su vez, en aquellos tipos con función de protección previa a la lesión de un bien jurídico (v. g., posesión de armas), sería insuficiente porque ella desplazaría el punto de gravedad de la responsabilidad penal a la adquisición/mantenimiento de la custodia sobre el objeto, dejando en segundo plano la relación de los tipos de posesión con los bienes jurídicos que aquellos aspiran a proteger.

Frente a ambas facetas de la argumentación del penalista alemán, es necesario tener presente que el principio de imputación subjetiva detenta un rango superior al de protección de bienes jurídicos, al menos cuando se recurre a este último principio, tal como lo hace Eckstein, no en su dimensión minimizadora sino maximizadora de la intervención penal.

A nivel constitucional, esto significa que, mientras el principio de protección de bienes jurídicos en su dimensión maximizadora puede ser sometido legítimamente a ponderación con otros principios, el principio de imputación subjetiva instituye, por el contrario, una barrera infranqueable a esa ponderación. Como hemos aseverado en otra ocasión,

“el programa impuesto por el principio de culpabilidad [léase: de imputación subjetiva] no es algo que se encuentre bajo la libre disponibilidad del legislador ordinario, de manera que

éste pueda decidir llevarlo hasta un nivel óptimo de realización o no, sino que constituye *un mandamiento de carácter constitucional que impone la interpretación de todo el derecho común de acuerdo con sus términos*”⁴³⁵.

Así pues, la violación por determinada interpretación o construcción dogmática de la barrera establecida por el principio de imputación subjetiva acarrea, inevitablemente, la inconstitucionalidad de aquella, sea cual sea la finalidad que se pretenda optimizar con la mentada construcción.

En vista de estas reflexiones, y teniendo en cuenta que la teoría de los delitos de estado no demuestra ser compatible con el principio de imputación subjetiva, es necesario concluir que, aunque una interpretación de los tipos de posesión como delitos de comportamiento no garantizase una protección de bienes jurídicos tan amplia como la concepción defendida por Eckstein, tal interpretación debería prevalecer frente a la comprensión de tales figuras delictivas como manifestaciones de una responsabilidad penal por el estado.

Eckstein parece prever todas estas consideraciones cuando, en el marco del análisis constitucional de la responsabilidad penal por el estado a la luz del principio de proporcionalidad, reconoce al principio constitucional de “culpabilidad” la función de “barrera fija de la ponderación”⁴³⁶.

Por tal razón, cabe pensar que, en el caso de que llegase a las mismas conclusiones que este trabajo en lo referente al conflicto entre la responsabilidad penal por el estado y el principio de imputación subjetiva, Eckstein probablemente también negaría que este déficit de legitimidad pudiese ser compensado por una más intensa protección de bienes jurídicos.

⁴³⁵ Viveiros, C., “Los delitos cualificados por el resultado..”, cit., p. 197, siguiendo a Bacigalupo, E., “Sobre los delitos preterintencionales, los delitos cualificados por el resultado y el principio de culpabilidad”, en Seminario de Derecho Penal e Instituto de Criminología de la Universidad de Santiago de Compostela (ed.), *Estudios penales en memoria del profesor Agustín Fernández-Albor*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1989, p. 55.

⁴³⁶ Eckstein, K., *Besitz*, cit., p. 237.



UNIVERSIDAD
DE MÁLAGA

SECCIÓN 2ª: DELITOS DE POSESIÓN COMO DELITOS DE COMPORTAMIENTO

CAPÍTULO 4

¿POSESIÓN COMO CATEGORÍA DE IMPUTACIÓN AUTÓNOMA (*TERTIUM GENUS*) DE LA RESPONSABILIDAD PENAL POR EL COMPORTAMIENTO? SOBRE EL PLANTEAMIENTO DE ROXIN

I. Breve repaso e introducción

En la sección anterior de esta parte del trabajo, hemos llegado a la conclusión de que una lectura de los tipos de posesión conforme al principio constitucional de imputación subjetiva no permite interpretar estas figuras delictivas como meros delitos de estado, sino que, en todo caso, hay que concebirlos como criminalizaciones de comportamientos humanos.

En la presente sección, expondremos nuestro propio planteamiento dogmático acerca de los delitos de posesión como delitos de comportamiento. Sustentaremos que los tipos de posesión conforman figuras delictivas comisivas y/u omisivas propias, permanentes y de resultado.

Antes de iniciar dicha construcción debemos analizar, empero, la posición peculiar de Roxin, quien, a semejanza de un sector de la doctrina italiana de la primera mitad del siglo XX⁴³⁷, defiende la concepción de los tipos de posesión como criminalizaciones de comportamientos, pero entiende que la posesión representa una forma de manifestación autónoma de la personalidad humana. Por esta razón, según Roxin no estaríamos ni ante un delito comisivo ni ante uno omisivo.

La exposición y crítica de la posición de tal autor nos permitirá sentar las bases de nuestra propia concepción dogmática, cuyos rasgos esenciales hemos anticipado en el penúltimo párrafo.

⁴³⁷ Al respecto, v. *supra*, capítulo 3, apartado II.2.1.

II. El planteamiento de Roxin

Roxin hace hincapié en que los tipos de posesión no representan una ruptura del “dogma” de la conducta humana como requisito de imputación jurídico-penal. Pero defiende, asimismo, que la posesión representa un *tertium genus* de responsabilidad por un comportamiento humano. Se trataría, en su opinión, de una categoría de imputación que no puede ser reconducida ni a comisiones, ni a omisiones.

Combatiendo inicialmente la posición de Struensee, Roxin rechaza que solo puedan ser punibles acciones u omisiones “en el sentido de determinados movimientos corporales realizados o no realizados”. Y alega que tampoco la ley, al designar la perpetración (“Begehen”) de un hecho como acción u omisión, limita aquella perpetración al sentido supuestamente defendido por el primer jurista mencionado⁴³⁸.

En seguida, con respaldo en su concepto personal de comportamiento humano, según el cual es conducta “todo lo que se puede atribuir a un ser humano como centro anímico-espiritual de acción”, Roxin argumenta que la detentación voluntaria del dominio fáctico sobre una cosa puede, sin duda, ser entendida como una manifestación de la personalidad del “poseedor”. Esto porque, en sus palabras, “si alguien posee muchos libros o cuadros, allí reside una manifestación característica de su personalidad. Tampoco es diferente la situación si tiene consigo armas, explosivos, drogas o pornografía infantil”⁴³⁹.

Por otra parte, alega el autor que, aun cuando el “dominio materializado en la posesión” se exprese, por regla general, en determinadas acciones (como guardar la cosa, cuidarla y utilizarla) u omisiones (como omitir dársela a terceros u omitir destruirla), estas acciones y omisiones serían meros “momentos parciales” (“Teilmomente”) del ejercicio

⁴³⁸ Roxin, C., “Besitzdelikte”, en *Stanje kriminaliteta u Srbiji i pravna sredstva reagovanja*, vol. 5, 2008 (Biblioteka Crimen), fecha de consulta 29 septiembre 2019, en <http://wp2008.ius.bg.ac.rs/kriminoloskasekcija/files/2014/09/05-Stanje-kriminaliteta-u-Srbiji-2.pdf>, p. 12. Para la versión en lengua castellana del artículo académico citado, cf. Roxin, C., “Los delitos de tenencia”, en Schroeder/Eckstein/Falcone (eds.), *Delitos de posesión o tenencia: estudios de derecho penal, partes general y especial, y de derecho procesal penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2016, pp. 143 y ss.

⁴³⁹ Roxin, C., “Besitzdelikte”, cit., p. 13. Críticamente, Schroeder, F.-C., “Besitz..”, cit., p. 448, quien alega que ni esta ni otras “ampliaciones del concepto de acción están en condiciones de abarcar a la posesión como ‘estado’ consistente en el dominio [del objeto]”. Adhiriéndose a esta crítica, Baumann, J., *Besitz an Daten: § 184b Abs. 4 StGB im Lichte neuer Medien*, Duncker & Humblot, Berlín, 2015, p. 139.

de la “posesión” como una manifestación autónoma de la personalidad, que no podría ser escindida en realizaciones o no realizaciones de determinados movimientos corporales⁴⁴⁰.

A ello habría que añadir, según el penalista alemán, que la responsabilidad penal por posesión se podría fundamentar de manera más adecuada de acuerdo con su modelo que con base en el modelo de la responsabilidad omisiva: en efecto, Roxin admite, por una parte, que los casos de custodia impuesta permiten anclar la punibilidad de la posesión en la omisión del detentador de la custodia de deshacerse de esta última. Pero estima igualmente necesario atender, por otro lado, a que “la posesión, en el sentido de dominio fáctico sobre el objeto, es algo diferente y adicional a la mera no renuncia a la relación de posesión”⁴⁴¹. El jurista señala, además, que el componente omisivo estaría ausente en los supuestos en que un individuo establece activamente su custodia sobre un objeto prohibido, dado que, en estos casos, “la responsabilidad penal por la posesión ya está fundada antes de que exista la posibilidad de deshacerse de la cosa”⁴⁴².

Por último, resalta Roxin que existirían otras formas de comportamientos delictivos que tampoco pueden ser atribuidas a movimientos corporales realizados u omitidos, como es el caso de los “delitos de estatus”. Pero todas ellas podrían, en su opinión, ser abarcadas sin esfuerzo por su concepto personal de conducta⁴⁴³. Para ello, tan solo haría falta abandonar “la anticuada interpretación de la acción como movimiento corporal voluntario” y pasar a entenderla según la noción propuesta por el propio jurista, en el sentido de una manifestación característica de la personalidad⁴⁴⁴.

⁴⁴⁰ Roxin, C., “Besitzdelikte”, cit., p. 13.

⁴⁴¹ *Ibid.*, p. 14.

⁴⁴² *Idem.*

⁴⁴³ *Idem.*

⁴⁴⁴ *Idem.*

III. Apreciación crítica

En los siguientes apartados explicitaremos las razones por las cuales, en nuestra opinión, el planteamiento de Roxin no es convincente.

III.1. El punto de partida de la argumentación de Roxin como “falacia del espantapájaros”

En el punto de partida mismo de la argumentación de Roxin se halla una estratagema argumentativa comúnmente conocida en la erística como “falacia del espantapájaros”. Por medio de tal estratagema, se desfigura o debilita la posición defendida por el oponente en una discusión, para en seguida atacar, no la posición realmente defendida por él, sino su versión desfigurada o debilitada – es decir, el espantapájaros – y así “ganar” el debate⁴⁴⁵.

Para los fines de la discusión a abordar, la posición del “oponente” de Roxin puede ser formulada de la siguiente manera: “los tipos de posesión pueden ser concebidos como criminalizaciones de comportamientos humanos siempre y cuando se los vincule a acciones u omisiones del sujeto típico”.

En contra de esta posición, el jurista alemán objeta inicialmente – como vimos arriba – que la ley no restringe el sentido de las acciones u omisiones al de “movimientos corporales realizados o no realizados”.

En este punto específico, su argumentación es correcta. Y se corresponde, además, parcialmente con la idea asentada en el tribunal constitucional alemán en los dos autos del año 1994 ya abordados.

El empleo de la expresión “parcialmente” se debe a que, en los autos BVerfG NJW 1994, 2412 y BVerfG NJW 1995, 248, el tribunal constitucional alemán rechazó la vinculación del concepto de conducta humana a la noción de “movimiento corporal causado por un acto de voluntad” (acción), pero no se pronunció sobre la posibilidad de entenderlo como una “no realización voluntaria de un movimiento corporal” (omisión).

⁴⁴⁵ Al respecto, v. Pirie, M., *How to win every argument: the use and abuse of logic*, Continuum, Londres, 2006, pp. 155 y ss.

Esta “laguna” en la argumentación de la corte se debió, probablemente, a la ya destacada debilidad del razonamiento aducido en los respectivos recursos, que – al menos entendido con base en las palabras utilizadas por el tribunal para reproducirlo – pretendía equiparar no solo las acciones, sino *todo el concepto de comportamiento humano (acciones + omisiones)* a un “movimiento corporal causado por un acto de voluntad”. Esta equiparación, al ser manifiestamente incompatible con las omisiones jurídico-penalmente relevantes – pues en estas no deviene imprescindible la ocurrencia del citado movimiento corporal –, parece haber facilitado de antemano la inadmisión a trámite de tales recursos por el tribunal constitucional alemán⁴⁴⁶.

Los problemas empiezan cuando Roxin pretende extraer, a partir de su objeción, la conclusión generalizadora de que todas las acciones u omisiones del sujeto típico son meros momentos parciales de la “posesión” en cuanto forma de comportamiento autónoma.

Esta conclusión manifiesta su carácter falaz en dos sentidos. Ante todo – y he aquí la *primera cara* del espantapájaros fabricado por Roxin – porque pasa por alto que, mientras determinadas acciones del sujeto típico constituyen actividades completamente indiferentes desde la perspectiva del resultado o estado de cosas típicamente desvalorado de los delitos de posesión, otros comportamientos activos son esenciales para el surgimiento o la persistencia del poder fáctico del individuo sobre el objeto prohibido.

Imagínense las siguientes situaciones:

Caso 8: “E” camina por la calle cuando encuentra un paquete transparente con estupefacientes en una esquina. “E”, sabedor de su contenido, recoge el paquete y lo coloca en el bolsillo interior de su chaqueta.

Caso 9: “E” llega a su casa y sorprende a su vecino, “B”, que se ha introducido en su casa y está abriendo un cajón con la intención de apoderarse de los estupefacientes que “E” guarda allí. “E” le propina una paliza a “B” y lo expulsa de la casa, evitando así que “B” se apodere de las drogas⁴⁴⁷.

⁴⁴⁶ Para la exposición y análisis de las citadas decisiones, cf. *supra*, capítulo 3, apartado IV.2.

⁴⁴⁷ Adaptación del caso didáctico de Eckstein, K., *Besitz*, cit., p. 145.

No se puede negar que, en el caso 8, el comportamiento activo de “E”, consistente en recoger el paquete con drogas y ponerlo en su chaqueta, es precisamente lo que funda o establece su relación de dominio sobre dicho objeto. Y en el caso 9, su acto de propinarle una paliza a “B” y expulsar a éste de la casa es precisamente lo que evita que “E” pierda su poder fáctico sobre los estupefacientes. En otras palabras, esta última conducta activa hace posible la persistencia de su custodia sobre el objeto típico⁴⁴⁸⁻⁴⁴⁹.

Tanto en el caso 8 como en el caso 9 se constata, por tanto, que los respectivos comportamientos activos de “E” son típicamente relevantes para la figura delictiva de posesión del § 29, apdo. 1, núm. 3 BtMG⁴⁵⁰, y de ninguna manera meros “momentos parciales de la posesión”.

Pero también es posible, naturalmente, que “E” lleve a cabo acciones absolutamente indiferentes para el tipo penal mencionado. Ello sucede, por ejemplo, cuando “E” meramente cambia el escondrijo de sus drogas en su habitación, cuando consume una ínfima parte de ellas, o cuando procura que no contraigan humedad, a efectos de mantener su potencial psicotrópico elevado. Y también cuando realiza acciones sin ninguna relación con las drogas, como la acción de cepillarse los dientes, peinarse, ducharse, rascarse, etc. Estas conductas activas sí que admiten la designación roxiniana de meros “momentos parciales de la posesión”.

Si se comprenden las acciones humanas según la perspectiva reprochada por Roxin, es decir, como aquellos fenómenos que configuran “movimientos corporales realizados” y sin tener como punto de referencia necesario un tipo de posesión, entonces el conjunto de los fenómenos a tener en cuenta abarcará no solo las acciones típicamente relevantes – como aquellas realizadas por “E” en los casos 8 y 9 – sino también las típicamente indiferentes, que son las mencionadas en el párrafo anterior. A ellas también se pueden añadir cualesquiera otras acciones que no hagan surgir ni persistir una custodia sobre un objeto típico (v.g., comer, caminar, nadar etc.). Como se puede notar, se trata de un conjunto cuantitativamente amplísimo, que comprende un sinnúmero de fenómenos.

⁴⁴⁸ En el mismo sentido, Eckstein afirma la existencia, en tal caso, de un “empleo causal de energía” que evita la pérdida de la custodia del objeto – *Ibid.*, p. 148.

⁴⁴⁹ Aquí se halla, además, otro interesante ejemplo de manifestación de la capacidad humana de actuar al mismo tiempo en varios sentidos y de manera penalmente relevante en cada uno de ellos: la paliza que “E” le propina a “B” es relevante tanto para el tipo de lesiones como para el tipo de posesión de estupefacientes. Sobre esta cuestión, cf. también *supra*, capítulo 3, apartado IV.4.5.1.

⁴⁵⁰ “§ 29. Delitos: (1) Será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con pena de multa quien: (...) 3. posea sustancias estupefacientes sin poseer una autorización por escrito para su adquisición”.

De este conjunto también será correcto decir, por otro lado, que la mayoría de los fenómenos en él contenidos serán típicamente indiferentes o, utilizando nuevamente las palabras de Roxin, meros “momentos parciales de la posesión”.

Pero no se puede obviar que dentro de este enorme grupo de fenómenos se halla también el subconjunto, cuantitativamente más reducido, de las acciones del sujeto que sí son típicamente relevantes – como aquellas realizadas por “E” en los casos 8 y 9 – y que de ninguna manera pueden ser vistas como meros “momentos parciales de la posesión”.

Roxin refuta la proposición de su oponente⁴⁵¹ como si ella se refiriera al amplísimo conjunto de fenómenos mencionado, el de acciones que son mayoritariamente indiferentes para los tipos de posesión, en vez de al subconjunto más reducido de los fenómenos que configuran acciones típicamente relevantes. Esta estrategia de amplificación⁴⁵² empleada por el penalista desfigura la aludida proposición y representa, por ende, una falacia del espantapájaros.

En el ámbito específico de los comportamientos comisivos, este espantapájaros puede ser reconducido, por otra parte, a un sesgo análogo al que se da en las posibles objeciones a nuestro rechazo de la responsabilidad penal por el estado en los delitos de posesión con tendencia interna trascendente⁴⁵³. Hay un error respecto al punto de referencia que es relevante para el tipo de posesión en cuanto delito de comportamiento:

En los ejemplos de comportamientos activos aducidos por Roxin – actos de guardar, utilizar y cuidar el objeto – el punto de referencia de tales acciones es aquello que el individuo hace *con la cosa*. Cuando, en realidad, lo relevante bajo la perspectiva del resultado o estado de cosas desvalorado por las figuras de posesión es lo que el individuo

⁴⁵¹ Recordémosla: “Los tipos de posesión pueden ser concebidos como criminalizaciones de comportamientos humanos siempre y cuando se los vincule a acciones u omisiones del sujeto típico”.

⁴⁵² Al respecto, cf. Schopenhauer, A., *Dialéctica erística o el arte de tener razón, expuesta en 38 estratagemas*, Trotta, Madrid, 1997, p. 57: “La amplificación. La afirmación del adversario se lleva más allá de sus límites naturales, se la interpreta de la manera más general posible tomándola en su sentido más amplio y exagerándola. La propia afirmación, en cambio, se especifica cuanto se puede reduciéndola a su sentido más nimio, a sus límites más estrechos, pues cuanto más general sea una afirmación, a más ataques estará expuesta”.

⁴⁵³ Recuérdese que a estas posibles objeciones subyace la equivocada pretensión de compensar, para los fines de la imputación de los tipos de posesión, la ausencia de la capacidad concreta del individuo para *librarse del* objeto típico con la presencia de su capacidad (abstracta) para *acceder a* tal objeto, aunque no se haya accedido realmente a él. Al respecto, cf. *supra*, capítulo 3, apartado IV.4.5.1.

hace *respecto a su custodia sobre la cosa*⁴⁵⁴, más precisamente, aquello que él hace para que su custodia surja o persista.

Pues si, por un lado, la responsabilidad omisiva en los tipos de posesión no admite compensar la ausencia de un comportamiento que denota la capacidad del individuo para librarse del objeto, con un comportamiento que denote su capacidad para acceder a él (caso 7)⁴⁵⁵; con igual razón, la responsabilidad *comisiva* tampoco admite compensar la ausencia de un comportamiento que denota la capacidad del individuo para hacer surgir/persistir *su custodia sobre* el objeto típico – como los comportamientos de “E” en los casos 8 y 9 – con un comportamiento que denote, como mucho⁴⁵⁶, la mera presencia de esta misma custodia⁴⁵⁷, como las conductas de utilizar, consumir o cuidar del objeto.

Por otra parte, la confirmación definitiva de que la comprensión de Roxin se halla sesgada en lo que respecta al punto de referencia relevante para la concepción de los tipos de posesión como delitos comisivos/omisivos se manifiesta en sus consideraciones acerca de las *omisiones* cometidas por el “poseedor”.

Tras argumentar que también las omisiones del “poseedor” serían “meros momentos parciales” de la posesión, Roxin ofrece como ejemplos las omisiones de dar la cosa a terceros o de destruirla. Percatándose de que omisiones como éstas son justamente las que hacen posible la persistencia del poder fáctico del individuo sobre el objeto típico, el autor replica que “la posesión, en el sentido de dominio fáctico sobre el objeto, es algo diferente y adicional a la mera no renuncia a la relación de posesión”.

Pero, si se quiere comprender la posesión como una categoría de imputación por el comportamiento que se pretenda autónoma con respecto a la responsabilidad omisiva, entonces el propio “dominio fáctico sobre el objeto” no puede constituir el *plus* que distinga la posesión de la responsabilidad omisiva.

Dicho dominio fáctico constituye, más bien, un mero resultado o estado de cosas típicamente desvalorado. Resultado o estado de cosas este que *también es un elemento integrante de los tipos de posesión entendidos como delitos omisivos*, razón por la cual

⁴⁵⁴ O – lo que quiere decir lo mismo – lo que él hace con respecto a su *capacidad para acceder* a la cosa.

⁴⁵⁵ Al respecto, cf. *supra*, capítulo 3, apartados IV.4.5 y IV.4.5.1.

⁴⁵⁶ Empleamos aquí la expresión “como mucho” porque también son plenamente concebibles (por ejemplo) actos de utilización, de consumo o de “cuidado” de un objeto prohibido sin que exista, concomitantemente, una custodia del sujeto que ejecuta tales comportamientos sobre el objeto en cuestión. Al respecto, cf. *infra*, capítulo 5, apartado II.2.

⁴⁵⁷ O – lo que quiere decir lo mismo – la mera presencia de su *capacidad para acceder* al objeto típico.

no procede designarlo como el elemento adicional que alzaría la posesión a la condición de *tertium genus* de comportamiento humano.

Ello demuestra que también Roxin superpone indebidamente las acepciones de la “posesión” como título de imputación y como resultado o estado de cosas desvalorado por los tipos de posesión, al cual denominamos en este trabajo *custodia*⁴⁵⁸.

La cuestión planteada por Roxin, a saber, “¿qué es lo que hace de la posesión como comportamiento autónomo algo distinto y adicional a la no renuncia a la relación de posesión?” queda, entonces, abierta.

Y tan solo resulta posible ofrecer una respuesta si se interpreta – al contrario de lo que el autor da a entender – que, cuando Roxin alude a las omisiones del “poseedor”, no las concibe como actividades omitidas por el individuo respecto *a su custodia sobre el objeto*, sino como actividades omitidas respecto al propio objeto. Pues la comprensión de la posesión como supuesta categoría de imputación autónoma solo puede añadir un *plus* a su interpretación como delito omisivo, si del concepto de posesión como delito omisivo se excluye el componente de *custodia sobre el objeto* y, como resultado de dicha operación de substracción, el propio objeto pasa a ser el punto de referencia de la omisión típica⁴⁵⁹.

Pero, como se puede apreciar, este punto de vista desfigura la esencia de la responsabilidad por posesión a título omisivo en la misma medida que lo hace con respecto a la responsabilidad comisiva.

En este punto, es necesario aclarar un aspecto de nuestra argumentación que puede dar lugar a malentendidos: la cuestión aquí estudiada no se relaciona con la discusión sobre el carácter pretípico o no del concepto de comportamiento humano, es decir, si este concepto contiene o no determinados rasgos ontológicos que las siguientes categorías de la teoría del

⁴⁵⁸ Para esta sumamente importante distinción, v. *supra*, capítulo 1, apartado II.

⁴⁵⁹ Anticipándonos a la posible réplica de que nosotros mismos estamos fabricando, en este punto, un espantapájaros de la posición de Roxin, resaltamos que esta es la única interpretación que se nos presenta factible, si queremos preservar la coherencia interna de su planteamiento sin recurrir a la indebida superposición, que denunciamos en el texto, entre las acepciones de la “posesión” como título de imputación y como resultado o estado de cosas desvalorado por los tipos de posesión.

delito habrían de respetar. No es éste el objeto de las consideraciones de Roxin, ni tampoco el de las críticas aquí formuladas.

Nuestra discusión se refiere, más bien, a *cuáles comportamientos* de determinado sujeto pueden ser considerados relevantes para los tipos de posesión, independientemente del concepto de comportamiento humano del que se parta. Como se ve, se trata de una controversia en el plano de la *tipicidad* de estas figuras delictivas, que tiene como punto de partida la obvia y unánime comprensión de que, para afirmar o negar el carácter típico de determinado fenómeno con base en determinada figura de delito, no basta con que él pueda ser denominado comportamiento humano, sino que es necesario, además, que ostente las cualidades exigidas por el tipo de delito concretamente analizado⁴⁶⁰. Por esta razón, cuando aludimos a comportamientos “típicamente indiferentes”, esta expresión debe ser entendida en los estrictos límites de la cuestión estudiada, a saber, como conductas que no satisfacen los requisitos establecidos en el tipo legal de los delitos de posesión.

Por otra parte, tampoco pretendemos tomar postura – a diferencia de lo que hace Roxin, aunque de manera distorsionada, en su trabajo sobre los delitos de posesión – en el debate sobre la corrección o no de un concepto belingiano de comportamiento humano como “movimiento o no movimiento corporal realizado”. La utilización de esta variante teórica para ilustrar y criticar el raciocinio de Roxin se debe exclusivamente a la necesidad de simplicidad didáctica al emplear el concepto que es objeto de los reproches del autor. Ello a pesar de que, como se puede apreciar, si se prescinde de la visión distorsionada de esta variante y se vincula la comprensión belingiana de las acciones y omisiones con el correcto punto de referencia típico de los delitos de posesión – entendiéndolas, así, como “movimientos o no movimientos corporales que dan lugar al surgimiento o la persistencia de la custodia sobre el objeto típico” –, también el concepto belingiano de acciones y omisiones proporcionará un punto de partida idóneo para refutar la defensa de Roxin de la posesión como *tertium genus* de comportamiento humano.

Dicho esto, cabe ahora explicitar *el segundo sentido* en que el punto de partida de Roxin puede ser entendido como una falacia del espantapájaros.

⁴⁶⁰ En este sentido, es ilustrativo que el propio Beling, quien defendía que la constatación de un comportamiento humano se reduce a la verificación de si se “ha realizado un movimiento o un no movimiento corporal cualquiera”, al comentar la relación entre el concepto de conducta y el de tipicidad aseveraba, en cambio, que “el tipo exige un determinado carácter de la acción [léase: comportamiento] (...) una acción con un determinado significado” (cf. Beling, E., *Die Lehre vom Verbrechen*, Mohr Siebeck, Tubinga, 1906, pp. 14, 144). Ni Beling, ni cualquier otro penalista podría haber defendido lo contrario y formulado un concepto de comportamiento absolutamente incompatible con el juicio de tipicidad, pues dicho concepto sería, evidentemente, inservible para la teoría del delito.

Con base en las reflexiones anteriores, se pudo concluir que Roxin identifica la posición de sus adversarios, que pretenden reconducir la posesión a comportamientos activos y/u omisivos del sujeto típico, con un conjunto de conductas que son en su mayoría típicamente indiferentes, alegando que dichos adversarios están aludiendo al mentado conjunto en vez de al conjunto más reducido de las acciones y/u omisiones típicamente relevantes.

A ello se podría objetar que, en vez de identificar la posición de todos sus adversarios con tal clase de comportamientos típicamente indiferentes, las consideraciones de Roxin se dirigen, por el contrario, únicamente contra la posición de un autor específico, Struensee. Autor este que realmente identificaría el concepto de las acciones y omisiones, en el contexto de las figuras típicas de posesión, meramente con “determinados movimientos corporales realizados o no realizados”, y no con “determinados movimientos corporales realizados o no realizados que posibilitan el surgimiento o la persistencia de la custodia sobre el objeto típico”.

Pero esta objeción sería errónea – y aquí se pone de manifiesto la segunda cara del espantapájaros fabricado por Roxin – por dos razones:

La primera razón reside en que, a pesar de dirigir inicialmente su crítica al mentado concepto de acciones y omisiones entendido como una posición particular de Struensee, a continuación, Roxin desarrolla toda su argumentación como si únicamente fuese posible interpretar los delitos de posesión como delitos de comportamiento de dos maneras: o de acuerdo con la comprensión típicamente desvinculada mencionada, o con base en su propio concepto de conducta humana en cuanto “manifestación de la personalidad”.

Esta dicotomía se manifiesta de manera especialmente llamativa, de un lado, en la constatación a que hemos llegado arriba, de que la defensa roxiniana del *plus* de la posesión como comportamiento autónomo frente a su comprensión como delito omisivo tan solo resulta viable si esta última interpretación se realiza sobre la base de una acepción de la omisión como no realización de movimientos corporales *con la cosa*. Y, de otro lado, en la afirmación final del jurista en el sentido de que, para abarcar la posesión bajo el concepto de comportamiento humano, bastaría con abandonar “la anticuada interpretación de la acción como movimiento corporal voluntario” y adoptar su concepto personal de conducta.

A la vista de la lógica dicotómica subyacente al raciocinio de Roxin, solo se puede llegar a la conclusión de que el penalista identifica a toda la doctrina y jurisprudencia que

concibe los tipos de posesión como delitos comisivos y/u omisivos con la posición supuestamente defendida por Struensee.

Dicho raciocinio brinda, empero, una imagen distorsionada de tales planteamientos, ya que, al contrario de lo que Roxin da a entender y tal como comprobaremos a continuación, y con abundantes referencias⁴⁶¹, tanto la doctrina como la jurisprudencia que interpretan los tipos de posesión como supuestos de responsabilidad penal por el comportamiento definen las correspondientes acciones y omisiones del sujeto típico como comportamientos causales *para el establecimiento o la persistencia* de su custodia sobre el objeto típico.

La segunda razón reside en que las consideraciones críticas de Roxin acerca de la posición de Struensee tampoco hacen justicia al razonamiento de este jurista: si bien Struensee alega que, para poder ser entendida como un comportamiento activo, la posesión “debería designar un movimiento corporal”, no se puede obviar la vinculación realizada en seguida por el autor de este mismo movimiento corporal a “determinadas consecuencias objetivas”⁴⁶².

Consecuencias objetivas estas que, tal como se deduce de los dos primeros ejemplos de posibles comportamientos activos suministrados por Struensee – a saber, la adquisición de la cosa mediante acciones como la del caso 8, y la evitación de su pérdida mediante acciones como la del caso 9⁴⁶³ –, lejos de tener como referencia la mera cosa detentada, representan *la causación del surgimiento o de la persistencia de la custodia* sobre el objeto típico⁴⁶⁴; las cuales, por ello, constituyen el verdadero punto de referencia de las prohibiciones y mandatos subyacentes a los tipos de posesión en cuanto delitos comisivos/omisivos.

Aún bajo el entendimiento de los tipos de posesión como delitos comisivos, sería posible alegar, a primera vista, que el tercer ejemplo de posible comportamiento activo ofrecido por Struensee – consistente en la utilización del objeto típico⁴⁶⁵ – sí que correspondería a una acción realizada *con el objeto* en vez de *con respecto a la custodia*

⁴⁶¹ Cf. *infra*, capítulo 5, especialmente el apartado IV.3.

⁴⁶² Cf. Struensee, E., “Besitzdelikte”, cit., p. 716.

⁴⁶³ *Ibid.*, p. 717.

⁴⁶⁴ El hecho de que, luego, el propio Struensee niegue que tales acciones puedan posibilitar la interpretación de los tipos de posesión como delitos comisivos, tampoco afecta nuestro razonamiento, pues el rechazo expresado por dicho autor se funda en razones distintas de las aducidas por Roxin. Para la exposición y refutación de las razones brindadas por Struensee, cf. *infra*, capítulo 5, apartados V.1 y VII.

⁴⁶⁵ Struensee, E., “Besitzdelikte”, cit., pp. 717 y s.

sobre el objeto. Y que, por tal razón, aquí Struensee sí que definiría la acción como un movimiento corporal sin relación con el correcto punto de referencia de los tipos de posesión (o, en otras palabras, como el mero “momento parcial” de la posesión al cual Roxin dirige su crítica). En consecuencia, habría que afirmar que, al menos en este caso particular, Roxin aludiría a una opinión realmente propugnada por Struensee.

Estas alegaciones caen por tierra, sin embargo, cuando se tienen presentes las razones esgrimidas por Struensee para negar que la utilización del objeto pueda conformar una responsabilidad comisiva. A su decir,

“el texto de la ley, que se basa en la posesión o en el ejercicio del poder fáctico [“Ausübung der tatsächlichen Gewalt”], no exige la realización y la prueba de un acto concreto de utilización (...) La posesión describe, más bien, la posibilidad, presupuesta y concomitante, de acceso [al objeto], que es actualizada mediante la utilización de la cosa. De manera característica, se habla también del ‘ejercicio de la posesión’, el cual presupone la posibilidad de una posesión sin ejercicio”⁴⁶⁶.

Se confirma, pues, la constatación de que la comprensión de los comportamientos comisivos que Roxin le atribuye a Struensee, en el sentido de meros movimientos corporales voluntarios sin un punto de referencia típicamente relevante, no se corresponde con la concepción realmente defendida por este último autor.

Las cosas no son diferentes en lo que concierne a la posición de Struensee con respecto a la posesión como comportamiento omisivo: pese a refutar las posiciones que interpretan los tipos de posesión como delitos omisivos⁴⁶⁷, el autor no se refiere a ellas en ningún momento como meras no realizaciones de determinadas acciones *con* la cosa, sino como la omisión de acciones *que pongan fin a la custodia sobre* la cosa⁴⁶⁸.

En vista de las reflexiones anteriormente consignadas, se concluye que los ataques de Roxin a la concepción doctrinal que reconduce la responsabilidad penal en los delitos de posesión a acciones y/u omisiones humanas resultan infundados. Como vimos, el concepto netamente naturalístico-corporal de acciones y omisiones como meras

⁴⁶⁶ *Ibid.*, p. 718.

⁴⁶⁷ También en este contexto, por razones que nada tienen que ver con aquéllas esgrimidas por Roxin. Para la exposición y refutación de las razones aducidas por Struensee, cf. *infra*, capítulo 5, apartado VII.

⁴⁶⁸ Struensee, E., “Besitzdelikte”, cit., pp. 719 y s.

“realizaciones o no realizaciones de determinados movimientos corporales”, que el penalista considera equivocado, no es defendido ni por el correspondiente sector de la doctrina y jurisprudencia penal alemanas, ni por el destinatario expreso de las críticas roxinianas, Struensee.

III.2. La inviabilidad dogmática de la comprensión de la posesión como tercera categoría de imputación jurídico-penal por un comportamiento

Concluido el análisis de las objeciones de Roxin a la propuesta dogmática de sus adversarios, debemos ahora examinar la viabilidad de la propuesta formulada por el propio jurista.

Como se explicitó anteriormente, Roxin considera que la detentación voluntaria de la custodia sobre un objeto puede ser considerada una manifestación de la personalidad del “poseedor”. Y esta manifestación de la personalidad sería, como también se vio, autónoma y no reconducible a comportamientos activos u omisivos.

Estas afirmaciones del jurista alemán demuestran que considera posible realizar una subsunción *directa* de la posesión, es decir, una subsunción desvinculada de comportamientos de establecimiento o de mantenimiento de la custodia sobre el objeto, en su concepto de comportamiento humano como manifestación de la personalidad.

Ahora bien, si se parte de la desvinculación de la posesión con respecto a comportamientos de establecimiento o mantenimiento de la custodia sobre la cosa, entonces la distinción entre una custodia voluntaria y una involuntaria solo puede realizarse echando mano del criterio de diferenciación consistente en la voluntad de dominio del autor tal como se deduce del tráfico social (“*Verkehrsauffassung*”)⁴⁶⁹.

Pero entonces ya no se está trabajando con un concepto real de voluntad, sino con uno sustentado en ficciones socio-normativas. Ficciones estas que, una vez empleadas para distinguir entre custodias voluntarias e involuntarias, no solo conducirán a resultados incompatibles con la comprensión roxiniana de comportamiento en cuanto manifestación de la personalidad, sino que también producirán un vaciamiento del propio concepto

⁴⁶⁹ Al respecto, cf. *supra*, capítulo 3, apartado III.2, e *infra*, capítulo 5, apartado IV.3.1.2.

jurídico-penal de conducta humana, sea cual sea la variante teórica según la cual se comprenda tal concepto. Este vaciamiento se debe a tres razones:

En primer lugar, al acudir a ficciones o presunciones para decidir sobre la existencia o no de una voluntad de dominio según la perspectiva del tráfico social se despoja al concepto de comportamiento humano de su “núcleo justificado”, es decir, de su función negativa de excluir del ámbito de lo jurídico-penalmente relevante sucesos individualmente incontrolables⁴⁷⁰.

En segundo lugar, al manejar presunciones, el análisis de la voluntad de dominio conforme al tráfico social está sujeto a un elevado grado de subjetivismo, que llega – como veremos adelante – a resultados opuestos ante una misma situación, según se prefiera recurrir a presunciones en un sentido o en otro.

Por fin, en el contexto de la *praxis* judicial de aplicación de los tipos de posesión, el elevado subjetivismo inmanente al análisis de la voluntad de dominio según tal perspectiva acarrea el riesgo de que la constatación de la existencia o inexistencia de un comportamiento de posesión como *tertium genus* pase a depender, indebidamente, de la valoración subjetiva del juez con respecto a la personalidad del sujeto típico (entendida como “carácter” o “estilo de vida”).

A continuación, ilustraremos este razonamiento mediante un breve examen de dos casos didácticos.

Caso 10: “E” está desmayado en el hospital tras haber sufrido un accidente de tráfico. “B” deposita un paquete con estupefacientes en el buzón de correo de “E”. Inmediatamente antes del accidente “E” le había pedido a “B” que depositase las drogas en su buzón.

Caso 11: “E” está desmayado en el hospital tras haber sufrido un accidente de tráfico. “B” deposita un paquete con estupefacientes en el buzón de correo de “E”. “E” no le había solicitado las drogas a “B”.

Empecemos el análisis con dos afirmaciones obvias:

⁴⁷⁰ Acerca de este “núcleo justificado”, cf. también *supra*, capítulo 3, apartado IV.4.4.

En el caso 10, existe una custodia voluntaria de “E” sobre los estupefacientes, mientras en el caso 11 hay, por el contrario, una custodia impuesta o involuntaria de “E” sobre las drogas.

Se aprecia además que el elemento que está presente en el caso 10, pero ausente en el caso 11, y que permite distinguir la custodia voluntaria de “E” en el primer supuesto de su custodia involuntaria en el segundo, es precisamente el acto previo de “E” de pedirle a “B” que depositase los estupefacientes en su buzón.

En otras palabras, el factor de distinción entre ambos casos reside en el comportamiento activo previo de “E” que da lugar al surgimiento de su custodia sobre las drogas. Este comportamiento se verifica en el caso 10, pero no en el 11.

Si se pretende – aplicando la propuesta de Roxin – establecer dicha distinción entre los casos 10 y 11 *sin recurrir al comportamiento activo previo* de “E”, la única alternativa factible será recurrir al examen de la voluntad de dominio de “E” sobre los estupefacientes según la perspectiva del tráfico social.

Pero, como ya vimos anteriormente, según algunos autores la perspectiva del tráfico social no solo afirma la voluntad de dominio del individuo sobre el objeto típico en aquellas situaciones donde la cosa llega a su esfera de dominio como consecuencia de un acuerdo previo (caso 10), sino que ella también presume la voluntad de dominio cuando el objeto llega a dicha esfera de dominio de una manera adecuada al tráfico social (caso 11)⁴⁷¹.

En consecuencia, habría que reconocer que, también en el caso 11, “E” detenta la custodia sobre los estupefacientes de manera voluntaria. Con lo cual se llegaría a la absurda conclusión de que la voluntad de dominio *ficta* de un paciente desmayado en el hospital, respecto de un paquete con drogas depositado en su buzón sin previa solicitud, constituye una “manifestación característica de su personalidad” y, por tanto, un comportamiento de posesión como *tertium genus*.

Si se insiste en que tal conclusión es la correcta, la propia concepción de comportamiento humano formulada por Roxin, y cualquier otro concepto de conducta que llegue a este mismo resultado, se tornará inservible. Pues, al reconocer la existencia

⁴⁷¹ Estos autores respaldan tal afirmación, como también vimos anteriormente – cf. *supra*, capítulo 3, apartado III.2 – en la *voluntad anticipada de obtención* del objeto materializada en la creación del ámbito de dominio cuya función es incorporar lo allí contenido a la voluntad de dominio de su titular. En el caso 11, el mentado ámbito de dominio sería el buzón de correo de “E”.

de una conducta humana en un supuesto donde el sujeto es incapaz de controlar el acontecimiento típico consistente en el surgimiento y la persistencia de su custodia sobre el objeto prohibido, el concepto jurídico-penal de conducta perderá su “núcleo justificado”, a saber, su función negativa de excluir del ámbito de lo jurídico-penalmente relevante sucesos no dominables por el sujeto⁴⁷².

No menos graves serían las consecuencias si, recurriendo a otro sector doctrinal⁴⁷³, se *rechazara* la existencia de una voluntad de dominio de “E” sobre los estupefacientes en el caso 11 y, en consecuencia, también la presencia de su comportamiento de posesión, sirviéndose igualmente de la perspectiva del tráfico social para analizar la voluntariedad de la custodia – y, por tanto, para confirmar o negar la existencia de una conducta de posesión en cuanto *tertium genus*.

Pues la posición divergente basaría su negación de la voluntad de dominio en tales situaciones fácticas, igualmente, en la *presunción* de una voluntad en sentido contrario.

Lo que demuestra que, de vincularse el concepto de voluntariedad de la custodia a la perspectiva del tráfico social, se pasan a emplear presunciones tanto para afirmar como para negar la existencia de un comportamiento humano de posesión como *tertium genus*. En suma, al permitir conclusiones radicalmente distintas ante una misma situación según la presunción que se prefiera, se abren las puertas del concepto jurídico-penal de conducta al subjetivismo y a la arbitrariedad.

El subjetivismo intrínseco al manejo de dichas presunciones resultaría aun más pernicioso al trasladarse a la aplicación judicial de las figuras delictivas de posesión.

En el contexto de la *praxis*, la verificación de la voluntariedad de la custodia según el baremo del tráfico social devendría tan susceptible a las preferencias individuales del juzgador que un mero estilo de vida contrario al derecho, materializado, por ejemplo, en la existencia de antecedentes penales desfavorables, estaría en condiciones de respaldar el reconocimiento de un comportamiento de posesión como *tertium genus*:

Así, siguiendo con el caso 11, imaginemos que “E” tiene antecedentes penales por tráfico de drogas. Si los juzgadores consideran que la voluntad de dominio verificada

⁴⁷² Acerca de este “núcleo justificado”, cf. también supra, capítulo 3, apartado IV.4.4.

⁴⁷³ Cf. por ejemplo Vogel, J., “§ 242”, en *Leipziger Kommentar StGB*, vol. 8, 12ª ed., de Gruyter, Berlín, 2010, núm. marg. 65, 71; Wessels, J./Hillenkamp, T./Schuhr, J. C., *Strafrecht, Besonderer Teil 2: Straftaten gegen Vermögenswerte*, 42ª ed., C.F. Müller, Heidelberg, 2019, núm. marg. 89; Micelli, D., *Der Begriff des Gewahrsams im Strafrechte*, Schlettersche Buchhandlung, Breslavia, 1906, p. 50.

según el tráfico social es determinante para reconocer o negar la voluntariedad de la custodia de “E”, tanto podrán *negar*, con respaldo en la presunción defendida por un sector de la doctrina, como *afirmar*, con base en la presunción sustentada por otro sector, un comportamiento de posesión de “E” en tal supuesto.

A favor de esta última presunción, sin embargo, habla la circunstancia adicional de que “E” ya ha manifestado, previamente, cierta inclinación hacia los narcóticos. Así que ya no habrá obstáculos para que se dé un disparatado y arbitrario reconocimiento judicial de que “E”, desmayado en el hospital, detenta una custodia *voluntaria* sobre las drogas depositadas sin su aquiescencia en su buzón. O sea, se podría llegar al absurdo reconocimiento judicial de que, en el caso 11, se da un comportamiento suyo de posesión entendida como *tertium genus*.

Como se puede notar, la propuesta de Roxin acaba conduciendo a un callejón sin salida.

La única posibilidad de escapar de este callejón, es decir, el único medio de comprender el concepto de voluntariedad de la custodia más allá de las ficciones ligadas al tráfico social consistirá, inevitablemente, en recurrir a comportamientos *previos*⁴⁷⁴ o *posteriores*⁴⁷⁵ al surgimiento de la custodia del individuo sobre el objeto. Pues la otra alternativa, que sería verificar la voluntariedad exclusivamente con base en la instancia psicológica del detentador de la custodia – es decir, con base tan solo en la verificación de si este aprueba o desaprueba la presencia del objeto en su esfera de custodia⁴⁷⁶ – equivaldría a reconocer una responsabilidad penal por el estado⁴⁷⁷.

⁴⁷⁴ Concretamente, acciones y eventualmente omisiones del individuo que establecen su custodia sobre el objeto típico.

⁴⁷⁵ Esto es, omisiones y eventualmente acciones del individuo que mantienen su custodia sobre el objeto típico.

⁴⁷⁶ En el caso 11, por ejemplo, la afirmación de la voluntariedad exclusivamente con base en la instancia psicológica de “E” presupondría que, inmediatamente después de recobrar el conocimiento y alcanzar a saber que los estupefacientes están en su buzón, “E” decida mantener su custodia sobre las drogas incluso sin ostentar la capacidad para deshacerse de ellas. Mientras que la negación de la voluntariedad dependería de la constatación de que, inmediatamente después de recobrar el conocimiento y alcanzar a saber que los estupefacientes están en su buzón, “E” ha decidido librarse de las drogas incluso sin tener la capacidad para así proceder.

⁴⁷⁷ En sentido similar a nuestra posición, Busato reprocha que tal alternativa implicaría afirmar, de manera inadmisiblemente, la existencia de una conducta humana basada en la mera instancia interna del individuo – cf. Busato, P. C., “Una crítica a los delitos de posesión..”, cit., p. 20.

III.3. La aptitud de la dogmática comisiva/omisiva para abarcar supuestos de establecimiento activo de la propia custodia sobre el objeto típico

Por último, Roxin sustenta que faltaría un elemento omisivo en los supuestos en que el individuo establece activamente su propia custodia sobre un objeto prohibido. A su decir, en tales casos “la responsabilidad penal por la posesión ya está fundada antes de que exista la posibilidad de deshacerse de la cosa”. En ello residiría una razón para reconocer a la posesión el estatus de categoría autónoma de imputación por un comportamiento humano.

Ante todo, hay que reconocer que la constatación de Roxin de la ausencia de un elemento omisivo en supuestos como el del caso 10 es acertada: de hecho, la responsabilidad de “E” por posesión consumada ya se verifica en el momento en que el objeto llega a su esfera de custodia y, por tanto, antes de que él tenga la capacidad para deshacerse de la cosa.

Pero ello no demuestra, en absoluto, una insuficiencia del sistema de imputación binario comisivo/omisivo, sino exactamente lo contrario: en el caso 10, lo que nos permite afirmar la responsabilidad de “E” por posesión consumada desde el instante que los estupefacientes son depositados en su buzón y aunque se encuentre desmayado en el hospital en tal momento, es un viejo conocido de la teoría del delito comisivo. Se trata del nexo causal entre el comportamiento activo de “E”, consistente en solicitar previamente los estupefacientes a “B”, y el resultado jurídicamente desaprobado materializado en el surgimiento de la custodia de “E” sobre dicha sustancia.

En situaciones como la del caso 10, a pesar de no verificarse – debido a la incapacidad de acción del sujeto típico – una responsabilidad por posesión omisiva, nada obliga a reconocer a la posesión la condición de tercera categoría de imputación por un comportamiento humano. Pues, como vimos, es perfectamente posible afirmar la responsabilidad penal del individuo echando mano de los instrumentos tradicionales de la imputación comisiva.

No obstante, hay un segundo grupo de casos donde el individuo no ostenta la capacidad para deshacerse del objeto, pero en cuyo contexto es posible ir más allá de la afirmación aducida en párrafo anterior y considerar dados *también los presupuestos de responsabilidad omisivos*:

Caso 12: “E” le solicita a “B”, por teléfono, que deposite un paquete con drogas en su buzón de correo. Posteriormente, “B” cumple lo acordado. En el momento que “B” coloca los estupefacientes en el buzón de “E”, este está echando una siesta. Una hora después, “E” despierta y constata que la policía confiscó los estupefacientes⁴⁷⁸.

Tal como en el supuesto 10, en el caso 12 también se verifica que “E” es incapaz de actuar para suprimir su custodia sobre el objeto típico en el momento en que ella surge. Pero, a diferencia del primer supuesto mencionado, en el segundo sí que es posible reconocer la responsabilidad penal de “E” por posesión a título omisivo.

Pues, en el caso 12, la incapacidad de acción de “E” no se deriva de un caso fortuito (como el accidente de tráfico del caso 10), sino que es imputable a un comportamiento previo responsable de “E” que produjo dicha incapacidad, a saber, el dejarse adormecer.

Al respecto, se ha de señalar que Eckstein descarta la posibilidad de una imputación omisiva con respaldo en la *omissio libera in causa* en un supuesto como este, ya que, en su opinión, el deber de “mantenerse despierto día y noche con el fin de estar listo para intervenir cuando llegue el momento” no sería exigible. Eso, a salvo la hipótesis de que “E” hubiese acordado con “B” un momento exacto para la entrega de los estupefacientes. Por tal razón, Eckstein defiende que en situaciones como la del caso 12, la responsabilidad penal por posesión tendría, por la razón ya expuesta en el análisis del caso 10, únicamente carácter *comisivo*⁴⁷⁹.

En sentido opuesto, Oğlakcioğlu asevera, con razón, que incluso cuando no se haya concertado un momento preciso para la entrega de las drogas, el orden jurídico ciertamente puede exigir a “E” mantenerse despierto para deshacerse de la sustancia, pues él mismo “ha puesto en marcha el proceso causal mediante su acto ilegal”⁴⁸⁰.

En constelaciones de casos semejantes al supuesto 12, en que el sujeto se priva a sí mismo, de manera responsable, de su capacidad futura de actuar para suprimir su custodia

⁴⁷⁸ Adaptación del caso didáctico de Eckstein, K., *Besitz*, cit., p. 216.

⁴⁷⁹ *Ibid.*, pp. 217 y ss.

⁴⁸⁰ Oğlakcioğlu, M. T., *AT Betäubungsmittelstrafrecht*, cit., p. 109.

sobre el objeto típico, tiene aplicación el instituto de la *omissio libera in causa*. Y esto permite atribuir responsabilidad penal por posesión a título omisivo.

En conclusión, se puede afirmar que el establecimiento activo de la propia custodia sobre un objeto típico puede ser abarcado como delito de posesión consumado por el sistema de imputación binario comisivo/omisivo, independientemente de que el sujeto típico detente o no la capacidad de deshacerse de dicha custodia en el momento de su surgimiento. En los supuestos donde tal capacidad falte debido a un caso fortuito (caso 10), la punibilidad *comisiva* consumada se fundará en el nexo causal existente entre su comportamiento comisivo inicial y el resultado típicamente desvalorado, materializado en el surgimiento de la custodia sobre el objeto. En la hipótesis de que tal capacidad esté ausente a causa de un comportamiento previo responsable del individuo (caso 12), la punibilidad *omisiva* consumada se respaldará en la aplicación de la *omissio libera in causa*.

En vista de ello, deviene superflua la propuesta dogmática de Roxin de considerar la posesión una tercera categoría de imputación autónoma (*tertium genus*) en el marco del sistema de responsabilidad penal por el comportamiento.

III.4. Conclusiones

Al contrario de lo que defiende Roxin, la posesión ni puede ni necesita ser comprendida como una tercera categoría de imputación jurídico-penal por un comportamiento.

Las críticas dirigidas por el autor a la interpretación de los tipos de posesión como delitos comisivos y/u comisivos tienen como presupuesto una concepción típicamente desvinculada de acciones y omisiones, que no es defendida por la interpretación criticada.

En cuanto a su propuesta de comprender la posesión como una categoría de imputación autónoma, es decir, una independiente de comportamientos de establecimiento y de mantenimiento de la custodia sobre el objeto típico, tal propuesta solo puede ser manejada si se echa mano de la perspectiva del tráfico social para constatar la voluntariedad o involuntariedad de la custodia sobre la cosa.

El empleo de esta perspectiva produce, empero, un vaciamiento del concepto personal de conducta de Roxin, como de cualquier concepto de comportamiento que siga

el mismo procedimiento. Por tal razón, la comprensión de la posesión como *tertium genus* de responsabilidad jurídico-penal por un comportamiento no es convincente.

En los supuestos de establecimiento comisivo de la propia custodia sobre un objeto prohibido, los mecanismos de imputación comisivos/omisivos son capaces de afirmar una posesión consumada, independientemente de si el sujeto típico detenta o no la capacidad de eliminar su custodia en el instante en que esta surge. Por esta razón, la comprensión de la posesión como *tertium genus* de responsabilidad jurídico-penal por un comportamiento resulta superflua en dichos casos.

CAPÍTULO 5. PLANTEAMIENTO PROPIO: DELITOS DE POSESIÓN COMO DELITOS COMISIVOS Y/U OMISIVOS, PERMANENTES Y DE RESULTADO

I. Breve repaso e introducción

Hasta el momento, hemos concluido que no resulta admisible, dado el principio constitucional de imputación subjetiva, interpretar los tipos de posesión como supuestos de responsabilidad penal por el estado. Por consiguiente, para castigar a un individuo por el estado de cosas o resultado consistente en su poder fáctico sobre un objeto típico, es necesario que tal estado de cosas o resultado sea reconducible a un comportamiento del primero.

También hemos concluido que, para reconducir la custodia sobre un objeto típico al comportamiento de determinada persona, no resulta posible ni necesario crear una tercera categoría de imputación jurídico-penal al lado de las acciones y omisiones. Es suficiente manejar estas dos categorías de imputación.

Manejar las categorías de la acción y de la omisión para interpretar los tipos de posesión no significa, con todo, que cualesquiera acciones u omisiones del sujeto típico devienen relevantes para los mentados tipos. Conforme hemos constatado, no es el propio objeto, sino *la custodia sobre* tal objeto, el punto de referencia para determinar la relevancia típica de las figuras delictivas de posesión. Por esta razón, para verificar si un individuo es responsable de un delito de posesión, la indagación central debe ser si aquél realizó acciones u omisiones que hicieron surgir o persistir su custodia sobre el objeto prohibido, y no si realizó acciones u omisiones con el objeto.

En el presente capítulo, trataremos de concretar y refinar dogmáticamente las conclusiones reproducidas arriba, ofreciendo respuestas a las principales cuestiones suscitadas por una comprensión de los tipos de posesión como delitos de comportamiento, y construyendo, así, nuestro propio planteamiento dogmático.

Como primera cuestión, precisaremos a qué aludimos cuando hablamos de la posesión como un comportamiento humano, e investigaremos a cuál o cuáles de las dos categorías de imputación del sistema de responsabilidad por el comportamiento – a la comisión, a la omisión o a ambas – debe corresponder el título de imputación de la posesión.

Tras concluir que los tipos de posesión deben ser clasificados como delitos comisivos y/u omisivos, defenderemos – en sintonía con la doctrina y jurisprudencia

mayoritarias – que, en los frecuentes casos en que haya una pluralidad de conductas que hagan surgir o persistir la custodia sobre el objeto típico, esta pluralidad de comportamientos debe ser abarcada por la figura del delito permanente y considerarse una unidad de ejecución típica, la cual presentará unas u otras peculiaridades dogmáticas en función de cómo se defina el concepto de delito permanente. A continuación, defenderemos que las comisiones u omisiones que establecen o mantienen la custodia del sujeto sobre el objeto típico encajan en la categoría de los delitos de resultado.

Al final del capítulo, abordaremos las controversias dogmáticas relacionadas, específicamente, con el establecimiento y mantenimiento de la custodia sobre el objeto típico, así como las controversias constitucionales que la interpretación de los delitos de posesión como delitos de comportamiento plantea.

Antes de todo ello es necesario precisar, con todo, a qué aludimos cuando escogemos el establecimiento y el mantenimiento de la custodia como los dos planos de análisis de la responsabilidad penal en los tipos de posesión, así como investigar la posibilidad de que conductas de utilización de un objeto prohibido sean típicamente relevantes para las figuras delictivas de posesión. Estas dos cuestiones preliminares serán abordadas en los dos siguientes apartados.

II. Consideraciones preliminares: el surgimiento y la persistencia de la custodia sobre el objeto típico como puntos de anclaje de la responsabilidad penal en los delitos de posesión y sus consecuencias dogmáticas

Vincular la responsabilidad penal comisiva y omisiva en los delitos de posesión con acciones u omisiones que hacen surgir o persistir la custodia sobre el objeto típico produce dos importantes consecuencias dogmáticas.

La primera de tales consecuencias, que ya se pudo entrever en diferentes momentos de este trabajo, tiene que ver con el reconocimiento del establecimiento y del mantenimiento de la custodia sobre el objeto típico como los dos planos de análisis de los tipos de posesión. Tal reconocimiento sentará las bases de la estructura didáctica de los siguientes apartados de nuestra investigación, en que se abordan las principales

controversias dogmáticas de los delitos de posesión según se refieran a uno u otro plano de análisis⁴⁸¹, o según se relacionen con las peculiaridades de solo uno de ellos.

La segunda consecuencia se refiere a los resultados prácticos que pueden ser extraídos, para las conductas de utilización de un objeto descrito en una figura típica de posesión, de la distinción anteriormente realizada entre comportamientos (típicamente indiferentes) *con* el objeto y comportamientos (típicamente relevantes) *respecto a la custodia sobre* el objeto.

II.1. Establecimiento y mantenimiento de la custodia sobre el objeto típico como planos de análisis de la responsabilidad penal en los delitos de posesión

Hablar de acciones u omisiones que hacen surgir o persistir la custodia sobre el objeto típico implica reconocer, al menos en teoría⁴⁸², dos diferentes planos de análisis de la responsabilidad penal en los delitos posesión, a saber, el plano del *establecimiento* y el plano del *mantenimiento* de la custodia.

Empleamos la expresión “planos de análisis” en vez de vocablos como “etapas” o “fases” porque, dependiendo de la situación concreta en examen, establecimiento y mantenimiento responsable de la custodia pueden no estar presentes sucesivamente:

Así, en el caso 8, si tras recoger el paquete con drogas y colocarlo en el bolsillo de su chaqueta, “E” no se deshace de los estupefacientes, será penalmente responsable, al menos en teoría⁴⁸³, del establecimiento y también del mantenimiento de su custodia sobre el objeto típico.

⁴⁸¹ Como es el caso de las discusiones acerca del carácter permanente y de resultado de las figuras típicas de posesión.

⁴⁸² El uso de la expresión “al menos en teoría” se debe a que, como veremos a continuación, determinados planteamientos entienden que los tipos de posesión serían exclusivamente omisivos, es decir, que criminalizarían únicamente la omisión de suprimir la propia custodia sobre el objeto típico. Ello torna tales planteamientos incompatibles con el reconocimiento del plano de análisis del establecimiento de la custodia. Por otro lado, veremos también que Borja Jiménez otorga relevancia jurídica exclusivamente al establecimiento de la custodia y clasifica los delitos de posesión como exclusivamente comisivos, razón por la cual su postura deviene incompatible con el reconocimiento del plano de análisis del mantenimiento de la custodia.

⁴⁸³ Nuestro uso de las expresiones “al menos en teoría” y “será concebible” al aludir, aquí y en los dos siguientes párrafos, a los casos 8, 2 y 10, se debe a la necesidad de atender a las controversias señaladas en la nota a pie de página inmediatamente anterior a esta.

Sin embargo, en supuestos de custodia impuesta como el del caso 2, no se verifica un establecimiento responsable de la custodia sobre el objeto típico. En tal caso solo será concebible un mantenimiento responsable de la custodia.

Finalmente, en situaciones como la del caso 10, en que, tras la ejecución de un acto voluntario de establecimiento de la custodia por el sujeto activo, ocurre un caso fortuito que le vuelve incapaz de actuar para poner término a su custodia, será concebible un establecimiento, pero no un mantenimiento responsable de la custodia sobre el objeto típico.

Cada uno de los dos planos de análisis mencionados plantea controversias y presenta peculiaridades dogmáticas propias. La razón de ello reside ante todo en la circunstancia de que, mientras en el establecimiento de la custodia cobra más importancia la dogmática de los delitos *comisivos*⁴⁸⁴, en el mantenimiento de aquella será más relevante la dogmática de los delitos *omisivos*⁴⁸⁵.

II.2. La relevancia de comportamientos de utilización del objeto típico para los tipos de posesión

Vincular la responsabilidad penal en los tipos de posesión a los comportamientos que hacen surgir o persistir la custodia sobre el objeto – y no a aquellas acciones y omisiones realizadas *con* el objeto – también supone una clara toma de postura sobre la posibilidad de incluir los comportamientos de *utilización* del objeto en el ámbito de incidencia de los tipos de posesión.

Comportamientos de utilización – como disparar un arma o consumir estupefacientes – no conducen, por regla general, a afirmar una responsabilidad penal por tipos de posesión, pues la acción de utilizar un objeto ni hace, *por sí misma*, que surja una nueva custodia sobre un objeto típico, ni posibilita, *por sí misma*, la persistencia de una custodia preexistente sobre la cosa.

⁴⁸⁴ Pues son más frecuentes las situaciones en que el autor establece su custodia mediante un comportamiento activo que aquéllas en que la establece mediante una omisión (no intervención contra una custodia que se le está imponiendo).

⁴⁸⁵ Pues son más frecuentes las situaciones en que el autor mantiene su custodia mediante un comportamiento omisivo que aquéllas en que la mantiene mediante una acción (acto de defensa contra la pérdida inminente de la propia custodia).

Si un individuo dispara un arma tras haberla incorporado a su esfera de custodia voluntariamente, los comportamientos relevantes para el tipo de posesión de armas serán el acto que hace surgir su custodia sobre tal objeto y su omisión de deshacerse de su custodia sobre el arma, pero no el propio acto de disparo. Todo ello sin perjuicio, evidentemente, de la eventual responsabilidad penal conforme a *otro tipo penal* que el disparo con el arma podrá acarrear.

En sentido contrario, Mitsch alega que la utilización del arma de fuego para disparar a alguien abarca también la omisión de deshacerse de la custodia sobre el arma, pues al realizar tal comportamiento activo “el autor no solo ha omitido librarse de la pistola, sino que, al utilizar el arma como instrumento para un homicidio, ha tornado imposible – mediante un comportamiento activo – deshacerse él mismo de la posesión [léase: custodia]. Es imposible disparar con una pistola y, al mismo tiempo, renunciar al dominio sobre esta arma”⁴⁸⁶⁻⁴⁸⁷.

Pero la argumentación de Mitsch obvia que la utilización de un objeto típico no siempre presupone la detentación de la custodia sobre él. Sirviéndonos de los ejemplos de Hochmayr, la persona que “prueba” un arma al dispararla en presencia y bajo supervisión de su real detentador, o que toma en sus manos una fotografía con contenido pornográfico infantil durante un período de tiempo muy reducido, utiliza estos objetos sin detentar la custodia sobre ellos⁴⁸⁸.

Aún más importante es destacar que, incluso en la hipótesis descrita por Mitsch, no es la acción de disparar el arma, sino la *concomitante omisión de deshacerse de la custodia* sobre el arma, el comportamiento típicamente relevante para la correspondiente figura delictiva de posesión. En tal hipótesis fáctica, el disparo podrá ciertamente configurar un acto voluntario por medio del cual el detentador de la custodia se priva a sí mismo, momentáneamente, de su capacidad de actuar para deshacerse de ella. Pero la “no renuncia al dominio” del arma, a la cual Mitsch alude, no debe ser vista en este acto de

⁴⁸⁶ Mitsch, W., “Anmerkung zu OLG Zweibrücken, Beschluß vom 18.12.1985 - 1 Ws 407/85”, *NSiZ*, 1987, p. 457.

⁴⁸⁷ De forma similar, en la doctrina española Hava García alega que “la posesión requiere de la exteriorización de una serie de actos destinados a ejercerla (por ejemplo, introducir el arma en una caja, limpiarla, etc.) o a mantenerla (por ejemplo, cerrar la caja con llave o esconderla)” (Hava García, E., *El control penal de las armas: análisis del capítulo V del título XXII del Código Penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, p. 98). De este modo, equipara (indebidamente) comportamientos *con* el objeto a comportamientos que hacen persistir la custodia sobre él.

⁴⁸⁸ Cf. Hochmayr, G., *Strafbarer Besitz*, cit., p. 131.

auto-sustracción de la propia capacidad de actuar, sino – como hemos visto en el análisis del caso 12⁴⁸⁹ – en la omisión de suprimir su poder fáctico sobre el citado objeto, cuyo castigo es posibilitado por la aplicación de la *omissio libera in causa*.

Pese a estas consideraciones, es necesario reconocer que, en una clase específica y excepcional de supuestos, sí que se podrá hablar de una utilización del objeto prohibido que es, al mismo tiempo, típicamente relevante para la correspondiente figura delictiva de posesión. Se trata de los casos en que el individuo defiende activamente su custodia preexistente sobre el objeto típico, ante una pérdida inminente, mediante la utilización *del propio objeto típico*⁴⁹⁰. Estas situaciones alzan la utilización de la cosa detentada, de la condición de un mero comportamiento *con* el objeto típico, a la calidad de una conducta *que causa la persistencia de la custodia* sobre tal objeto.

Así, imagínese que alguien camina por la calle con una pistola – que había adquirido previamente de manera ilegal – fijada en la cintura y, al ser sorprendido por otras dos personas que pretenden sustraerle el arma mediante violencia, dispara múltiples veces en la dirección de ambos agresores y los mata.

En el supuesto en cuestión, las acciones de disparo del arma son relevantes, tanto para el tipo penal de homicidio, como para el tipo de posesión de armas de fuego. Pues los disparos efectuados por tal individuo son conductas activas causales para la persistencia de su custodia sobre el arma.

Por último, se ha de destacar que acciones de utilización representarán el *cumplimiento* del mandato normativo de poner fin a la custodia sobre el objeto típico siempre que impliquen una destrucción o inutilización total del objeto, pues no cabe mantener una custodia típica si el objeto a que el tipo se refiere ha dejado de existir. Esta consideración tampoco afecta a una eventual responsabilidad penal según otros tipos penales que tales actos de utilización puedan implicar.

Así, el individuo que, inmediatamente después de encontrar una granada de mano colocada sin su consentimiento en el jardín de su casa, recoge el artefacto, le quita el pasador y lo

⁴⁸⁹ Cf *supra*, capítulo 4, apartado III.3.

⁴⁹⁰ Para nuestra defensa de la necesidad de incluir comportamientos de mantenimiento de la custodia sobre el objeto típico en las figuras delictivas de posesión, cf. *infra*, VI.1. Para nuestra defensa de la posibilidad de concebir un mantenimiento de la custodia mediante comisión en los supuestos de defensa activa de una custodia preexistente, cf. *infra*, VI.2.

tira a la calle causando su explosión, cumple el mandato normativo de terminar su custodia sobre tal arma y no comete, por ende, un delito de posesión. Ello no excluye, evidentemente, su responsabilidad penal por las lesiones o peligros a bienes jurídicos, por lo general imprudentes, eventualmente causados por la explosión (homicidios, lesiones corporales, daños etc.).

También la persona que encuentra un paquete con drogas colocado en su habitación sin su consentimiento y que consume todo su contenido inmediatamente, cumple el mandato normativo de poner fin a su custodia sobre las drogas. Y tampoco comete, en consecuencia, un delito de posesión. Pero tal circunstancia no excluirá, por ejemplo, su responsabilidad penal por el tipo alemán de ebriedad completa previsto en el § 323a StGB⁴⁹¹, en el caso de que practique un hecho antijurídico en el estado de inimputabilidad causado por el consumo de la sustancia tóxica.

III. Delitos de posesión como delitos comisivos y/u omisivos

III.1. El concepto de comportamiento humano: consideraciones sobre su aplicabilidad a los dos posibles sentidos de la “posesión” y formulación de una definición mínima para los fines de la presente investigación

“¿Es la posesión un comportamiento humano para los fines de la teoría del delito?” Esta aparentemente clara indagación oculta, en realidad, una peligrosa ambigüedad terminológica que puede llevar al penalista a dedicar más tiempo de lo necesario a buscar argumentos para contestarla, en detrimento de otras controversias – tanto o más relevantes – de los tipos de posesión.

Evitar tal contratiempo implica brindar no una, sino dos respuestas al cuestionamiento planteado, respuestas estas que dependerán del sentido que se atribuya a la palabra “posesión”, es decir, si ella es entendida como el *estado de cosas o resultado prohibido por los tipos de posesión* o, más bien, como un *título de imputación*.

⁴⁹¹ “§ 323a Ebriedad completa (1) El que se colocale en estado de ebriedad dolosa o imprudentemente mediante [el consumo de] bebidas alcohólicas u otras sustancias tóxicas será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con pena de multa si cometiere un hecho antijurídico en tal estado y no pudiere ser castigado por él porque, a causa de la ebriedad, era inimputable o no se pudo excluir que lo fuera”.

En los dos siguientes apartados, brindaremos las dos correspondientes respuestas. La segunda respuesta nos permitirá defender, además, una definición mínima del concepto de comportamiento para los fines de este trabajo.

III.1.1. Posesión como estado de cosas o resultado prohibido por los tipos de posesión (custodia)

Si la pregunta alude a la posesión como el estado de cosas o resultado prohibido por los tipos de posesión, al cual denominamos custodia, entonces la respuesta viene dada en la distinción terminológica sentada al principio de este trabajo⁴⁹²: en su acepción de custodia, de relación fáctica de dominio entre sujeto y objeto típico, la posesión no constituye un comportamiento humano.

A la afirmación del párrafo anterior se le podría reprochar, a primera vista, un carácter tautológico. Pues reduce de antemano la relación fáctica de dominio a la condición de mero estado de cosas o resultado prohibido de las figuras delictivas que investigamos.

Pero las constataciones a que hemos llegado respecto a la posición de Roxin permiten ver la razón por la cual realizamos, desde el inicio de este trabajo, la mentada reducción: concebir la propia relación fáctica de dominio como algo más que un mero estado de cosas o resultado típicamente desvalorado – es decir, como un comportamiento – es *dogmáticamente inviable*.

Cabe recalcar que tal diagnóstico tampoco se altera si a la relación fáctica de dominio se pretende unir el atributo de la “voluntariedad” para asignarle la condición de conducta humana, pues en el marco de un sistema de responsabilidad penal por el comportamiento dicha voluntariedad tan solo puede ser constatada teniendo como base acciones u omisiones *previas o posteriores* que hacen que tal relación surja o persista. Elegir como *locus* del análisis, en cambio, la propia relación fáctica de dominio colocaría al intérprete ante dos, igualmente inadmisibles, alternativas: sea echar mano de la mera instancia psicológica del titular de la relación, sea usar presunciones derivadas del criterio del tráfico social, para examinar la voluntariedad de la detentación del objeto.

Y todo ello vale – conforme hemos comprobado en el capítulo aludido – no solo para el concepto personal de conducta desarrollado por Roxin, sino para cualquier

⁴⁹² Cf. *supra*, capítulo 1, apartado II.

concepto de comportamiento que pretenda preservar su “núcleo justificado”, a saber, su función negativa o limitadora que excluye del ámbito de lo jurídico-penalmente relevante acontecimientos externos que se sustraen a la capacidad de control del ser humano.

Estas consideraciones nos liberan, por tanto, de una *primera tarea* que, por ser inviable, resulta también innecesaria: la de buscar, en la miríada de conceptos de comportamiento desarrollados en los dos últimos siglos, uno que permita elevar la *custodia*, la relación fáctica de dominio entre sujeto y objeto típico, a la condición de una conducta humana.

III.1.2. Posesión como título de imputación

Si la indagación se refiere, en cambio, a la segunda acepción posible de la posesión, que es la de *título de imputación*, a ella debemos responder – a la luz de las conclusiones a que hemos llegado respecto a la responsabilidad penal por el estado – en sentido afirmativo. En otras palabras, el título de imputación de la posesión se corresponde y debe corresponderse a un comportamiento humano. De lo contrario, incurrirían los tipos de posesión en una violación del principio constitucional de imputación subjetiva.

Estas últimas afirmaciones parecen tornar necesaria una *segunda tarea*, análoga a la aludida en el apartado anterior, pero a realizar en el plano de la posesión entendida como título de imputación, a saber: la de buscar, entre los diversos conceptos de conducta humana propuestos en la doctrina penal, uno que mejor se adecue a la comprensión de los delitos de posesión como delitos de comportamiento. Lo cual implicaría averiguar, echando mano de la ya mencionada función negativa o limitadora y también de las funciones de elemento básico⁴⁹³ y de elemento de enlace⁴⁹⁴ asignadas al concepto de comportamiento, cuál de las diferentes comprensiones (causal, final, social, significativa,

⁴⁹³ Esta función exige del concepto de comportamiento ser “el elemento básico y unitario de la teoría del delito al que se pudieran añadir, como predicado, todas las descripciones y valoraciones que configuran la infracción penal. Lo que implica que debe tener suficiente *amplitud conceptual* [...] Es decir, ha de abarcar todas las formas de conducta relevantes para el derecho penal [...] Así, acciones y omisiones, comportamientos dolosos e imprudentes, conductas de autoría y participación...” (Diez Ripollés, J. L., *PG*, cit., p. 137).

⁴⁹⁴ La función de elemento de enlace impone que el concepto de comportamiento constituya el “punto de referencia de todas las categorías del delito, a saber, la tipicidad, la antijuridicidad [...] Lo que implica una formulación lo más *neutral valorativamente* posible, de forma que no anticipe los componentes de las siguientes categorías de la infracción penal” (*Ibid.*, p. 137).

etc.) de conducta humana merecería la preferencia respecto al objeto de la presente investigación.

Pero dicha tarea tendría como punto de partida una contradicción interna que nos colocaría ante dos – igualmente contraproducentes – alternativas. Ello porque, para proponer un concepto “óptimo” de conducta humana, que cumpla cada una de sus funciones tradicionalmente reconocidas, no basta tener en cuenta una única categoría de tipos delictivos – en este caso, los tipos de posesión – sino que es necesario considerar todos los demás tipos delictivos del ordenamiento jurídico-positivo español o alemán.

Si, a la vista de tal circunstancia, insistiésemos en defender el concepto particular de conducta que mejor se adecuase a los delitos de posesión, el resultado sería, muy probablemente, una formulación ampliamente *sesgada*. Y si, por el contrario, pretendiésemos analizar – con la debida profundidad – la controversia sobre el concepto de comportamiento en la doctrina jurídico-penal para encontrar su formulación “óptima”, ya no estaríamos realizando una investigación sobre los delitos de posesión, sino una sobre el concepto de conducta en la teoría del delito.

Que en esta investigación no sea posible verificar cuál es el “mejor” concepto de comportamiento humano no significa, con todo, que debamos satisfacernos con un concepto cualquiera. Pues, si como hemos dicho reiteradas veces, el “núcleo justificado” de todas las aproximaciones teóricas al concepto de conducta humana – y que permite interpretar los tipos penales de conformidad con el principio de imputación subjetiva – reside en su función negativa o limitadora, entonces cualquier concepto de comportamiento carente de esta función devendrá tan constitucionalmente inadmisibile como la construcción dogmática de la responsabilidad penal por el estado.

De ello resulta, finalmente, la necesidad de afirmar los contornos mínimos que deben estar presentes en un concepto de comportamiento humano para que se considere cumplida su función negativa. Tras haber realizado una intensa y profunda búsqueda de un “elemento consensual mínimo” subyacente a todos los conceptos de conducta humana defendidos hasta la publicación de su investigación, Eckstein⁴⁹⁵ pudo encontrar una formulación exitosa, a nuestro modo de ver, no solo para el objetivo que él se propuso alcanzar, sino también para caracterizar la función negativa de la conducta humana en la teoría del delito.

⁴⁹⁵ Cf. Eckstein, K., *Besitz*, cit., pp. 192-207.

Según tal formulación “mínima”, el comportamiento humano puede ser entendido como *una relación del ser humano con su entorno que se halla sujeta a la capacidad humana de control*, en cuyo contexto la expresión “entorno” *también abarca el propio cuerpo del ser humano*⁴⁹⁶. Esta es la noción a que aludimos cada vez que empleamos, en el presente trabajo, el término comportamiento o conducta humana.

III.2. La diferenciación entre acción y omisión en el derecho penal y su aplicación a las figuras delictivas de posesión

Caracterizar determinado comportamiento concreto o figura delictiva como comisivo u omisivo produce importantes repercusiones prácticas para su posterior análisis en el contexto de las tres subsiguientes categorías de la teoría del delito⁴⁹⁷. Por lo que respecta específicamente a la asignación del carácter omisivo a determinado *tipo concreto*, tal clasificación también podrá plantear problemas político-criminales relacionados con la legitimidad de la imposición legal de deberes generales de solidaridad en el caso de que, en una etapa clasificatoria posterior, se llegue a la conclusión de que se trata de un tipo omisivo propio.

Ante estas circunstancias, podría resultar sorprendente que, a excepción de las investigaciones realizadas por Eckstein y por Cox Leixelard, no se encuentren abordajes doctrinales que acudan a criterios de diferenciación entre comportamientos activos y omisivos para clasificar los diferentes comportamientos de establecimiento y de mantenimiento de la custodia sobre el objeto típico – o para clasificar abstractamente los tipos de posesión – como delitos comisivos u omisivos. Por el contrario, la doctrina tiende a considerar, de manera relativamente despreocupada, que el establecimiento de la

⁴⁹⁶ *Ibid.*, p. 205: “Ohne Anspruch auf abschließende Gültigkeit ließe sich die Handlung etwa als – der menschlichen Steuerungsfähigkeit unterliegendes – Verhalten definieren, wobei der schillernde Begriff des Verhaltens seinerseits durch die Formulierung von der Beziehung des Menschen zu seiner Umwelt ersetzt werden kann. Teil der Umwelt ist auch der Körper des Handelnden selbst, in Schopenhauers Diktion, „unmittelbares Objekt”.

⁴⁹⁷ Al respecto, véanse las consideraciones de Eckstein, que también son trasladables, *mutatis mutandis*, al derecho español: “Entre las particularidades más importantes de la dogmática de los delitos omisivos se incluyen los requisitos típicos de los delitos omisivos impropios inscritos en el § 13, apdo. 1 StGB, la modificación del concepto de causalidad, la perspectiva de la inexigibilidad y el efecto justificante o exculpante de las colisiones de deberes” (*Ibid.*, p. 124, nota 7).

custodia por el sujeto típico constituye una comisión, y que su mantenimiento configura una omisión⁴⁹⁸.

Esta tendencia puede ser explicada, sin embargo, si se tiene en cuenta que en la mayoría de las situaciones la caracterización de un comportamiento como comisivo u omisivo puede ser realizada fácilmente con base en la verificación de si el agente intervino voluntariamente en cursos causales externos (acción), o si simplemente dejó que “las cosas siguieran su curso”, sin intervenir, por tanto, en cursos causales externos preexistentes (omisión)⁴⁹⁹. En una formulación dogmática más refinada: el criterio del empleo (causal) de energía, según el cual actúa “quien emplea energía en una determinada dirección” y omite “quien no emplea energía en una determinada dirección”, resulta suficiente para los fines de clasificar comportamientos no ambivalentes⁵⁰⁰ como activos u omisivos⁵⁰¹.

Si trasladamos esta observación al contexto de los tipos de posesión, es posible comprender por qué predomina la clasificación, sin ulteriores consideraciones, del establecimiento voluntario de la custodia como una comisión: en el contexto “empírico” de la *praxis* de los tribunales, las situaciones más comunes son aquellas en que el individuo emplea energía en el mundo exterior y pone en marcha un curso causal que produce el surgimiento de su custodia sobre el objeto típico⁵⁰²⁻⁵⁰³. Lo mismo vale, *mutatis mutandis*, respecto a la clasificación del mantenimiento de la custodia sobre el objeto típico como una omisión, pues en este contexto la persistencia de la custodia sobre el objeto típico se debe, en general, al no empleo de energía por parte del sujeto típico para suprimir la custodia, a su “dejar que las cosas sigan su curso”⁵⁰⁴⁻⁵⁰⁵.

⁴⁹⁸ Al respecto, cf. *infra*, V.2 y VI.2.

⁴⁹⁹ Cf. Kühl, K., *AT*, cit., p. 663.

⁵⁰⁰ Con la expresión “no ambivalentes” designamos aquellos comportamientos que no presentan al mismo tiempo rasgos comisivos y omisivos, y cuya clasificación como comisivos u omisivos no plantea, en consecuencia, mayores problemas o discusiones.

⁵⁰¹ Kühl, K., *AT*, cit., p. 664.

⁵⁰² Piénsese por ejemplo en el caso 8, en que “E” “emplea energía” al recoger el paquete con drogas y colocarlo en el bolsillo de su chaqueta, haciendo que surja su custodia sobre los estupefacientes.

⁵⁰³ Veremos a continuación que ello no excluye, con todo, la (remota) posibilidad de que la custodia sobre el objeto típico surja en virtud de una *omisión* del sujeto. Ello ocurre en los supuestos de no intervención del sujeto típico contra una custodia que se le está imponiendo (caso 14). Al respecto, cf. *infra*, V.2.

⁵⁰⁴ Piénsese por ejemplo en el caso 6, en que “E” constata la existencia de pornografía infantil en su buzón de correo y no emplea energía – pudiendo así proceder – para hacer cesar su custodia sobre el material.

⁵⁰⁵ Veremos a continuación que ello no excluye, con todo, la (remota) posibilidad de que la custodia sobre el objeto típico persista en virtud de una *acción* del sujeto. Ello ocurre en los supuestos de intervención contra la pérdida inminente de una custodia preexistente (caso 9). Al respecto, cf. *infra*, VI.2.

En este punto, es necesario hacer hincapié en un aspecto ya sentado anteriormente y que despliega efectos, como se puede notar, también en la cuestión abordada en este apartado: el punto de referencia para la apreciación de la relevancia de los comportamientos del sujeto típico, en las figuras delictivas de posesión, es *la custodia sobre* el objeto típico, y no el propio objeto.

Por consiguiente, al analizar determinada situación fáctica con el fin de determinar si un individuo realizó una acción u omisión bajo la perspectiva de un tipo de posesión, se debe emplear el criterio de distinción del “empleo o no empleo de energía en determinada dirección” de tal manera, que la “dirección” a que alude coincida con el *surgimiento o la persistencia de la custodia* sobre el objeto típico. En otras palabras, definir si una conducta concreta es comisiva u omisiva con respecto a un tipo de posesión implica verificar si tal conducta puede ser caracterizada como un “empleo de energía que es causal para el surgimiento o para la persistencia de la propia custodia sobre el objeto típico” (acción) o como un “no empleo de energía que posibilita el surgimiento o la persistencia de la propia custodia sobre el objeto típico” (omisión)⁵⁰⁶.

Considerablemente más problemático que clasificar comportamientos concretos de establecimiento/mantenimiento de la custodia sobre el objeto típico como acciones u omisiones es intentar encajar *el tipo de posesión como figura abstracta* en (solo) una de estas categorías.

Ello se debe a que el *iter* clasificatorio tradicionalmente seguido – aunque muchas veces solo de manera implícita – por la doctrina penal identifica inicialmente, en la etapa *empírico-fenomenica* que acabamos de describir, cuáles comportamientos concretos pueden configurar la ejecución de determinado tipo penal. Y en una segunda etapa, de carácter *normológico*, se utilizan los resultados a que se ha llegado en la primera etapa para clasificar la norma subyacente a dicho tipo como prohibitiva (tipo comisivo) o preceptiva (tipo omisivo).

Esta manera de proceder encuentra, empero, graves dificultades en el contexto específico de los tipos de posesión. Ello porque, para que tal esfuerzo clasificatorio pueda dar el “salto” de la etapa empírico-fenomenica a la etapa normológica sin incurrir en una falacia naturalista, es imprescindible atender, además de a la conclusión a que se llegó en

⁵⁰⁶ En el mismo sentido, Eckstein, K., *Besitz*, cit., pp. 143 y ss.

la primera etapa, al *tenor literal* del tipo que se pretende clasificar como comisivo u omisivo.

Incurriríamos en una falacia naturalista, por ejemplo, si con base en la regularidad empírica del establecimiento de la custodia mediante acción, pretendiésemos clasificar, apriorísticamente, *el propio establecimiento* (y no una mera conducta concreta de establecimiento activo) como una comisión. O también, a la inversa, si con base en la regularidad empírica del mantenimiento de la custodia mediante omisión, pretendiésemos clasificar, apriorísticamente, *el propio mantenimiento* (y no una mera conducta concreta de mantenimiento omisivo) como una omisión. Ello obviaría que concebir un establecimiento mediante omisión (no intervención del sujeto típico contra una custodia que se le está imponiendo – caso 14) o un mantenimiento mediante acción (intervención contra la pérdida inminente de una custodia preexistente – caso 9), a pesar de menos probable, es igualmente *admisible* pues encaja en el texto literal de los tipos de posesión.

Pero el tenor literal de los tipos de posesión se caracteriza precisamente por contener una *exclusiva descripción de la relación fáctica de dominio entre sujeto y objeto*⁵⁰⁷, sin ofrecer, por tanto, punto alguno de referencia para determinar si son tipos comisivos u omisivos.

Eckstein pretende resolver esta problemática al intentar equiparar los tipos de posesión a los comportamientos ambivalentes, es decir, a aquellas conductas que presentan tanto aspectos comisivos como omisivos y cuya clasificación como delito comisivo u omisivo resulta, por ende, problemática o controvertida (piénsese en el clásico caso didáctico del médico que aprieta un interruptor y apaga el aparato reanimador que mantenía vivo a su paciente).

Tras afirmar, en la etapa empírico-fenomenológica, que el establecimiento y el mantenimiento de la custodia pueden ocurrir tanto mediante acciones como mediante omisiones, nuestro penalista investiga la posibilidad de solucionar el problema normológico descrito arriba dando a los tipos de posesión el mismo tratamiento jurídico que el que se da a los comportamientos ambivalentes: una responsabilidad penal con carácter disyuntivo sea mediante acción sea mediante omisión⁵⁰⁸.

⁵⁰⁷ Al respecto, cf. *supra*, capítulo 2, apartado II.1.

⁵⁰⁸ Eckstein, K., *Besitz*, cit., pp. 136 y ss.

El propio autor termina reconociendo, sin embargo, que tal intento no es fructífero, pues en casos de ejecución de varios comportamientos de distinta naturaleza – piénsese en un establecimiento de la custodia por comisión seguido de su mantenimiento mediante omisión – los tipos de posesión no pretenderían hacer responsable al sujeto típico por solo uno de dichos comportamientos, sino por todos ellos. Así, en el ejemplo acabado de mencionar, el correspondiente tipo de posesión no conduciría exclusivamente a la responsabilidad por el establecimiento de custodia comisivo, ni exclusivamente por el mantenimiento de custodia a título omisivo, sino a una responsabilidad penal por ambas conductas en conjunto⁵⁰⁹.

Esta circunstancia se vincularía estrechamente al carácter permanente de las figuras delictivas de posesión, el cual no conduciría – a diferencia de lo que ocurriría en el tratamiento jurídico de las formas ambivalentes de comportamiento – a una responsabilidad penal con carácter disyuntivo, sino a reconocer la responsabilidad del sujeto típico por todas sus conductas que posibiliten el surgimiento o la persistencia del resultado típico⁵¹⁰. La figura del delito permanente también permitiría, por otra parte, evitar el castigo acumulativo de estos diferentes comportamientos de establecimiento y de mantenimiento de la custodia, al considerarlos una “unidad típica de acción”⁵¹¹ a la cual se impone, de conformidad al § 52, apdo 1 StGB⁵¹², una sola pena.

Con base en la exigencia de reconocer una responsabilidad penal por todas las conductas que hagan surgir o persistir la custodia sobre el objeto típico – sin que ello obligue, empero, a acumular penas –, Eckstein concluye que la clasificación de los tipos de posesión debe corresponderse a la de las conductas concretas, en cada caso realizadas, de establecimiento/mantenimiento de la custodia: serán, pues, *comisivos y/u omisivos*⁵¹³.

Por más que – como se verá más adelante – la clasificación hecha por el penalista alemán sea preferible, no es capaz de eludir el reproche de que constituye una falacia naturalista, pues remite, *directamente*, consecuencias clasificatorias del plano empírico-fenomenológico al plano normológico.

⁵⁰⁹ *Ibid.*, p. 142.

⁵¹⁰ *Ibid.*, p. 142.

⁵¹¹ *Ibid.*, pp. 172, 186.

⁵¹² “§ 52. Unidad de hecho: (1) Si una misma acción infringe una pluralidad de leyes penales o una misma ley penal varias veces, solo se aplicará una única pena”.

⁵¹³ Eckstein, K., *Besitz*, cit., p. 142.

Un tratamiento alternativo de la misma cuestión investigada por Eckstein es brindado, en la doctrina penal de habla española, por Cox Leixelard⁵¹⁴. Este autor realiza, con todo, un *iter* inverso al seguido por Eckstein y por la doctrina tradicional: partiendo de la premisa de que “la manifestación fenoménica del comportamiento en el mundo carece de la relevancia que tradicionalmente se le ha asignado”⁵¹⁵, no inicia su abordaje por la etapa empírico-fenoménica, sino con consideraciones normológicas abstractas sobre los tipos de posesión.

Siguiendo el planteamiento defendido por Jakobs, Cox Leixelard entiende que los tipos penales se dividirían entre estructuras típicas comisivas – en las cuales se incluirían los delitos comisivos *por acción* y los comisivos *por omisión* (omisión impropia) – y estructuras típicas omisivas. Dentro de esta última categoría se hallarían tan solo las omisiones *propias*⁵¹⁶. Como se puede notar, el autor se aparta de la clasificación tradicionalmente vigente en la doctrina penal al equiparar las omisiones impropias a las comisiones, en vez de concebir aquellas, al lado de las omisiones propias, como una especie del género “omisión”.

Conviene resaltar, además, que los términos “omisión impropia” y “omisión propia” no suelen ser empleados en planteamientos normativistas como el de Cox Leixelard. Los utilizamos en la presente exposición con fines estrictamente didácticos. En lugar de dicha terminología, Cox Leixelard echa mano, respectivamente, de las expresiones “comisión por omisión” y “omisión pura”.

Al decir del autor, el elemento que caracterizaría las estructuras comisivas sería la infracción del deber negativo, impuesto al individuo, de no organizar su esfera de libertad de una manera que produzca daños a terceros. Por su parte, las estructuras típicas omisivas impondrían “a sus destinatarios ya no mantener separada su esfera de las de los demás,

⁵¹⁴ No serán abordadas aquí, en cambio, otras posiciones doctrinales que asignan un carácter únicamente comisivo o únicamente omisivo a los tipos de posesión con base en sus respectivas propuestas de exclusión de conductas de mantenimiento o de establecimiento de la custodia del ámbito de los tipos de posesión. Al contrario de la posición de Cox Leixelard, tales planteamientos no abren margen, ni hipotéticamente, al reconocimiento concomitante de comportamientos concretos comisivos y omisivos que hagan surgir o persistir el poder fáctico sobre el objeto típico. Para la exposición y análisis de tales posiciones, v. *infra*, V.1 y VI.1.

⁵¹⁵ Cox Leixelard, J. P., *Delitos de posesión*, cit., p. 175.

⁵¹⁶ *Ibid.* pp. 175 y ss.

sino reunida, aunque parcialmente. En efecto, estos deberes son de cariz positivo y obligan a colaborar con los demás”⁵¹⁷.

Con base en estas distinciones, clasifica los tipos de posesión como estructuras típicas comisivas, pues en ellos “el principio general que prohíbe dañar a otros se traduce en una prohibición, también general, de poseer determinados objetos”⁵¹⁸. Los tipos de posesión serían, además, delitos comisivos por acción, dado que su estructura “no exige la preexistencia de algún específico compromiso de protección”⁵¹⁹.

Introduciéndose, entonces, en el análisis empírico-fenoménico, Cox Leixelard estima que la infracción de la norma prohibitiva subyacente a los tipos de posesión empieza con el establecimiento y persiste con el mantenimiento de la custodia sobre el objeto típico. En sus palabras, “la infracción de la norma [...] comienza con un *suceso*, que es la adquisición de la posesión, y continúa con un proceso, que es la posesión misma del objeto”. Y admite asimismo que el establecimiento y el mantenimiento de la custodia pueden ocurrir, concretamente, tanto a causa de acciones como en virtud de omisiones del sujeto típico⁵²⁰.

Estas consideraciones podrían llevar a pensar que, como Eckstein, Cox Leixelard califica los tipos de posesión como comisivos y/u omisivos. En este punto, sin embargo, este último autor recalca que el elemento determinante para clasificar tales figuras típicas no debe ser visto en las manifestaciones concretas del comportamiento del sujeto típico, sino en las “pautas normativas que determinan la adscripción de sentido” a tal comportamiento⁵²¹.

Así, al contener los tipos de posesión un mensaje normativo consistente en *prohibir* que el destinatario organice su esfera de libertad de manera potencialmente lesiva a terceros mediante el mantenimiento de determinado objeto bajo su poder, aquellos no perderían su carácter comisivo por el mero hecho de que la infracción de tal prohibición pueda ocurrir, en el caso concreto, también mediante conductas omisivas de

⁵¹⁷ *Ibid.*, pp. 176 y s.

⁵¹⁸ *Ibid.*, p. 180.

⁵¹⁹ *Ibid.*, p. 184.

⁵²⁰ Sobre el establecimiento de la custodia, reconoce la posibilidad de “que la adquisición de la tenencia acontezca a través de una omisión, como en la hipótesis de quien no rechaza que otro deje alguna especie en su domicilio”. Sobre su mantenimiento, aduce que “la actividad de tener la cosa bajo poder puede integrarse fenoménicamente tanto por acciones como por omisiones” (*Ibid.*, pp. 184, 182, respectivamente).

⁵²¹ *Ibid.*, pp. 177 y s.

establecimiento/mantenimiento de la custodia⁵²². Y tampoco afectaría tal clasificación la circunstancia de que, dependiendo de la “situación mundana concreta”, la norma prohibitiva de los tipos de posesión pueda imponer tanto un deber negativo (de no establecer una custodia) como un deber positivo (de suprimir una custodia preexistente) a su destinatario⁵²³.

El abordaje de Cox Leixelard presenta una ventaja respecto al de Eckstein: al resolver el problema clasificatorio con base en consideraciones normológicas – y no vinculadas a la calidad de los comportamientos concretos de establecimiento/mantenimiento de la custodia –, evita incurrir en la falacia naturalista de la cual Eckstein, al fin y al cabo, no consigue escapar.

Pero su asignación apriorística e incondicional de carácter comisivo a los tipos de posesión choca con obstáculos dogmáticos insuperables. Como hemos visto, para Cox Leixelard dicha clasificación ostentaría validez independientemente de la situación concreta en la cual el sujeto típico se encuentre y del deber que le quepa cumplir respecto a la custodia sobre el objeto (de no establecerla/de suprimirla).

Ello supondría que, en cualquiera de esas situaciones concretas, fuese aplicable la dogmática de los delitos comisivos. Pero lo cierto es que en supuestos de custodia impuesta sobre el objeto típico solo la dogmática de los delitos *omisivos* puede ofrecer un tratamiento penal adecuado⁵²⁴. Ante todo, la determinación del deber concreto de actuar para suprimir una custodia impuesta y la verificación de la exigibilidad de realizar tal acción de supresión son cuestiones que solo pueden ser resueltas si se consideran los tipos de posesión como *omisivos*.

Así, teniendo como base el caso 5, supongamos que “E” regrese a su casa y constate que hay, de hecho, un sobre con pornografía infantil en su buzón de correo. Supongamos también que, un día después de la llegada “E” a su casa, la policía realice una diligencia de entrada y registro en su domicilio y encuentre la pornografía infantil en su buzón.

La punición o no de “E” conforme al tipo penal de posesión de pornografía infantil del § 184b, apdo. 3 StGB y del art. 189.5 CP supondrá indagar qué acciones concretas podría haber realizado para suprimir su custodia sobre la pornografía durante el aludido período de un día, así como si estas posibles acciones de supresión devienen jurídicamente

⁵²² *Ibid.*, pp. 180, 182 y ss.

⁵²³ *Ibid.*, pp. 179 y s.

⁵²⁴ A excepción, empero, del improbable caso de que el sujeto típico ejecute actos de defensa de la custodia previamente impuesta ante una pérdida inminente y la mantenga, por tanto, mediante conductas *comisivas*.

exigibles. Indagaciones estas que solo pueden plantearse si se considera que dichos tipos tienen una cualidad omisiva.

Con ello se constata que Cox Leixelard obvia las peculiaridades de determinadas situaciones fácticas concretas y del correspondiente tratamiento jurídico que ellas exigen, con la finalidad de garantizar una clasificación abstracta y uniforme de las figuras delictivas de posesión como tipos comisivos. Procediendo de esta manera, incurre, por consiguiente, en una *falacia normativista*.

Tanto la aproximación clasificatoria de Eckstein como la de Cox Leixelard sientan su fundamentación en vicios argumentativos. Los dos polos en que dichos planteamientos se encajan – de un lado, la falacia naturalista y, de otro, la falacia normativista – son, empero, lo que permite caracterizar precisamente ambos esfuerzos dogmáticos como loables. Pues hacen patente que, al no proporcionar la formulación literal de los tipos de posesión puntos de apoyo acerca de su calidad comisiva u omisiva, hacen imposible un “equilibrio” entre consideraciones empírico-fenoménicas y normológicas. Cualquier intento de asignación de tales especies delictivas terminará, inevitablemente, condicionando la cualidad de la norma a la cualidad de los comportamientos concretos que hacen surgir o persistir la custodia, o, al revés, condicionando la cualidad de estos comportamientos concretos a consideraciones abstractas sobre la cualidad de la norma.

Dicho esto, cabe ahora determinar cuál de estas dos necesariamente imperfectas alternativas demuestra ser el “mal menor”. Entendemos que debe preferirse el planteamiento defendido por Eckstein, quien ve en los tipos de posesión delitos comisivos y/u omisivos.

La posición defendida por Eckstein, a diferencia del planteamiento de Cox Leixelard, permite constatar la existencia o no de responsabilidad penal echando mano de los instrumentos de imputación adecuados, en cada caso, a la situación concreta que se analiza. En un supuesto de custodia impuesta, por ejemplo, su posición no implicaría averiguar la presencia de tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad bajo la perspectiva del delito comisivo, sino de acuerdo con los institutos jurídico-penales propios de la dogmática de los delitos omisivos. En cambio, adoptar la posición de Cox Leixelard implicaría utilizar reglas de imputación inadecuadas para tratar la situación mencionada.

Cabe resaltar, además, que consecuencias inaceptables como ésta también surgirían en el caso de que se llegase a la conclusión opuesta a la que llega este último autor, es

decir, si se considerase de manera apriorística y categórica que los tipos de posesión son exclusivamente omisivos. Pues tal clasificación tornaría necesario adoptar la dogmática de los delitos *omisivos* para resolver los supuestos de establecimiento *comisivo* de la custodia sobre el objeto típico. Con lo cual se concluye que no solo las conclusiones a que llega Cox Leixelard, sino el propio *iter* clasificatorio adoptado por él, deviene inadmisibile.

A la vista de lo expuesto, consideramos que los tipos de posesión deben seguir la misma clasificación de los comportamientos concretos que dan lugar al establecimiento y/o al mantenimiento de la custodia sobre el objeto típico: ellos son tipos de delito comisivos y/u omisivos.

IV. Delitos de posesión como delitos permanentes y de resultado

IV.1. Introducción

En el apartado anterior, hemos llegado a la conclusión de que, entendidos como supuestos de responsabilidad por el comportamiento, los tipos de posesión configuran tipos comisivos y/u omisivos.

Sentada esta base inicial, cabe ahora definir en cuáles de los polos de los binomios “delitos instantáneos – delitos permanentes” y “delitos de mera conducta – delitos de resultado” la especie delictiva estudiada encaja. En los siguientes apartados fundamentaremos nuestro planteamiento en el sentido de que los tipos de posesión configuran delitos permanentes y de resultado.

IV.2. La calidad de delito permanente

La extensión temporal de la custodia sobre el objeto típico tiende, por regla general, a dar lugar a una pluralidad de comportamientos típicos comisivos y/u omisivos⁵²⁵.

Así, el individuo que, tras haber adquirido un arma ilegalmente, la mantiene por varias semanas en su casa, no solo ha establecido su custodia sobre tal objeto de manera comisiva,

⁵²⁵ Eckstein, K., *Besitz*, cit., p. 171.

sino que también la ha mantenido mediante una pluralidad de omisiones subsecuentes de suprimir dicha custodia.

En armonía con tal circunstancia, tanto en Alemania como en España hay consenso en clasificar los tipos de posesión como *delitos permanentes*⁵²⁶⁻⁵²⁷. Por medio de la figura del delito permanente, la mentada pluralidad de comportamientos típicos pasa a ser comprendida como una unidad de ejecución típica que se prolonga en el tiempo, y que es castigada como una totalidad.

IV.2.1. Consecuencias dogmáticas

En el apartado anterior no hemos brindado, con todo, una definición del delito permanente. Esto se debe a que, dependiendo de la formulación que se acepte de tal categoría delictiva, se producirán consecuencias muy dispares respecto a una temática de considerable relevancia, a saber, la prescripción de los delitos de posesión.

Una noción que goza de aceptación en la dogmática de los delitos permanentes alemana y española, y que también es defendida en el contexto específico de los tipos de

⁵²⁶ En Alemania, cf. Weber, K., *Betäubungsmittelgesetz, Arzneimittelgesetz: Kommentar*, 5ª ed., C. H. Beck, Múnich, 2017, BtMG § 29, núm. 1322; Baumann, J., *Besitz an Daten*, cit., p. 102; Laufhütte, H. W./Roggenbuck, E., “§ 184b”, en *Leipziger Kommentar StGB*, vol. 6, 12ª ed., de Gruyter, Berlín, 2010, núm. marg. 7; Kotz, P./Oğlakcioğlu, M. T., “BtMG § 29”, cit., núm. marg. 1093; Oğlakcioğlu, M. T., *AT Betäubungsmittelstrafrecht*, cit., p. 619; Patzak, J., “BtMG § 29”, en Körner/Patzak/Volkmer (eds.), *Betäubungsmittelgesetz*, 9ª ed., C. H. Beck, Múnich, 2019, sección 13, núm. marg. 13; Perron, W./Eisele, J., “§ 184b”, en Schönke/Schröder (eds.), *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 28ª ed., C. H. Beck, Múnich, 2010, núm. marg. 15; Joachimski, J./Haumer, C., *Betäubungsmittelgesetz (BtMG)*, 7ª ed., Boorberg, Stuttgart, 2002, § 29, núm. marg. 152; Malek, K., *Betäubungsmittelstrafrecht*, 4ª ed., C. H. Beck, Múnich, 2015, núm. marg. 220; Laubenthal, K., *Handbuch Sexualstraftaten: die Delikte gegen die sexuelle Selbstbestimmung*, Springer, Berlín/Heidelberg, 2012, núm. marg. 1095. En la jurisprudencia, cf. BGH StV 1981, 127; OLG Oldenburg, StV 2002, 240; BayObLG NStZ-RR 2002, 129; OLG Düsseldorf StV 2008, 13; OLG Hamburg NJW 2010, 1893; LG Freiburg, “Urteil vom 11. Juli 2011” – 7 Ns 81 Js 1434/09 –, juris.

⁵²⁷ En España, cf. Joshi Jubert, U., *Los delitos de tráfico de drogas I. Un estudio analítico del art. 368 CP*, J.M. Bosch, Barcelona, 1999, p. 47; Rey Huidobro, L. F., *El delito de tráfico de drogas: aspectos penales y procesales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 28; Cruz Blanca, M. J., *Régimen penal y tratamiento jurisprudencial de la tenencia ilícita de armas*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 54; Hava García, E., *El control penal de las armas*, cit., p. 95; Cox Leixelard, J. P., *Delitos de posesión*, cit., p. 223; Borja Jiménez, E., “Delitos de posesión: una perspectiva..”, cit., p. 50. En la jurisprudencia, cf. las SsTS 1834/1993 de 5 octubre, 481/2001 de 26 marzo, 201/2006 de 01 de marzo, 411/2010 de 5 mayo, 268/2012 de 12 de marzo, 723/2018 de 23 enero y 355/2018 de 16 julio.

posesión, pone el acento en el aspecto temporal del *estado antijurídico*⁵²⁸ creado por el autor del hecho delictivo, y entiende que la consumación de tales delitos se prolonga mientras se prolongue el mentado estado. Se trata de una comprensión que superpone, por tanto, las etapas de consumación y de agotamiento del delito permanente.

Así, Roxin y Greco⁵²⁹ afirman que la consumación del delito permanente se prolonga “por el tiempo en que persista el estado antijurídico” creado por el autor del delito. Mientras que, según Quintero Olivares, en los delitos permanentes “el estadio consumativo se prolonga en el tiempo mientras que dure la situación de ofensa al bien jurídico”⁵³⁰.

La aplicación consecuente de tal comprensión a las figuras delictivas de posesión exigirá reconocer que, mientras no haya cesado el estado antijurídico de la custodia sobre el objeto típico, seguirá habiendo consumación delictiva del correspondiente delito de posesión. Lo cual implicará, por su parte, identificar el momento inicial del cómputo de la prescripción con la cesación de la custodia sobre el objeto típico.

La mentada definición de delito permanente es, empero, equivocada e inaceptable, tanto en sus fundamentos dogmáticos como en sus consecuencias para la prescripción jurídico-penal.

Como pone de manifiesto Hochmayr, si para la persistencia temporal de la *consumación* de un delito permanente fuese suficiente tan solo la persistencia temporal

⁵²⁸ En este apartado, el “estado antijurídico” del delito permanente debe ser entendido – tal como hace la doctrina en la temática de los delitos permanentes –, no con el sentido del “estado de cosas” que identificamos con la categoría de los delitos de mera actividad o inactividad (cf. *supra*, capítulo 1, apartado II), sino como un elemento presente tanto en los delitos de resultado como en los de mera actividad o inactividad. Por esta razón, las conclusiones a que llegaremos respecto al delito permanente son aplicables, tanto para la comprensión de los tipos de posesión como delitos de resultado defendida a continuación (cf. *infra*, IV.3), como para las posiciones en sentido distinto, que los conciben como delitos de mera actividad o de mera inactividad.

⁵²⁹ Roxin, C./Greco, L., *AT*, cit., vol. I, § 10, núm. marg. 105. Así también, Baumann, J./Weber, U./Mitsch, W./Eisele, J., *Strafrecht: Allgemeiner Teil*, 12ª ed., Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 2016, § 27, núm. marg. 26. En el contexto de los delitos de posesión, cf. Kotz, P./Oğlakcioğlu, M. T., “BtMG § 29”, cit., núm. marg. 1093.

⁵³⁰ Quintero Olivares, G., *Parte general del derecho penal*, 4ª ed., Aranzadi, Navarra, 2010, p. 633. Así también, Borja Jiménez, E., “La terminación del delito”, *ADPCP*, 48, 1995, p. 159. En el contexto del delito de detención ilegal del art. 163.1 CP, Polaino Navarrete, M., “Lección 8.ª - Detención ilegal y secuestro”, en Polaino Navarrete (ed.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, vol. I, Tecnos, Madrid, 2010, p. 146. En el contexto de los delitos de posesión, Borja Jiménez, E., “Delitos de posesión: una perspectiva..”, cit., p. 50; Cruz Blanca, M. J., *Tenencia ilícita de armas*, cit., p. 50; Hava García, E., *El control penal de las armas*, cit., p. 95 y la STS 268/2012 de 12 de marzo.

del estado antijurídico, sin una correspondiente persistencia de *la posibilidad de imputar tal estado antijurídico a una conducta previa del individuo*, el delito permanente se transformaría en una tercera categoría de imputación – al lado de la acción y de la omisión – que sería parcialmente independiente de un comportamiento del sujeto típico⁵³¹⁻⁵³². Lo cual, como ya hemos visto al analizar la legitimidad de la responsabilidad penal por el estado, es constitucionalmente inadmisibile.

Consumación y agotamiento no se confunden, por tanto, en los delitos permanentes. El agotamiento sí que se prolongará mientras persista el estado antijurídico (custodia sobre el objeto típico). Para que se pueda afirmar una extensión temporal de la *consumación* será necesario, sin embargo, que siga siendo posible *imputar el estado antijurídico a una acción u omisión previa del autor*.

Esta crítica puede ser ilustrada con base en una variación de un caso didáctico anteriormente abordado:

Caso 13 (variación del caso 10): “E” está desmayado en el hospital tras haber sufrido un accidente de tráfico. “B” deposita un paquete con estupefacientes en el buzón de correo de “E”. Inmediatamente antes del accidente “E” le había pedido a “B” que depositase las drogas en su buzón, drogas éstas que “E” pretendía vender, en el mismo día y en su totalidad, a “C”. “E” solo recobra el conocimiento dos años después del accidente. Los estupefacientes permanecen durante estos dos años en su buzón de correo.

De utilizarse la definición del delito permanente aquí criticada, que se basa en la extensión temporal del estado antijurídico – concretamente, la custodia de “E” sobre los estupefacientes – sería necesario reconocer que “E” siguió realizando el tipo de posesión de estupefacientes durante los dos años en que estuvo inconsciente en el hospital.

⁵³¹ Hochmayr, G., *Strafbarer Besitz*, cit., p. 58. En el mismo sentido, Jakobs, G., *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., De Gruyter, Berlín, 1991, p. 170; Struensee, E., “Besitzdelikte”, cit., p. 721. En sentido similar, Eckstein, K., *Besitz*, cit., p. 211, para quien “la calidad de delitos permanentes [de los tipos de posesión] no ejerce influencia alguna en la apreciación jurídico-penal de las etapas en que hay incapacidad de acción”.

⁵³² En sentido semejante en la doctrina española, Lloria García, P., *Aproximación al estudio del delito permanente*, Comares, Granada, 2006, p. 13, sustenta que “si el sujeto está imposibilitado de levantar el estado antijurídico (...) el delito permanente debe cesar porque no se constata el mantenimiento de la acción”. Similarmente, también, Díez Ripollés, J. L., *PG*, cit., p. 568; Muñoz Sánchez, J., *El delito de detención*, Trotta, Madrid, 1992, pp. 141 y ss.

La imputación del mantenimiento de la custodia por el período mencionado se haría, empero, sin respaldo en una conducta omisiva de “E”, pues su pérdida de capacidad para librarse de las drogas no se debió a un acto responsable suyo – como en el caso 12, en que él se permite echar una siesta – sino a un caso fortuito que imposibilita la aplicación de la *omissio libera in causa*. Y tampoco sería viable reconducir la persistencia de su custodia durante esos dos años a su conducta comisiva inicial de solicitar los estupefacientes a “B”: incluso si se pasan por alto los obstáculos relacionados con el nexo de causalidad y con la imputación objetiva con que tal intento se tropezaría, es necesario tener en cuenta que el dolo de “E” consistió en mantener su custodia tan solo durante el mismo día en que la adquirió, y no por dos años.

Estas consideraciones permiten entrever, por otro lado, los problemas que tal formulación equivocada de los delitos permanentes causa, en la práctica, para la prescripción delictiva: ella conduce, tanto en los tipos de posesión como en todas las otras figuras delictivas permanentes, a una extensión artificial y desmesurada del plazo de prescripción⁵³³.

Esta consecuencia es de difícil evitación en el contexto del derecho positivo alemán, pues el § 78a StGB vincula el inicio de la prescripción de *todos* los delitos a su agotamiento⁵³⁴. Pero es plenamente evitable por vía exegética en el contexto del código penal español: el art. 132.1 CP establece el marco inicial de la prescripción, como regla general, en el día en que se ha cometido la infracción punible y, en el caso de los delitos permanentes, “desde que se eliminó la situación ilícita”⁵³⁵.

En supuestos como el caso 13, en que la “situación ilícita” se extiende por dos años más, pero no a causa de un comportamiento responsable de “E”, la regulación especial de la prescripción en el delito permanente deberá ser desplazada – por fuerza de analogía *pro reo*⁵³⁶ – por la regulación general, y su cómputo deberá iniciarse ya en el momento en que el estado antijurídico surge por primera vez, es decir, cuando “B” coloca los

⁵³³ Y, en casos extremos, incluso a una imprescriptibilidad *de facto*.

⁵³⁴ “§ 78a – Inicio. La prescripción se inicia en el momento en que el hecho se halla agotado. Si un resultado que forma parte del tipo solo ocurre en un momento posterior, la prescripción se inicia en ese momento”.

⁵³⁵ “Artículo 132. 1. Los términos previstos en el artículo precedente se computarán desde el día en que se haya cometido la infracción punible. En los casos de delito continuado, delito permanente, así como en las infracciones que exijan habitualidad, tales términos se computarán, respectivamente, desde el día en que se realizó la última infracción, desde que se eliminó la situación ilícita o desde que cesó la conducta”.

⁵³⁶ La cual extrae su fundamento jurídico del principio de igualdad, dado que no existen razones para otorgarle tratamiento distinto y más grave a “E”, en la situación descrita, del que le correspondería si hubiese cometido un delito instantáneo con efectos permanentes.

estupefacientes en el buzón de “E”. Para ello es necesario, con todo, abandonar un concepto de delito permanente que vincula indebidamente su consumación a su agotamiento y que considera, de manera inadmisibles, que la persistencia temporal de la consumación de tales delitos depende tan solo de la persistencia del estado antijurídico.

Se podría aducir, finalmente, que estas consideraciones son de escasa trascendencia práctica, pues serían meros “casos de laboratorio” los supuestos en que el autor pierde su capacidad concreta de deshacerse de una custodia previamente establecida por él.

Pero el supuesto de hecho de la STS 412/2017 de 7 junio desmiente tal afirmación: al realizar una diligencia de entrada y registro en la vivienda que un acusado de un delito de robo compartía con su mujer e hija, la policía encuentra una pistola en el interior del cajón de una mesilla de noche de dicho sujeto, pistola esta para cuya posesión él no detenta los permisos necesarios. En el momento de la realización de la diligencia, el detentador de la custodia *ya se encuentra en la cárcel desde hace tres meses*.

Si bien es posible alegar que, en tal situación, el acusado podría haber pedido a su mujer o hija que se deshicieran del arma, esta afirmación no es extensible a todos los casos – del todo plausibles – en que la policía encuentra, durante una diligencia de entrada y registro, objetos prohibidos de los cuales su detentador no puede deshacerse por hallarse en la cárcel por la práctica de otro delito. Dicha alegación tampoco es capaz de afirmar la *exigibilidad* de la acción de dirigir una petición de eliminación de la custodia a otras personas (en este caso, a la mujer o a la hija del acusado).

Lo dicho anteriormente impone seguir una formulación del concepto de delito permanente que no vincule dicho concepto a la mera posibilidad de persistencia temporal del estado antijurídico, sino a la posibilidad de que *comportamientos responsables del sujeto típico* hagan que tal estado – y, en consecuencia, la consumación delictiva – persista.

Para tales fines, puede ser utilizada una definición como la brindada por Eckstein, para quien “un delito permanente está presente cuando cada [comportamiento de] ejecución del delito presenta, necesariamente, la posibilidad de ser sucedido por acciones

[léase: comportamientos] que son, en sí mismas, punibles y que prolongan la etapa de la consumación delictiva”⁵³⁷⁻⁵³⁸.

IV.3. La calidad de delito de resultado

El estado de cosas o resultado prohibido por los tipos de posesión es la relación fáctica de poder entre sujeto y objeto típicos, que denominamos custodia en este trabajo, y que suele ser designado por la doctrina y jurisprudencia españolas con el término “disponibilidad”. Sobre este punto, existe consenso tanto en Alemania como en España.

Controvertidas son, con todo, las consecuencias derivadas de dicha afirmación para la clasificación de los tipos de posesión como figuras típicas de mera actividad o de resultado. Mientras en Alemania se defiende mayoritariamente – aunque, muchas veces,

⁵³⁷ Eckstein, K., *Besitz*, cit., p. 186. Definiciones semejantes en Jakobs, G., *AT*, cit., p. 170 y Hochmayr, G., *Strafbarer Besitz*, cit., pp. 57 y ss.

⁵³⁸

Similarmente en la doctrina española, Choclán Montalvo, J. A., “Algunas precisiones acerca de la teoría del concurso de infracciones”, en Calderón Cerezo (ed.), *Unidad y pluralidad de delitos*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, pp. 353 y s., define como permanentes aquellas conductas en que “el delito crea un estado antijurídico *mantenido por el autor* y a través de cuya permanencia se sigue realizando ininterrumpidamente el tipo penal” (cursivas nuestras). Mientras que Lloria García, P., *Delito permanente*, cit., p. 83, condiciona el reconocimiento de un delito permanente a la constatación de “la posibilidad de afección prolongada del bien jurídico como consecuencia del mantenimiento sostenido de la conducta por la voluntad del sujeto”. Siguiendo esta definición en el contexto de los delitos de posesión, Cox Leixelard, J. P., *Delitos de posesión*, cit., p. 223.

tan solo de manera implícita – que se trata de delitos de resultado⁵³⁹⁻⁵⁴⁰, en España se suelen clasificar los delitos de posesión como delitos de mera actividad⁵⁴¹⁻⁵⁴².

Antes de que tomemos nuestra postura personal sobre esta controversia, es necesario separar claramente dos planos de análisis que, con frecuencia, se confunden en el debate jurídico-penal y que producen malentendidos y oscuridades también en el contexto del debate sobre la clasificación de figuras delictivas como de resultado o de mera actividad.

El primer plano de análisis dice respecto a la graduación del *desvalor de resultado* conforme al correspondiente grado de menoscabo a bienes jurídicos fundamentales que las diferentes conductas delictivas producen. Partiendo del presupuesto de que “mediante la lesión de un bien jurídico se produce una afección a una concreta forma de manifestación de una *realidad social*”⁵⁴³, se pueden clasificar los diferentes tipos penales como tipos de *lesión*, en los cuales se verifica tal afección de la realidad social, o como de *peligro concreto* o de *peligro abstracto*⁵⁴⁴. Estas dos últimas categorías comparten la característica de que, en ellas, la *ratio* de la criminalización se basa en la probabilidad de que se produzca la afección de la susodicha realidad social, pero solamente la primera

⁵³⁹ Defendiéndolo expresamente, Eckstein, K., *Besitz*, cit., p. 215; Hochmayr, G., *Strafbarer Besitz*, cit., pp. 65 y ss. Reconociéndolo implícitamente, Eisele, J., “Vorbemerkungen zu den §§ 13 ff.”, cit., núm. marg. 42; Laufhütte, H. W./Roggenbuck, E., “§ 184b”, cit., núm. marg. 7; Patzak, J., “BtMG”, cit., núm. marg. 13; BVerfG NJW 1994, 2412; BVerfG NJW 1995, 248; BGHSt 27, 380; BGH StV 1981, 127; OLG Frankfurt StV 1989, 20; KG Berlin StV 1985, 18; OLG Düsseldorf StV 2008, 13; OLG Schleswig NStZ-RR 2007, 41, entre otros diversos autores y decisiones.

⁵⁴⁰ En sentido contrario, cf. Abel, S., *Besitzdelikte*, cit., p. 30; Harms, S., “Ist das „bloÙe” Anschauen von kinderpornographischen Bildern im Internet nach geltendem Recht strafbar?”, *NStZ*, 2003, p. 647, quienes defienden tratarse de delitos de mera (in)actividad.

⁵⁴¹ Cf. Díez Ripollés, J. L., *PG*, cit., p. 191; Joshi Jubert, U., *Los delitos de tráfico*, cit., p. 46; Rey Huidobro, L. F., *El delito de tráfico*, cit., p. 150; Acale Sánchez, M., *Salud pública y drogas tóxicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 35; Cruz Blanca, M. J., *Tenencia ilícita de armas*, cit., p. 53; Díaz-Maroto y Villarejo, J., *El delito de tenencia ilícita de armas de fuego*, Colex, Madrid, 1987, p. 96; Hava García, E., *El control penal de las armas*, cit., pp. 95 y s.; Borja Jiménez, E., “Delitos de posesión: una perspectiva..”, cit., pp. 36 y s. En la jurisprudencia, cf. por ejemplo las SsTS 596/1998 de 5 de mayo, 2123/2002 de 16 de diciembre, 1415/2005 de 28 de octubre, 591/2018 de 26 de noviembre y 171/2019 de 28 de marzo.

⁵⁴² Contrariamente, Luzón Peña, D.-M., “Tentativa y posesión en el tráfico de drogas”, *Diario La Ley*, 2, 1989, p. 7 de 10 (versión digital), defiende la clasificación como delito de resultado.

⁵⁴³ Díez Ripollés, J. L., *PG*, cit., p. 223.

⁵⁴⁴ Nos restringiremos a estas tres categorías, sobre las cuales hay consenso en la doctrina penal, y prescindiremos por esta razón de clasificaciones intermedias o alternativas controvertidas como “delitos de peligro abstracto-concreto” o “delitos de acumulación”.

categoría citada exige la entrada, en el radio de acción del comportamiento típico, del objeto material sobre el cual el comportamiento debe incidir⁵⁴⁵.

Todos los tipos penales presuponen un desvalor de resultado, es decir, una afección o probabilidad de afección de la realidad social a que determinado bien jurídico se refiere. Esta afirmación no prejuzga, empero, la cuestión de la legitimidad, ni tampoco de la constitucionalidad, de la tipificación de estos distintos grados de menoscabo a bienes jurídicos – sobre todo en lo que respecta a la especialmente controvertida categoría de los delitos de peligro abstracto⁵⁴⁶ –, de la cual el presente apartado no pretende ocuparse.

La custodia sobre el objeto típico consiste en una mera relación de poder entre un sujeto y objeto, y por esta razón tan solo es capaz de producir, por regla general, un menoscabo a bienes jurídicos fundamentales bajo la forma del peligro abstracto, y, excepcionalmente, bajo la forma del peligro concreto. Por lo que respecta al plano de análisis del desvalor de resultado, los tipos de posesión son, por tanto, delitos de peligro abstracto o, excepcionalmente, de peligro concreto⁵⁴⁷.

El segundo plano de análisis, a distinguir del anterior, se refiere a la dimensión *fenoménica* – o, si se prefiere, “naturalística” – de las distintas figuras delictivas, que es la que nos interesa en este apartado. En este contexto se habla de delitos de resultado material cuando, bajo tal perspectiva fenoménica, es posible constatar, además del comportamiento típico, una realidad “natural” – es decir, un fenómeno perceptible a los sentidos humanos – que es separable de la conducta típica, y cuya imputación como efecto de la conducta depende de la existencia de una relación de causalidad (y de imputación objetiva) entre ambos. Mientras que se estará delante de un delito de mera actividad o de mera inactividad, por el contrario, cuando el tipo penal se limite a describir un comportamiento comisivo u omisivo, sin que quepa hablar de un efecto externo separable de dicho comportamiento y reconducible a este último mediante una relación de causalidad⁵⁴⁸.

⁵⁴⁵ Díez Ripollés, J. L., *PG*, cit., pp. 223 y s.

⁵⁴⁶ La ausencia de una definición de la categoría del peligro abstracto en el párrafo anterior – la cual nos limitamos a describir en su rasgo “negativo” de la ausencia de entrada del objeto material que debe sufrir el comportamiento típico en el radio de acción de este último – es, por tanto, intencional, pues la propia definición de los delitos de peligro abstracto depende, en amplia medida, de la posición que se adopte sobre la controversia acerca de las posibilidades de (re)interpretación de tal categoría.

⁵⁴⁷ En sentido similar, Pastor Muñoz, N., *Los delitos de posesión y los delitos de estatus*, cit., pp. 49 y ss.

⁵⁴⁸ Cf. por todos Díez Ripollés, J. L., *PG*, cit., pp. 191, 223.

Como se puede notar, a diferencia de lo que se verifica en la perspectiva del desvalor de resultado, en la cual no se puede hablar – en nuestra opinión – de delitos sin tal componente, la perspectiva estrictamente fenoménica *sí que admite* la caracterización de determinado tipo de delito como uno *sin resultado* “*naturalístico*” (es decir, como delito de mera actividad o de mera inactividad).

Aún más importante para los fines de la controversia que será abordada es destacar que *no existe una relación de implicación* entre las categorías relativas al plano del desvalor de resultado (delitos de lesión, peligro concreto y peligro abstracto) y las clasificaciones atinentes a la dimensión fenoménica del delito (delitos de resultado y delitos de mera actividad o de mera inactividad). En otras palabras: delitos de lesión tanto pueden ser de resultado material como de mera actividad o inactividad. Y, de la misma manera, la circunstancia de que un tipo penal sea de delito de peligro concreto o abstracto no significa que aquél deba corresponderse con la categoría de los delitos de mera inactividad. Pues, dependiendo de la configuración particular del aspecto fenoménico de la figura delictiva de peligro analizada, puede esta corresponder a la categoría de los delitos de resultado⁵⁴⁹.

Hechas estas precisiones, podemos ahora entrar en la discusión sobre el carácter de resultado material, de mera actividad o de mera inactividad de los tipos de posesión, la cual – es necesario resaltar – se aborda aquí exclusivamente bajo la segunda perspectiva aludida, que alude a la dimensión *estrictamente fenoménica* del tipo de delito.

Como hemos destacado, en Alemania, doctrina y jurisprudencia dominantes clasifican los tipos de posesión como delitos de resultado. Esta clasificación es frecuentemente respaldada por la alegación de que, al criminalizar la “posesión”, el legislador no habría pretendido “castigar un estado, sino un comportamiento causal, a saber, la causación del surgimiento o el mantenimiento de tal estado”⁵⁵⁰.

Esta afirmación fragmenta la definición de los delitos de posesión en las dos acepciones posibles de la “posesión”, a saber, en los comportamientos que causan el

⁵⁴⁹ En este punto, nos adherimos, por tanto, al planteamiento de Díez Ripollés (*Ibid.*, p. 224), y discrepamos de posiciones como la de Lorenzo Copello, P., *El resultado en derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, p. 177, quien superpone los planos de análisis del desvalor de resultado y de la dimensión fenoménica del delito al defender que “siempre que sea posible identificar adecuadamente el objeto de tutela de un determinado delito, si para su consumación se exige la lesión o puesta en peligro concreto de dicho bien, se dan las bases necesarias para afirmar la existencia de un ‘resultado típico’, entendido como efecto separable de la acción”.

⁵⁵⁰ BGHSt 27, 380, núm. marg. 10.

surgimiento o la persistencia del poder fáctico sobre el objeto (títulos de imputación) y en el propio “estado” consistente en el poder fáctico sobre el objeto (custodia).

Por otro lado, al agregar la calificación “causal” al término “comportamiento”, tal afirmación quiere decir que, cuando habla del “estado” que es causado por tal comportamiento, alude a tal estado en la perspectiva estrictamente *fenoménica* de custodia sobre el objeto, es decir, como un resultado “naturalístico”. Y no, por el contrario, en la perspectiva del grado de menoscabo que tal estado puede causar a los bienes jurídicos protegidos por los tipos de posesión, en cuyo contexto se habla – como hemos visto – de delitos de lesión, de peligro concreto o de peligro abstracto. De ahí que clasifique, consecuentemente, los delitos de posesión como delitos de resultado.

En España, en cambio, se suele respaldar la clasificación de los delitos de posesión como de mera actividad, por una parte, con el argumento de que “su consumación no requiere un resultado distinto de la simple conducta de poseer”⁵⁵¹. Y también identificando, por otro lado, la categoría de los delitos de peligro abstracto – a la cual los tipos de posesión generalmente pertenecen – con los delitos de mera actividad⁵⁵².

El primer argumento no fragmenta la noción de la “posesión” en sus dos posibles sentidos – de título de imputación y de custodia sobre el objeto típico – y deja de examinar, por ende, la posibilidad de concebir la custodia o disponibilidad sobre la cosa como un efecto separable de las conductas que dan lugar al surgimiento o a la persistencia de la custodia.

Al omitir realizar dicho análisis, pasa por alto que doctrina y jurisprudencia dominantes en España reconocen, en un sinnúmero de situaciones, que la disponibilidad sobre el objeto típico puede surgir en circunstancias espacio-temporales *distintas* a las del comportamiento típico realizado por el autor. Para ilustrar esta afirmación, se puede mencionar – entre otros diversos ejemplos que serán vistos en el siguiente apartado – la STS 94/2007 de 14 febrero, que, reflejando la línea jurisprudencial del tribunal supremo, afirma que la disponibilidad de un receptor de estupefacientes surge cuando el remitente pone en marcha los mecanismos de transporte convenidos por ambos. Se trata, pues, de un momento *posterior* al del concierto del envío de la droga.

⁵⁵¹ Borja Jiménez, E., “Delitos de posesión: una perspectiva..”, cit., p. 36.

⁵⁵² Especialmente ilustrativa es la STS 2123/2002 de 16 de diciembre.

La custodia o disponibilidad sobre el objeto típico es entendida, por tanto, como un efecto separable de las conductas que dan lugar a su surgimiento o persistencia, lo cual habla a favor de clasificar los tipos de posesión como *delitos de resultado*.

Por otro lado, la identificación automática de los tipos de posesión con los delitos de mera actividad, que se justificaría en su cualidad de delitos de peligro abstracto, confunde la noción de resultado material inherente al plano de análisis fenoménico con el plano de análisis del desvalor de resultado y su correspondiente graduación de la intensidad del menoscabo a bienes jurídicos (lesión, peligro concreto y peligro abstracto).

Que estos dos planos de análisis no se confunden, lo demuestra la propia lógica de los tipos de posesión: en ellos se criminalizan las conductas de establecimiento o mantenimiento de la custodia sobre el objeto típico. Custodia esta que puede verificarse en circunstancias espaciotemporales distintas a las de dichas conductas, y que es, por tanto, un auténtico resultado en sentido fenoménico o “naturalístico”⁵⁵³. Por consistir en una mera relación de dominio entre un sujeto y objeto, dicho resultado tan solo puede producir un menoscabo a bienes jurídicos fundamentales bajo la forma del peligro abstracto, y, excepcionalmente, bajo la forma del peligro concreto.

Los delitos de posesión son, por consiguiente, delitos de resultado.

IV.3.1. La custodia o disponibilidad sobre el objeto típico: panorama de su comprensión en el contexto del tipo de posesión de estupefacientes (art. 368 CP y § 29, apdo. 1, núm. 3 BtMG)

El elevado número de tipos de posesión de los ordenamientos jurídico-penales alemán y español hace inviable abarcar, en este trabajo, las peculiaridades que el concepto de custodia adquiere en cada una de estas figuras delictivas.

Sin embargo, no se puede perder de vista que, mientras determinados tipos de posesión raramente se ven aplicados en la *praxis* de los tribunales, otros se tornan, por su elevada trascendencia práctica, objetos predilectos del abordaje doctrinal y jurisprudencial. Este es el caso, por ejemplo, de las figuras delictivas de posesión de estupefacientes, armas de fuego o pornografía infantil.

Alrededor de figuras con elevada relevancia práctica como las citadas gravita, primordialmente, la dogmática de los delitos de posesión. La comprensión del núcleo del

⁵⁵³ En sentido similar, Luzón Peña, D.-M., “Tentativa y posesión..”, cit., p. 7 de 10 (versión digital).

concepto de custodia puede ser facilitada, por tanto, mediante su interpretación en el contexto de los mentados tipos penales, sin perjuicio de las modificaciones concretas – que, como hemos explicitado, no podemos abarcar en este trabajo – a que el concepto se debe someter para adaptarse a las exigencias de cada uno de los diferentes tipos de posesión alemanes o españoles.

Por tal razón, en los dos siguientes apartados brindaremos un panorama de la comprensión del concepto de custodia en el contexto de la figura delictiva de la cual los tribunales más frecuentemente se ocupan, a saber, el tipo de posesión de estupefacientes contenido en el art. 368 CP y en el § 29, apdo. 1, núm. 3 BtMG. Además, en las correspondientes notas a pie de página se incorporan algunas observaciones relativas a la interpretación del concepto de custodia en el contexto de los tipos de posesión de armas y de pornografía infantil del derecho penal español y alemán.

IV.3.1.1. La custodia o disponibilidad en el tipo de posesión de estupefacientes del art. 368 CP

En su primera frase, el art. 368 del CP⁵⁵⁴ castiga a todo aquél que posea drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas “con aquellos fines”. Esta peculiar redacción nos coloca ante dos cuestiones preliminares, que deben ser brevemente explicitadas antes de que expongamos la comprensión del concepto de custodia en este tipo.

La primera cuestión tiene que ver con el significado de la expresión “con aquellos fines”, es decir, la averiguación de a cuáles de los verbos típicos del art. 368 CP la mentada expresión se remite. En la controversia suscitada, se pueden distinguir tres clases de planteamientos: mientras un primer grupo de autores interpreta que tales fines solo pueden referirse a los “actos de cultivo, elaboración o tráfico”, un segundo afirma que la intención del detentador de la custodia debe referirse a los actos de “promoción, favorecimiento y facilitación” del consumo ilegal de drogas tóxicas. Una tercera postura

⁵⁵⁴ “Artículo 368. Los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines, serán castigados con las penas de prisión de tres a seis años y multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito si se tratare de sustancias o productos que causen grave daño a la salud, y de prisión de uno a tres años y multa del tanto al duplo en los demás casos”.

admite, por su parte, que la citada intención puede referirse a las seis conductas mencionadas⁵⁵⁵.

Para facilitar la comprensión del texto, y puesto que no vamos a ocuparnos de resolver la cuestión anterior, emplearemos en el presente apartado la expresión “de tráfico” para referirnos en general a la intención exigida por el tipo de posesión del art. 368 CP. Dicha expresión debe ser entendida, empero, en sentido abstracto, y no como una toma de posición en el debate expuesto.

Una segunda cuestión preliminar atiende a las consecuencias que el empleo de la expresión “con aquellos fines” tiene en la interpretación del tipo de posesión de estupefacientes del art. 368 CP. Más allá del debate sobre los fines expresados, hay amplio consenso en la doctrina y jurisprudencia acerca de una finalidad *que no resulta abarcada* en dicha figura delictiva, a saber, la finalidad de *autoconsumo*⁵⁵⁶. Ello conduce a la exclusión de la responsabilidad penal en una multiplicidad de supuestos en que los estupefacientes son detentados con dicha finalidad. No nos ocuparemos, sin embargo, de la exposición de tales supuestos, pues su impunidad no se funda en la ausencia de custodia sobre el objeto típico, sino en la falta de la tendencia interna trascendente exigida por el art. 368 CP⁵⁵⁷.

Hechas estas precisiones, expondremos ahora los contornos atribuidos por la doctrina y jurisprudencia españolas al concepto de custodia del tipo de posesión del art. 368 CP, al cual denominan, usualmente, “disponibilidad”.

La discusión española sobre la disponibilidad en la posesión de drogas preordenada para el tráfico puede ser estudiada con base en la dicotomía “disponibilidad

⁵⁵⁵ Un panorama de esta discusión, con referencias bibliográficas sobre los tres sectores doctrinales descritos, puede ser visto en Fricyro Elícegui, S., *El delito de tráfico de drogas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 81 y ss. (versión en línea).

⁵⁵⁶ Ello a pesar de que tal finalidad no resulta excluida, en principio, de una lectura netamente gramatical del art. 368 CP, pues en el tenor literal de la “promoción, favorecimiento o facilitación del *consumo* ilegal” de drogas también encajan los supuestos de autoconsumo. Cuestión distinta – y a la cual entendemos ser necesario responder en sentido negativo – es si la inclusión de los supuestos de posesión para autoconsumo se armoniza con una interpretación teleológica de tales verbos típicos.

⁵⁵⁷ Un panorama de los supuestos de autoconsumo impune, con referencias a la jurisprudencia, puede ser visto en Ramón Ribas, E., “Artículo 368”, en Quintero Olivares/Morales Prats (eds.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 10ª ed., Aranzadi, Navarra, 2016, pp. 1466 y ss.

física/disponibilidad funcional”⁵⁵⁸⁻⁵⁵⁹, cuyos rasgos fundamentales han sido delineados, primordialmente, por la doctrina del tribunal supremo.

La disponibilidad física se refiere a los casos en que el individuo “lleva encima” el objeto típico, es decir, cuando los estupefacientes se hallan “en una inmediata relación con el cuerpo”⁵⁶⁰. Estos casos son vistos, unánimemente, como configuradores del resultado típico del art. 368 CP.

Sin embargo, se discute – a semejanza del delito de hurto – cuán “pacífica” debe ser la detención del objeto en el propio cuerpo para que se pueda hablar de una efectiva disponibilidad física, y no de una mera tentativa de hacer surgir tal disponibilidad. Tal discusión adquiere elevada trascendencia en los supuestos de entrega vigilada de estupefacientes. Por solaparse esta controversia, parcialmente, con la relativa a la disponibilidad funcional en casos de envío de estupefacientes por correo u otro sistema de transporte, nos ocuparemos de su exposición tras haber expuesto los supuestos en que se reconoce una disponibilidad funcional.

Por otro lado, bajo la rúbrica de la disponibilidad funcional se incluyen una miríada de supuestos heterogéneos cuyos denominadores comunes son, por una parte, la circunstancia de no hallarse la droga en contacto directo con el cuerpo del sujeto típico (ausencia de disponibilidad física) y, por otra, el hecho de estar la droga, no obstante, “sujeta a su voluntad”.

El fundamento jurídico-positivo de dicha construcción dogmática se asienta, al menos nominalmente, en la regulación de la posesión civil establecida en los arts. 430, 431 y, sobre todo, 438 CCi, que no solo reconocen la adquisición de la posesión cuando

⁵⁵⁸ El primero de tales términos también es frecuentemente denominado “tenencia material”, “tenencia física”, “detención física”, “posesión material”, entre otras denominaciones semejantes. Mientras que el segundo también es usualmente designado “detención funcional”, “dominio funcional”, “posesión a distancia”, “disponibilidad potencial”, entre otras expresiones similares.

⁵⁵⁹ En los tipos de tenencia ilegal de armas, se pueden encontrar definiciones de estos delitos que aluden a una “posesión *material*” (así, Díaz-Maroto y Villarejo, J., *Armas de fuego*, cit., p. 74). Lo cual podría sugerir que estos tipos tan solo admitirían una disponibilidad física, pero no una funcional. Sin embargo, como veremos adelante, la jurisprudencia admite la existencia de disponibilidad sobre las armas de fuego en supuestos que, en el contexto de la interpretación mayoritaria del art. 368 CP, serían clasificados como de disponibilidad funcional.

⁵⁶⁰ Rey Huidobro, L. F., *El delito de tráfico*, cit., p. 25.

se ocupa materialmente la cosa, sino también cuando ésta se halla sujeta a la voluntad del individuo⁵⁶¹.

Empleamos la expresión “al menos nominalmente” porque, a pesar de anclar el fundamento jurídico-positivo de la disponibilidad funcional en los susodichos artículos del Código civil, en algunas de las sentencias citadas a continuación el tribunal supremo admite que “el Código civil opera con varios conceptos de posesión o, si se prefiere, con un concepto amplio y elástico”⁵⁶². El Código civil establece, empero, para cada uno de sus *distintos conceptos* de posesión, *distintos requisitos*. El hecho de que el tribunal supremo no brinde razón alguna que justifique una preferencia del concepto específico de posesión ligado a la “sujeción a la voluntad” del adquirente, en detrimento de todos los demás conceptos establecidos en el Código civil, hace que la alusión hecha a la regulación de la posesión civil parezca, no un verdadero fundamento jurídico de la disponibilidad funcional, sino un mero ejercicio retórico.

En ocasiones, también se aducen, alternativa o acumulativamente, argumentos relacionados con el dominio del hecho en la (co)autoría, pues “el art. 368 al penalizar dentro del mismo marco penal todos los comportamientos que suponen aportación causal a la actividad de los autores, ha definido un concepto extensivo de autor que se extiende a todos los que ostentan el dominio del hecho dentro de la acción conjunta planeada”⁵⁶³. Con lo cual no devendría necesario, para caracterizar como coautor del delito de posesión a quien se involucra en un plan común para (por ejemplo) vender estupefacientes, que tal individuo detente la disponibilidad física de la sustancia⁵⁶⁴.

No menos relevante que el fundamento jurídico es la finalidad político-criminal subyacente a las posiciones doctrinales y decisiones jurisprudenciales que proponen el

⁵⁶¹ “Artículo 438. La posesión se adquiere por la ocupación material de la cosa o derecho poseído, o por el hecho de quedar éstos sujetos a la acción de nuestra voluntad, o por los actos propios y formalidades legales establecidas para adquirir tal derecho”.

⁵⁶² STS 56/2009 de 3 de febrero, fundamento jurídico noveno.

⁵⁶³ STS 465/2011 de 31 mayo, fundamento jurídico décimo primero. Ha de señalarse, sin embargo, que la afirmación reproducida mezcla indebidamente dos institutos incompatibles, a saber, el concepto extensivo de autor y el del dominio de hecho. Pues, mientras este último responde a la diferenciación entre (co)autores y partícipes según tengan o no el dominio del hecho delictivo, el primero pretende atribuir a todos los que aportan una contribución causal – independientemente de si tienen o no el dominio del hecho – el estatus de autor. Al respecto, cf. por todos Díez Ripollés, J. L., *PG*, cit., pp. 377, 381 y ss.

⁵⁶⁴ Se basan expresamente en la regulación de los arts. 430, 431 y 438 CCi y en el dominio del hecho en la (co)autoría para reconocer una disponibilidad funcional las SsTS 465/2011 de 31 mayo, 628/2010 de 1 julio, 924/2009 de 7 octubre, 56/2009 de 3 febrero, entre muchas otras.

reconocimiento de la disponibilidad funcional. En ellas son muy frecuentes alegaciones en el sentido de que,

“en esa posesión [léase: disponibilidad o custodia] mediata, indirecta o a distancia, sin contacto físico, por quien tiene el dominio del hecho, se ha insistido por la jurisprudencia, con base en el art. 438 del Código Civil, pero con el propósito confesado de que otra solución, no solo iría en contra de la literalidad y del espíritu de la norma, sino que dejaría fuera del ámbito penal a los grandes traficantes que manejan el destino de la droga a través de llamadas telefónicas, telex, correos electrónicos u otros medios clandestinos y sofisticados, y que jamás han poseído en términos de materialidad la droga con la que operan y trafican en los mercados, cuando son precisamente los gestores de la operación, esto es, quienes conciertan la compraventa y obtienen los mayores beneficios, cuidando de no tener ningún contacto material con la mercancía, pero siendo sin embargo quienes deciden sobre ella, ordenando unos los envíos y organizando otros la recogida y posterior transporte y distribución”⁵⁶⁵.

Hechas estas consideraciones, presentaremos ahora las constelaciones de casos más relevantes en las cuales se afirma la existencia de disponibilidad funcional. Exposición esta que, en virtud de la multiplicidad y heterogeneidad de supuestos fácticos que la disponibilidad funcional abarca, no pretende ser exhaustiva.

Parte de la doctrina y de la jurisprudencia defiende que habría disponibilidad funcional sobre los estupefacientes cuando, a pesar de no detentar las drogas en su cuerpo, el individuo las tenga en un local por él conocido y al cual él puede acceder, como su domicilio o su despacho⁵⁶⁶.

La disponibilidad funcional también estaría presente en los supuestos en que, dedicándose una pluralidad de sujetos de común acuerdo a “actividades de tráfico”, solo uno o algunos de ellos lleven los estupefacientes en su cuerpo. Con respecto a estos últimos individuos, se configuraría el resultado del tipo de posesión del art. 368 sobre la base de su disponibilidad física. Con respecto a los demás, habría disponibilidad

⁵⁶⁵ STS 56/2009 de 3 febrero, fundamento jurídico noveno.

⁵⁶⁶ En este sentido, cf. por ejemplo Joshi Jubert, U., *Los delitos de tráfico*, cit., p. 196; Rey Huidobro, L. F., *El delito de tráfico*, cit., p. 26. De la jurisprudencia, cf. la STS 2627/1993 de 24 noviembre. En el contexto de los tipos de tenencia ilegal de armas de los arts. 563 y 564 CP, cf. Cruz Blanca, M. J., *Tenencia ilícita de armas*, cit., p. 65, así como las SsTS 412/2017 de 7 de junio y 960/2007 de 29 noviembre.

funcional sobre los estupefacientes, mediada por la disponibilidad física del detentador material.

En este sentido, la STS 465/2011 de 31 mayo reconoce la disponibilidad funcional de tres individuos en el contexto de una operación de tráfico de drogas: Dionisio y Jesús Manuel, junto a otra persona y de común acuerdo, conciertan y realizan la venta de 5 Kg de cocaína a Romualdo y a otros dos acusados, actuando estos tres compradores también de común acuerdo. Ni respecto a los vendedores Dionisio y Jesús Manuel ni respecto al comprador Romualdo resulta probado que hubiesen detentado, en su cuerpo, los estupefacientes, dado que la tradición de la bolsa conteniendo la sustancia se efectuó en el interior de una vivienda a la cual la policía no tuvo acceso, y a ninguno de los tres vendedores – tan solo a uno de los compradores, *que no era* Romualdo – se le avistó portando dicha bolsa al entrar o salir de la vivienda. Aún así, considera el tribunal supremo tanto a los vendedores Dionisio y Jesús Manuel como al comprador Romualdo penalmente responsables conforme al tipo de posesión del art. 368 CP, admitiendo a tales fines, expresamente, la disponibilidad funcional de estos tres acusados sobre las drogas. Tal disponibilidad funcional es reconocida con base en que el objeto típico está sometido a su voluntad conforme al art. 438 CC, así como en su dominio del hecho delictivo como coautores, dado que tanto los vendedores como el comprador en cuestión no solo se concertaron, sino que también estuvieron presentes durante la ejecución del plan delictivo de compraventa de estupefacientes y colaboraron con él⁵⁶⁷.

Similarmente, se afirma la disponibilidad funcional – y, con ello, la consumación del tipo de posesión del art. 368 CP – del individuo que concierta con un remitente el envío de estupefacientes por correo u otro sistema de transporte, desde el momento en que el remitente pone en marcha los mecanismos de transporte de droga que había convenido con el receptor.

En estos supuestos, la disponibilidad funcional y la correspondiente consumación delictiva se basarían en la circunstancia de que, al iniciarse el proceso de transporte de las

⁵⁶⁷ En el mismo sentido, cf. también las SsTS 924/2009 de 7 octubre y 56/2009 de 3 febrero. De la doctrina, cf. Acale Sánchez, M., *Salud pública y drogas tóxicas*, cit., p. 111; Joshi Jubert, U., *Los delitos de tráfico*, cit., p. 196. En el contexto de los tipos de tenencia ilegal de armas de los arts. 563 y 564 CP, cf. las SsTS 241/2019 de 9 mayo, 84/2010 de 18 febrero y 674/2003 de 30 abril. Estas sentencias reconocen la disponibilidad funcional (“tenencia compartida”) de los demás coautores de un plan delictivo común, sobre el arma que se halla bajo la disponibilidad física de *solo uno de ellos* durante la ejecución del delito. El fundamento de tal reconocimiento estribaría en su “dominio funcional conjunto” del hecho. En sentido contrario, cf. la STS 454/2015 de 10 de julio.

drogas previamente convenido, aquéllas pasarían a estar a disposición del destinatario final. Ello tornaría al destinatario “poseedor mediato” del objeto.

A veces, la jurisprudencia llega a afirmar la disponibilidad funcional del destinatario a partir de la mera existencia de un concierto relativo al envío de las drogas, sin requerir, siquiera, que el remitente haya dado inicio a su transporte.

Como ejemplo de la primera línea jurisprudencial enunciada, puede ser mencionada la STS 540/2003 de 14 abril. En el supuesto fáctico de esta sentencia, el acusado Rubén figuraba como destinatario de un paquete postal proveniente de Colombia, el cual contenía estupefacientes. En el curso del proceso de transporte del paquete, la policía es alertada de su contenido, tras lo cual tiene inicio una entrega controlada de tal objeto. En el momento en que Rubén recoge el paquete – en cuyo albarán de entrega constaba como descripción de su contenido un “regalo deportivo” – en la portería de su domicilio, es detenido por la policía. Posteriormente, aparece por la casa de Rubén el segundo acusado, José Miguel, para recoger el paquete, ocasión en que también es detenido por la policía. Respecto a Rubén, no estima el tribunal supremo que haya resultado probado que fuera conocedor del contenido del paquete, razón por la cual lo absuelve de la imputación del delito de posesión del art. 368 CP. Respecto a José Miguel, por otro lado, estima el tribunal probado que estuvo concertado con quien o quienes habían enviado el paquete desde Colombia, y que sabía que el paquete contenía estupefacientes y pretendía traficar con ellos. La defensa de José Miguel alega que, por haber sido detenido tal acusado en un momento en que todavía no tenía en sus manos el paquete, no se podría considerar que ya detentaba la disponibilidad de los estupefacientes, razón por la cual se habría de reconocer una mera tentativa de posesión. Este argumento es rechazado por el tribunal supremo con la afirmación de que, en virtud del acuerdo existente entre José Miguel y el remitente, aquél ya ostentaba la disponibilidad funcional en calidad de “poseedor mediato”, habiéndose consumado, en consecuencia, el delito de posesión de drogas antes de que tuviese la oportunidad de aprehender físicamente el paquete con la sustancia⁵⁶⁸.

Como ejemplo de la segunda línea mencionada, cabe aludir a la STS 628/2010 de 1 julio. En sus hechos probados consta que Narciso era dirigente, en España, de un grupo criminal dedicado al narcotráfico internacional, grupo este que estaba preparando un envío de estupefacientes a España desde Paraguay. En este último país, la policía realiza un registro en el domicilio de un miembro de rango inferior de la organización criminal, Aurelio, donde encuentra aproximadamente 257 Kg de cocaína. El tribunal supremo afirma la

⁵⁶⁸ En el mismo sentido, cf. las SsTS 94/2007 de 14 febrero, 1553/2002 de 29 septiembre, 96/1995 de 1 febrero, así como la STS de 15/03/1989 (RJ 1989\2636), entre diversas otras.

disponibilidad no solo de Aurelio, sino también de su superior jerárquico en la organización criminal, Narciso. La disponibilidad funcional de Narciso es admitida con base en la alegación de que “en casos de envíos desde el extranjero, el delito se consuma siempre que exista ese convenio entre los implicados para llevar a cabo la operación, en cuanto que la droga incautada cuando ya estaba en poder de uno de los integrantes de la organización en virtud del acuerdo, quedó sujeta a la voluntad de sus destinatarios, siendo indiferente que no se hubiera individualizado una detención física [léase: detentación física] del producto si es patente su preordenación al tráfico”⁵⁶⁹.

Ambas tendencias jurisprudenciales implican, evidentemente, una amplia extensión del concepto de disponibilidad funcional. A ello sigue una constatación considerablemente temprana de la consumación delictiva del tipo de posesión del art. 368 CP. Lo cual hace, por su parte, que el reconocimiento de la tentativa en la *praxis* de la jurisprudencia se torne una excepción⁵⁷⁰.

Sin embargo, este amplio alcance atribuido por el tribunal supremo a la disponibilidad funcional ya había despertado críticas doctrinales antes incluso de que se volviese dominante en la jurisprudencia. Ya en el año 1989 se había manifestado Luzón Peña, en su comentario a la STS de 15/03/1989, en contra de tal concepción amplia de disponibilidad:

En el supuesto fáctico que dio lugar a esta decisión, el destinatario de un paquete conteniendo estupefacientes se había dirigido a la correspondiente oficina de paquetería – ubicada dentro de una estación de ferrocarril – para recoger tal objeto. El sujeto es detenido, empero, inmediatamente después de salir de la estación de ferrocarril con el paquete en las manos, y sin que hubiese podido abrirlo. En su bolsillo se encontraba un folleto donde había anotado los datos de una cuenta bancaria a nombre de una persona a quien debería transferir las ganancias obtenidas con la venta de los estupefacientes.

En la sentencia, afirma el tribunal supremo la disponibilidad – funcional y también física – del detentador del paquete con estupefacientes, respaldándose para ello en la

⁵⁶⁹ En el mismo sentido, cf. la STS 596/1998 de 5 mayo.

⁵⁷⁰ Esta anticipación de la consumación delictiva suele ser justificada por la jurisprudencia con el argumento de que “el tráfico de estupefacientes se configura estructuralmente como delito de peligro abstracto y consumación anticipada cuya punibilidad se asienta en la situación de eventual peligro que nace de las conductas descritas en la figura penal. La consumación delictiva se sitúa en cualquiera de las acciones típicas descritas en el artículo 368 del CP como la posesión o el transporte de droga con finalidad de tráfico, en las que el momento consumativo se anticipa, adelantando la barrera penal hasta comportamientos previos a los que propiamente serían actos de tráfico” (STS 94/2007 de 14 febrero, fundamento jurídico quinto).

circunstancia de que las drogas habían sido remitidas a su nombre a través del correspondiente servicio postal, así como en el hecho de que “la droga llegó a estar incluso en poder material del procesado”⁵⁷¹. Por esta razón, y por considerar probada la intención del destinatario de traficar con los estupefacientes, el tribunal supremo le condena por un delito consumado de posesión de estupefacientes con finalidad de tráfico.

A la argumentación relativa a la disponibilidad funcional del receptor del paquete, Luzón Peña objeta que, aunque se considerase que la consumación de la posesión típica de drogas⁵⁷² no exige una disponibilidad física de los estupefacientes, no sería admisible reconocer que el destinatario del paquete ya detenta la disponibilidad solo porque “otros la tengan o la hayan puesto a su disposición”, como ocurre en el caso en cuestión al haber estado el objeto a la disposición del acusado en la oficina de paquetería. Recurriendo al concepto de disponibilidad dominante en la dogmática española de los delitos de apoderamiento, afirma el autor que, encontrándose el paquete todavía en la mentada oficina, la disponibilidad del destinatario sobre tal objeto no sería mínimamente efectiva o real, sino “meramente hipotética y para el futuro”. Por esta razón, concluye el jurista que, en dicho momento, aún no se puede hablar de una consumación, por parte del destinatario del paquete, del delito de posesión de estupefacientes⁵⁷³.

Consideraciones semejantes son dirigidas por el autor en contra del segundo argumento aducido en la sentencia comentada, según el cual el acusado llegó, incluso, a detentar la disponibilidad física de los estupefacientes al tener el paquete en sus manos cuando la policía lo detuvo. Frente a ello, argumenta Luzón Peña que es necesario, “para poder hablar de poseer o tener en su poder, al igual que en los delitos patrimoniales, disponibilidad libre y pacífica, aunque sea durante un instante. Pero, al igual que en aquellos delitos, si el sujeto, aunque haya cogido materialmente la droga, es detenido al instante o es perseguido sin solución de continuidad sin que haya tenido un solo momento en que pudiera entregar la droga o disponer de otro modo de ella, p. ej., escondiéndola, no habrá habido disponibilidad ni, por tanto, auténtica posesión y el delito no se habrá consumado”⁵⁷⁴.

⁵⁷¹ STS de 15/03/1989 (RJ 1989\2636), fundamento jurídico cuarto.

⁵⁷² Prevista en tal momento en el art. 344 del CP de 1944, en su redacción otorgada por Ley orgánica 8/1983 de 25 de junio.

⁵⁷³ Luzón Peña, D.-M., “Tentativa y posesión..”, cit., p. 3 de 10 (versión digital).

⁵⁷⁴ *Ibid.*, p. 5 de 10 (versión digital).

La solución dogmática más adecuada, concluye el penalista, habría sido reconocer en este caso una tentativa de delito. Fundamenta tal conclusión alegando que, en tal supuesto fáctico, no resulta aclarado si el detentador del paquete ya estaba siendo vigilado de cerca por la policía en el interior de la estación de tren mientras recogía el paquete – lo cual habría impedido su disponibilidad libre y pacífica sobre el objeto y, en consecuencia, también la consumación del delito de posesión – o si la policía se mantuvo, más bien, en el exterior de la estación de tren esperando que el detentador del paquete saliera del edificio para detenerlo, lo cual significaría que el individuo habría podido disponer efectivamente – aunque durante un lapso temporal muy corto – de las drogas en el interior de la estación de trenes y, por tanto, que consumó el delito de posesión⁵⁷⁵.

Por no resultar probado cuál de estas dos alternativas efectivamente ocurrió, el principio de *in dubio pro reo* impondría que el tribunal se inclinase por la primera de ellas⁵⁷⁶. Esto debería conducir, por tanto, al reconocimiento de la tentativa, pues “si el sujeto se presenta ya a recoger o reclamar el paquete con drogas, aunque no se le entregue, ha comenzado ya la fase ejecutiva: el acto inmediatamente anterior y unido naturalmente a los actos típicos (de lograr la posesión), y, por tanto, ha comenzado la tentativa. Esta continúa si al sujeto se le entrega o de otro modo toma el objeto, pero es detenido en el acto, pues no ha logrado realizar el último acto ejecutivo: los actos tendentes a lograr un momento de efectiva y pacífica disponibilidad y, por tanto, la posesión”⁵⁷⁷.

La posición de Luzón Peña ha logrado – expresa e implícitamente – considerable aceptación en la doctrina penal, la cual critica el reconocimiento de la disponibilidad cuando ésta aún no tenga un carácter real sino meramente potencial o hipotético⁵⁷⁸.

Sin embargo, en la jurisprudencia tal posicionamiento ha sido sometido a tantas matizaciones, que se ha vuelto casi irreconocible. Como hemos visto, el planteamiento de Luzón Peña condiciona la afirmación del resultado del tipo de posesión a la constatación de una disponibilidad efectiva y real, y ello incluso en los supuestos en que

⁵⁷⁵ *Ibid.*, p. 5 de 10 (versión digital).

⁵⁷⁶ *Ibid.*, p. 5 de 10 (versión digital).

⁵⁷⁷ *Ibid.*, p. 6 de 10 (versión digital).

⁵⁷⁸ Cf. por ejemplo Joshi Jubert, U., *Los delitos de tráfico*, cit., p. 196; Calderón Susín, E., “La posesión de drogas para consumir y para traficar. El consumo compartido”, en Soriano Soriano (ed.), *Delitos contra la Salud Pública y Contrabando*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, p. 33; Acale Sánchez, M., *Salud pública y drogas tóxicas*, cit., pp. 113 y s. Incliniéndose parcialmente en tal sentido, Boix Reig, J./Jareño Leal, Á., “Art. 368”, en Vives Antón (ed.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 1692.

el receptor haya concertado previamente el envío de los estupefacientes y/o que el remitente ya haya puesto en marcha los mecanismos de transporte acordados.

En las situaciones en que el receptor de la droga la tiene en sus manos, pero no puede disponer efectivamente de ella, dicha tesis no solo niega su disponibilidad física, sino – con mayor motivo – también su disponibilidad *funcional* sobre los estupefacientes. Se trata, por esta razón, de una tesis diametralmente opuesta a la sustentada por el tribunal supremo.

Sorprendentemente, en su jurisprudencia mayoritaria reciente el tribunal supremo pretende establecer, entre ambas tesis, no una relación de tesis y antítesis, sino de regla y excepción⁵⁷⁹. Afirma, como regla general, que la disponibilidad funcional y la correspondiente consumación delictiva se dan ya en el momento en que el individuo concierta el envío de los estupefacientes o cuando su remitente da inicio al proceso de transporte. Sin embargo, si se dan determinadas circunstancias excepcionales relativas al concierto del transporte de las drogas, a la realización concreta de tal transporte y al rol del receptor de las drogas en la operación “global” de tráfico, admite el tribunal supremo la forma imperfecta de ejecución delictiva.

Nombrando las circunstancias requeridas para el reconocimiento de la tentativa, aduce la STS 94/2007 de 14 febrero que,

“en los supuestos de envío de droga desde el extranjero la tentativa es admisible cuando se estime acreditado por la Sala sentenciadora que la intervención del acusado no tuvo lugar hasta después de que la droga se encontrase ya en nuestro país, habiéndose solicitado por un tercero la colaboración del acusado para que participase, de un modo accesorio y secundario, en los pasos previos a la recepción de la mercancía por sus originales destinatarios, pero: 1º) sin haber intervenido en la operación previa destinada a traer la droga desde el extranjero; 2º) sin ser el destinatario de la mercancía; 3º) sin que llegue a tener disponibilidad efectiva de la droga intervenida, por ser detenido antes de hacerse cargo efectivo de la misma o justo en ese momento por agentes policiales ya apercebidos, en los supuestos de entregas vigiladas”⁵⁸⁰.

⁵⁷⁹ Especialmente elocuente es la denominación que Calderón Susín, E., “La posesión de drogas..”, cit., p. 33 adscribe a esta duplicidad de criterios: ella equivaldría a la utilización de “dos distintas varas de medir” por la jurisprudencia del tribunal supremo.

⁵⁸⁰ STS 2354/2001 de 12 diciembre, fundamento jurídico tercero. Siguen este mismo criterio las SsTS 124/2020 de 31 marzo, 94/2007 de 14 febrero, 540/2003 de 14 abril, 1553/2002 de 29 septiembre, entre otras. Discrepando de esta tendencia jurisprudencial mayoritaria, y exigiendo una disponibilidad efectiva

Si la finalidad político-criminal perseguida con la *regla* – afirmación de la disponibilidad funcional y la consumación delictiva ya en el momento del concierto y/o inicio del transporte de los estupefacientes – se justifica expresamente por el tribunal supremo con el deseo de castigar a los grandes traficantes que manejan el destino de las drogas sin detentarlas físicamente, la finalidad político-criminal perseguida con la *excepción* – negación de la disponibilidad (funcional y física) y punición a título de tentativa – es fácilmente deducible a partir de las condiciones que deben estar presentes para que se pueda reconocer tal excepción:

Al condicionar la configuración de la tentativa a la concurrencia de circunstancias como la “ausencia de una intervención en la operación para traer la droga a España desde el extranjero” o la “colaboración accesorio y secundaria en los pasos previos a la recepción de la mercancía por sus originales destinatarios”, tal planteamiento pretende conceder tratamiento más benéfico a los meros intermediarios que, a pesar de ejercer un papel de cierta relevancia en las operaciones de narcotráfico, no ostentan el mismo grado de protagonismo de los grandes traficantes en el contexto más amplio de tales operaciones.

IV.3.1.2. La custodia en el tipo de posesión de estupefacientes del § 29, apdo. 1, núm. 3 BtMG

En el ordenamiento jurídico-penal alemán, el tipo penal de posesión de estupefacientes se halla contenido en el § 29, apdo. 1, núm. 3 BtMG⁵⁸¹. En la práctica, esta figura delictiva deviene considerablemente más amplia que su equivalente del ordenamiento jurídico-penal español, pues, al no exigir una intención de tráfico por parte del detentador de la custodia sobre las drogas, abarca una multiplicidad de supuestos de “mera posesión” que el art. 368 CP no es capaz de abarcar.

incluso en los supuestos de acuerdo previo entre vendedor y comprador y/o puesta en marcha de los mecanismos de transporte de la droga por el primero, cf. la STS 1179/2006, de 5 diciembre y la STS de 27/06/1991 (RJ 1991\4833).

⁵⁸¹ “§ 29. Delitos: (1) Será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con pena de multa quien: (...) 3. posea sustancias estupefacientes sin poseer una autorización por escrito para su adquisición”.

Ligado a esta circunstancia está el hecho de que, tanto para el legislador⁵⁸² como para la doctrina y jurisprudencia alemanas, el tipo de posesión de estupefacientes cumpliría una función facilitadora de la prueba penal al ser un tipo de recogida (“Auffangstatbestand”), pensado para castigar a las personas “cuyo poder de disposición sobre las drogas puede ser probado, pero no, en cambio, de qué manera lo han obtenido”⁵⁸³.

La opinión dominante marca distancias respecto al derecho civil cuando define la custodia a los fines del § 29, apdo. 1, núm. 3 BtMG, al no entenderla como un concepto subordinado a la regulación de la posesión o de la propiedad previstas en el código civil alemán, sino como una *relación fáctica de dominio que se extiende por un período de tiempo considerable y que es acompañada de una voluntad de dominio del sujeto típico*⁵⁸⁴.

El primer elemento de la definición, la *relación fáctica de dominio*, es entendida como el componente físico-objetivo que le permite al sujeto realizar, inmediata y libremente, su voluntad de influir sobre el objeto típico⁵⁸⁵. Como veremos más adelante, aunque lo declaren expresamente en escasas ocasiones⁵⁸⁶, doctrina y jurisprudencia dominantes vinculan la constatación de dicha relación fáctica de dominio a las “circunstancias del caso concreto”.

La *extensión por un período de tiempo considerable* tiene como objetivo posibilitar interpretaciones restrictivas del tipo en cuestión, para llegar a soluciones satisfactorias en supuestos como los de detención de estupefacientes por tiempo reducido y con finalidad de autoconsumo, y de “actividades de auxilio de corta duración y sin voluntad de dominio”.

⁵⁸² Cf. BT-Drs. VI/1877, p. 9.

⁵⁸³ Franke, U./Wienroeder, K., *Betäubungsmittelgesetz (BtMG), Kommentar*, 3ª ed., Müller, Heidelberg, 2008, núm. marg. 133. Así también, Kotz, P./Oğlakcioğlu, M. T., “BtMG § 29”, cit., núm. marg. 1092; Weber, K., *BtMG*, cit., núm. marg. 1314, entre otros. De la jurisprudencia, cf. BGH NStZ 1996, 604; BGH BeckRS 1974, 30382411.

⁵⁸⁴ Patzak, J., “BtMG”, cit., núm. marg. 14. Cf. también Pelchen, G./Bruns, M., “BtMG § 29”, en Erbs/Kohlhaas (eds.), *Strafrechtliche Nebengesetze*, 201º suplemento, C. H. Beck, Múnich, 2015, núm. marg. 20 y s.; Wettley, S., “BtMG § 29”, en Bohnen/Schmidt (eds.), *BeckOK BtMG*, 9ª ed., Beck, Múnich, 2020, núm. marg. 484; Franke, U./Wienroeder, K., *BtMG*, cit., núm. marg. 133, 135; BGH NStZ-RR 1998, 148; BGH NStZ 1996, 604; BGH BeckRS 1974, 30382411; BGH NJW 1975, 1470.

⁵⁸⁵ Kotz, P./Oğlakcioğlu, M. T., “BtMG § 29”, cit., núm. marg. 1111. Cf. también Weber, K., *BtMG*, cit., núm. marg. 1324.

⁵⁸⁶ Una mención expresa puede ser vista en Kotz, P./Oğlakcioğlu, M. T., “BtMG § 29”, cit., núm. marg. 1111.

Por último, la *voluntad de dominio* es definida como la voluntad del sujeto típico de “mantener su posibilidad de influir sobre la cosa”⁵⁸⁷. El empleo del término *mantener* para caracterizar la voluntad de dominio permite ver que, de nuevo, se incorpora un componente *temporal*. Este componente es, igualmente, utilizado para realizar interpretaciones restrictivas del tipo de posesión de estupefacientes, no solo en los dos supuestos mencionados en el párrafo anterior, sino también – como explicitaremos más abajo – en situaciones de establecimiento y/o mantenimiento del propio poder fáctico con exclusiva intención de deshacerse inmediatamente del objeto típico o bajo intimidación (*vis compulsiva*).

Concluidas estas precisiones conceptuales previas, daremos un panorama de las constelaciones de casos más relevantes para la comprensión del concepto de custodia del § 29, apdo. 1, núm. 3 BtMG. A tal fin, seguiremos la estructura didáctica prevalente en la literatura jurídico-penal alemana. Ésta, a pesar de negar que exista una dependencia del concepto de custodia jurídico-penal del de posesión en sentido civil, se sirve de subclasificaciones desarrolladas en el ámbito de la posesión civil – como posesión mediata e inmediata, coposesión, etc. – para agrupar supuestos fácticos de custodia jurídico-penal que presentan rasgos comunes.

La utilización de dicha estructura didáctica y de su terminología derivada del derecho civil debe venir acompañada de una importante advertencia terminológica: para evitar el constante uso de comillas o expresiones sin sentido como “custodia mediata”, discreparemos en la siguiente exposición de la regla de nomenclatura seguida en este trabajo⁵⁸⁸ y emplearemos, excepcionalmente, el término posesión (sin comillas) como sinónimo al de custodia, es decir, como la relación fáctica de dominio que constituye el resultado prohibido por los tipos de posesión.

⁵⁸⁷ Weber, K., *BtMG*, cit., núm. marg. 1321. Cf. también Franke, U./Wienroeder, K., *BtMG*, cit., núm. marg. 133; BGH NStZ 2011, 98; BGH NStZ-RR 2008, 54; BGH BeckRS 1994, 31090897.

⁵⁸⁸ Recordémosla: el término *posesión*, cuando es empleado sin comillas, designa el título de imputación de las figuras típicas de posesión. Sobre este título de imputación, se discute si corresponde a las categorías de imputación acción/omisión o a la categoría de imputación de la responsabilidad penal por el estado. Previamente en este trabajo hemos llegado a la conclusión de que dicho título de imputación debe corresponderse a las dos primeras categorías de imputación mencionadas. Por su parte, el término *custodia* designa la relación fáctica de dominio que constituye el resultado prohibido por los tipos de posesión. Esta y otras aclaraciones terminológicas pueden ser vistas *supra*, capítulo 1, apartado II.

Inicialmente, la hipótesis más clara de configuración de la custodia sobre el objeto típico sería la del *poseedor inmediato*, es decir, del individuo que “ejerce en sí mismo y con voluntad de posesión [léase: de dominio] el dominio fáctico y el poder de disposición”⁵⁸⁹ sobre el estupefaciente. Poseedor inmediato sería no solo aquél que “lleva encima” – v. g., alrededor de su cuerpo, en sus ropas o debajo de ellas – tal objeto típico, sino también el que los lleva en el interior de su cuerpo (designado usualmente en Alemania con el término anglosajón “Bodypacker”)⁵⁹⁰.

Por lo que respecta al momento en que ya se puede hablar de una posesión inmediata en el primero de los casos citados, prevalece un entendimiento semejante al defendido en el contexto del tipo alemán de hurto⁵⁹¹: el establecimiento de la custodia sobre los estupefacientes no es considerado un delito “furtivo”⁵⁹², y, por esta razón, la relación fáctica de dominio y la consumación delictiva estarían presentes – incluso en los supuestos de entrega vigilada de estupefacientes – ya en el momento en que el sujeto coloca las drogas en una bolsa o las esconde en sus ropas, siempre que se trate de una cantidad de estupefacientes transportable y fácil de ocultar⁵⁹³. Como requisito adicional – y no presente en la dogmática alemana del hurto – se exige, con todo, que la relación fáctica de dominio se extienda por un período de tiempo considerable⁵⁹⁴. También en sentido distinto al de la dogmática del hurto, si no se verifica esta extensión de la custodia típica sobre los estupefacientes por tiempo considerable, no se da ni siquiera una tentativa punible, pues el § 29, apdo. 1, núm. 3 BtMG es un delito menos grave (“Vergehen”) que no prevé una punición expresa de la tentativa de delito⁵⁹⁵. Lo cual imposibilita, en virtud de lo dispuesto en el § 23, apdo. 1 StGB⁵⁹⁶, el castigo penal del *conatus*.

⁵⁸⁹ Wettley, S., “BtMG § 29”, cit., núm. marg. 493.

⁵⁹⁰ Cf. Kotz, P./Oğlakcioğlu, M. T., “BtMG § 29”, cit., núm. marg. 1116; Wettley, S., “BtMG § 29”, cit., núm. marg. 494; BGH BeckRS 2015, 12839.

⁵⁹¹ Y diferente, como hemos visto previamente, de los posicionamientos defendidos en la doctrina y jurisprudencia españolas.

⁵⁹² Cf. por todos Wettley, S., “BtMG § 29”, cit., núm. marg. 487.

⁵⁹³ BGH NSTZ-RR 2008, 212; BGH NJW 1982, 708.

⁵⁹⁴ BGH NSTZ-RR 2008, 212.

⁵⁹⁵ El § 12, apdo. 2 StGB designa como delitos menos graves (“Vergehen”) los hechos antijurídicos conminados con una pena privativa de libertad mínima inferior a un año, o con pena de multa. Por su parte, el § 29, apdo. 1, núm. 3 BtMG no establece una pena privativa de libertad mínima para las conductas que tipifica, sino tan solo una pena máxima de 5 años o, alternativamente, una pena de multa.

⁵⁹⁶ “§ 23. Punibilidad de la tentativa: (1) La tentativa de un delito grave siempre es punible, [mientras] la tentativa de un delito menos grave solo lo es, cuando la ley así disponga expresamente”.

Poseedor inmediato sería, además, quien detenta las drogas en esferas de dominio propias como su casa⁵⁹⁷, su local de trabajo⁵⁹⁸ o su coche⁵⁹⁹, incluso sin estar presente en tales lugares. Y también el que tiene una capacidad constante de acceder, sin obstáculos, a estupefacientes que cultiva o esconde fuera de su propio ámbito de dominio, sea en un local ajeno pero libremente accesible a terceros, sea en un espacio de uso público o colectivo⁶⁰⁰.

Por otro lado, en determinados supuestos que, en teoría, encajarían en la posesión inmediata, aplican doctrina y jurisprudencia los elementos arriba descritos de la duración considerable de la custodia y de la necesidad de voluntad de dominio para rechazar la existencia de custodia, y, en consecuencia, negar la responsabilidad penal según el tipo de posesión del § 29, apdo. 1, núm. 3 BtMG, sea a título consumado, sea a título de tentativa (en este último caso, debido a la ya aludida calidad de delito menos grave del citado tipo, y al hecho de que, en él, tampoco se prevé expresamente la punición de la tentativa).

Las constelaciones de casos más relevantes en que se excluye la responsabilidad penal son:

a) La detentación de una cantidad de estupefacientes adecuada al consumo y con finalidad de autoconsumo inmediato, siempre que aquella detentación se extienda por un lapso temporal reducido y estrictamente necesario para tal consumo inmediato. En este contexto, es unánime la negación de la relación fáctica de dominio sobre los estupefacientes, por no haber transcurrido un período temporal considerable. En estos casos, alegan doctrina y jurisprudencia que las drogas seguirían, en general, bajo la custodia del que *entrega* los estupefacientes para que otra persona los consuma inmediatamente⁶⁰¹. Si, por el contrario, la detentación de los estupefacientes se extiende

⁵⁹⁷ BGH 25.5.1994 – 2 StR 203/94.

⁵⁹⁸ BGH NStZ-RR 2016, 82.

⁵⁹⁹ Kotz, P./Oğlakcıoğlu, M. T., “BtMG § 29”, cit., núm. marg. 1116; BGH NStZ-RR 1996, 116.

⁶⁰⁰ Cf. Patzak, J., “BtMG”, cit., núm. marg. 14; Kotz, P./Oğlakcıoğlu, M. T., “BtMG § 29”, cit., núm. marg. 1112; Wettley, S., “BtMG § 29”, cit., núm. marg. 484; OLG Celle NStZ-RR 2013, 181 (cultivo de plantas de marihuana en terreno ajeno); OLG München NStZ-RR 2011, 56 (ocultación de una mochila conteniendo marihuana y hachís en un arbusto fuera de la casa del acusado).

⁶⁰¹ Cf. por todos Kotz, P./Oğlakcıoğlu, M. T., “BtMG § 29”, cit., núm. marg. 1120; Wettley, S., “BtMG § 29”, cit., núm. marg. 491; OLG Hamburg BeckRS 2008, 11122. En el contexto del delito de posesión de pornografía infantil, incluso cuando tan solo se visualizan páginas electrónicas con tal contenido – sin descargarlo, por tanto, al disco duro del ordenador – el dispositivo almacena, automática y temporalmente, los datos relativos a dichas páginas en su memoria oculta (“caché”). En estas constelaciones fácticas, parte de la doctrina alemana niega la custodia del sujeto típico sobre los datos almacenados temporalmente en la

por un lapso temporal considerable, se defiende con carácter prácticamente unánime que habrá custodia típica – y, en general, responsabilidad penal – aunque el detentador desee consumir los estupefacientes durante todo el período en que los detente. El fundamento de tal distinción estribaría en que la duración considerable de la custodia abriría la posibilidad de que el detentador de los estupefacientes “cambie sus intenciones iniciales y decida dar las drogas a terceros”⁶⁰².

b) La detentación con exclusiva finalidad de deshacerse los estupefacientes, en cuyo contexto se niega la voluntad de dominio con base en la inexistencia de una intención de *mantener* el propio poder fáctico sobre las drogas. Esta clase de situaciones no solo estaría presente cuando uno nota que se le ha impuesto la custodia sobre las drogas y decide deshacerse inmediatamente de ellas⁶⁰³, sino también cuando alguien actúa para deshacerse de estupefacientes que se hallaban, inicialmente, en poder de un tercero sometido a su cuidado o vigilancia – como padres respecto a niños o educadores respecto a alumnos – o, incluso, cuando actúa para suprimir la custodia por alguien al que pretende proteger de una persecución penal, a la vista de una intervención policial inminente⁶⁰⁴. Análogamente a los supuestos de detentación de drogas con finalidad de autoconsumo inmediato, defienden algunas voces que, en la detentación de estupefacientes con finalidad de deshacerse de los mismos, la negación de la voluntad de dominio debería someterse al requisito del lapso temporal reducido y estrictamente necesario para llevar a cabo la supresión de la custodia⁶⁰⁵.

memoria oculta, siempre que se verifique que dicho sujeto eliminó los datos inmediatamente después de que se hubiesen almacenado. Como fundamento de tal negación, aduce la doctrina que falta una voluntad de dominio del sujeto típico sobre los datos – cf. Eisele, J., “§ 184b”, en Schönke/Schröder (eds.), *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 30ª ed., C. H. Beck, Múnich, 2019, núm. marg. 41, con más referencias.

⁶⁰² Cf. Kotz, P./Oğlakcioğlu, M. T., “BtMG § 29”, cit., núm. marg. 1120; Eckstein, K., *Besitz*, cit., p. 105; Sloty, M., “Das Betäubungsmittelgesetz 1982. Kurzbericht für die Strafrechtspraxis”, *NStZ*, 1981, p. 322; Wettley, S., “BtMG § 29”, cit., núm. marg. 491; BGH NStZ-RR 2016, 82.

⁶⁰³ Cf. Baae, J., “Der Besitzwille..”, cit., p. 215; Kotz, P./Oğlakcioğlu, M. T., “BtMG § 29”, cit., núm. marg. 1134.

⁶⁰⁴ Kotz, P./Oğlakcioğlu, M. T., “BtMG § 29”, cit., núm. marg. 1134; LG Freiburg, StV 1984, 250; OLG Zweibrücken AnwBl 1983, 126.

⁶⁰⁵ Cf. por ejemplo Baae, J., “Der Besitzwille..”, cit., p. 214.

c) Los supuestos en que una intimidación o una situación rayana con una intimidación tornan cuestionable la existencia de una voluntad de dominio⁶⁰⁶ o de la propia relación fáctica de dominio⁶⁰⁷ sobre las drogas.

Detentador de la custodia sobre los estupefacientes sería, además, el *poseedor mediato*. Especial relevancia adquieren, en este contexto, los casos en que el individuo entrega el objeto típico en depósito a un tercero. La custodia del tercero depositario es afirmada, en general, con base en su condición de poseedor inmediato⁶⁰⁸. Para la afirmación de la condición de poseedor mediato del depositante se exige, sin embargo, que su acceso a los estupefacientes sea tan seguro, que pueda disponer sin dificultades de éstos en cualquier momento.

Aplicando este criterio de la capacidad segura de acceder al objeto, el tribunal supremo alemán reconoció la custodia de un individuo detenido por la policía en Ámsterdam mientras portaba un resguardo de consigna de una maleta que le pertenecía, que contenía 2,5 Kg de hachís y que se hallaba depositada en la consigna de la estación de trenes de Hamburgo. No se pudo constatar si el propio detentador del resguardo había entregado la maleta a la consigna o si un tercero lo había hecho en su lugar. Su custodia sobre los estupefacientes fue afirmada, sin embargo, por estar presente su capacidad de acceder a la droga, sin mayores dificultades, en virtud de su detención del resguardo de consigna.

⁶⁰⁶ Así, BGH 12.02.1980 – 5 StR 47/80, negando la existencia de voluntad de dominio de un individuo a quien se le ordenó, mediante amenazas, mantener estupefacientes en su casa y en su coche. Sobre esta decisión, que ha sido aducida por Eckstein como una supuesta corroboración de la responsabilidad penal por el estado en los delitos de posesión, cf. también *supra*, capítulo 3, apartado III.2.

⁶⁰⁷ Así, BGH BeckRS 2011, 4357, negando la relación de dominio de los acusados respecto a las plantas de marihuana que cultivaban encerrados en un sótano, del cual no podían salir por no disponer ellos – sino otros individuos involucrados en la actividad criminal – de la correspondiente llave. La existencia de una relación fáctica de dominio de los acusados sobre las plantas es rechazada por el tribunal con base en la imposibilidad de ejercer facultades como la de consumir, de destruir o de dar los estupefacientes a terceros.

⁶⁰⁸ Wettle, S., “BtMG § 29”, cit., núm. marg. 498; Kotz, P./Oğlakcioğlu, M. T., “BtMG § 29”, cit., núm. marg. 1113; Patzak, J., “BtMG”, cit., núm. marg. 19; BGH BeckRS 1995, 31079906; BGH BeckRS 1994, 10456.

Pues dicho resguardo le permitiría recoger la maleta en el momento en que desease, bastando, a tal fin, con presentar tal documento en la consigna⁶⁰⁹⁻⁶¹⁰.

En otras situaciones, el empleo de dicho criterio condujo, más bien, a *rechazar* la existencia de custodia: la persona que, al iniciar un viaje aéreo entre Karachi (Pakistán) y Lisboa con un vuelo de conexión en el aeropuerto de Frankfurt, entrega a la compañía aérea un equipaje de bodega que contiene heroína es, en teoría, poseedora mediata de las drogas durante el vuelo y durante su período de tránsito en el aeropuerto de Frankfurt. Sin embargo, por faltarle una capacidad segura de acceder, en tales etapas del viaje, a los estupefacientes – que se encuentran en poder del personal de la compañía aérea o de las autoridades aduaneras –, no puede tal persona ser considerada detentadora de custodia sobre la sustancia en dichos lapsos temporales; ni tampoco penalmente responsable por la ejecución del tipo de posesión del § 29, apdo. 1, núm. 3 BtMG, al ser detenida por la policía alemana durante su tránsito en el aeropuerto de Frankfurt⁶¹¹⁻⁶¹².

Doctrina y jurisprudencia alemanas también reconocen la posibilidad de afirmar una *posesión compartida* entre varias personas, incluso cuando una o varias no pretenden detentar el poder fáctico sobre los estupefacientes para sí (posesión en nombre propio) sino para otro coposeedor (posesión en nombre ajeno)⁶¹³.

Los supuestos de posesión compartida de mayor trascendencia práctica se dan cuando una pluralidad de sujetos obtiene conjuntamente los estupefacientes, sea para consumirlos, sea para traficar con ellos. En virtud de la división de tareas que caracteriza tales supuestos, se entiende que la coposesión no resulta desnaturalizada por el mero hecho de que tan solo uno o algunos de los coposeedores haya(n) participado en la adquisición de los estupefacientes, siempre que ello se corresponda con la representación y la voluntad de los demás coposeedores⁶¹⁴. En la posesión compartida, se considera a

⁶⁰⁹ BGHSt 27, 380. La sentencia en cuestión formula, además, un argumento de carácter político-criminal muy similar a aquel esgrimido por la jurisprudencia española para respaldar la categoría de la “disponibilidad funcional” sobre los estupefacientes. Ella aduce que “precisamente en el ambiente de la delincuencia relacionada con drogas tóxicas, los autores evitan, siempre que es posible, estar más de lo estrictamente necesario en contacto directo con su ‘material’ y pretenden, siempre que pueden, mantenerlo en escondrijos seguros. Como escondrijo también sirve, y de forma preferente, la consigna de equipaje en estaciones de tren ofrecida y accesible al público en general”.

⁶¹⁰ En el mismo sentido, BGH BeckRS 1994, 10456; BGH StV 1981, 127.

⁶¹¹ BGH StV 1984, 286.

⁶¹² En el mismo sentido, BGH BeckRS 2011, 28271; BGH StV 1982, 366.

⁶¹³ Cf. por todos Weber, K., *BtMG*, cit., núm marg. 1337; BGH NStZ-RR 2004, 146.

⁶¹⁴ Wettley, S., “BtMG § 29”, cit., núm. marg. 501; Weber, K., *BtMG*, cit., núm marg. 1338; BGH BeckRS 2002, 8586.

cada uno de los coposeedores como titular del dominio fáctico sobre *la cantidad total* de las drogas adquiridas, siempre que cada uno de los individuos detente un mismo poder de disposición sobre la totalidad de los estupefacientes o sobre una parte indeterminada de ellos⁶¹⁵. Eso no vale, por tanto, para los casos en que cada coposeedor individual solo puede disponer de una parte limitada de la cantidad total⁶¹⁶.

La otra constelación fáctica de elevada relevancia para la determinación de la existencia o no de coposesión son los casos en que más de una persona habita una vivienda donde hay estupefacientes. Aunque se admite que no es imposible que todos los ocupantes de la vivienda detenten una posesión compartida de la sustancia en estas situaciones⁶¹⁷, doctrina y jurisprudencia realizan significativos esfuerzos para delimitar, en tales contextos, con la mayor precisión posible las hipótesis en que la coposesión *no está presente*. A estos esfuerzos subyace la intención de evitar castigar injustamente a una persona por el mero hecho de ocupar la misma vivienda que el tercero que detenta la sustancia prohibida.

Tales esfuerzos de delimitación buscan determinar a quién corresponde el derecho de utilización del ámbito espacial donde se hallan los estupefacientes. En el caso de que éstos se encuentren en un ámbito cuyo derecho de utilización corresponde exclusivamente a una persona (por ejemplo, su habitación), la relación fáctica de dominio sobre el objeto no corresponderá a todos los ocupantes de la vivienda, sino – por regla general – solamente al que detenta el mentado derecho de utilización⁶¹⁸.

Distinto es, sin embargo, cuando las circunstancias del caso concreto indican que, a pesar de encontrarse el objeto típico en un espacio de exclusiva utilización de determinado individuo, un tercero ejerce un poder sobre el *objeto* que va más allá del poder de tal individuo sobre el *espacio*. Ello ocurre, por ejemplo, cuando en la habitación de hotel de una persona se halla depositada una bolsa con heroína por orden de un tercero, lo cual se ha hecho, con todo, sin que haya mediado el consentimiento del ocupante de la habitación. El ocupante de la habitación no podía, además, en este caso disponer de los estupefacientes sino bajo órdenes expresas del tercero, tercero que, a su vez, tenía una llave del cuarto de

⁶¹⁵ Wettley, S., “BtMG § 29”, cit., núm. marg. 502; BGH BeckRS 2002, 8586; OLG Stuttgart BeckRS 9998, 26223.

⁶¹⁶ Cf. por todos OLG Stuttgart BeckRS 9998, 26223.

⁶¹⁷ V. por ejemplo BGH NStZ 2010, 221.

⁶¹⁸ Cf. Weber, K., *BtMG*, cit., núm. marg. 1340; Hochmayr, G., *Strafbarer Besitz*, cit., pp. 75 y s.

hotel de aquel y podía acceder a las drogas cuando quisiese. Ante tal cuadro fáctico, el BGH negó la existencia de una custodia típica del depositario de la bolsa con base en la ausencia de su *voluntad de dominio* respecto a la sustancia en ella contenida⁶¹⁹.

Pero ni siquiera cuando las drogas estén en un lugar accesible a todos los ocupantes de la vivienda, o cuando todos ellos tengan derecho a utilizar tal local, se admite de antemano una coposesión de todos sobre los estupefacientes. Pues, de acuerdo con las visiones de la vida cotidiana o del tráfico social, la facultad de utilización común *de un espacio* y la facultad de disposición común sobre *un objeto allí ubicado* no se confunden. Para que la posesión compartida esté presente, se estima necesario, más bien, que las circunstancias del caso concreto y el criterio del tráfico social permitan afirmar una relación fáctica de dominio y una voluntad de dominio de *cada una* de las citadas personas respecto a los estupefacientes⁶²⁰.

Estos elementos están ausentes, por ejemplo, en el individuo que comparte una habitación con su hermano, cuando este último detenta estupefacientes con una voluntad de dominio excluyente respecto al primero, tan solo permitiendo al primero consumir (pero no detentar) esporádicamente dicha sustancia⁶²¹. Y también respecto a la esposa que tan solo *tolera* que su cónyuge cultive plantas de marihuana en la vivienda matrimonial, pero ni le auxilia en dicho cultivo ni aprueba la existencia de las plantas en la casa⁶²².

Detentador de la custodia de los estupefacientes también sería, por fin, el *servidor de la posesión*⁶²³. Aquí se nota la diferencia más marcada frente al derecho civil alemán, para el que tal sujeto es excluido expresamente, en virtud del § 855 BGB, del concepto de poseedor. A los fines de aplicar el § 29, apdo. 1, núm. 3 BtMG, entienden doctrina y

⁶¹⁹ BGH NStZ-RR 2008, 54. En el mismo sentido en la doctrina, Weber, K., *BtMG*, cit., núm. marg. 1340, 1362.

⁶²⁰ Cf. Kotz, P./Oğlakcioğlu, M. T., “BtMG § 29”, cit.; núm. marg. 1124 y s.; Wettley, S., “BtMG § 29”, cit., núm. marg. 503 y s.; Weber, K., *BtMG*, cit., núm. marg. 1341 y ss., así como la jurisprudencia citada en las dos siguientes notas a pie de página. Similarmente, Hochmayr, G., *Strafbarer Besitz*, cit., p. 76.

⁶²¹ OLG München NStZ-RR 2011, 56.

⁶²² OLG Celle BeckRS 2000, 06072. En el mismo sentido, cf. BGH BeckRS 2013, 8610; OLG München BeckRS 2012, 3274; KG Berlin StV 1996, 488, entre otras.

⁶²³ Cf. entre otros Franke, U./Wienroeder, K., *BtMG*, cit., núm. marg. 135; Patzak, J., “BtMG”, cit., núm. marg. 22; Weber, K., *BtMG*, cit., núm. marg. 1347; Wettley, S., “BtMG § 29”, cit., núm. marg. 505; Eckstein, K., *Besitz*, cit., p. 102; BGH NStZ-RR 1998, 148; BGH BeckRS 1974, 139; BGH BeckRS 1997, 31120040.

jurisprudencia alemanas, unánimemente, que incluso el que detenta el objeto típico en el contexto de una relación de subordinación profesional o de carácter análogo, ejerce la relación fáctica de dominio sobre el objeto. Este entendimiento conduce, por regla general, a la afirmación de la custodia en los intermediarios encargados del transporte de drogas, así como en los vendedores minoristas de estupefacientes que realizan tal actividad subordinados a un superior jerárquico.

Por otra parte, y aún dentro de la servidumbre de la posesión, la jurisprudencia utiliza los requisitos de la voluntad de dominio y de la prolongación de la custodia por un período de tiempo considerable para restringir el alcance del tipo de posesión de estupefacientes y negar la custodia de quienes realizan meras “actividades de auxilio de corta duración y sin voluntad de dominio”. Debido a la ya aludida calidad de delito menos grave (“Vergehen”) del § 29, apdo. 1, núm. 3 BtMG y a la ausencia de previsión legal expresa del castigo de la tentativa en tal precepto, tampoco resulta posible un castigo a título de tentativa de delito en dichos casos.

Así, no detentaría la custodia el comprador de heroína que, ante una intervención policial inminente que interrumpe la conclusión de la transacción, recoge los estupefacientes puestos por el vendedor en una mesa y los esconde en un cubo de flores⁶²⁴. Ni tampoco la persona que, en presencia del tercero de quien son las drogas, las transporta 20 metros hacia un coche⁶²⁵. Lo mismo valdría para el sujeto que, por orden y en presencia del real detentador de la custodia de las drogas, se limita a recogerlas en una habitación de la casa en que ambos se encuentran⁶²⁶.

En cambio, no habría una mera “actividad de auxilio de corta duración y sin voluntad de dominio”, sino una verdadera custodia típica sobre los estupefacientes, en el caso del individuo que, para evitar la detención de su hermano durante la ejecución de una orden de entrada y registro por la policía, recoge los estupefacientes presentes en la habitación del hermano y los esconde en un arbusto fuera de la casa, siendo las drogas encontradas por la policía 45 minutos después⁶²⁷. Detentador de la custodia también sería la persona que sale del coche de un coimputado, donde se hallaban al menos 8 Kg de heroína, cargando una bolsa con dicha sustancia, y que desaparece del campo de visión del coimputado al cruzar

⁶²⁴ BGH BeckRS 1994, 31090897.

⁶²⁵ BGH NJW 1975, 1470.

⁶²⁶ BGH BeckRS 1983, 00557.

⁶²⁷ BGH NStZ-RR 2011, 56.

el arco de un portal a unos 100 metros de distancia, regresando al coche dos minutos después con la bolsa vacía⁶²⁸. Y, de igual manera, el acompañante que, tras sufrir un accidente de tráfico junto con el conductor que llevaba una bolsa con 10 Kg de hachís en el coche donde ambos se encontraban, ayuda a éste a transportar las drogas a pie, sea cargando dicha maleta solo – pero en presencia del coimputado – tres kilómetros, sea ayudando al coimputado a recoger la droga del suelo y a colocarla nuevamente en la bolsa cuando su cremallera se revienta⁶²⁹.

V. El establecimiento de la custodia sobre el objeto típico: controversias dogmáticas específicas

V.1. Objeciones a la inclusión en el tipo

Como hemos afirmado previamente, la vinculación de la responsabilidad penal por tipos de posesión al surgimiento o persistencia de la custodia sobre el objeto típico implica reconocer, al menos en teoría, los dos planos de análisis del establecimiento y del mantenimiento de la custodia. También hemos aclarado que hablamos de un reconocimiento “al menos en teoría” de los dos conceptos de establecimiento y mantenimiento de la custodia, porque determinados planteamientos defienden que los tipos de posesión criminalizarían únicamente la omisión de suprimir la propia custodia sobre el objeto típico⁶³⁰. Por esta razón, son incompatibles con el reconocimiento del plano de análisis del establecimiento de la custodia.

Dedicaremos el presente apartado a la exposición y análisis de las citadas posturas. Antes, sin embargo, es necesario precisar las clases de comportamientos que pueden darse en los dos planos de establecimiento y de mantenimiento de la custodia:

Así, en el plano del establecimiento de la custodia, pueden darse: a) comportamientos dolosos, normalmente comisivos⁶³¹, que ponen en marcha un proceso

⁶²⁸ BGH NStZ-RR 1998, 148.

⁶²⁹ BGH BeckRS 1997, 31120040. En sentido similar, AG Rudolstadt BeckRS 2016, 8766.

⁶³⁰ Como también hemos mencionado, en la posición de Borja Jiménez las tornas se invierten: el autor sustenta ser necesario incluir el establecimiento, pero no el mantenimiento de la custodia, en el ámbito de nuestras figuras delictivas. Esta posición no será abordada aquí, sino *infra*, VI.1.

⁶³¹ Sobre la controversia acerca de la posibilidad de concebir, además, un establecimiento de custodia a título *omisivo*, cf. *infra*, V.2. Para simplificar didácticamente la exposición, no incluiremos el establecimiento omisivo intentado o consumado en este panorama inicial. Ello no debe ser entendido, con todo, como una respuesta en sentido negativo a la citada controversia.

causal de surgimiento de la custodia, pero que – por causas ajenas a la voluntad del autor – no producen ese surgimiento y; b) comportamientos dolosos o imprudentes⁶³², normalmente comisivos, que ponen en marcha un proceso causal de surgimiento de la custodia y que producen, efectivamente, su surgimiento. Mientras que en el plano del mantenimiento de la custodia pueden verificarse: c) comportamientos dolosos o imprudentes⁶³³, normalmente omisivos⁶³⁴, que posibilitan la persistencia de la custodia sobre el objeto típico.

La primera controversia atinente al establecimiento de la custodia se refiere a su propia existencia, es decir, a la posibilidad o no de incluir en los tipos de posesión, no solo los comportamientos de mantenimiento de custodia descritos en el ítem “c”, sino también las conductas de establecimiento contenidas en los ítems “a” y “b”.

Para simplificar la exposición y análisis de esta controversia, cada vez que empleamos la expresión “comportamientos de establecimiento de la custodia *en sentido amplio*”, aludimos a ambas clases de conductas, es decir, tanto a las descritas en el ítem “a” como a las descritas en el ítem “b”.

Un sector de la doctrina y de la jurisprudencia, que es ampliamente mayoritario en Alemania, admite la posibilidad de incluir a las tres clases de comportamientos de establecimiento y mantenimiento – es decir, las descritas en los ítems “a” a “c” – en los

⁶³² En este último caso, solo cuando el correspondiente tipo de posesión disponga expresamente el castigo de su ejecución imprudente.

⁶³³ En este último caso, solo cuando el correspondiente tipo de posesión disponga expresamente el castigo de su ejecución imprudente.

⁶³⁴ Sobre la controversia acerca de la posibilidad de concebir, además, un mantenimiento de custodia a título *comisivo*, cf. *infra*, VI.2. Para simplificar didácticamente la exposición, no incluiremos el mantenimiento comisivo intentado ni el consumado en este panorama inicial. Ello no debe ser entendido, con todo, como una respuesta en sentido negativo a la citada controversia.

tipos de posesión⁶³⁵⁻⁶³⁶. En contraposición, al concebir las figuras típicas de posesión como delitos exclusivamente omisivos, entiende un segundo y más reducido círculo de autores que los comportamientos de establecimiento de la custodia en sentido amplio – es decir, las conductas de los ítems “a” y “b” – no se contienen en los tipos de posesión. Estos tipos contendrían, exclusivamente, comportamientos omisivos⁶³⁷ que posibilitan la persistencia de una custodia preexistente (ítem “c”)⁶³⁸⁻⁶³⁹.

Adherirse a la primera o a la segunda corriente mencionadas no solo repercutirá en la cuestión relativa a qué comportamientos del sujeto típico encajan en los tipos de posesión, sino también en la temática del *iter criminis* de estas figuras delictivas:

De seguirse la primera corriente, se dará la responsabilidad penal por posesión *a título de tentativa* cuando el sujeto realiza una acción⁶⁴⁰ dolosa responsable que pone en marcha un proceso causal de surgimiento de su poder fáctico sobre el objeto, pero, por causas ajenas a su voluntad, esta relación de poder fáctico no surge (ítem “a”). Mientras

⁶³⁵ En Alemania, cf. Eisele, J., “Vorbemerkungen zu den §§ 13 ff.”, cit., núm. marg. 42; Laufhütte, H. W./Roggenbuck, E., “§ 184b”, cit., núm. marg. 7; Pelchen, G./Bruns, M., “BtMG § 29”, cit., núm. marg. 20; Joachimski, J./Haumer, C., *BtMG*, cit., § 29, núm. marg. 140; Franke, U./Wienroeder, K., *BtMG*, cit., § 29, núm. marg. 133; Hochmayr, G., *Strafbarer Besitz*, cit., pp. 85 y ss., 96 y ss.; Walter, T., “Vorbemerkungen zu den §§ 13 ff.”, en *Leipziger Kommentar StGB*, vol. 1, 12ª ed., de Gruyter, Berlín, 2007, núm. marg. 36; Kotz, P./Oğlakcioğlu, M. T., “BtMG § 29”, cit., núm. marg. 1093 y s.; Oğlakcioğlu, M. T., *AT Betäubungsmittelstrafrecht*, cit., p. 115; Weber, K., *BtMG*, cit., BtMG § 29, núm. marg. 1322; Malek, K., *Betäubungsmittelstrafrecht*, cit., núm. marg. 219; Wolters, G./Greco, L., “§ 184b”, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, vol. IV, 9ª ed., Wolters Kluwer, Colonia, 2017, núm. marg. 30; Baumann, J., *Besitz an Daten*, cit., p. 140; Laubenthal, K., *Handbuch Sexualstraftaten*, cit., núm. marg. 1095. En la jurisprudencia, cf. BVerfG NJW 1994, 2412; BVerfG NJW 1995, 248; BGHSt 27, 380; BGH StV 1981, 127; OLG Frankfurt StV 1989, 20; KG Berlin StV 1985, 18; OLG Schleswig, NStZ-RR 2007, 41; OLG Düsseldorf StV 2008, 13; OLG Hamburg NJW 2010, 1893.

⁶³⁶ En España, cf. Luzón Peña, D.-M., “Tentativa y posesión.”, cit., p. 7 de 10 (versión digital); Rey Huidobro, L. F., *El delito de tráfico*, cit., p. 28; Luengo Celadilla, S., *Estudio doctrinal y jurisprudencial del delito de tráfico de drogas*, Reus, Madrid, 2017, p. 73; Cox Leixelard, J. P., *Delitos de posesión*, cit., pp. 180 y ss., 205 y ss. En la jurisprudencia, cf. las SsTS 262/1995 de 27 febrero, 1110/2004 de 5 octubre, 362/2011 de 6 de mayo, 4/2020 de 16 enero y 124/2020 de 31 marzo.

⁶³⁷ La ausencia de una alusión a comportamientos de mantenimiento *comisivos* se debe a que la segunda corriente doctrinal citada, que considera que solo el mantenimiento de la custodia ostenta relevancia típica para las figuras delictivas de posesión, no se ha pronunciado sobre la controversia acerca de la posibilidad de concebir un mantenimiento de la custodia a título comisivo (actos de defensa contra la pérdida inminente de una custodia preexistente).

⁶³⁸ En Alemania, cf. Harms, S., “Ist das „bloße“ Anschauen.”, cit., p. 647; Schreiberbauer, M., *Das Pornographieverbot des § 184 StGB: Grundlagen - Tatbestandsprobleme - Reformvorschläge*, Roderer, Ratisbona, 1999, p. 304; Abel, S., *Besitzdelikte*, cit., pp. 73 y ss.; Pastor Muñoz, N., “Besitz- und Statusdelikte.”, cit., p. 797.

⁶³⁹ En España, cf. Pastor Muñoz, N., *Los delitos de posesión y los delitos de estatus*, cit., pp. 37 y ss.

⁶⁴⁰ Y, dependiendo de la conclusión a que se llegue en la controversia que abordaremos posteriormente – cf. *infra*, V.2 –, también una *omisión*.

que la responsabilidad penal por posesión *consumada* se verificará, tanto cuando su acción⁶⁴¹ dolosa o imprudente⁶⁴² responsable causa, efectivamente, el surgimiento de su propia custodia sobre el objeto típico (ítem “b”), como cuando, tras reconocer el sujeto su propia custodia – impuesta o no – sobre el objeto y las calidades de éste, una omisión⁶⁴³ responsable suya posibilite la persistencia de su custodia sobre la cosa (ítem “c”).

De seguirse, en cambio, la segunda corriente, que considera que los tipos de posesión son exclusivamente omisivos, tan solo se reconocerá responsabilidad penal por posesión (consumada) en la última hipótesis mencionada (ítem “c”).

Ilustrando tales consideraciones con base en el caso 10, imaginemos que, tras recobrar el conocimiento y recibir el alta hospitalaria, “E” llega a su casa, abre su buzón de correo y allí encuentra las drogas que había solicitado a “B”. Acto seguido, “E” cierra el buzón sin retirar las drogas de su interior y entra en su casa.

En el caso de que se siga al primer grupo de autores y decisiones mencionado, se reconocerá la responsabilidad penal de “E” por un delito de posesión consumado, tanto con base en su acción de solicitar a “B” que depositase los estupefacientes en el buzón, como también por su omisión de librarse de los estupefacientes tras conocer que éstos se encuentran en el buzón⁶⁴⁴. En cambio, si se sigue la segunda corriente doctrinal aludida, la responsabilidad penal de “E” por posesión (consumada) tan solo podrá basarse en su omisión de deshacerse de las drogas tras haber constatado la presencia de éstas en su buzón.

Siguiendo con el caso 10, imaginemos que, en el momento en que saca los estupefacientes de su mochila para depositarlos en el buzón de “E”, “B” es detenido por la policía, y que por esta razón no consigue introducir, finalmente, la droga en el buzón. De seguirse la primera corriente doctrinal y jurisprudencial mencionada, “E” deberá ser considerado

⁶⁴¹ Y, dependiendo de la conclusión a que se llegue en la controversia que abordaremos posteriormente – cf. *infra*, V.2 –, también una *omisión*.

⁶⁴² En este último caso, solo cuando el correspondiente tipo de posesión disponga expresamente el castigo de su ejecución imprudente.

⁶⁴³ Y, dependiendo de la conclusión a que se llegue en la controversia que abordaremos posteriormente – cf. *infra*, VI.2 –, también una *acción*. Ello a pesar de que, como hemos destacado, la segunda corriente doctrinal citada, que considera que solo el mantenimiento de la custodia ostenta relevancia típica para las figuras delictivas de posesión, no se ha pronunciado sobre la controversia acerca de la posibilidad de concebir un mantenimiento de la custodia a título *comisivo*.

⁶⁴⁴ Como veremos a continuación, estos dos comportamientos de “E” no serán penados, con todo, de manera acumulativa, sino que serán considerados una unidad de ejecución típica por fuerza de la construcción dogmática del delito permanente. Al respecto, cf. *infra*, IV.2.

responsable de un delito de posesión en grado de tentativa⁶⁴⁵. De seguirse la segunda corriente, “E” no será castigado por un tipo de posesión.

En contra de la inclusión de comportamientos de establecimiento de la custodia en sentido amplio en el ámbito típico de los delitos de posesión, la segunda corriente doctrinal⁶⁴⁶⁻⁶⁴⁷ aduce que tales comportamientos no se confundirían con la “posesión”, sino que serían conductas previas a – y presupuesto de – ella.

Por otro lado, argumenta que tales conductas ya se hallarían castigadas por separado en otros tipos penales que no son de posesión. Para ilustrar esta afirmación, la segunda corriente doctrinal suele aludir al apartado 1, núm. 1 del § 29 BtMG, el cual criminaliza la adquisición de sustancias estupefacientes, que se corresponde con la clase de conductas descrita arriba en el ítem “b”. Y también al § 184b, apdo. 3 StGB, que va más allá y castiga, al lado – y con la misma pena – de la posesión, el mero “emprendimiento de la consecución, para sí mismo, de la posesión” de pornografía infantil; y sin requerir, por tanto, que el acto de consecución haya dado lugar al efectivo surgimiento de la propia custodia sobre el objeto típico. El tipo abarca, por consiguiente, no solo la clase de comportamientos descrita arriba en el ítem “b”, sino también aquella expuesta en el ítem “a”⁶⁴⁸.

⁶⁴⁵ En el caso específico del tipo de posesión de estupefacientes alemán, sin embargo, la aplicación del § 23, apdo. 1 StGB hace que dicha tentativa sea impune, porque el tipo de posesión del § 29, apdo. 1, núm. 3 BtMG es un delito menos grave que no establece expresamente el castigo del *conatus*. Lo mismo no puede ser dicho, empero, con respecto a tipos de posesión alemanes como el del § 328, apdo.1 StGB, el cual, a pesar de también constituir un delito menos grave, tiene su ejecución imperfecta conminada expresamente en el apartado 4 del precepto citado. Ni tampoco con respecto a los tipos de posesión del derecho español, pues el art. 14 CP no establece condicionamientos a la punición de la tentativa semejantes a los contenidos en el § 23, apdo. 1 StGB.

⁶⁴⁶ En Alemania, cf. Schreiberbauer, M., *Das Pornographieverbot des § 184 StGB*, cit., p. 304; Abel, S., *Besitzdelikte*, cit., p. 66; Harms, S., “Ist das „bloÙe“ Anschauen..”, cit., p. 647; Pastor Muñoz, N., “Besitz- und Statusdelikte..”, cit., p. 797. Así también, Lagodny, O., *Strafrecht vor den Schranken*, cit., p. 325; Struensee, E., “Besitzdelikte”, cit., p. 717. Estos dos últimos autores no defienden, sin embargo, una calidad omisiva de los tipos de posesión, sino que sostienen su *inconstitucionalidad* por ausencia de criminalización de un comportamiento humano.

⁶⁴⁷ En España, cf. Pastor Muñoz, N., *Los delitos de posesión y los delitos de estatus*, cit., p. 38.

⁶⁴⁸ El mentado verbo típico pertenece a la categoría de los “delitos de emprendimiento propios” (“echte Unternehmensdelikte”), para los cuales el § 11, apdo. 1, núm. 6 StGB equipara la tentativa a la consumación y permite, por tanto, castigar un comportamiento que correspondería a la fase de ejecución imperfecta del delito con la misma pena del delito consumado. Al respecto, cf. Radtke, H., “§ 11”, en *Münchener Kommentar zum StGB*, vol. 1, 4ª ed., C. H. Beck, Munich, 2020, núm. marg. 133 y s.

Ninguno de los dos argumentos contrarios a la inclusión de comportamientos de establecimiento de custodia en sentido amplio en las figuras típicas de posesión demuestra, empero, ser convincente. El primero de ellos, según el cual tales comportamientos no se confundirían con la “posesión”, sino que serían conductas previas a – y presupuesto de – ella, pierde su poder persuasivo si se distinguen debidamente los dos posibles sentidos del término “posesión”⁶⁴⁹:

Si hablásemos de la posesión como el *dominio fáctico sobre la cosa*, que constituye el estado de cosas o resultado prohibido de los tipos de posesión – y que es denominado en este trabajo “custodia” –, realmente sería necesario dar la razón al citado argumento y admitir que la posesión no se confunde con los comportamientos de establecimiento de custodia en sentido amplio.

La presente discusión no se refiere, empero, a este primer posible sentido de la posesión, sino a su acepción de *título de imputación*. Más concretamente, alude a si el título de imputación de la posesión debe ser identificado exclusivamente con las conductas de mantenimiento de la custodia sobre el objeto o si puede ser identificado, no solo con estas conductas, sino también con los comportamientos de establecimiento de custodia en sentido amplio.

Y es que, si vinculamos el argumento aquí criticado con la posesión en cuanto título de imputación – que, como dijimos, es la acepción de la posesión a tener en cuenta en la presente controversia –, será posible notar que dicho argumento es una petición de principio. Pues a la pregunta “¿por qué no se puede identificar el título de imputación de la posesión con comportamientos de establecimiento de la custodia en sentido amplio?”, contesta con la afirmación de que “comportamientos de establecimiento de la custodia en sentido amplio no se confunden con el título de imputación de la posesión”.

Dicho esto, atendamos ahora al segundo argumento, el cual alega que, por estar previstos por separado en tipos que no son de posesión, los comportamientos de establecimiento de custodia en sentido amplio no estarían abarcados, al mismo tiempo, en las correspondientes figuras delictivas de posesión.

Ante todo, se ha de decir que esta argumentación se basa en una mezcla incorrecta entre cuestiones relacionadas con la tipicidad y problemas concursales de las figuras delictivas de posesión. Solapamientos entre acciones típicas como la adquisición de

⁶⁴⁹ Para esta y otras distinciones terminológicas seguidas en este trabajo, cf. *supra*, capítulo 1, apartado II.

determinado objeto y un tipo de posesión referido al mismo objeto deben ser resueltos en el ámbito del concurso de leyes⁶⁵⁰. Lo que no procede es reducir de manera apriorística el ámbito de incidencia de los tipos de posesión.

No menos importante es resaltar, por otra parte, que esta propuesta de reducción del ámbito de incidencia de los tipos de posesión contradice el propio texto literal de determinadas figuras delictivas del derecho alemán. Y que produce, en consecuencia, una indefendible impunidad de la adquisición intentada y consumada de los correspondientes objetos típicos:

Así, el § 328 StGB, que tipifica diferentes formas de manejo no autorizado de materiales radioactivos o de otros materiales o mercancías peligrosas, castiga en su apartado 1 el almacenamiento no autorizado de combustible nuclear o de otros materiales radioactivos peligrosos. Mientras que el apartado 4 de la misma norma castiga expresamente la tentativa de almacenar los susodichos objetos⁶⁵¹.

Ahora bien, imaginemos que un individuo realiza dolosamente una conducta que pone en marcha un proceso causal de surgimiento de su custodia no autorizada sobre combustible nuclear u otros materiales radioactivos peligrosos, pero su custodia no surge por causas ajenas a su voluntad (ítem “a”). Si siguiésemos la argumentación aquí criticada, que pretende dejar conductas de establecimiento de la custodia en sentido amplio fuera de los tipos de posesión, sería necesario concluir que dicho individuo *no practicó* el delito de posesión en cuestión en su modalidad intentada. Esta conclusión se halla, con todo, en clara contrariedad con el texto literal del apartado 4 del § 328 StGB.

La intención legislativa, materializada en el apartado 4 del § 328 StGB, de insertar el citado comportamiento en el ámbito del tipo de posesión del § 328, apdo. 1 StGB como su modalidad imperfecta de ejecución, deviene especialmente clara si se tiene en cuenta que, en el derecho penal alemán, la punición de la tentativa en delitos menos graves como el

⁶⁵⁰ Incliniéndose en el sentido de la aplicación del principio de subsidiariedad en virtud de la función de recogida (“Auffangsfunktion”) del tipo de posesión con respecto a conductas típicas alternativas de adquisición o de “emprendimiento de la consecución” simultáneamente aplicables, Hochmayr, G., *Strafbarer Besitz*, cit., p. 87; Eckstein, K., *Besitz*, cit., p. 212; Eisele, J., “§ 184b”, cit., núm. marg. 49. Defendiendo que la posesión configura un hecho posterior copenado con respecto a conductas típicas alternativas de adquisición simultáneamente aplicables, Kotz, P./Oğlakcioğlu, M. T., “BtMG § 29”, cit., núm. marg. 1092.

⁶⁵¹ Destacando tal circunstancia, Eckstein, K., *Besitz*, cit., pp. 212 y s.

aludido⁶⁵² depende – en virtud del § 23, apdo. 1 StGB⁶⁵³ – de una previsión expresa en tal sentido.

Por otra parte, es necesario atender a que, en el derecho alemán, la tentativa de adquisición de combustible nuclear u otros materiales radioactivos peligrosos *no se halla criminalizada* en tipos que no son de posesión (a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, en el contexto de la pornografía infantil). Al excluir la tentativa de adquisición de dichos objetos del alcance del § 328 StGB, la argumentación criticada produciría, como necesaria y absurda consecuencia, *la impunidad de dicha tentativa*.

Las mismas consideraciones son aplicables, *mutatis mutandis*, a los – menos probables – supuestos en que un individuo realiza una conducta dolosa que realmente hace surgir su custodia no autorizada sobre combustible nuclear u otros materiales radioactivos peligrosos (ítem “b”), pero no mantiene, posteriormente, su custodia de manera penalmente responsable⁶⁵⁴. Si considerásemos que conductas de establecimiento de custodia en sentido amplio no están recogidas en los tipos de posesión, sería necesario concluir que el citado comportamiento de establecimiento de custodia consumado no encaja en el tipo alemán de posesión de combustible nuclear u otros materiales radioactivos peligrosos.

Esta conclusión sería, con todo, equivocada tanto en su fundamento como en sus consecuencias. Pues obviaría que, si el apartado 4 del § 328 StGB quiso incluir la tentativa de adquisición en el tipo de posesión de su apartado 1, con más razón, también quiso ver abarcada la adquisición consumada. Y conduciría, de cara a la ausencia de una criminalización, en otros tipos alemanes, de la adquisición consumada de combustible nuclear u otros materiales radioactivos peligrosos, a la impunidad de dicha adquisición si a ella no le suceden (o no se pueden probar) comportamientos de mantenimiento de custodia.

⁶⁵² El § 12, apdo. 2 StGB designa como delitos menos graves (“Vergehen”) los hechos antijurídicos conminados con una pena privativa de libertad mínima inferior a un año, o con pena de multa. Por su parte, el § 328, apdo. 1 StGB no establece una pena privativa de libertad mínima para las conductas que tipifica, sino tan solo una pena máxima de 5 años o, alternativamente, una pena de multa.

⁶⁵³ “§ 23. Punibilidad de la tentativa: (1) La tentativa de un delito grave siempre es punible, [mientras] la tentativa de un delito menos grave solo lo es, cuando la ley así disponga expresamente”.

⁶⁵⁴ Piénsese, por ejemplo, en una situación como la del caso 10, o también en un supuesto fáctico en el cual no resultan probados comportamientos penalmente responsables de mantenimiento de la custodia, sino solamente una conducta de establecimiento de custodia consumado.

En el derecho español, tampoco se puede llegar a conclusión distinta. La exclusión de conductas de establecimiento de la custodia en sentido amplio del alcance de los tipos de posesión tropezaría con obstáculos insuperables, de entrada, en la figura delictiva de posesión con mayor relevancia práctica en tal ordenamiento jurídico-penal, a saber, el tipo de posesión de estupefacientes previsto en el art. 368 CP⁶⁵⁵.

Y es que, en el derecho español, ni la tentativa de adquisición (ítem “a”) ni la adquisición consumada (ítem “b”) de estupefacientes con finalidad de tráfico se hallan conminadas en tipos que no son de posesión⁶⁵⁶. La punición de estas conductas solo resulta posible si se considera que son, respectivamente, la modalidad intentada y consumada del tipo de posesión del art. 368 CP.

De entenderse, con la corriente doctrinal criticada, que los comportamientos de establecimiento de custodia en sentido amplio no están recogidos en los tipos de posesión españoles, se llegaría a la absurda conclusión de que la adquisición intentada y consumada de estupefacientes con finalidad de tráfico no se subsumen en el art. 368 CP y que, por tanto, deben ser impunes.

En contra de nuestra argumentación, se podría objetar que la adquisición intentada y consumada de estupefacientes con finalidad de tráfico sí que se subsumiría, en España, en tipos que no son de posesión. Concretamente, en la modalidad intentada y consumada del verbo típico de tráfico, o en los verbos típicos subsidiarios de promoción, favorecimiento o facilitación del consumo ilegal de drogas “de otro modo” del art. 368 CP, en su modalidad intentada o consumada.

Prescindiremos aquí de avanzar las razones por las cuales tal subsunción deviene cuestionable. En vez de ello, nos limitaremos a poner de manifiesto que, de afirmarse que ella es posible, habría que afirmar, con más razón, que las mentadas conductas de adquisición intentada y consumada también son subsumibles, respectivamente, como tentativa y como consumación de la modalidad típica de posesión. Modalidad típica esta que desplazará, consecuentemente, la de tráfico en virtud del principio de especialidad (art.

⁶⁵⁵ “Artículo 368. Los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines, serán castigados con las penas de prisión de tres a seis años y multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito si se tratare de sustancias o productos que causen grave daño a la salud, y de prisión de uno a tres años y multa del tanto al duplo en los demás casos”.

⁶⁵⁶ Salvo que dichas conductas de adquisición intentada o consumada constituyan, al mismo tiempo, una *importación* intentada o consumada de la sustancia estupefaciente. Estas hipótesis excepcionales se subsumen en el art. 2.3, letra “a” en conexión con el art. 2.1, letra “a” LRC.

8, circunstancia 1ª del CP), y los citados verbos típicos subsidiarios en virtud del principio de subsidiariedad (art. 8, circunstancia 2ª del CP).

Como se ve, la relación concursal entre el tipo de posesión del art. 368 CP y las modalidades de tráfico y de promoción, favorecimiento o facilitación del consumo ilegal de drogas “de otro modo” es precisamente *inversa* a la que rige, por ejemplo, entre el tipo alemán de posesión (§ 29, apdo. 1, núm. 3 BtMG) y el de adquisición (§ 29, apdo. 1, núm. 1 BtMG) de estupefacientes. Pues, en vez de desplazar al tipo de posesión, los citados verbos típicos del art. 368 CP *son desplazados* por él. Lo cual deviene inconciliable con la premisa fundamental del argumento criticado, que pretende justificar la necesidad de excluir conductas de establecimiento de custodia en sentido amplio del alcance de los tipos de posesión en la alegación de que el *locus* preferente para la subsunción de dichas conductas serían figuras delictivas que no son de posesión.

La alegación de que la adquisición intentada y consumada de estupefacientes con finalidad de tráfico estaría recogida en la modalidad intentada y consumada del verbo típico de tráfico, o como tentativa o consumación de los verbos típicos subsidiarios de promoción, favorecimiento o facilitación del consumo ilegal de drogas “de otro modo” del art. 368 CP, no sería capaz, por tanto, de justificar la exclusión de comportamientos de establecimiento de custodia en sentido amplio del alcance del tipo español de posesión de estupefacientes.

Todas estas consideraciones permiten ver, en suma, que la inclusión de los comportamientos de establecimiento de la custodia en sentido amplio en los tipos de posesión es una consecuencia necesaria de la comprensión de estas figuras típicas como delitos de comportamiento y de resultado.

Por tanto, si se considera la custodia como el resultado prohibido por los tipos de posesión, resultado éste cuya imputación solamente se puede legitimar mediante el recurso a comportamientos anteriores o posteriores causales para su surgimiento o persistencia, se deberá comprender que el *proceso de causación* de tal resultado, en sí mismo, constituye *el proceso de ejecución* del delito de posesión. Si este proceso de ejecución no produce, por causas ajenas a la voluntad del autor, un efectivo surgimiento de su custodia sobre el objeto típico (ítem “a”), deberá ser subsumido en el correspondiente tipo de posesión en su modalidad imperfecta de ejecución (tentativa)⁶⁵⁷.

⁶⁵⁷ Como hemos visto, en el derecho alemán el castigo de tal tentativa dependerá – en virtud del § 23, apdo. 1 StGB – de si el tipo de posesión concretamente aplicable tiene la calidad de delito grave (“Verbrechen”) o, faltando esta calidad, de si dispone expresamente el castigo de la tentativa.

Si, por el contrario, la custodia surge, efectivamente, como consecuencia del proceso de ejecución puesto en marcha por el autor (ítem “b”), habrá consumación delictiva del tipo de posesión concretamente aplicable⁶⁵⁸.

Ante lo expuesto, se concluye que los tipos de posesión no solo abarcan las conductas de mantenimiento de una custodia preexistente sobre el objeto típico, sino también los comportamientos de establecimiento de la custodia en sentido amplio. La propuesta de la doctrina minoritaria alemana y española, que defiende la exclusión de esta última clase de comportamientos de la incidencia de los tipos de posesión, no debe ser seguida.

V.2. El carácter comisivo u omisivo

Una segunda y más reciente controversia se refiere al carácter comisivo u omisivo del establecimiento de la custodia, es decir, a la posibilidad de entender que esta surge tanto en virtud de un comportamiento activo como de una conducta omisiva del sujeto típico.

En general, los autores que admiten la inclusión del establecimiento de la custodia en los tipos de posesión suelen identificarlo con comportamientos comisivos del sujeto típico⁶⁵⁹⁻⁶⁶⁰.

Planteamientos como el de Eckstein cuestionan, con todo, tal identificación. El autor sustenta que, si los delitos de posesión son delitos de comportamiento, el establecimiento de la custodia no siempre ocurrirá mediante un comportamiento comisivo. En su opinión, constelaciones de casos en sentido inverso son imaginables: así,

⁶⁵⁸ Así también, Hochmayr, G., *Strafbarer Besitz*, cit., p. 85.

⁶⁵⁹ En Alemania, cf. por ejemplo Kotz, P./Oğlakcioğlu, M. T., “BtMG § 29”, cit., núm. marg. 1094; Oğlakcioğlu, M. T., *AT Betäubungsmittelstrafrecht*, cit., p. 115; Baumann, J., *Besitz an Daten*, cit., p. 141; Perron, W./Eisele, J., “§ 184b”, cit., núm. marg. 15.

⁶⁶⁰ En España, cf. por ejemplo Luzón Peña, D.-M., “Tentativa y posesión..”, cit., p. 7 de 10 (versión digital); Rey Huidobro, L. F., *El delito de tráfico*, cit., p. 28; Luengo Celadilla, S., *Tráfico de drogas*, cit., p. 73; Borja Jiménez, E., “Delitos de posesión: una perspectiva..”, cit., p. 48.

la no intervención del individuo contra una custodia que él nota que un tercero le está imponiendo configuraría un *establecimiento de custodia mediante omisión*⁶⁶¹⁻⁶⁶².

Como ejemplo de tal clase de situaciones fácticas, Eckstein brinda el siguiente caso didáctico:

Caso 14: “En el aeropuerto, E nota que otro pasajero le está metiendo un pequeño paquete en la mochila [de E]. Él sospecha inmediatamente que se trata de estupefacientes. Aun así, no tiene la intención de librarse de este inesperado regalo”⁶⁶³.

Como hemos alegado anteriormente⁶⁶⁴, pretender excluir comportamientos omisivos en el establecimiento del poder fáctico sobre el objeto con base en la mera constatación empírica de la preponderancia, en la práctica, del establecimiento mediante acción, incurriría en una falacia naturalista. Pues implicaría obviar que el mentado establecimiento omisivo también encaja en el texto literal de los tipos de posesión.

Por otro lado, a nivel normativo también cabe atender a la observación de Hochmayr en el sentido de que, si el ciudadano debe “terminar tan rápido como sea posible una custodia que se le ha impuesto sobre una cosa, también puede ser obligado a evitar, dentro de sus posibilidades, el propio surgimiento de [su] custodia”⁶⁶⁵.

Las conductas de establecimiento omisivo del propio poder fáctico sobre el objeto deben ser incluidas, por tanto, en el ámbito de los tipos de posesión.

⁶⁶¹ Eckstein, K., *Besitz*, cit., pp. 143 y ss.; Eckstein, K., “Grundlagen..”, cit., p. 110, nota 20. En el mismo sentido en la doctrina alemana, Schroeder, F.-C., “Besitz..”, cit., p. 448; Eisele, J., “Vorbemerkungen zu den §§ 13 ff.”, cit., núm. marg. 42; Hochmayr, G., *Strafbarer Besitz*, cit., p. 101, nota 474.

⁶⁶² En la doctrina de habla española, Cox Leixelard, J. P., *Delitos de posesión*, cit., p. 184, admite la posibilidad de un establecimiento de custodia mediante omisión. Sin embargo, como hemos visto, defiende que los tipos de posesión son exclusivamente comisivos (cf. *supra*, III.2).

⁶⁶³ Eckstein, K., *Besitz*, cit., p. 143.

⁶⁶⁴ Cf. *supra*, III.2.

⁶⁶⁵ Hochmayr, G., *Strafbarer Besitz*, cit., p. 101, nota 474.

VI. El mantenimiento de la custodia sobre el objeto típico: controversias dogmáticas específicas

VI.1. Objeciones a la inclusión en el tipo

Hemos visto ya que determinados planteamientos de la doctrina española y alemana pretenden clasificar los delitos de posesión como exclusivamente omisivos. Lo cual acarrearía, de seguirse tales planteamientos, suprimir el plano de análisis relativo al establecimiento de la custodia.

En cambio, un raciocinio en sentido inverso, que sustenta que solo el plano de análisis del *establecimiento* de la custodia es relevante en los delitos de posesión, encuentra acogida en el planteamiento de Borja Jiménez. El autor denomina los supuestos de custodia impuesta como meros “casos de laboratorio” y sustenta, en consecuencia, que las conductas que hacen persistir una custodia típica preexistente no son relevantes para los tipos de posesión⁶⁶⁶.

Su afirmación es infundada, tanto fáctica como dogmáticamente.

Es fácticamente infundada porque, el hecho de que los casos de custodia impuesta no sean los más probables no quiere decir que no sean plausibles. Ya hemos visto un supuesto de hecho, el de la STS 412/2017 de 7 junio, en el que, en el momento en que la policía encontró el arma en la casa del acusado, él se encontraba en la cárcel y era, por tanto, incapaz de deshacerse personalmente del arma⁶⁶⁷.

Sería plausible, por tanto, una situación similar en que, mientras un individuo que es investigado por la práctica de un delito se halla en la cárcel, un tercero coloca, a sabiendas de la alta probabilidad de la inminente realización de una diligencia de entrada de registro en la casa del investigado, un arma en la vivienda de este último. En un supuesto como este, la afirmación o negación de la responsabilidad penal del detentador de la custodia inicialmente impuesta dependerá, inevitable y exclusivamente, del análisis

⁶⁶⁶ Borja Jiménez, E., “Delitos de posesión: ¿una respuesta dogmática..?”, cit., pp. 500 y s.

⁶⁶⁷ En el mentado caso no hubo, sin embargo, una imposición de custodia, sino un establecimiento responsable de ésta, el cual fue inferido por el tribunal supremo de la circunstancia de que, antes de que la policía realizase la diligencia de entrada y registro en su casa, el propio acusado había avisado a las autoridades que la pistola se hallaba en el cajón de su mesilla de noche. La sentencia no examina, empero, si el mantenimiento de la custodia ha ocurrido de manera penalmente responsable. Para analizar esta cuestión habría sido necesario averiguar si el acusado era capaz de solicitar a su esposa o a su hija, desde la prisión, que se deshicieran del arma por él, así como si la acción de realizar tal petición le era exigible.

del plano del mantenimiento de la custodia bajo la perspectiva de la dogmática de los delitos omisivos⁶⁶⁸.

Y es dogmáticamente equivocada porque ignora que el tratamiento jurídico otorgado a los casos de custodia impuesta – a saber, la exclusión del plano de análisis del establecimiento de la custodia y la correspondiente necesidad de examinar el plano del mantenimiento – no se restringe a tal constelación de casos menos frecuente. Dicho tratamiento también se corresponde, por una parte, con otras tres constelaciones fácticas considerablemente más probables, a saber, los casos de custodia impuesta *referente a la calidad del objeto* en los cuales no se puede castigar al detentador de custodia por su establecimiento imprudente, sea porque el tipo de posesión en cuestión no castiga expresamente la imprudencia⁶⁶⁹, o sea porque el comportamiento concreto de establecimiento no cumple los requisitos de responsabilidad de una ejecución imprudente legalmente conminada del tipo de posesión. Y se corresponde, además, con los supuestos de hecho en que no resulta probado un acto responsable de establecimiento de la custodia sobre el objeto.

En todas estas tres constelaciones fácticas, el establecimiento de la custodia sobre el objeto típico es impune. En las dos primeras constelaciones, la impunidad se debe a la ausencia de tipicidad u otros requisitos de la responsabilidad imprudente. En la tercera, se deriva de la aplicación del principio de presunción de inocencia. Excluir el examen del plano de análisis del mantenimiento de la custodia bajo la perspectiva del delito omisivo conduciría, en consecuencia, a la *impunidad automática* de las tres citadas constelaciones fácticas, con una consecuente restricción indebida del alcance de los tipos de posesión.

A la aludida impunidad automática cabe añadir la *punición automática* del mantenimiento de la custodia que tal planteamiento acarrea en situaciones como la del caso 13, en que el sujeto establece su custodia de manera responsable, pero, al perder la capacidad para deshacerse del objeto detentado, ya no puede ser responsabilizado por el mantenimiento del objeto en su poder.

⁶⁶⁸ Será necesario analizar, entre otras cuestiones, si el detentador de la custodia era sabedor de esta en el momento en que la policía descubrió el objeto en su casa, y si le era posible y exigible dirigir, desde la cárcel, una petición a terceros para que éstos suprimiesen la custodia por él.

⁶⁶⁹ V. por ejemplo el caso 4, en que “E” toma en custodia un paquete con drogas sin saber de su contenido. Se trata del supuesto de hecho de la sentencia del tribunal supremo alemán BGH StV 1981, 127 y ss. Una situación similar, relativa al tipo alemán de posesión de pornografía infantil, se dio en el supuesto de hecho del auto BGH StV 2017, 36.

Como hemos visto, en el caso 13, mientras “E” esté inconsciente e incapaz de acción, la *persistencia* del objeto en su esfera de custodia no podrá ser reconducida ni a una acción ni a una omisión de su parte, razón por la cual la etapa de mantenimiento de la custodia devendrá impune. Este diagnóstico presupone, sin embargo, que se pueda *analizar* la etapa de mantenimiento con base en la dogmática de los delitos omisivos.

Al proponer que se elimine el plano de análisis del mantenimiento de la custodia, el planteamiento de Borja Jiménez impide vincular la responsabilidad penal de “E” por la persistencia de su custodia a la constatación de comportamientos responsables suyos. El único factor que permitiría verificar la persistencia de su responsabilidad penal por posesión sería la continuidad de la propia custodia típica. En consecuencia, “E” debería responder penalmente por la persistencia de los estupefacientes en su buzón de correo durante los dos años en que estuvo inconsciente en el hospital *por la mera circunstancia de que las drogas hayan permanecido allí*.

Dicha solución estaría de acuerdo con la definición de delito permanente brindada por el autor⁶⁷⁰, la cual implica vincular la extensión temporal de la consumación de los tipos de posesión a la correspondiente extensión temporal del mero “estado antijurídico” de la custodia⁶⁷¹. Pero acarrearía una punición automática del mantenimiento de la custodia sin la necesidad de reconducirlo a un correspondiente comportamiento de su detentador. Lo cual, como ya hemos aclarado, es ilegítimo tanto en su fundamento jurídico como en sus consecuencias para el instituto de la prescripción jurídico-penal⁶⁷².

Las consecuencias dogmáticas resultantes de la exclusión de comportamientos que hacen persistir la custodia sobre el objeto descrito en las figuras delictivas de posesión son inadmisibles. Dichos comportamientos deben considerarse comprendidos, por tanto, en el ámbito de los tipos de posesión.

VI.2. El carácter omisivo o comisivo

En el plano del mantenimiento de la custodia, se da una controversia con signo inverso al de la analizada en el plano del establecimiento⁶⁷³: mientras al mantenimiento

⁶⁷⁰ Al respecto, v. *supra*, IV.2.1.

⁶⁷¹ Ello a pesar de que Borja Jiménez no defiende expresamente, en el contexto de los tipos de posesión, que su conceptualización del delito permanente deba producir tal consecuencia práctica.

⁶⁷² Al respecto, *supra*, IV.2.1.

⁶⁷³ Cf. *supra*, V.2.

de la custodia se le suele atribuir una calidad omisiva⁶⁷⁴⁻⁶⁷⁵, Eckstein argumenta que, si los delitos de posesión son delitos de comportamiento, el mantenimiento de la custodia podría ocurrir tanto mediante conductas omisivas como mediante comportamientos *comisivos*. Esta última clase de comportamientos estaría presente cuando el sujeto típico realiza un acto de defensa contra la pérdida inminente de la propia custodia sobre la cosa⁶⁷⁶⁻⁶⁷⁷.

Un ejemplo de situaciones en que la custodia sobre el objeto típico es mantenida por el individuo mediante un comportamiento comisivo puede ser visto en un caso didáctico abordado anteriormente:

Caso 9: “E” llega a su casa y sorprende a su vecino, “B”, que se ha introducido en su casa y está abriendo un cajón con la intención de apoderarse de los estupefacientes que “E” guarda allí. “E” le propina una paliza a “B” y lo expulsa de la casa, evitando así que “B” se apodere de las drogas⁶⁷⁸.

Las consideraciones realizadas anteriormente para afirmar la posibilidad de reconocer un establecimiento de custodia mediante omisión son aplicables, *mutatis mutandis*, al mantenimiento mediante acción. Si excluyéramos comportamientos comisivos que mantienen un poder fáctico preexistente sobre el objeto típico con base en la mera mayor frecuencia en la práctica del mantenimiento de tal poder fáctico mediante omisión, incurriríamos en una falacia naturalista. Pues el mentado mantenimiento comisivo también encaja en el texto literal de los tipos de posesión.

⁶⁷⁴ En Alemania, cf. por ejemplo Kotz, P./Oğlakcioğlu, M. T., “BtMG § 29”, cit., núm. marg. 1094; Oğlakcioğlu, M. T., *AT Betäubungsmittelstrafrecht*, cit., p. 115; Baumann, J., *Besitz an Daten*, cit., p. 141; Pastor Muñoz, N., “Besitz- und Statusdelikte..”, cit., p. 797. A pesar de admitir la posibilidad de que el establecimiento de la custodia se dé tanto mediante acción como mediante omisión, Eisele, J., “Vorbemerkungen zu den §§ 13 ff.”, cit., núm. marg. 42 identifica el mantenimiento de la custodia exclusivamente con comportamientos omisivos.

⁶⁷⁵ En España, cf. Pastor Muñoz, N., *Los delitos de posesión y los delitos de estatus*, cit., pp. 39 y ss.

⁶⁷⁶ Cf. Eckstein, K., *Besitz*, cit., pp. 143 y ss.; Eckstein, K., “Grundlagen..”, cit., p. 110, nota 20. En el mismo sentido, Schroeder, F.-C., “Besitz..”, cit., p. 448. Hochmayr, G., *Strafbarer Besitz*, cit., pp. 96, 147 sostiene una posición muy poco clara acerca de la posibilidad de interpretar acciones de defensa contra la pérdida de una custodia preexistente como hipótesis de mantenimiento de la custodia mediante comisión.

⁶⁷⁷ En la doctrina española, Cox Leixelard, J. P., *Delitos de posesión*, cit., p. 182, admite que el mantenimiento de la custodia “puede integrarse fenoménicamente tanto por acciones como por omisiones”. Su reconocimiento de una calidad comisiva a los tipos de posesión no se debe, sin embargo, a la mentada circunstancia sino, como se vio, a consideraciones de carácter normológico (cf. *supra*, III.2).

⁶⁷⁸ Adaptación del caso didáctico de Eckstein, K., *Besitz*, cit., p. 145.

Y, a nivel normativo, si al ciudadano se le impone el deber de no hacer surgir una relación de poder fáctico sobre los objetos descritos en los tipos de posesión, también se le puede obligar a no defenderse contra la pérdida inminente de una custodia preexistente sobre los citados objetos.

Ante lo expuesto, se concluye que las conductas de mantenimiento comisivo del poder fáctico sobre el objeto típico también deben ser incluidas en el ámbito de incidencia de los tipos de posesión.

VI.3. ¿Omisión propia o impropia?

Una tercera controversia, que adquiere especial importancia práctica en el plano del mantenimiento de la custodia, se refiere a la clasificación como propias o impropias de las omisiones que hacen persistir⁶⁷⁹ una custodia preexistente – impuesta o no – sobre el objeto típico.

En Alemania, prevalece su clasificación como omisiones propias⁶⁸⁰, mientras que en España no hay todavía una variedad de pronunciamientos, siendo Pastor Muñoz – cuya posición será expuesta abajo – la única autora que se ha pronunciado, hasta el momento, sobre el asunto.

Para hacer responsables penalmente a título omisivo, conforme al tipo de posesión del § 326, apdo. 1, 6º verbo típico StGB, a los propietarios de terrenos donde se hallan depósitos ilegales de desechos dejados por terceros, la opinión dominante en Alemania exige, sin embargo, una posición de garante⁶⁸¹.

⁶⁷⁹ Y – dependiendo de la posición que se defienda en la controversia expuesta *supra*, V.2 – también de las omisiones que dan lugar al *surgimiento* de la custodia.

⁶⁸⁰ En Alemania, cf. Perron, W./Eisele, J., “§ 184b”, cit., núm. marg. 15; Eisele, J., “Vorbemerkungen zu den §§ 13 ff.”, cit., núm. marg. 42; Hochmayr, G., *Strafbarer Besitz*, cit., pp. 97 y ss.; Kotz, P./Oğlakcioğlu, M. T., “BtMG § 29”, cit., núm. marg. 1094; Oğlakcioğlu, M. T., *AT Betäubungsmittelstrafrecht*, cit., p. 115; Baumann, J., *Besitz an Daten*, cit., p. 223; Harms, S., “Ist das „bloße“ Anschauen..”, cit., p. 647; Schreibauer, M., *Das Pornographieverbot des § 184 StGB*, cit., p. 304; Abel, S., *Besitzdelikte*, cit., pp. 84 y ss.; Eckstein, K., *Besitz*, cit., p. 169. Reconociéndolo implícitamente, LG Freiburg, “Urteil vom 11. Juli 2011” – 7 Ns 81 Js 1434/09 –, juris. Contrariamente, Weber, K., *BtMG*, cit., BtMG § 29, núm. marg. 1322; Laubenthal, K., *Handbuch Sexualstraftaten*, cit., núm. marg. 1096.

⁶⁸¹ Al respecto, cf. Heine, G./Schittenhelm, U., “§ 326”, en Schönke/Schröder (eds.), *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 30ª ed., C. H. Beck, Múnich, 2019, núm. marg. 11, con más referencias.

Desde una perspectiva estrictamente pragmática, merecería preferencia una clasificación de las citadas omisiones como propias. Pues, si considerásemos que las omisiones que mantienen una custodia preexistente son impropias, la consecuente exigencia de una posición de garante, inherente a los delitos omisivos impropios, solo permitiría afirmar la responsabilidad penal omisiva por mantenimiento de la custodia en dos hipótesis:

La primera sería cuando un comportamiento precedente del sujeto típico hubiese puesto en peligro al bien jurídico protegido por los tipos de posesión (injerencia). Lo cual, en este contexto, se traduciría en una restricción de la incidencia de estos tipos a situaciones en que también resulta probado que el individuo ha *establecido*, mediante acción u omisión, su custodia sobre el objeto típico. Y la segunda hipótesis serían los casos excepcionales en que preceptos legales o contractuales obligasen al sujeto típico a suprimir dicha custodia⁶⁸².

En consecuencia, las limitaciones inherentes a los delitos omisivos impropios conducirían a una indeseable restricción del alcance de las figuras delictivas de posesión.

Se podría intentar superar dichas dificultades adoptando, en lugar de la concepción tradicional de los delitos omisivos impropios, un planteamiento como el de Pastor Muñoz. Con respaldo en la equiparación jakobsiana entre comisión por acción y comisión por omisión⁶⁸³, defiende esta autora la clasificación de los tipos de posesión como omisivos impropios. Argumenta que, en ellos, se “castiga al autor de la posesión porque ha incumplido el deber que deriva de la posición de garante que ocupa, a saber, el deber de poner fin a la posesión de ese objeto”⁶⁸⁴.

Al reconocer una posición “general” de garante, es decir, una impuesta a todos los ciudadanos – y no solo a aquellos obligados a actuar en virtud de injerencia o en virtud de deberes legales o contractuales – que les exige librarse de objetos prohibidos que caigan bajo su esfera de custodia, la posición de Pastor Muñoz es capaz de eliminar las indeseables consecuencias prácticas que resultarían de la clasificación del mantenimiento omisivo de la custodia como una omisión impropia.

Pero este planteamiento no es conciliable con el art. 11 CP ni con el § 13 StGB, que vinculan la responsabilidad omisiva impropia a la existencia de una correspondiente

⁶⁸² Destacando tales aspectos, Hochmayr, G., *Strafbarer Besitz*, cit., p. 100.

⁶⁸³ Al respecto, v. también *supra*, III.2.

⁶⁸⁴ Pastor Muñoz, N., *Los delitos de posesión y los delitos de estatus*, cit., pp. 38 y ss.

figura delictiva comisiva en la parte especial⁶⁸⁵. Y, en el contexto específico del derecho español, incurre también en analogía *contra reum* al crear, por vía exegetica, una posición “general” de garante más allá de aquellas expresamente previstas en las letras “a” y “b” del art. 11 CP.

En contra de esta última aseveración, se podría objetar, teniendo como base la concepción material de la posición de garante prevalente en la doctrina española⁶⁸⁶, que sí que sería posible reconocer una posición de garante en hipótesis que no encajan en las letras “a” y “b” del art. 11 CP con base en la “teoría de las funciones”, y sin que tal reconocimiento implique afirmar una posición “general” de garante del ciudadano. En el contexto de las figuras delictivas de posesión, este raciocinio implicaría afirmar que, cuando el sujeto típico ha asumido una función de protección de un bien jurídico o de control de una fuente de peligro, tendrá una posición de garante que le impone un correspondiente deber de evitar el surgimiento y/o la persistencia del propio poder fáctico sobre un objeto descrito en un tipo de posesión⁶⁸⁷.

La aplicación de este planteamiento produciría algunas hipótesis adicionales – es decir, no deducibles de la lectura del art. 11 CP con base en el criterio formal de la posición de garante – en que la teoría de las funciones afirmarían un deber de garante a los efectos de suprimir la propia custodia sobre el objeto. Ello se daría, por ejemplo, cuando un individuo invita a terceros a su propia residencia para realizar un consumo compartido de estupefacientes, y uno de los invitados olvida cierta cantidad de droga en la casa de aquél (“comunidad de peligro”⁶⁸⁸); o, aún, cuando el tío, que habita la misma casa de su sobrina menor de edad, descubre que esta dejó un arma en la habitación del primero (“relación de estrecha vinculación familiar”⁶⁸⁹).

Pero la aplicación de la concepción material de la posición de garante tampoco devendría convincente, sea desde el punto de vista pragmático, sea ante las exigencias del principio de legalidad penal.

⁶⁸⁵ Destacando este aspecto, Borja Jiménez, E., “Delitos de posesión: una perspectiva..”, cit., p. 48, nota 112.

⁶⁸⁶ Cf. por ejemplo Mir Puig, S., *PG*, cit., pp. 326 y ss.; Cerezo Mir, J., *PG*, cit., pp. 983 y ss.; Bacigalupo, E., *Delitos impropios de omisión*, cit., pp. 140 y ss.; Gracia Martín, L., “La comisión por omisión en el derecho penal español”, *Nuevo Foro Penal*, 61, 1999, pp. 138 y ss.

⁶⁸⁷ Proponiendo un criterio alternativo, sin embargo, Gracia Martín, L., “La comisión por omisión..”, cit., pp. 145 y ss.

⁶⁸⁸ Cf. Mir Puig, S., *PG*, cit., p. 331.

⁶⁸⁹ *Ibid.*, p. 330.

Desde el punto de vista pragmático se ha de tener en cuenta que, incluso si se ampliase el reconocimiento de la posición de garante más allá de las hipótesis descritas en las letras “a” y “b” del art. 11 CP con base en la teoría de las funciones, aún así, estas hipótesis adicionales no estarían en condiciones de abarcar dos de los tres supuestos más relevantes de responsabilidad por posesión a título exclusivamente omisivo. A saber, los casos de mantenimiento de una custodia previamente impuesta sin realización posterior de un acto de defensa de la custodia (caso 6)⁶⁹⁰ y los supuestos de hecho en que no resulta probado un acto responsable de establecimiento de la custodia sobre el objeto.

Ello es así porque el rasgo esencial que permite afirmar una posición de garante conforme a la teoría de las funciones consiste en la previa *asunción* de la función de protección del bien jurídico o de control de una fuente de peligro. Pero este rasgo está ausente, tanto en la *gran mayoría* de los casos de custodia impuesta sobre el objeto típico (caso 6), como en *todos* los casos en que el establecimiento responsable de la custodia no resulta probado.

Los únicos supuestos que permitirían la afirmación de una posición de garante serían los de custodia impuesta respecto a la calidad del objeto típico (caso 4) cuando el sujeto mantiene tal custodia de manera responsable, pero sin defenderla por medio de conductas activas. Aquí se podría caracterizar, en teoría, el establecimiento de la propia custodia sobre el objeto como una “asunción voluntaria de protección de bienes jurídicos”⁶⁹¹. Pero, incluso si se acepta la cuestionable designación de tal supuesto como uno de asunción *voluntaria* de una función de protección⁶⁹², se ha de atender a que los casos de custodia impuesta respecto a la calidad del objeto típico configuran *solamente una* de las tres hipótesis más relevantes de responsabilidad penal por posesión a título exclusivamente omisivo.

Pero la razón determinante del rechazo definitivo del criterio material de la posición de garante estriba en la interpretación del tenor literal del art. 11 CP. Al entender que los supuestos mencionados en las letras “a” y “b” del citado artículo constituyen meros ejemplos, el criterio material de la posición de garante termina – como la posición

⁶⁹⁰ La necesidad de que esté ausente un acto de defensa de la custodia previamente impuesta se debe a que, en el supuesto de que el detentador realice tal acto, estará presente su responsabilidad por mantenimiento de la custodia a título *comisivo* (al respecto, v. *supra*, VI.2).

⁶⁹¹ Cf. Mir Puig, S., *PG*, cit., p. 331.

⁶⁹² Así, en una situación como la del caso 4, es cuestionable presumir que el sujeto típico habría aceptado tomar el paquete en custodia si hubiese sabido, previamente, que el recipiente contiene heroína.

acabada de criticar de Pastor Muñoz – reconociendo la responsabilidad penal omisiva impropia mediante una analogía prohibida, en casos que, según el tenor literal del precepto, deben conducir a la impunidad⁶⁹³.

Todo ello demuestra, además, que al criterio de la existencia o no de una posición de garante *no* se le puede atribuir, además de su tradicional y legítima función de elemento delimitador de la responsabilidad omisiva impropia, la tarea de distinguir entre omisiones propias e impropias. Esta tarea ha de ser llevada a cabo, más bien, con otro criterio:

Las cláusulas de equiparación entre comisión y omisión impropia del art. 11 CP y del § 13 StGB constituyen un límite, estrechamente vinculado al principio de legalidad penal, a la clasificación de las omisiones como impropias. Pues establecen la exigencia de que se dé un tipo comisivo de la parte especial al que anclar la aplicación de dichas cláusulas de extensión de la responsabilidad penal.

Con base en ello, es posible formular, con Eckstein⁶⁹⁴, la conclusión *a contrario sensu* de que, cuando una omisión ya pueda ser subsumida directamente en un tipo de la parte especial, sin que para ello se necesite echar mano del art. 11 CP o del § 13 StGB, deberá ser clasificada como una omisión propia.

En ello puede ser visto el fundamento decisivo para la clasificación de los tipos de posesión, en su vertiente omisiva, como omisivos propios. Como hemos sustentado⁶⁹⁵, el texto literal de los tipos de posesión permite subsumir tanto las acciones como las omisiones que hacen surgir o persistir la custodia sobre el objeto. Y sin que sea necesario recurrir, para tales fines, al art. 11 CP o al § 13 StGB. En su vertiente omisiva, los delitos de posesión constituyen, pues, *omisiones propias*⁶⁹⁶. Ello vale tanto para las omisiones que posibilitan el establecimiento, como para las omisiones que dan lugar al mantenimiento del poder fáctico sobre la cosa.

⁶⁹³ En el mismo sentido, Díez Ripollés, J. L., *PG*, cit., p. 253.

⁶⁹⁴ Eckstein, K., *Besitz*, cit., pp. 162 y s.

⁶⁹⁵ Cf. *supra*, III.2., V.2 y VI.2.

⁶⁹⁶ Omisiones propias estas que, por configurar – como hemos defendido *supra*, IV.3 – delitos de *resultado*, *no* se corresponden con la categoría de las llamadas “omisiones propias de garante”, incluso prescindiendo de la discusión de si la postulación de tal categoría resulta justificada o no. Sobre el tema, cf. Silva Sánchez, J.-M., *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Bosch, Barcelona, 1986, p. 369; Gracia Martín, L., “La comisión por omisión.”, cit., p. 161; Díez Ripollés, J. L., *PG*, cit. pp. 248 y s.

VII. Análisis de la conformidad constitucional de la interpretación de los delitos de posesión como delitos de comportamiento

En el capítulo 3 de esta obra hemos llegado a la conclusión de que una interpretación de los tipos de posesión como delitos sin comportamiento o de estado infringiría el principio constitucional de imputación subjetiva. En este capítulo, hemos presentado nuestro propio planteamiento, que compatibiliza los tipos de posesión con tal principio al concebirlos como delitos de comportamiento. Pero sin vincularlos a un *tertium genus* de comportamiento humano – al contrario de lo que pretende la posición dogmáticamente inviable de Roxin –, sino defendiendo su calidad de delitos comisivos y/u omisivos, permanentes y de resultado.

Pero el hecho de que la interpretación aquí propuesta sea compatible con el principio de imputación subjetiva no brinda, todavía, un diagnóstico definitivo sobre la admisibilidad de nuestro planteamiento. Para ello, aún es necesario abordar los argumentos esgrimidos en su contra por Struensee y Lagodny, quienes dirigen objeciones relacionadas con el principio de legalidad penal a la consideración del *mantenimiento* responsable de la custodia como un delito omisivo⁶⁹⁷.

Por otra parte, Lagodny también alega, con base en el tipo alemán de posesión de estupefacientes, que la falta de puntos de referencia legales para deducir el comportamiento exigido de terminación de la custodia supuestamente conduciría, en determinados casos, a que el detentador de la custodia no tuviera posibilidad alguna de deshacerse de ella sin hacerse penalmente responsable conforme a algún tipo penal. Así, si se exigiese que el detentador destruya la droga, el detentador que no fuese, al mismo tiempo, propietario del objeto, cometería un delito de daños (§ 303 StGB); de exigírsele desechar los estupefacientes, la realización de dicha acción abriría la posibilidad de que un tercero encontrase los estupefacientes y estableciese una nueva custodia sobre los estupefacientes, lo cual posibilitaría una persecución penal conforme al tipo de puesta en circulación, de otro modo, de estupefacientes (“sonstiges In-Verkehr-Bringen”) en su modalidad imprudente (apdo. 1, núm. 1, en conexión con el apdo. 4 del § 29 BtMG). Y de exigirse, finalmente, que el detentador de la custodia de la droga entregue la sustancia a las

⁶⁹⁷ Las objeciones (sin carácter constitucional) formuladas por estos dos autores en contra de la comprensión del *establecimiento* de la custodia como un delito comisivo han sido analizadas y refutadas en el apartado relativo a los planteamientos que proponen la exclusión de dicho plano de análisis. Al respecto, cf. *supra*, V.1.

autoridades, objeta Lagodny que la entrega podría implicar una autoincriminación del detentador, la cual es incompatible con su derecho fundamental a no colaborar con su propia persecución penal⁶⁹⁸.

Dicha crítica, aunque no represente – ni siquiera a nivel dogmático – un obstáculo insuperable a la interpretación del mantenimiento de la custodia como un delito omisivo, está más estrechamente relacionada con el plano de la técnica legislativa empleada en la tipificación de los tipos de posesión, que con la legitimidad de la interpretación de estos tipos penales como delitos de comportamiento. Por tal razón, será tratada en el capítulo 6 de esta obra, donde se discuten las cuestiones político-criminales de los delitos de posesión.

Struensee alega que el entendimiento del mantenimiento de la “posesión” como una omisión de renuncia a la “posesión” no satisfaría las exigencias del principio de determinación de la ley penal. Según el autor, “concebir el ejercicio del poder fáctico sobre una cosa como la no renuncia al poder fáctico” sería “absurdo y, evidentemente, no abarcado por el sentido literal”⁶⁹⁹.

A esta crítica subyace, empero, la misma equivocación que hemos puesto en evidencia al refutar los planteamientos que pretenden excluir los comportamientos de establecimiento de custodia de la incidencia de los tipos de posesión⁷⁰⁰. Se trata de una confusión entre los dos sentidos posibles del término “posesión”⁷⁰¹, a saber, su acepción como *dominio fáctico sobre la cosa*, que constituye el estado de cosas o resultado prohibido de los tipos de posesión – y que es denominado en este trabajo “custodia” – y su acepción como *título de imputación*, que, según defendemos, se corresponde en el plano del mantenimiento de la custodia con la categoría de imputación de la omisión⁷⁰².

Mientras una definición del concepto de custodia como “no renuncia a la custodia” es, realmente, absurda, lo mismo no puede ser dicho de una definición de la categoría de imputación de la omisión, en el contexto específico de los tipos de posesión, como una “no renuncia a la custodia”:

Así, en los casos de custodia impuesta, el poder fáctico de la persona afectada surge sin – o en contra de – su voluntad. Por consiguiente, en tales situaciones solamente se

⁶⁹⁸ Cf. Lagodny, O., *Strafrecht vor den Schranken*, cit., pp. 328 y ss.

⁶⁹⁹ Struensee, E., “Besitzdelikte”, cit., p. 719.

⁷⁰⁰ Cf. *supra*, V.1.

⁷⁰¹ Para esta y otras distinciones terminológicas seguidas en este trabajo, cf. *supra*, capítulo 1, apartado II.

⁷⁰² Y, excepcionalmente – en los casos de defensa de una custodia preexistente contra pérdida inminente –, con la de la comisión (cf *supra*, VI.2).

podrá hablar de un “ejercicio del poder fáctico” jurídico-penalmente relevante sobre el objeto en el momento en que el detentador de la custodia efectivamente *omita renunciar* a tal poder fáctico⁷⁰³.

Lo mismo debe valer para los casos de custodia impuesta respecto a la calidad del objeto en los cuales no se puede castigar al detentador de custodia por su establecimiento imprudente, así como para los supuestos de hecho en que no resulta probado un acto responsable de establecimiento de la custodia. También en estas situaciones, la imposibilidad de castigar el establecimiento de la custodia hace que la responsabilidad penal por posesión solo pueda empezar en el momento en que el individuo *omita renunciar* a su poder fáctico sobre el objeto.

La circunstancia de que la omisión de deshacerse del objeto típico también pueda ocurrir tras un establecimiento penalmente responsable de la custodia sobre tal objeto no afecta nuestro razonamiento. Pues el hecho de que el detentador de la custodia se haya hecho penalmente responsable por la causación del surgimiento de su poder fáctico sobre la cosa no excluye su ulterior deber de poner fin a tal poder fáctico, ni mucho menos *su* responsabilidad penal omisiva en el caso de que deje de realizar la acción debida de supresión de la custodia por él establecida. En tales situaciones, la figura dogmática del delito permanente permitirá considerar los comportamientos de establecimiento y de mantenimiento de la custodia como una unidad de ejecución típica que se prolonga en el tiempo.

Una segunda objeción dirigida por Struensee y Lagodny a la comprensión del mantenimiento de la custodia como un delito omisivo se relaciona con la ausencia, en los tipos de posesión, de una previsión legal de la acción debida de terminación de la custodia. Al limitarse los tipos de posesión a describir una relación fáctica de dominio entre sujeto y objeto típicos, sin aludir a de qué manera el sujeto debe librarse del objeto para no hacerse penalmente responsable, su interpretación como delitos de omisión

⁷⁰³ Similarmente, Hochmayr, G., *Strafbarer Besitz*, cit., pp. 96 y s. Los mismos reparos han de ser puestos, *mutatis mutandis*, a Struensee cuando él rechaza la posibilidad de concebir el acto del individuo que defiende su custodia preexistente ante una amenaza de pérdida inminente (caso 9) como un delito comisivo. Según el autor, tal acto de defensa ya presupondría “más bien, una posesión [preexistente] y posibilita – tal como el establecimiento de la posesión – tan solo la continuación de la posesión, es decir, la continuación del ejercicio del poder fáctico sobre la cosa” (Struensee, E., “Besitzdelikte”, cit., p. 717). A esta objeción subyace una confusión entre la comprensión de la “posesión” como poder fáctico sobre el objeto típico y su comprensión como título de imputación *comisivo*.

desatendería – según ambos autores – la exigencia constitucional de determinación de las leyes penales⁷⁰⁴.

Esta crítica tampoco resulta fundada. Como destaca Pastor Muñoz⁷⁰⁵, la ausencia de una descripción de la concreta actividad impuesta por la norma a su destinatario no es una idiosincrasia de los tipos de posesión, sino que se aprecia en figuras delictivas como la omisión de socorro del art. 195 CP, cuya compatibilidad con el principio de determinación de las leyes penales no se cuestiona.

Este precepto se limita a castigar al “que no socorriere a una persona que se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave”, sin precisar *cuál acción concreta* cumple el mandamiento normativo abstracto de prestar socorro (llamar a las autoridades, transportar a alguien al hospital, etc.). Lejos de constituir una infracción del principio de legalidad, tal “indeterminación” es, más bien, una manifestación de la flexibilidad lingüística necesaria para abarcar la variedad de situaciones de la vida social (accidentes de tráfico, catástrofes naturales, etc.) que pueden exigir una actuación del ciudadano para prestar socorro, dentro de sus posibilidades, a un tercero⁷⁰⁶.

El mismo raciocinio es aplicable a los tipos de posesión: en ellos, el legislador impone al ciudadano el deber de librarse de objetos peligrosos que hayan caído bajo su custodia, sea como consecuencia de su propia actuación (establecimiento voluntario de la custodia), sea como consecuencia de la actuación de terceros o de un caso fortuito (custodia impuesta).

El mandato abstracto de suprimir la propia custodia adquiere contornos concretos en función de múltiples circunstancias, como, por ejemplo, el lugar donde el objeto se encuentra, la presencia o no del detentador en el lugar de custodia, y las características físicas y propiedades jurídicas de la cosa detentada. Y la no realización de la correspondiente actividad concreta de supresión de la propia custodia – como destruir o desechar personalmente el objeto, solicitar a otra persona que lo haga en su lugar, llamar a las autoridades, etc. – dará lugar al castigo a título omisivo cuando la ejecución de dicha actividad haya sido posible y exigible⁷⁰⁷, sin que tal castigo constituya, empero, una infracción del principio de legalidad penal.

⁷⁰⁴ Struensee, E., “Besitzdelikte”, cit., p. 720; Lagodny, O., *Strafrecht vor den Schranken*, cit., p. 327.

⁷⁰⁵ Pastor Muñoz, N., *Los delitos de posesión y los delitos de estatus*, cit., pp. 42 y s.

⁷⁰⁶ *Idem*.

⁷⁰⁷ Y – obviamente – siempre que la omisión de supresión de la custodia ostente los atributos de la tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad.

CAPÍTULO 6. RIESGO DE PERSECUCIÓN PENAL DE LA ACCIÓN DEBIDA DE ELIMINACIÓN DE LA CUSTODIA, Y SU TRASCENDENCIA POLÍTICO-CRIMINAL

I. Planteamiento del problema

En el capítulo anterior⁷⁰⁸, hemos visto que Struensee y Lagodny alegan – sin razón – que la ausencia de puntos de referencia legales para deducir una la concreta acción debida de supresión de la custodia haría inviable la interpretación de los tipos de posesión como delitos omisivos.

A esta primera objeción, Lagodny añade una segunda crítica que, a pesar de no resultar insuperable en el plano dogmático, brinda el punto de partida para el abordaje de una de las cuestiones político-criminales más problemáticas – y, sin embargo, muy poco estudiada – de los delitos de posesión, a saber, los riesgos de persecución penal asociados a la debida supresión de la propia custodia sobre un objeto prohibido.

Al decir del autor, la falta, en los tipos de posesión, de puntos de referencia que permitan deducir el comportamiento exigido de terminación de la custodia conduciría a que, en determinados casos, el detentador de la custodia no tenga ninguna posibilidad de deshacerse legalmente de ella.

En este punto, es necesario advertir que la argumentación de Lagodny es desarrollada con base en los tipos delictivos de la Ley de drogas alemana. Sin embargo, tal razonamiento es capaz de trascender los límites de tal ley y del propio ordenamiento jurídico alemán. Se trata de una problemática general que puede ser planteada – total o parcialmente – en los diferentes tipos de posesión del derecho penal alemán y español, siempre que se la someta a las debidas matizaciones.

Para ilustrar esta última afirmación, incluiremos, a lo largo de la exposición de las objeciones del penalista alemán, consideraciones relativas al tipo del art. 368 CP. Cuando sea oportuno, también indicaremos cómo tal problemática se plantea en el contexto específico de los tipos de posesión de armas y de pornografía infantil del derecho penal alemán y español. Lo cual no excluye, evidentemente, la posibilidad de extender el razonamiento de Lagodny, total o parcialmente, a otros tipos de posesión de ambos ordenamientos jurídicos.

⁷⁰⁸ Cf. *supra*, capítulo 5, apartado VII.

Tomando por base el tipo de posesión de drogas del § 29, apdo. 1, núm. 3 BtMG, aduce Lagodny que, si se le exigiese al detentador de la custodia deshacerse de esta mediante la *destrucción* de los estupefacientes, el detentador que no fuese, al mismo tiempo, propietario del objeto, cometería un delito de daños (§ 303 StGB)⁷⁰⁹. En el derecho penal español, tal acción de destrucción del objeto típico del art. 368 CP – y también la de objetos descritos en otras figuras delictivas de posesión – encajaría, en teoría, en el art. 263 CP, que también tipifica el delito de daños.

De exigirse, en cambio, que el detentador *deseche* las drogas – por ejemplo, echándolas a la basura o arrojándolas en un río –, alega Lagodny que la realización de dicha acción abriría la posibilidad de que un tercero encontrase los estupefacientes y estableciese su propia custodia sobre ellos⁷¹⁰⁻⁷¹¹. Lo cual puede conducir, a la postre, a una responsabilidad penal por el tipo de puesta en circulación, de otro modo, de estupefacientes (“sonstiges In-Verkehr-Bringen”) en su modalidad imprudente, que se halla prevista en el apartado 1, núm. 1, en conexión con el apartado 4 del § 29 BtMG⁷¹².

En el contexto jurídico español, el acto de abandonar los estupefacientes en un lugar de fácil acceso puede dar lugar a una imputación por el favorecimiento o facilitación, de otro modo, del consumo ilegal de drogas, que se hallan tipificados en el art. 368 CP. Aunque el código penal no criminalice la modalidad imprudente de estas conductas, no se puede descartar de antemano la posibilidad de que la fiscalía acuse al que desechó los estupefacientes de manera inadecuada por la ejecución de tales verbos típicos a título doloso eventual.

⁷⁰⁹ Lagodny, O., *Strafrecht vor den Schranken*, cit., pp. 328 y s.

⁷¹⁰ *Ibid.*, p. 329.

⁷¹¹ Una situación como esta ya ha ocurrido en la práctica, aunque no en el territorio alemán o español, sino en el brasileño: a lo largo del llamado “verano de las latas de marijuana” de 1987, aproximadamente 15 mil latas metálicas con marijuana fueron encontradas, en diferentes momentos, en varias de las playas de Río de Janeiro y de São Paulo. Las latas habían sido arrojadas al mar por la tripulación del navío “Solana Star”, la cual, al aproximarse al puerto de Río de Janeiro, se percató de que la operación de narcotráfico para la cual usaban el navío – donde se hallaban aproximadamente 22 toneladas de marijuana – sería interceptada por la policía brasileña cuando la embarcación atracase en el puerto. Cf. Uol Entretenimento, “«Verão da Lata» conta como 22 toneladas de maconha acabaram nas praias brasileiras em 87”, fecha de consulta 20 mayo 2021, en <https://entretenimento.uol.com.br/noticias/redacao/2012/09/25/verao-da-lata-counta-como-22-toneladas-de-maconha-acabaram-nas-praias-brasileiras-em-87.htm>.

⁷¹² “§ 29. Delitos: (1) Será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con pena de multa quien: 1. (...) de otro modo, ponga estupefacientes en circulación (...)

(4) Si el autor actúa de manera imprudente en los supuestos del apartado 1 frase 1 números 1, 2, 5, 6 letra b, núm. 10 u 11, la pena es privativa de libertad de hasta un año o de multa”.

En Alemania, si un detentador de custodia sobre un arma la desecha con el objetivo de evitar su responsabilidad conforme (por ejemplo) al tipo de posesión del § 52, apdo. 1, núm. 1 WaffG, estará expuesto al riesgo de una persecución penal por la cesión del arma a título imprudente, criminalizada en el apartado 1 en conexión con el apartado 4 del § 51 WaffG (“*fahrlässiges Überlassen einer Waffe*”)⁷¹³. El derecho español no contiene una figura delictiva semejante a la acabada de mencionar.

Ya en el contexto del material pornográfico infantil, si el detentador de tal objeto típico pretende desecharlo, para evitar responder penalmente conforme (por ejemplo) al tipo de posesión alemán del § 184b, apdo. 3 StGB, tal acto de abandono podrá originarle responsabilidad según el § 184b, apdo. 1, núm. 2 StGB, que criminaliza la conducta de “hacer accesible” pornografía infantil a otros (“*Zugänglichmachen einer kinderpornografischen Schrift*”)⁷¹⁴. El desecho de pornografía infantil con la finalidad de evitar responsabilidad por tipos como el del art. 189.5 CP, por su parte, expone al detentador de la custodia a un riesgo de persecución penal por la práctica de facilitación de la difusión de pornografía infantil en su modalidad dolosa eventual, tipificada en el art. 189.1, letra “b” del CP.

Por fin, si se considera que la acción debida de supresión de la custodia consiste en *entregar la droga a las autoridades*, objeta Lagodny que la ejecución de esta acción puede conllevar una autoincriminación del detentador de la custodia, la cual es incompatible con su derecho fundamental a no colaborar con su propia persecución penal⁷¹⁵. Esta objeción es evidentemente extensible, tanto al contexto de los demás tipos de posesión alemanes, como a los tipos de posesión del ordenamiento jurídico-penal español.

II. Soluciones en el plano legal y dogmático

En el propio ordenamiento jurídico alemán y español – más concretamente, en el derecho de armas – se pueden encontrar algunos preceptos que eliminan parte de los riesgos jurídico-penales inherentes a la realización de la acción debida de eliminación de la custodia sobre el objeto.

⁷¹³ Cf. Ziemann, S./Ziethen, J., “Was tun mit »verbotenen Gegenständen«? Strafrechtliche Risiken der Besitzaufgabe an Drogen, Waffen, Pornographie”, *JR*, 2011, p. 67.

⁷¹⁴ *Idem*.

⁷¹⁵ Lagodny, O., *Strafrecht vor den Schranken*, cit., pp. 329 y ss.

A ello se añade que, en el ámbito de los tipos de posesión con mayor trascendencia práctica, la doctrina alemana ha desarrollado planteamientos que consiguen ofrecer respuestas en gran medida satisfactorias a la cuestión aquí estudiada, y que también resultan trasladables al contexto de los tipos de posesión españoles.

Todas estas circunstancias demuestran que, lejos de tratarse de un obstáculo insuperable, la problemática destacada en la crítica de Lagodny puede ser resuelta echando mano de la propia interpretación del texto legal; y, respecto a algunos riesgos de persecución penal residuales, como propondremos en posteriores apartados, mediante una solución complementaria a nivel legislativo.

En los siguientes apartados, explicitaremos las soluciones jurídico-positivas y dogmáticas que conducen, por un lado, a la eliminación de la mayor parte de los riesgos de persecución penal inherentes a la supresión de la propia custodia sobre un objeto típico, y, por otro, a la superación de las críticas esgrimidas por Lagodny.

II.1. Soluciones en el derecho de armas

II.1.1. Las cláusulas de deberes de comunicación, entrega e inutilización de los §§ 37c y 40 apdo. 5 WaffG

En el derecho alemán, los §§ 37c y 40 apdo. 5 WaffG disponen lo siguiente:

“§ 37c. Deberes de comunicación en el caso de entrada en posesión

(1) Quien entre en posesión de armas o de munición para cuya adquisición es necesaria una autorización,

1. en el caso de la muerte de un poseedor de armas, como hallador, o de modo similar,
2. en su condición de administrador concursal, administrador judicial, agente ejecutor, o de modo similar,

deberá comunicarlo inmediatamente a la autoridad competente.

(2) La autoridad competente puede

1. incautar las armas o la munición u
2. ordenar que las armas o la munición sean, dentro de un plazo razonable,
 - a) inutilizadas o
 - b) cedidas a una persona autorizada,
 - c) y que ello sea acreditado a la autoridad competente.

(3) Trascurrido el plazo infructuosamente, la autoridad competente podrá decomisar las armas o la munición. El beneficio económico derivado del aprovechamiento corresponderá a la persona legitimada hasta ese momento conforme al derecho civil”.

“§ 40. Armas prohibidas

(...)

(5) Quien entre en posesión de un arma descrita en el Anexo 2, Sección 1, en su condición de heredero, hallador, o de modo similar, deberá comunicarlo inmediatamente a la autoridad competente. La autoridad competente puede incautar las armas o la munición, u ordenar que las armas o la munición sean inutilizadas, que sean privadas de sus características prohibidas o que sean cedidas a una persona autorizada para ello conforme a esta ley, o que el adquirente presente una solicitud conforme al apartado 4, dentro de un plazo razonable. La prohibición del manejo de armas o munición no surtirá efecto mientras el plazo trascorra o mientras una decisión denegatoria en el sentido del apartado 4 aún no se haya dado a conocer al solicitante”⁷¹⁶.

Como se puede notar, los preceptos en cuestión imponen deberes de comunicación inmediata, así como de ulterior entrega y – eventualmente – inutilización a los detentadores de custodia sobre armas o munición para cuya adquisición es necesaria una autorización (§ 37c) y sobre armas o munición prohibidas (§ 40). Dichos deberes se aplican a aquellas personas cuya custodia haya surgido en las situaciones descritas en ambos preceptos, o “de modo similar” a tales situaciones.

Por lo que respecta a la redacción del § 37c, apdo. 1, número 1, así como de la primera frase del § 40, apdo. 5 WaffG, es evidente que la situación propia de un detentador de custodia impuesta *lato sensu*⁷¹⁷ encaja en ellas, pues se trata de una modalidad de surgimiento de la custodia sobre el arma o la munición, si no idéntica, al menos “similar” a la del hallador.

⁷¹⁶ El apartado 4 del § 40 WaffG prevé la posibilidad de concesión, a petición del detentador, de una autorización para detentar armas o munición prohibidas, siempre que acreditadas las circunstancias excepcionales descritas en tal norma.

⁷¹⁷ El término “custodia impuesta *lato sensu*” comprende tanto los supuestos de custodia impuesta propiamente dicha (caso didáctico 1), como los supuestos de custodia impuesta respecto a la calidad del objeto típico para los cuales no existe una criminalización de la modalidad imprudente del correspondiente tipo de posesión (caso didáctico 4), y también las situaciones en que los presupuestos de responsabilidad penal de la modalidad imprudente eventualmente tipificada no están presentes. Cada vez que empleamos tal término en el presente capítulo, partimos – salvo expresa reserva en sentido contrario – del presupuesto de que el detentador de la custodia impuesta *tampoco ha mantenido* su custodia de manera típica, antijurídica y culpable.

Por esta razón, se concluye que, al menos en el caso de las armas o municiones susceptibles de autorización o prohibidas, los comportamientos debidos de supresión de la custodia impuesta *lato sensu* están suficientemente definidos en el contexto legal alemán: consisten en comunicar inmediatamente tal circunstancia a la autoridad competente y, en una segunda etapa, realizar o tolerar la realización de las medidas a que aluden los §§ 37c, apdo. 2 y 40, apdo. 5 WaffG.

Ello repercute, en consecuencia, en la eliminación de los riesgos jurídico-penales inherentes a la realización de los mentados comportamientos: en el caso de las armas y municiones prohibidas, el propio § 40, apdo. 5 WaffG excluye la antijuridicidad de la detención de estos objetos mientras transcurra el plazo establecido por la autoridad competente. Y en el contexto de las armas y municiones susceptibles de autorización, a pesar de no establecer el § 37c WaffG una cláusula semejante – lo cual constituye una laguna que urge colmar – es posible deducir, mediante aplicación analógica de la última frase del § 40, apdo. 5 WaffG, una correspondiente exclusión de antijuridicidad para el detentador de custodia impuesta *lato sensu* sobre armas o municiones susceptibles de autorización, siempre que tal individuo adopte o tolere las medidas previstas en los apartados 1 y 2 del § 37c WaffG⁷¹⁸⁻⁷¹⁹.

A pesar de constituir una excepción en el contexto del derecho alemán, preceptos como los §§ 37c y 40, apdo. 5 WaffG constituyen un importante precedente y modelo para una deseable reforma legislativa que, como defenderemos a continuación, debe ser llevada a cabo con la finalidad de eliminar los efectos indeseables de los riesgos de persecución penal no eludibles mediante soluciones dogmáticas.

⁷¹⁸ En sentido similar, König, A.-V./Papsthart, C., “Waffengesetz”, 2ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2012, § 37 núm. marg. 1, § 40 núm. marg. 8.

⁷¹⁹ Sobre la situación jurídica del detentador de custodia que la ha establecido y/o mantenido de modo típico, antijurídico y culpable (y, eventualmente, punible), cf. *infra*, II.2, IV.1 y IV.3.1.

II.1.2. El art. 93 RA

El art. 93 del Reglamento de armas español establece lo siguiente:

“Artículo 93.

1. En caso de fallecimiento del titular, los herederos o albaceas deberán depositar las armas en la Intervención de Armas de la Guardia Civil, tratándose de particulares, y en los servicios de armamento de sus propios Cuerpos o Unidades, si son titulares de licencia A, donde quedarán durante un año a su disposición por si alguno de ellos pudiese legalmente adquirirlas y quisiera hacerlo. El depósito deberán efectuarlo tan pronto como tengan conocimiento de la obligación de hacerlo y en cualquier caso dentro de los seis meses siguientes al fallecimiento.

2. Durante el indicado plazo de un año, también podrán los herederos enajenar el arma con arreglo a lo dispuesto en el artículo siguiente o recuperarla, documentándola o inutilizándola, en la forma prevenida respectivamente en los artículos 107 y 108, para conservarla como recuerdo familiar o afectivo.

3. Transcurrido el plazo de un año desde su depósito sin que el arma hubiera recibido ninguno de los destinos previstos en los apartados anteriores, la Dirección General de la Guardia Civil podrá llevar a cabo su destrucción, exceptuándose aquellas armas reglamentadas que tengan un valor acreditado como patrimonio histórico de conformidad con la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español. Estas armas se enajenarán en pública subasta y se entregará su importe a los herederos o se ingresará a su disposición en la Caja General de Depósitos o, en su caso, se enajenarán a Museos u organismos con finalidad cultural, histórica o artística en materia de armas. En todo caso, dichas armas y sus adjudicatarios deberán reunir los requisitos establecidos en este Reglamento para su adquisición y tenencia.

4. Al depositar las armas, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 1, se entregarán las guías de pertenencia para su anulación y comunicación al Registro Nacional de Armas”.

El art. 93 RA incide en los supuestos de fallecimiento del titular de la guía de pertenencia sobre un arma regulada en dicho reglamento, estableciendo los deberes y facultades de los herederos o albaceas en tales situaciones.

Como se puede apreciar, en su apartado 1, el precepto impone a herederos y albaceas la obligación de depositar el arma en uno de los lugares oficiales en él mencionados “tan pronto como tengan conocimiento de la obligación de hacerlo y en cualquier caso dentro de los seis meses siguientes al fallecimiento del titular del arma”.

Y les concede, en su apartado 2, la facultad de recuperar (mediante documentación o inutilización) o de enajenar el arma hasta un año después de su depósito, siempre que se cumplan los requisitos legales establecidos en el Reglamento de armas para tales operaciones. Trascurrido el citado plazo sin que los herederos o albaceas hayan recuperado o enajenado el arma, determina el apartado 3 su destrucción o – en el caso de armas reglamentadas con valor legalmente acreditado como patrimonio histórico – su enajenación en subasta pública.

La regulación del art. 93 RA se asemeja en un aspecto a la contenida en los ya abordados §§ 37c y 40 apdo. 5 WaffG, a saber, tanto el precepto español como las dos normas alemanas fijan los deberes de los herederos de un titular de un arma en el supuesto de la muerte de este último. Las disimilitudes entre los citados preceptos, sin embargo, son abundantes:

Como primera y más importante diferencia, se aprecia que el art. 93 RA no utiliza expresiones como “entrar en posesión” o “poseer”. Por esta razón, a diferencia de lo que se constata con respecto a los §§ 37c y 40 apdo. 5 WaffG, el deber de depositar el arma establecido en el apartado 1 del art. 93 RA *no se restringe* a los herederos o albaceas que detentan el poder fáctico sobre el arma.

La amplitud del deber de depósito impuesto en el citado apartado da lugar a dos posibles desdoblamientos: a) los herederos o albaceas que no detentan el poder fáctico sobre el arma *deberán establecer* su custodia sobre el arma, *transportarla* hasta los lugares oficiales enumerados en el art. 93.1 RA, y *entregarla* a las autoridades en el plazo establecido por este precepto; b) los herederos o albaceas cuyo poder fáctico sobre el arma haya surgido como consecuencia de la muerte de su titular (custodia impuesta en virtud de fuerza mayor⁷²⁰) *deberán transportar* el arma hasta los lugares oficiales enumerados en el art. 93.1 RA y *entregarla* a las autoridades en el plazo establecido por este precepto.

Aunque la norma comentada no lo disponga expresamente, tanto en los casos del ítem “a” como en los del ítem “b” del párrafo anterior, las acciones u omisiones típicas

⁷²⁰ Piénsese, por ejemplo, en el caso del cónyuge que mantiene su pistola guardada en un espacio de uso común de la vivienda matrimonial. Tras su fallecimiento, el espacio pasa, necesariamente, a ser uno de uso exclusivo de su mujer, constituyendo, así, una esfera de custodia que otorga a ésta el poder fáctico sobre los objetos allí presentes, entre ellos el arma. Esta conclusión es independiente de a quién o a qué entidad le quepa el derecho de propiedad o la posesión civil sobre la pistola tras el fallecimiento de su titular.

descritas en ellos estarán amparadas por la causa de justificación de cumplimiento de un deber legal, prevista en el art. 20.7.º CP.

Las consideraciones de los dos párrafos anteriores permiten concluir que, en los supuestos de custodia impuesta derivados de la muerte de un titular de armas reguladas en el Reglamento de armas, el derecho español impone al detentador de la custodia los deberes de transporte y de entrega del arma tan pronto como tenga conocimiento de la obligación de hacerlo y, en cualquier caso, dentro de los seis meses siguientes al fallecimiento. Y que, si cumplen dichos deberes en el plazo legalmente establecido, sus conductas de transporte y de entrega del armamento a las autoridades – en el caso de que sean típicas – tendrán su antijuridicidad excluida por el art. 20.7.º CP.

Los supuestos fácticos de custodia impuesta en virtud de la muerte de un titular de armas son, empero, situaciones evidentemente excepcionales. En consecuencia, más importante que afirmar su inclusión en el ámbito del art. 93.1 RA es indagar: ¿es posible extender el alcance de tal regulación a la generalidad de los casos de custodia impuesta *lato sensu* de armas reguladas en el Reglamento de armas?

Entendemos que, tal como en el caso de los §§ 37c y 40 apdo. 5 WaffG, la respuesta debe ser positiva. Aunque es necesario reconocer, con todo, otras dos importantes diferencias entre la regulación alemana y la española: mientras el precepto español regula exclusivamente la situación de los herederos y albaceas, las dos normas alemanas son expresamente aplicables a muchas otras clases de sujetos, como los administradores concursales y judiciales, los agentes ejecutores y los halladores. También a diferencia del art. 93 RA, los §§ 37c y 40 apdo. 5 WaffG emplean la técnica de *numerus apertus*, es decir, disponen expresamente que se aplican a los sujetos expresamente enumerados y *también* a quienes detenten el poder fáctico sobre el arma *en condiciones similares*.

Al ser este último aspecto de las normas alemanas el que nos permite afirmar que, como los halladores, los detentadores de custodia impuesta *lato sensu* también entran en el ámbito de aplicación de su texto literal, su ausencia en la norma del art. 93.1 RA torna necesario reconocer que la generalidad de los supuestos de custodia impuesta *lato sensu* no está abarcada en el texto literal del precepto español.

Nada impide, con todo, una extensión exegética de la incidencia del art. 93.1 RA *más allá de su texto literal*, más precisamente, echando mano de analogía *in bonam partem* que otorgue a los supuestos de custodia impuesta *lato sensu* de armas el mismo tratamiento que los casos de custodia impuesta de armas a causa del fallecimiento de su titular. Pues es evidente la similitud estructural entre las citadas situaciones: tanto sobre

el miembro de una pareja que pasa a detentar la custodia sobre una pistola a causa del fallecimiento del otro miembro de la pareja, como sobre el individuo en cuyo automóvil se depositó un revólver sin su previa solicitud o aquiescencia, es posible afirmar que su poder fáctico sobre el arma ha surgido sin – o, eventualmente, en contra de – su voluntad.

A título de conclusión, afirmamos: la acción debida de eliminación de la custodia en los casos de custodia impuesta *lato sensu* sobre armas reguladas en el Reglamento de armas español consiste en transportar el arma hasta los lugares oficiales enumerados en el art. 93.1 RA y entregarla a la autoridad tan pronto como se tenga conocimiento de la obligación de hacerlo y, en cualquier caso, dentro de los seis meses siguientes al surgimiento de dicha custodia. Estos dos comportamientos están abarcados por la causa de justificación de cumplimiento de un deber legal del art. 20.7.º CP.

Tal como sucede con los §§ 37c y 40 apdo. 5 WaffG, el art. 93 RA constituye una excepción en su respectivo ordenamiento jurídico. Pero también representa un importante precedente legislativo, que tendremos en cuenta en el momento de formular nuestra propuesta de eliminación, por vía legislativa, de los riesgos de persecución penal no eludibles mediante soluciones dogmáticas.

II.2. Soluciones dogmáticas

Como acabamos de mencionar, preceptos como los §§ 37c y 40, apdo. 5 WaffG y el art. 93 RA constituyen excepciones en sus respectivos ordenamientos jurídicos. A la vista de esta circunstancia, no debe sorprender que, en Alemania, el tratamiento en general de los riesgos jurídico-penales inherentes a la supresión de la custodia sobre objetos prohibidos se haya llevado a cabo en el contexto de la exégesis – en la mayoría de los casos, restrictiva – de sus diferentes tipos de posesión.

Así, atendiendo a la primera problemática planteada por Lagodny, Ziemann y Ziethen defienden, en un razonamiento aplicable también al derecho español, que si el detentador de la custodia sobre un objeto prohibido que no es, al mismo tiempo, su propietario, destruye tal objeto, no se podrá afirmar, sin excepciones, que aquél ha cometido un delito de daños (§ 303 StGB; art. 263 CP).

Ello porque, si al objeto detentado no le corresponden otras facultades inherentes al derecho de propiedad distintas de la de su mera *eliminación* – como es el caso, por ejemplo, de escritos conteniendo pornografía infantil o de estupefacientes no pasibles de prescripción médica – su destrucción por el detentador de custodia *no* puede configurar

una acción típica de daño. Pues, en el caso de objetos de tal especie, no existe un interés jurídico-penal en el mantenimiento del derecho de propiedad sobre la cosa⁷²¹.

Si se discute el asunto desde una perspectiva estrictamente *económica*, sería necesario reconocer que, también en el caso de objetos de propiedad ajena en los que existe solo una facultad de eliminación, su destrucción configuraría un delito de daños (§ 303 StGB; art. 263 CP), pues incluso a objetos como la pornografía infantil les corresponde un valor pecuniario en el mercado negro. La posición defendida por Ziemann y Ziethen no alude, sin embargo, al valor económico del objeto detentado. Se refiere, más bien, a su valor a los ojos del orden jurídico, en otras palabras, al interés del orden jurídico en la preservación de la cosa. Y si este impone una prohibición absoluta del manejo de esta – es decir, una prohibición no susceptible de excepciones mediante la concesión de autorizaciones o permisos (piénsese, especialmente, en la pornografía infantil) –, no cabe hablar de un interés jurídico-penal en su preservación. Ni tampoco habrá una acción típica de daños si el detentador de un objeto de dicha clase lo destruye, aun sin ser su propietario. Y ello ni siquiera cuando al objeto le corresponda un valor pecuniario en el mercado clandestino.

El segundo problema planteado por Lagodny menciona el riesgo de que, al deshacerse de la custodia sobre el objeto típico mediante su abandono, el detentador deba responder penalmente por tipos como el de puesta en circulación, de otro modo, de estupefacientes (“sonstiges In-Verkehr-Bringen”) en su modalidad imprudente (apartado 1, núm. 1, en conexión con el apartado 4 del § 29 BtMG), cuyos equivalentes en el derecho español serían las modalidades típicas de favorecimiento o facilitación, de otro modo, del consumo ilegal de drogas (art. 368 CP).

También este problema puede ser parcialmente resuelto por medio de una interpretación restrictiva de los correspondientes tipos penales. En este sentido, Eckstein propone interpretar el tipo objetivo de la citada figura delictiva imprudente de manera que en él solo caigan aquellas conductas de desecho de estupefacientes que configuren un “peligro próximo” de descubrimiento de la cosa por terceros⁷²².

⁷²¹ Cf. Ziemann, S./Ziethen, J., “Was tun mit »verbotenen Gegenständen«?..”, cit., p. 66, respaldándose en la decisión BGH NJW 2006, 72. Cf. también Hochmayr, G., *Strafbarer Besitz*, cit., pp. 109 y ss.

⁷²² Cf. Eckstein, K., *Besitz*, cit., p. 252, respaldándose en la decisión BGHSt 35, 21 sobre el tipo alemán de puesta en circulación de dinero falso. En semejante sentido, Hochmayr, G., *Strafbarer Besitz*, cit., pp. 127 y ss.

En consecuencia, no será cualquier modalidad de abandono la que encajará en el tipo de puesta en circulación de estupefacientes de la ley de drogas alemana, sino solo aquella que permite, por las circunstancias bajo las cuales ocurre – por ejemplo, si se da en un local abierto y fácilmente accesible a otras personas –, que terceros hallen fácilmente el objeto y establezcan su custodia sobre él.

A pesar de que Eckstein no se pronuncia en tal sentido, entendemos que el criterio del “peligro próximo” de descubrimiento también es aplicable a figuras delictivas semejantes referentes a otras clases de objetos típicos, como la cesión de un arma a título imprudente (“*fahrlässiges Überlassen einer Waffe*”) prevista en el apartado 1 en conexión con el apartado 4 del § 51 WaffG. Al constituir una interpretación restrictiva del tipo *objetivo* de la correspondiente figura delictiva, también es trasladable, por otro lado, a la modalidad dolosa eventual de tipos españoles como el de favorecimiento o facilitación, de otro modo, del consumo ilegal de drogas (art. 368 CP), y de facilitación de la difusión de pornografía infantil (art. 189.1, letra “b” del CP).

Por fin, el conflicto puesto de manifiesto por Lagodny entre la garantía de no autoincriminación y el deber de entregar el objeto a las autoridades es resuelto por Hochmayr mediante un planteamiento diferenciador y basado en una ponderación de intereses:

Si el detentador de la custodia ha obtenido el objeto típico de manera penalmente responsable y no le resulta posible entregar el objeto a las autoridades de manera anónima, él estará liberado, por regla general, de realizar tal acción. Pues su interés en no colaborar con su propia persecución penal prepondera sobre el interés del orden jurídico en evitar los peligros (abstractos) resultantes de la posesión del objeto⁷²³.

En cambio, en los casos de custodia impuesta *lato sensu*, el detentador de la custodia habría de correr, por regla general, un “riesgo mínimo de persecución penal” y entregar la cosa a las autoridades, pues en dichas situaciones “los peligros de la posesión ostentarían un peso mayor” que el peligro de autoincriminación y, en consecuencia, el

⁷²³ Hochmayr, G., *Strafbarer Besitz*, cit., p. 121. La excepción a este planteamiento residiría, según la autora, en los supuestos en que el objeto típico concretamente detentado sea “extremadamente peligroso”, como en el caso de materiales radioactivos y de armas biológicas. En ellos, prepondera el interés del orden jurídico de evitar los peligros derivados de la posesión del objeto, razón por la cual el poseedor estará obligado a realizar la entrega de la cosa a las autoridades.

interés del orden jurídico en evitar los citados peligros sería preponderante respecto al interés del detentador de custodia en no inculparse potencialmente⁷²⁴⁻⁷²⁵.

A este raciocinio subyace, evidentemente, la idea de que “en nuestro sistema jurídico no se dan, normalmente, condenas de personas inocentes”⁷²⁶. Teniendo en cuenta que el nivel de acomodación de la administración de justicia española a los principios propios de un Estado democrático de derecho es igual al de Alemania o Austria, también resulta posible alegar que, en el ordenamiento jurídico español, los peligros provenientes del mantenimiento de una custodia previamente impuesta son más graves que el peligro de autoincriminación inherente a la entrega del objeto a las autoridades⁷²⁷. Por esta razón, también a los ciudadanos españoles se podrá exigir, en principio, entregar a las autoridades competentes un objeto típico cuya custodia se les haya impuesto previamente.

III. Los persistentes riesgos de persecución penal y la necesidad de su tratamiento a nivel político-legislativo

Pese a su utilidad, cada una de las soluciones dogmáticas expuestas anteriormente presenta limitaciones:

Como hemos visto, Ziemann y Ziethen defienden, correctamente, que, si sobre la cosa detenida no caben facultades distintas de su mera eliminación, su destrucción no configura una acción típica de daños.

Esta solución dogmática no vale, *a contrario sensu*, para objetos típicos cuyo manejo sí que es pasible de autorizaciones o permisos, como se da en el caso de estupefacientes susceptibles de prescripción médica o de armas susceptibles de permisos.

⁷²⁴ *Ibid.*, pp. 121 y s. La excepción es vista por Hochmayr, por ejemplo, en el caso del detentador de custodia impuesta que tiene antecedentes penales por la práctica del mismo delito de posesión a que el objeto típico se refiere, y que no puede probar, de manera convincente, que esta vez no ha establecido ni mantenido su custodia de manera penalmente responsable. En situaciones como esta, el detentador de la custodia no estará obligado a entregar el objeto a las autoridades.

⁷²⁵ Con fundamentación distinta, pero llegando a un resultado parcialmente coincidente, Eckstein, K., *Besitz*, cit., p. 253: “Quien no cometió ningún delito tampoco puede inculparse a sí mismo. El hecho de que el destinatario de la norma haga, *de facto*, que recaigan sospechas sobre él, no justifica un parecer en otro sentido. En este peligro se manifiesta tan solo un riesgo relacionado al caso individual, que depende de la situación probatoria concreta y de la credibilidad del afectado”.

⁷²⁶ Hochmayr, G., *Strafbarer Besitz*, cit., p. 121.

⁷²⁷ Esta afirmación no es extensible, sin embargo, a estados nacionales cuyas agencias de policía judicial no cuentan con un nivel mínimo de independencia del ejecutivo, o con suficientes medios operativos, peor aún si prevalecen prácticas corruptas dentro y fuera del sistema de justicia penal.

Como reconocen estos penalistas⁷²⁸, la destrucción de estos objetos puede configurar una acción típica de daños (§ 303 StGB; art. 263 CP).

A estas consideraciones es necesario añadir la observación de carácter práctico de Wojtech⁷²⁹: existen determinados objetos que solo pueden ser destruidos mediante el empleo de medios que no están a disposición de cualquier individuo. Su eliminación acarrea, necesariamente, costes financieros y riesgos personales – piénsese, por ejemplo, en la destrucción de artefactos explosivos – que el orden jurídico no puede exigir del ciudadano común.

Sobre las armas de fuego, cabe resaltar, además, que deviene poco recomendable, de cara al Reglamento de ejecución (UE) 2015/2403 de la Comisión europea, de 15 de diciembre de 2015, permitir que su destrucción o inutilización quede en manos del propio detentador de la custodia sobre tales objetos.

Un comentario semejante ha de hacerse respecto a la interpretación que considera que acciones de desecho del objeto típico que no producen un “peligro próximo” de descubrimiento de la cosa por terceros no se ven afectadas por tipos que criminalizan la puesta en circulación de la cosa.

La mentada interpretación restrictiva encuentra su límite implícito en un elemento fáctico, a saber, las dimensiones físicas del objeto concretamente detentado. Pues, si la constatación de un “peligro próximo” de descubrimiento por terceros depende, como hemos afirmado, de las circunstancias concretas en que el abandono ocurre, no se puede excluir la posibilidad de que el tamaño del objeto – piénsese, por ejemplo, en determinadas armas de alto calibre – haga inviable, en la práctica, que el desecho ocurra sin un “peligro próximo” de que otras personas hallen la cosa posteriormente.

Todas estas consideraciones permiten ver que, en una cantidad no despreciable de supuestos fácticos, ni la destrucción ni el abandono del objeto típico serán acciones jurídicamente exigibles de terminación de una custodia inicialmente impuesta. A su detentador tan solo le restará, pues, la tercera alternativa, a saber, la de entregar el objeto típico a las autoridades.

Además, incluso si se acepta la interpretación defendida anteriormente, y se da por bueno que el detentador de la custodia impuesta *lato sensu* corra un “riesgo mínimo de

⁷²⁸ Ziemann, S./Ziethen, J., “Was tun mit »verbotenen Gegenständen«?..”, cit., p. 66.

⁷²⁹ Wojtech, M., “Wie wird man verbotene Gegenstände los?”, *NJW Spezial*, 2011, p. 248.

persecución penal” al entregar el objeto a las autoridades, es necesario atender a que tal propuesta dogmática “*ex post*” no es capaz de solucionar la cuestión político-criminal de la inexistencia de una solución legislativa “*ex ante*”:

El problema estriba en que, ante la inseguridad respecto a su propia persecución penal, incluso el ciudadano fiel al derecho tendrá miedo a entregar un objeto, cuya custodia se le impuso, a las autoridades competentes⁷³⁰. Lo cual provoca un innegable y contraproducente efecto secundario de disuasión inversa, es decir, un desincentivo a la realización del comportamiento concretamente exigido por los tipos de posesión en las susodichas constelaciones fácticas.

A esta última aseveración se podría objetar que el efecto de disuasión inversa que reprochamos a los tipos de posesión está presente, de una u otra manera y en mayor o menor medida, en todos los demás tipos delictivos del ordenamiento jurídico, sin que sintamos la necesidad de una solución legislativa para contrarrestar tal efecto.

Así, también el inocente que encuentra un cadáver con señales de violencia física en su vivienda se verá, en cierto grado, disuadido – ante la posibilidad de que se le investigue y eventualmente condene por la práctica de un homicidio – de poner el hecho delictivo en conocimiento de las autoridades. Pero nadie pretenderá defender que esta circunstancia torna necesaria, por ejemplo, una norma jurídica que, “*ex ante*”, excluya expresamente la responsabilidad penal de quienes, siendo inocentes, encuentren una víctima de homicidio y denuncien el hecho a las autoridades.

Esta misma objeción sería aplicable a las figuras delictivas de posesión, si no fuese por una peculiaridad que tiene la lógica seguida por el ordenamiento jurídico cuando regula el manejo de objetos peligrosos.

Y es que esta regulación no solo pretende prevenir que los ciudadanos, sin estar autorizados para ello, establezcan o mantengan su poder fáctico sobre tal clase de objetos. A diferencia de lo que sucede en el tipo penal de homicidio, el enfoque de las prohibiciones y condicionamientos impuestos por el orden jurídico al manejo de objetos peligrosos no consiste exclusivamente en evitar comportamientos socialmente dañosos. Consiste, además, en evitar *la propia presencia indiscriminada* de objetos peligrosos en

⁷³⁰ *Ibid.*, p. 248.

el tráfico social⁷³¹. A este último enfoque corresponde la aspiración de *retirar dichos objetos de la circulación* cuando no se pueda afirmar, con seguridad, que serán utilizados para alcanzar fines socialmente aceptados⁷³².

Que esta última finalidad es perseguida por el ordenamiento jurídico, lo demuestran dos componentes de la regulación jurídica del manejo de objetos peligrosos:

El primero puede ser visto en el conjunto de permisos, autorizaciones y licencias a que el derecho administrativo condiciona, en amplísima medida, tal manejo⁷³³. Al establecer, como regla, la prohibición de manipular los correspondientes objetos⁷³⁴ y, como excepción, el permiso para manipularlos cuando se otorgue la correspondiente autorización administrativa una vez concurrentes los requisitos necesarios, el orden jurídico pone de manifiesto que solo tolera la presencia de tales objetos en la sociedad en la medida estrictamente necesaria para alcanzar fines socialmente aceptados⁷³⁵. La otra faceta de esta aspiración reside, como hemos dicho, en la retirada de la circulación de aquellos objetos peligrosos sobre los cuales no hay certeza o alta probabilidad – bajo la forma de los permisos, autorizaciones o licencias – de que serán utilizados de manera socialmente aceptada.

Como segundo componente se han de mencionar preceptos legales como el § 58, apdo. 8 WaffG, que será abordado en el siguiente apartado. Ellos excluyen, bajo determinadas condiciones, la punibilidad de conductas como la posesión del objeto prohibido si el ciudadano lo entrega a las autoridades competentes dentro de determinado plazo. Al realizar la citada exclusión de responsabilidad, dichos preceptos ponen de manifiesto que el legislador, además de pretender perseguir penalmente a quienes obtengan o mantengan su poder fáctico sobre objetos prohibidos, también desea retirar tales objetos de la

⁷³¹ Se trata de una lógica adicional que está ausente, como se ve, en el tipo de homicidio, sobre el cual sería absurdo sustentar que pretende evitar “la presencia no autorizada de cadáveres en el tráfico social debido a la peligrosidad de éstos para bienes jurídicos fundamentales”.

⁷³² En este sentido, Wojtech, M., “Wie wird man..”, cit., p. 248.

⁷³³ Piénsese, entre diversos otros ejemplos, en el condicionamiento legal de la adquisición de un arma de fuego a la concesión de una autorización previa, contenido en el art. 49.1 RA, o en la exclusividad en la realización de “cualquier actuación relacionada con la venta y asistencia técnica de los equipos e instalaciones de rayos X de diagnóstico médico”, que es conferida por el art. 8.1 del Real Decreto 1085/2009 de 3 de julio a empresas o entidades *autorizadas* para ello.

⁷³⁴ La cual es asegurada, frecuentemente, con sanciones administrativas y penales mediante la tipificación de conductas como la adquisición o la posesión no autorizadas de la cosa.

⁷³⁵ El carácter excepcional se evidencia cuando pensamos en objetos a los que no corresponde utilidad alguna socialmente aceptada, y a los cuales el orden jurídico impone, por ello, prohibiciones absolutas de manejo, es decir, no susceptibles de excepciones mediante la concesión de autorizaciones o permisos administrativos. Ello se da, por ejemplo, en el caso de la pornografía infantil.

circulación. Y, al abarcar incluso los supuestos en que la custodia sobre la cosa se ha establecido o mantenido previamente por su detentador de manera *ilegal*, privilegian temporalmente el segundo cometido mencionado en detrimento del primero.

Sin duda, está abierta a discusión la interesante cuestión de si la lógica de evitación de la presencia indiscriminada de objetos peligrosos en el tráfico social es también un cometido específicamente jurídico-penal, o es propio, más bien, de sectores como el derecho administrativo regulatorio. Pero, independientemente de la respuesta que se dé a este cuestionamiento, el hecho es que el derecho penal, en cuanto una de las ramas de un ordenamiento jurídico que se pretende armónico y sin contradicciones, no puede obstaculizar la consecución de una finalidad que, como hemos sentado, sin duda corresponde a la regulación jurídica del manejo de objetos peligrosos.

En conclusión, se puede afirmar que la finalidad de evitar la presencia indiscriminada de objetos peligrosos en el tráfico social, así como su corolario de retirar de la circulación aquellos objetos sobre cuya utilización para fines socialmente aceptados no haya certeza, son cometidos que deben ser respetados por las figuras delictivas de posesión. Al producir, con todo, el aludido efecto de disuasión inversa, que desanima al ciudadano, debido al riesgo de persecución penal, a entregar a las autoridades objetos prohibidos cuya custodia se le impuso, los tipos de posesión dificultan la consecución de los cometidos.

Y si, como hemos visto, el citado efecto de disuasión inversa no puede ser eliminado mediante soluciones dogmáticas “*ex post*”, es necesario concebir soluciones “*ex ante*” para tal problemática en el plano político-legislativo. En los siguientes apartados examinaremos dos posibles soluciones legislativas y, en seguida, presentaremos nuestra propuesta personal.

IV. Soluciones en el plano político-legislativo

IV.1. Excusas absolutorias: el § 58, apdo. 8 WaffG

En Alemania, la más reciente redacción atribuida al § 58, apdo. 8 WaffG, que estuvo en vigencia del 6 de julio de 2017 al 1 de julio de 2018, determinaba lo siguiente:

“§ 58. Posesión previa; disposiciones transitorias

(...)

(8) Quien entregue, hasta el 1 de julio de 2018, un arma poseída sin autorización o munición poseída sin autorización en 6 de julio de 2017, a la autoridad competente o a una comisaría de policía, no será castigado por la adquisición no autorizada, por la posesión no autorizada, por el porte no autorizado durante el trayecto directo para su entrega a la autoridad competente o a la comisaría de policía, o por su transporte no autorizado. La frase 1 no es aplicable, si

1. se le había dado a conocer al actual poseedor del arma la incoación del procedimiento penal o administrativo por el hecho antes de la inutilización, cesión o entrega [del arma o munición] o
2. la infracción ya había sido descubierta, total o parcialmente, en el momento de la inutilización, cesión o entrega [del arma o munición] y el actual poseedor lo sabía o, en una apreciación sensata de la situación, debió contar con ello”.

El texto legal reproducido ha sido introducido en la Ley de armas alemana por medio del art. 1 de la Segunda ley de modificación de la ley de armas y de otros preceptos, de 30 de julio de 2017⁷³⁶. Mediante él se instituyó el tercero y más reciente período de exclusión de responsabilidad penal, en el citado período del 6 de julio de 2017 al 1 de julio de 2018, para quienes entregasen armamentos a las autoridades alemanas.

También la redacción inmediatamente anterior del § 58, apdo. 8 WaffG, dada por el art. 3, apdo. 5 de la Cuarta ley de modificación de la ley de materiales explosivos, de 17 de julio de 2009⁷³⁷, establecía un período semejante de exclusión de responsabilidad penal entre las fechas de 25 de julio y 31 de diciembre de 2009. La principal diferencia entre ambas

⁷³⁶ En alemán, “Zweites Gesetz zur Änderung des Waffengesetzes und weiterer Vorschriften, vom 30. Juli 2017”.

⁷³⁷ En alemán, “Viertes Gesetz zur Änderung des Sprengstoffgesetzes, vom 17. Juli 2009”.

redacciones consiste en que el texto legal promulgado en 2009 aludía a las armas, pero no a las municiones, y permitía, además de la entrega del objeto a las autoridades, su inutilización o cesión a una persona autorizada.

Antes del año 2009, la redacción original del § 58, apdo. 8 WaffG, que entró en vigor el 1 de abril de 2003, preveía un lapso temporal de exclusión de responsabilidad penal entre esta última fecha y el último día del quinto mes posterior a ella. La redacción original también aludía únicamente a las armas, callando respecto a las municiones, y también permitía, además de la entrega a las autoridades, la inutilización o cesión del arma a una persona autorizada.

Como se puede apreciar, la frase 1 del § 58, apdo. 8 WaffG excluyó, en su más reciente redacción, la punición de las conductas de adquisición, posesión, porte y transporte de armas y municiones para los detentadores de custodia sobre tales objetos que los entregasen a la autoridad competente o a una comisaría de policía hasta el 1 de julio de 2018.

Por su parte, los números 1 y 2 de la frase 2 del precepto prevén excepciones a tal exclusión. El número 1 deja intacta la responsabilidad penal de los detentadores a quienes se dio a conocer la incoación de un procedimiento penal o administrativo sancionatorio por la posesión del arma o munición antes de su entrega a las autoridades. Lo mismo es dispuesto por el número 2 para la hipótesis de que la infracción practicada ya hubiese sido descubierta (obviamente, *por las autoridades*) antes de la entrega del objeto por su detentador y éste hubiese sido sabedor de su descubrimiento o, en una apreciación sensata de la situación, hubiese debido contar con ello⁷³⁸.

La lectura conjunta de las dos frases del precepto demuestra que su finalidad no es producir una “legitimación temporal” de la adquisición y de la posesión ilegal de armas o de municiones. Como pone de manifiesto el tribunal superior estatal de Hamm, la detentación típica, antijurídica y culpable de la custodia sobre tales objetos no pierde estos tres atributos durante la vigencia del § 58, apdo. 8, 1ª frase WaffG. Este precepto se limita, más bien, a impedir la formulación de un juicio de responsabilidad penal respecto a la

⁷³⁸ La alusión en estos dos números a la “inutilización” o “cesión” del objeto, se debe a un defecto de técnica legislativa del art. 1 de la Segunda ley de modificación de la ley de armas y de otros preceptos de 30 de julio de 2017. La norma en cuestión retiró de la frase 1 del § 58, apdo. 8 WaffG la alusión – que estaba presente en sus dos anteriores redacciones – a la inutilización y cesión del armamento como acciones de supresión de la custodia, pero omitió retirarla, también, del texto de la frase 2.

posesión y a las otras conductas que enumera. Por esta razón, por lo que respecta a las conductas de adquisición y de posesión, constituye una *causa de exclusión de la punibilidad*, en la modalidad que la doctrina alemana suele designar “causa personal de levantamiento de la punición” (“Strafaufhebungsgrund”)⁷³⁹⁻⁷⁴⁰. En España, tal causa de exclusión de la punibilidad recibiría la denominación de *excusa absolutoria*⁷⁴¹.

La 1ª frase § 58, apdo. 8 WaffG ostenta, por tanto, idéntica naturaleza jurídica a la de algunos preceptos del ordenamiento jurídico alemán, como por ejemplo el § 371 de la Ordenanza tributaria alemana (“Abgabenordnung”), que excluye la punibilidad del delito de defraudación fiscal en determinados supuestos de autodenuncia y de regularización tributaria, o el § 22, apdo. 5, 1ª frase de la Ley sobre el control de armas de guerra (“Kriegswaffenkontrollgesetz”) de 22 de noviembre de 1990, que excluye la punibilidad de conductas como la introducción o el transporte de armas de guerra en el territorio alemán, si la persona que ha introducido o transportado las armas las entrega, voluntaria e inmediatamente, a una de las autoridades enumeradas en el precepto.

El § 58, apdo. 8, 1ª frase WaffG también tiene la misma naturaleza jurídica que determinadas normas del derecho español, el cual, a pesar de no contener una excusa absolutoria relacionada con tipos de posesión de armas y de municiones, sí que la prevé para delitos de defraudación fiscal y de la Seguridad social: el art. 305.4 CP otorga, bajo determinadas condiciones, efecto excluyente de la punibilidad a la regularización tributaria con respecto a “las posibles irregularidades contables u otras falsedades instrumentales que, exclusivamente en relación a la deuda tributaria objeto de regularización” el obligado tributario “pudiera haber cometido con carácter previo a la regularización de su situación tributaria”. Una cláusula de semejante redacción a la reproducida se contiene, además, en el art. 307.3 CP con respecto a los efectos desplegados por la regularización de la situación por el sujeto típico ante la Seguridad social. Ya en el contexto del delito de obtención fraudulenta de prestaciones de la Seguridad social, previsto en el art. 307ter.1 CP, establece el apartado 3 del citado artículo una excusa absolutoria, bajo determinadas condiciones, para el supuesto de que el autor del delito “reintegre una cantidad equivalente al valor de

⁷³⁹ Cf. el auto OLG Hamm NStZ-RR 2005, 121 (122).

⁷⁴⁰ Ello a pesar de que, incluso entre los juristas de tal país, prevalece la denominación informal – y técnicamente equivocada – del § 58, apdo. 8 WaffG como un precepto de “amnistía penal”. Cf. por ejemplo el propio auto OLG Hamm NStZ-RR 2005, 121 y comentarios como el de König, A.-V./Papsthart, C., “Waffengesetz”, cit., § 58, núm. marg. 6.

⁷⁴¹ Cf. por todos Carvalho, É. M. de, *Punibilidad y delito*, Reus, Madrid, 2007, pp. 65 y ss. Criticando esta terminología y defendiendo, en su lugar, una clasificación de los elementos de la punibilidad según se integren en las dimensiones de la efectividad, de la eficacia o de la eficiencia, inherentes a la necesidad de exigencia de la responsabilidad penal, Díez Ripollés, J. L., *PG*, cit., p. 572.

la prestación recibida incrementada en un interés anual equivalente al interés legal del dinero aumentado en dos puntos porcentuales, desde el momento en que las percibió”.

Fuera de los delitos de defraudación fiscal y de la Seguridad social, se pueden mencionar, entre otros preceptos, el art. 480.1 CP, que excluye la punibilidad del implicado en un delito de rebelión que “lo revelare a tiempo de poder evitar sus consecuencias”, así como el del art. 549 CP, que extiende la aplicación de la cláusula del art. 480 CP a los delitos de sedición.

Pero la exclusión de punibilidad del § 58, apdo. 8, 1ª frase WaffG no ocurre automáticamente. Para que se dé, es preciso que “el poseedor realice determinada actividad que le posibilite a la policía acceder al arma poseída ilegalmente, y que ello contribuya de manera esencial para hacer cesar el estado ilegal”⁷⁴². En consecuencia, incluso durante la vigencia del § 58, apdo. 8 WaffG, si las autoridades toman conocimiento de que el sujeto típico detenta armas o municiones de modo típico, antijurídico y culpable, pueden y deben llevar a cabo la persecución penal de tal individuo, siempre que este no haya realizado previamente una actividad que posibilite a las autoridades acceder al armamento.

Hechas estas consideraciones iniciales, hemos de realizar algunos comentarios a la técnica legislativa empleada en el § 58, apdo. 8 WaffG:

En primer lugar, al utilizar la expresión “un arma poseída sin autorización o munición poseída sin autorización”, la frase 1 del § 58, apdo. 8 WaffG plantea la cuestión de si se aplica solamente a los detentadores de custodia que la hayan establecido o mantenido de manera típica, antijurídica y culpable⁷⁴³ o si también incide sobre detentadores de custodia impuesta *lato sensu*⁷⁴⁴. Esto se debe a la ambigüedad de la

⁷⁴² OLG Hamm NStZ-RR 2005, 121 (122).

⁷⁴³ En adelante, abreviaremos el término “detentador de custodia que la ha establecido de manera típica, antijurídica y culpable” mediante la expresión “detentador de custodia culpable”. No procede utilizar, en su lugar, el término “detentador de custodia penalmente responsable” porque, dependiendo de si el detentador culpable entrega la cosa a las autoridades, cláusulas como la de la frase 1 del § 58, apdo. 8 WaffG excluirán su punibilidad e impedirán que se le declare penalmente responsable.

⁷⁴⁴ Recordemos que el término “custodia impuesta *lato sensu*” comprende tanto los supuestos de custodia impuesta propiamente dicha (caso didáctico 1), como los supuestos de custodia impuesta respecto a la calidad del objeto típico para los cuales no existe una criminalización de la modalidad imprudente del correspondiente tipo de posesión (caso didáctico 4), y también las situaciones en que los presupuestos de responsabilidad penal de la modalidad imprudente eventualmente tipificada no están presentes. Cada vez que empleamos tal término en el presente capítulo, partimos – salvo expresa reserva en sentido contrario – del presupuesto de que el detentador de la custodia impuesta *tampoco ha mantenido* su custodia de manera típica, antijurídica y culpable.

palabra “posesión”, que tanto puede ser entendida como la mera relación fáctica de dominio entre sujeto y objeto típicos que aquí denominamos custodia, y que está presente en ambas clases de situaciones, o como el establecimiento o mantenimiento típico, antijurídico y culpable (y potencialmente punible) de la citada relación, que solo está presente en el caso de los detentadores de custodia culpables.

En el contexto específico del derecho de armas alemán, esta ambigüedad y la cuestión interpretativa por ella suscitada no devienen especialmente problemáticas. Pues, aunque se entienda que los supuestos de detentación de custodia impuesta *lato sensu* no están abarcados por el mentado precepto, a estos supuestos será aplicable, de todos los modos, la regulación prevista en los ya comentados §§ 37c, apdo. 1, número 1 y 40, apdo. 5 WaffG⁷⁴⁵.

En este punto, sin embargo, la redacción de la frase 1 del § 58, apdo. 8 WaffG no sienta un buen precedente de técnica legislativa para futuros preceptos no relacionados con armas y municiones. Estos, más bien, deberán disponer expresamente que se aplican tanto a los detentadores de custodia culpables, como a los detentadores de custodia impuesta *lato sensu*. Y ello por dos razones.

La primera y más evidente razón estriba en que los §§ 37c, apdo. 1, número 1 y 40, apdo. 5 WaffG, que se aplican a los supuestos de custodia impuesta *lato sensu*, solo inciden en casos regidos por la Ley de armas alemana.

La alusión expresa que defendemos también se justifica, por otra parte, en la necesidad de alejar cualquier inseguridad en ciudadanos a quienes se les haya impuesto en general la custodia sobre un objeto típico, sobre qué sucederá en el caso de que entreguen el objeto a las autoridades. En otras palabras, para eliminar el efecto secundario de disuasión inversa provocado por todos los tipos de posesión en los supuestos de custodia impuesta *lato sensu*, se precisa que el mensaje normativo de las cláusulas que establecen excusas absolutorias deje clara la intención de suprimir, no solo los riesgos de persecución penal que afectan a los detentadores de custodia culpables, sino también los que afectan a los detentadores de custodia impuesta *lato sensu*.

Como segundo comentario a la técnica legislativa del § 58, apdo. 8 WaffG, se ha de señalar que, independientemente de la interpretación (extensiva o restrictiva) que se haga de la norma con respecto a su incidencia sobre los detentadores de custodia impuesta

⁷⁴⁵ Al respecto, cf. *supra*, II.1.1.

lato sensu, ella abarca, indudablemente, a quienes hubiesen establecido o mantenido su poder fáctico sobre armas o municiones de manera típica, antijurídica y culpable.

Esta circunstancia pone de manifiesto, como ya hemos anticipado anteriormente, que el orden jurídico no solo pretende sancionar a quienes establezcan o mantengan su poder fáctico sobre objetos prohibidos de manera penalmente responsable, sino que también desea retirar dichos objetos de la circulación. Y también evidencia que, durante la vigencia del § 58, apdo. 8 WaffG, el legislador alemán favoreció a este último interés en detrimento del primero.

Pero el citado favorecimiento no es absoluto, sino que se somete a las matizaciones previstas en los números 1 y 2 de la segunda frase del precepto. Mediante ellas se pretende evitar que detentadores de custodia de armamento penalmente responsables, que saben o deben contar con que serán castigados por vía penal o administrativa en un futuro próximo por su infracción, (ab)usen de la exclusión de punibilidad legalmente prevista para evitar indebidamente su castigo. La génesis de esta restricción está ligada a la idea de que la exclusión de punibilidad prevista en el § 58, apdo. 8 WaffG solo resulta justificada cuando los detentadores “hayan entregado el arma [o la munición] a la autoridad competente de manera voluntaria”⁷⁴⁶.

Un tercer aspecto a comentar tiene que ver con un mérito y dos insuficiencias materiales de la última redacción del § 58, apdo. 8 WaffG.

En principio, hay que reconocer que el texto legal más reciente presenta mayor calidad que las dos anteriores redacciones, pues extiende la exclusión de punibilidad en él operada, que antes solo se aplicaba expresamente a las armas, también a las municiones. Además, la supresión de la alusión a la destrucción o cesión del armamento a un tercero autorizado, entendida como acción de supresión de la custodia, no puede ser considerada una desventaja, pues, como hemos visto, estas dos acciones no siempre resultan jurídicamente exigibles, y la primera de ellas no estaría de conformidad con el Reglamento de ejecución (UE) 2015/2403 de la Comisión europea, de 15 de diciembre de 2015⁷⁴⁷.

⁷⁴⁶ BT-Drs. 14/7758, p. 119, donde se pone en evidencia, además, que la restricción se inspira en las limitaciones impuestas por el § 371, apdo. 2, núm. 1 letra “b”, núm. 2 de la Ordenanza tributaria alemana (“Abgabenordnung”) al efecto excluyente de la punibilidad generado por la autodenuncia en los delitos de defraudación fiscal. Cf. también OLG Hamm NStZ-RR 2005, 121 (122).

⁷⁴⁷ Cf. *supra*, III.

Sin embargo, la exclusión de punibilidad prevista en la última modificación de la Ley de armas alemana presenta una insuficiencia en común con sus dos antecesoras: no contiene mención alguna a las armas o municiones de guerra, que no están reguladas en la Ley de armas, sino en la Ley sobre el control de armas de guerra (“Kriegswaffenkontrollgesetz”) de 22 de noviembre de 1990. A causa de esta insuficiencia, por ejemplo, “quien posea [un fusil] Kaláschnikow o munición para armas de guerra no será motivado a cumplir la ley”⁷⁴⁸. Lo cual no es un efecto deseable, de cara a la acentuada peligrosidad de tal clase de armamento y la correspondiente elevada necesidad de evitar su presencia indiscriminada en el tráfico social.

Ligada a esta primera insuficiencia se halla una segunda, que se refiere a la naturaleza jurídica de la exclusión de la responsabilidad penal por las conductas instrumentales de “porte no autorizado durante el trayecto directo” para la entrega del armamento a las autoridades y por su “transporte no autorizado”. Al otorgar el mismo tratamiento jurídico que el que corresponde a la adquisición y la posesión ilegal del armamento a las mentadas conductas instrumentales, a saber, la exclusión de su punibilidad, el § 58, apdo. 8 WaffG deja intacto su carácter antijurídico.

Ello significa que sigue siendo posible – al menos de *lege lata* – castigar una participación delictiva en el porte y transporte del armamento a las autoridades. Lo cual da lugar a la injusta y absurda conclusión de que, durante la vigencia del § 58, apdo. 8 WaffG, el amigo del detentador de custodia sobre un arma, que le presta a este último un automóvil para que pueda transportar el artefacto hasta la policía, será castigado como cómplice en un delito de transporte no autorizado de armas (§ 27, apdo. 1 en conexión con tipos como el del § 52, apdo. 1, núm. 1 WaffG), mientras que el propio detentador del arma quedará libre de cualesquiera consecuencias penales.

Esta inadmisibles consecuencia dogmática torna necesario reconocer que el legislador alemán habría procedido mejor si hubiese otorgado, a dichas conductas de transporte y de porte, el mismo tratamiento que el que les otorgan los §§ 37c y 40 apdo. 5 WaffG y el art. 93 RA en conexión con el art. 20. 7.º CP, a saber, la exclusión de su antijuridicidad⁷⁴⁹.

A pesar de ello, al suprimir los riesgos de persecución penal inherentes a la entrega del objeto a las autoridades, los tres períodos de vigencia de excusas absolutorias

⁷⁴⁸ Jede, A., “Amnestie im Waffengesetz”, *Blog von Dr. Schmitz & Partner - Rechtsanwälte*, fecha de consulta 10 agosto 2021, en <https://www.drschmitz.de/deutsches-waffenrecht/amnestie-waffengesetz/>.

⁷⁴⁹ Al respecto, cf. *supra*, II.1.1 y II.1.2.

establecidos por el legislador alemán representan loables esfuerzos por retirar armas y municiones de la circulación. Así, el segundo de tales períodos, que se dio entre el 25 de julio y el 31 de diciembre de 2009, condujo a la retirada de circulación de más de 200.000 armas del territorio alemán⁷⁵⁰.

El § 58, apdo. 8 WaffG configura, por tanto, un importante antecedente de política legislativa penal para una regulación que pretenda eliminar los riesgos de persecución penal que afectan a quienes pretenden librarse de una custodia previamente impuesta sobre objetos típicos.

Al ser una regulación de duración transitoria y aplicarse – al menos expresamente – solo a detentadores de custodia culpables, el precepto comentado también nos coloca ante las dos más importantes cuestiones a ser debatidas en el momento de presentar nuestra propuesta personal de solución político-legislativa, a saber: a) si esta solución debe plasmarse en una ley con vigencia permanente o, más bien, en una ley temporal y; b) si debe tener su aplicabilidad restringida a los detentadores de custodia impuesta *lato sensu* o si debe ser extensible, por el contrario, también a los detentadores de custodia que la hayan establecido o mantenido de manera típica, antijurídica y culpable.

IV.2. La propuesta de Wojtech: atribución al abogado del rol de intermediario entre el detentador de la custodia y las autoridades

En Alemania, Wojtech defiende que la problemática de los riesgos de persecución penal inherentes a la entrega de objetos típicos a las autoridades debe ser solucionada mediante una reforma legislativa. Ésta facultaría al abogado para entregar el objeto típico a las autoridades en representación de su cliente, sin que ello conduzca al castigo penal de cualquiera de los dos.

Respaldándose en determinados antecedentes de la doctrina y jurisprudencia de su país⁷⁵¹, el autor alega que “la jurisprudencia no considera punibles determinados casos en

⁷⁵⁰ BT-Drs. 17/1305, p. 5.

⁷⁵¹ Se trata de los planteamientos que excluyen la responsabilidad penal – normalmente, con base en la ausencia de una voluntad de dominio respecto al objeto típico – de quienes detenten la cosa con la exclusiva finalidad de deshacerse de ella. Para un panorama de estos planteamientos en el contexto del tipo alemán de posesión de estupefacientes, cf. *supra*, capítulo 5, apartado IV.3.1.2. Wojtech también alude a la decisión BGH, NJW 1979, 2113, relativa al tipo alemán de posesión de armas del § 52, apdo. 3, núm. 2 WaffG.

que un tercero – y, así, también el abogado – toma un objeto prohibido por poco tiempo para, después, entregarlo a las autoridades”⁷⁵².

Esta solución no sería, empero, plenamente satisfactoria, pues para asegurar su propia impunidad, el tercero que entrega el objeto se ve obligado a informar a las autoridades sobre cómo obtuvo la cosa, incriminando, así, a su detentador originario. En el caso específico del abogado, por otro lado, confiar en que la mentada interpretación seguirá prevaleciendo en la jurisprudencia devendría especialmente arriesgado para la continuidad del ejercicio de su actividad, pues un eventual cambio de entendimiento de los tribunales podrá implicar consecuencias disciplinarias para tal profesional⁷⁵³.

Las dificultades mencionadas harían necesaria, en consecuencia, una solución a nivel político-legislativo, que es identificada por Wojtech con una regulación legal general que permita al abogado “entregar objetos o cosas prohibidas, en nombre de su cliente, a las autoridades, sin que su conducta sea punible”. La entrega por medio del abogado tampoco daría lugar a la persecución penal del cliente, pues éste resultaría protegido por el deber legal de confidencialidad impuesto a aquél⁷⁵⁴.

La regulación legal defendida por el autor no solo se aplicaría a detentadores de custodia impuesta *lato sensu*, sino que también valdría para quienes hayan establecido o mantenido su custodia de manera típica, antijurídica y culpable. A la posible objeción de que una regulación en tales términos podría dar lugar a abusos por parte de detentadores de custodia culpables, Wojtech replica que la probabilidad de que ello ocurra es muy reducida. Pues, “para autores pertinaces o para ‘ovejas negras’ en la abogacía, no tendría sentido desprenderse una y otra vez de los objetos prohibidos para, en seguida, adquirirlos nuevamente por mucho dinero”; y porque “siempre que las autoridades lleguen a saber, de otro modo, acerca de tales sucesos, sus autores podrán y deberán ser castigados por ellos”⁷⁵⁵.

A Wojtech le cabe el mérito de haber puesto de manifiesto que, también en lo que respecta a los detentadores de custodia que pretendan entregar objetos prohibidos a las autoridades por medio de un abogado, la cuestión no puede ser resuelta exclusivamente mediante un tratamiento dogmático “*ex post*”. En la argumentación reproducida en el último párrafo, se puede apreciar cómo el autor también esgrime una importante razón a

⁷⁵² Wojtech, M., “Wie wird man..”, cit., p. 249.

⁷⁵³ *Idem*.

⁷⁵⁴ *Idem*.

⁷⁵⁵ *Idem*.

favor de una regulación legal permanente que excluya riesgos de persecución penal tanto para los detentadores de custodia impuesta *lato sensu*, como también para los detentadores de custodia culpables.

Sin embargo, su propuesta tropieza con un obstáculo:

Como hemos visto, el penalista entiende suficiente una exclusión de punibilidad, a nivel legislativo, para el abogado, dado que su cliente estaría protegido de una persecución penal por el deber legal de confidencialidad impuesto a tal profesional.

En este aspecto, la argumentación de Wojtech obvia, empero, que los recursos criminalísticos actualmente a disposición de las autoridades de investigación y persecución penal les permiten, en determinados casos, descubrir el origen del objeto e identificar al detentador originario de la custodia, incluso sin que su abogado haya prestado alguna información al respecto⁷⁵⁶. Por esta razón, la propuesta del autor solo sería hipotéticamente viable si a su introducción le acompañase una exclusión de la punibilidad *también del cliente* que entrega el objeto a las autoridades por medio de su abogado.

Pero si este fuera el caso, ya no sería necesario recurrir al abogado como intermediario para entregar el objeto típico, pues el detentador de la custodia resultaría impune independientemente de si tal profesional participa o no en la entrega. Terminaría siendo superfluo, por tanto, el empleo de la figura del abogado más allá de su – relevante y, a veces, imprescindible – función de asesoramiento jurídico con respecto a las propiedades jurídicas del objeto detentado y a las posibilidades legales de supresión de la custodia por su cliente.

IV.3. Propuesta propia

Los antecedentes y propuestas político-legislativas abordados previamente constituyen importantes aportaciones al debate sobre qué características debería poseer la reforma legislativa propuesta. Permiten reflexionar, por ejemplo, sobre si la norma jurídica que elimine riesgos de persecución penal para detentadores de custodia impuesta *lato sensu* debe extenderse o no a los detentadores culpables. Y también considerar las posibles ventajas y desventajas de seguir uno u otro camino.

⁷⁵⁶ Poniendo tal circunstancia en evidencia, Ziemann, S./Ziethen, J., “Was tun mit »verbotenen Gegenständen«?..”, cit., p. 68.

En los siguientes apartados realizaremos esa reflexión, ponderando los posibles argumentos favorables y desfavorables a atribuir una u otra característica a la innovación legislativa por nosotros sugerida.

Ello nos permitirá, por un lado, determinar los factores y variables cuya discusión debe guiar el futuro y deseable debate político-legislativo sobre la conveniencia y la configuración concreta de tal innovación. Por otro lado, también posibilitará mostrar nuestra posición personal sobre cada una de las características que la regulación legal en cuestión debe ostentar, la cual será sintetizada en el último apartado de este capítulo bajo la forma de un borrador de su texto legal.

IV.3.1. Los detentadores de custodia abarcados

Un primer aspecto a discutir atiende a qué detentadores de custodia deben ser abarcados por la regulación legal propuesta, es decir, si ésta debe aplicarse únicamente a los detentadores de custodia impuesta *lato sensu* o si debe incidir también sobre las personas que hayan establecido y/o mantenido su poder fáctico sobre el objeto típico de manera típica, antijurídica y culpable.

A favor de incluir a los detentadores de custodia culpables habla la circunstancia de que esta inclusión transmitiría más seguridad a los detentadores de custodia impuesta *lato sensu*: el hecho de que incluso los criminales puedan entregar la cosa a las autoridades sin ser perseguidos penalmente, alejaría cualesquiera temores que el ciudadano fiel al derecho pueda tener con respecto a la realización de tal acción.

Es posible avanzar aún más en esta línea argumentativa, y alegar que la inclusión de los detentadores culpables es el único medio capaz de eliminar totalmente el efecto de disuasión inversa que reprochamos a los tipos de posesión. Pues, si la exclusión de responsabilidad penal propuesta solo se aplicase a los detentadores de custodia impuesta *lato sensu*, las autoridades estarían obligadas investigar si el individuo que les entregó el objeto había o no establecido/mantenido su custodia de manera típica, antijurídica y culpable. Investigación esta que será hecha, como se ve, en un momento posterior al de la entrega de la cosa a las autoridades. Semejante regulación condicionaría, implícitamente, la ausencia del castigo penal de *todos los detentadores de custodia* – incluso el de los detentadores de custodia impuesta *lato sensu* – a la constatación posterior, por el Estado, de que la custodia sobre el objeto no había sido establecida ni mantenida de manera típica, antijurídica y culpable.

Un mensaje normativo en estos términos podría transmitir seguridad a aquellos detentadores de custodia impuesta *lato sensu* que se hallan en una situación probatoria ventajosa (piénsese en la víctima de una tentativa de robo en su domicilio, que no tiene antecedentes penales, y que se encuentra con un arma olvidada por los ladrones en la vivienda al huir de la policía), o que poseen un elevado sentido del deber cívico. Pero sería insatisfactorio con respecto a los detentadores de custodia impuesta *lato sensu* cuya credibilidad se ve disminuida por factores no relacionados con la detentación del objeto en sí misma (piénsese en el individuo que, ostentando antecedentes penales por tráfico de drogas o la reputación social de estar involucrado en esta actividad, encuentra un paquete con estupefacientes que había sido puesto en su vivienda sin su solicitud y con la finalidad de incriminarlo), o que no se encuentran en una situación probatoria favorable.

Una segunda ventaja de la inclusión de los detentadores de custodia culpables en la incidencia de la regulación legal tiene que ver con el amplio favorecimiento de la función de retirada de la circulación de objetos peligrosos que ello podría generar bajo la perspectiva cuantitativa. Al seguir la misma lógica de las tres sucesivas redacciones del § 58, apdo. 8 WaffG – y abarcar un número más elevado de detentadores de custodia –, una norma en estos términos tiene el potencial de retirar, igualmente, un número más elevado de objetos peligrosos de la circulación (y no solo aquellos que corresponden a las constelaciones fácticas de custodia impuesta *lato sensu*).

Dicho esto, cabe ahora considerar las posibles desventajas de la extensión de nuestra propuesta legislativa a los detentadores de custodia culpables.

La primera y más fácilmente imaginable desventaja estriba en la potencial susceptibilidad del precepto a abusos y fraudes por parte de “criminales”. Así, se podría pensar en el traficante de armas que, sabedor de que se realizará una diligencia de entrada y registro en el local donde mantiene el armamento, se dirige a una comisaría de policía, entrega las armas y evita (indebidamente) su propio castigo penal conforme al tipo de posesión concretamente aplicable.

De verificarse una utilización abusiva como la aludida, el interés en favorecer la retirada de la circulación de objetos peligrosos vendría acompañado de un inadmisibles – dado que *irrestringido* – sacrificio del interés estatal en la persecución penal de quienes establezcan o mantengan su poder fáctico sobre objetos prohibidos de manera típica, antijurídica y culpable.

En estrecha relación con esta primera posible desventaja se halla una segunda, que alude a los potenciales efectos contraproducentes que la inclusión de los detentadores de

custodia culpables podría generar con respecto a los detentadores de custodia impuesta *lato sensu*. Como hemos dicho, es probable que una regulación en estos términos aleje los temores de los detentadores de custodia impuesta *lato sensu* respecto a los riesgos de persecución penal inherentes a la entrega del objeto a las autoridades. Pero tampoco cabe excluir que se vean estimulados, por la oportunidad de entregar la cosa “en cualquier momento” – es decir, incluso después de que ya hayan mantenido su custodia de manera típica, antijurídica y culpable – a quedarse con un objeto típico cuya custodia se les ha impuesto. En otras palabras, la legislación propuesta podría incentivar que detentadores de custodia impuesta *lato sensu* se transformen en detentadores culpables, lo cual agravaría aun más el efecto “normal” de disuasión inversa producido por los tipos de posesión.

En tercero y último lugar, cabe aludir a una posible desventaja relacionada con la persecución de otras infracciones penales ligadas al objeto típico entregado. Los tipos de posesión sirven, frecuentemente, como “puerta de entrada” para la investigación de otros delitos (piénsese en una investigación policial sobre posesión de pornografía infantil que descubre, posteriormente, quiénes han producido el contenido, o en el arma ilegalmente detentada con la cual se habría practicado previamente un homicidio). De cara a esta circunstancia, se podría alegar que una exclusión de responsabilidad penal por la práctica de tipos de posesión obstaculizaría la identificación y castigo de autores de conductas delictivas que, muchas veces, son más graves que la mera posesión.

Pues bien, en el contexto de una ponderación entre las ventajas y desventajas que acabamos de exponer, entendemos que aquellas superan a estas, de modo que resulta justificada la inclusión de los detentadores de custodia culpables en la regulación legal que proponemos. Así lo vemos, porque las desventajas indicadas solo devienen inevitables y de considerable importancia si la exclusión legal de la responsabilidad de detentadores de custodia culpables se introduce *sin reserva alguna*. En cambio, si se realizan las matizaciones presentes en los antecedentes legislativos que hemos abordado previamente, dichas desventajas se ven minimizadas o incluso desaparecen.

Así, en lo que atañe a la posibilidad de que “criminales” se sirvan de la regulación legal de manera abusiva, ésta puede ser ampliamente minimizada por una cláusula como la de la frase 2 del § 58, apdo. 8 WaffG. Como hemos visto, esta frase deja intacta la punibilidad de los detentadores de objetos típicos en la hipótesis de que se les hubiese dado a conocer, antes de que entregasen el objeto a las autoridades, la incoación de un procedimiento penal o administrativo sancionador por la posesión del arma o munición.

Y también en el caso de que las autoridades ya hubiesen descubierto la infracción practicada por el detentador del armamento antes de que éste hiciera la entrega o que, en una apreciación sensata de la situación, él hubiese debido contar con tal descubrimiento previo.

En el contexto del ejemplo brindado anteriormente, la aplicación de la frase 2 del § 58, apdo. 8 WaffG posibilitaría el castigo del traficante de armas que, a sabiendas de la inminencia de la realización de la diligencia de entrada y registro en su escondrijo, entrega el armamento a la policía. Pues, en el momento de la entrega, él conocía que la infracción ya había sido descubierta por las autoridades (o, al menos, debía contar con ello en una apreciación sensata de su situación).

Cláusulas limitadoras como la acabada de mencionar son capaces, en suma, de conciliar el interés de retirar de la circulación objetos peligrosos – y la correspondiente inclusión de detentadores de custodia culpables en el alcance de la norma – con el interés de perseguir penalmente a aquellos que obtengan o mantengan su custodia sobre los mentados objetos. Individuos involucrados en la criminalidad de “gran escala”, como los grandes traficantes de armas o de drogas, estarían en principio abarcados por la regulación. Ésta no les ofrecería, con todo, un incentivo suficiente para entregar a las autoridades los objetos detentados – normalmente adquiridos, como dice Wojtech, a cambio de elevadas cuantías o esfuerzos –, pues condicionaría la exclusión de su responsabilidad penal a la inexistencia, antes de la entrega, del conocimiento de las autoridades sobre la infracción cometida. Lo cual les permitiría a las agencias de persecución penal seguir investigando y, eventualmente, obtener la condena de dichos individuos por conductas como la posesión y el tráfico de los correspondientes objetos.

Consideraciones similares son aplicables a la segunda posible desventaja, la de que detentadores de custodia impuesta *lato sensu* resulten incentivados, de cara a la amplia exclusión de responsabilidad penal aquí defendida, a quedarse con objetos prohibidos cuya custodia se les había inicialmente impuesto. Esta desventaja solo se verificaría en el supuesto de que la exclusión de su responsabilidad no estuviese sometida a condicionamiento temporal alguno. Si se introduce una limitación como la del § 58, apdo. 8, frase 2 WaffG, nuestra propuesta legislativa conducirá, más bien, a que un detentador de custodia impuesta *lato sensu* “se dé prisa” por suprimir su custodia sobre la cosa. Pues la ausencia incondicional de su castigo – es decir, no supeditada, ni potencialmente, a la constatación estatal “*ex post*” de que no es un detentador de custodia culpable – solo estará asegurada si realiza la comunicación a la autoridad competente antes de que esta u

otra autoridad descubra que detenta la custodia sobre el objeto en cuestión (y, además, si efectivamente elimina su custodia en el plazo y forma establecidos por la autoridad competente).

La introducción de matizaciones en el texto legal propuesto también permite relativizar, por fin, la tercera desventaja indicada, que se refiere a la posible obstaculización de la persecución penal de otras infracciones penales practicadas con el objeto típico entregado.

Como hemos expuesto, la 1ª frase del § 58, apdo. 8 WaffG “recompensa” la entrega de armamentos por detentadores de custodia culpables tan solo con una exclusión de punibilidad por la adquisición no autorizada, por la posesión no autorizada, por el porte no autorizado cuando se dirige directamente a su entrega a la autoridad competente o a la comisaría de policía, o por su transporte no autorizado.

En el plano penal material, conductas distintas de la adquisición y posesión del armamento que no estén estrechamente relacionadas con el proceso de entrega de la cosa a las autoridades, no resultan abarcadas por la exención de punibilidad establecida en el § 58, apdo. 8, frase 1 WaffG, y siguen siendo pasibles de castigo penal. En el plano procesal, el precepto tampoco impide que se averigüe si el arma o la munición entregada está ligada a una práctica delictiva distinta de la adquisición, posesión o traslado del objeto a las autoridades (como, por ejemplo, si ha sido empleada en un robo o en un homicidio), ni que se utilicen los conocimientos resultantes de tal averiguación como base probatoria de acusaciones penales.

Una lógica semejante puede y debe ser utilizada en la reforma legislativa aquí sugerida. La exclusión de responsabilidad penal en ella operada debe restringirse al establecimiento de la custodia (bajo la rúbrica de la “adquisición” del objeto), a la posesión de los objetos y a los comportamientos estrictamente necesarios para realizar la entrega de la cosa detentada a las autoridades. Y aunque es improbable que un detentador de custodia sobre objetos que lo conecten a otras prácticas delictivas (como un arma que utilizó en un robo) lo entregue a las autoridades, si así procede, tan solo verá excluida su responsabilidad penal con respecto a las conductas enumeradas en el texto legal que proponemos. Tanto la responsabilidad del propio detentador por delitos no enumerados en el precepto, como también la responsabilidad de terceros por cualesquiera infracciones penales que el análisis técnico-criminalístico de la cosa permita constatar, podrán ser investigadas y sancionadas penalmente.

A título de conclusión, afirmamos que la norma jurídica aquí propuesta debe aplicarse expresamente a detentadores de custodia impuesta *lato sensu* y también a detentadores de custodia culpables, siempre que dichos detentadores procedan de acuerdo con lo establecido en el precepto.

El alcance de la norma debe limitarse, empero, a las conductas de adquisición y de posesión del objeto, y a comportamientos que sean imprescindibles para cumplir lo dispuesto en el precepto, tal como el transporte del objeto hacia la autoridad competente. No se aplicará, en cambio, a conductas como el tráfico del objeto típico, ni a un delito para cuya perpetración la cosa haya sido utilizada como instrumento.

Un segundo condicionamiento a que el precepto debe someterse se refiere al hecho de si, antes de la comunicación a la autoridad competente, esta u otra autoridad sabía o no que la persona detentaba – sea de manera típica, antijurídica y culpable, o no – la custodia sobre el objeto típico. La exclusión de la responsabilidad penal del detentador culpable estará sometida a la exigencia de que las autoridades no sepan que él ha adquirido o que posee la cosa, ni que, en una apreciación sensata de su situación, el detentador deba contar con ello. Al mismo requisito se someterá la ausencia incondicional de castigo – es decir, no supeditada, ni siquiera potencialmente, a la constatación posterior por el Estado de que el poder fáctico sobre el objeto no se ha establecido ni mantenido de manera típica, antijurídica y culpable – de los detentadores de custodia impuesta *lato sensu*.

IV.3.2. La naturaleza jurídica de la cláusula

En apartados anteriores⁷⁵⁷, hemos visto que tanto los §§ 37c y 40 apdo. 5 WaffG como el art. 93.1 RA en conexión con el art. 20. 7.º CP excluyen la antijuridicidad de detentadores de custodia impuesta *lato sensu* que cumplan los deberes, instituidos en tales preceptos, de comunicación y de entrega del objeto a las autoridades. Hemos visto asimismo que el § 58, apdo. 8 WaffG prevé una excusa absolutoria para aquellos que entreguen armas o municiones a las autoridades.

⁷⁵⁷ Cf. *supra*, II.1.1 y II.1.2.

Ello coloca la cuestión de si la exclusión de responsabilidad penal aquí propuesta debe tener la misma naturaleza jurídica de las tres primeras regulaciones citadas o, más bien, la de esta última.

Como defenderemos a continuación⁷⁵⁸, la norma jurídica propugnada deberá establecer un procedimiento de supresión de custodia en dos etapas, la primera consistente en la comunicación de su existencia a las autoridades, y la segunda consistente en la determinación, por la autoridad competente, de qué acción deberá realizar el detentador de la custodia. Esto impide que la respuesta a la cuestión planteada en el párrafo anterior sea uniforme. Ella variará, más bien, de acuerdo con dos factores:

El primer factor tiene que ver con si el sujeto que ejecuta las conductas es un detentador de custodia culpable o un detentador de custodia impuesta *lato sensu*. El segundo alude a si la conducta a analizar es la posesión en sí misma y su comportamiento (posiblemente) antecedente de la adquisición del objeto, o los comportamientos necesarios para cumplir la orden emanada de la autoridad (como se da, por ejemplo, en el caso del transporte del objeto hacia la autoridad, de su entrega a esta, o de la destrucción de la cosa).

IV.3.2.1. Detentadores de custodia culpables

Detentadores de custodia que la han establecido y/o mantenido de manera típica, antijurídica y culpable ya han cumplido, *per definitionem*, todos los elementos del tipo de injusto y de la culpabilidad exigidos por las figuras delictivas de posesión. Con respecto a las conductas de posesión y de adquisición del objeto típico solo tiene cabida, por tanto, una exclusión de responsabilidad penal en los moldes del § 58, apdo. 8 WaffG, es decir, mediante una causa personal de levantamiento de pena (“Strafaufhebungsgrund”) o excusa absoluta.

Lo mismo no puede ser dicho, sin embargo, de las conductas necesarias para el cumplimiento de la orden impartida por la autoridad, como el transporte del objeto hasta la autoridad competente o su entrega a esta. Pues el presupuesto lógico de la norma aquí propugnada es que los detentadores de custodia culpables *aún no han realizado* dichos comportamientos, siendo el objetivo de la reforma legislativa defendida, precisamente, *motivarlos* a así proceder.

⁷⁵⁸ Cf. *infra*, IV.3.5.

Ahora bien, si esta motivación se materializase en una mera exclusión de punibilidad – como se da con respecto a las conductas instrumentales descritas en el § 58, apdo. 8 WaffG –, nuestra propuesta presentaría la misma insuficiencia de la norma alemana: seguiría criminalizando, de manera contradictoria e inadmisibile, como participación delictiva a los comportamientos de terceros que ayudasen al detentador de la custodia a cumplir la orden de la autoridad.

En consecuencia, los comportamientos típicos realizados por un detentador de custodia culpable que sean estrictamente necesarios para el cumplimiento de la orden de la autoridad deberán recibir, más bien, el mismo tratamiento jurídico que el que les otorgan los §§ 37c y 40 apdo. 5 WaffG y el art. 93.1 RA en conexión con el art. 20.7.º CP, a saber, la exclusión de su antijuridicidad.

IV.3.2.2. Detentadores de custodia impuesta *lato sensu*

El poder fáctico de los detentadores de custodia impuesta *lato sensu* nace, también *per definitionem*, de manera impune, sea porque su custodia surgió por acción de terceros o de un caso fortuito o de fuerza mayor (caso didáctico 1), sea porque su establecimiento voluntario de custodia sin conocimiento de las calidades del objeto típico no está recogido en un tipo de posesión imprudente (caso didáctico 4), sea, finalmente, porque esta última clase de establecimiento de custodia no satisface, en el caso concreto, los requisitos de responsabilidad penal de tipos de posesión imprudentes aparentemente aplicables.

En ninguna de las tres clases de situaciones aludidas cabe hablar, por regla general, siquiera de una tipicidad del establecimiento de la custodia. También partimos del presupuesto de que, en tales supuestos, el individuo tampoco ha mantenido su custodia de manera típica, antijurídica y culpable.

Estas consideraciones permiten apreciar que, en los casos de custodia impuesta *lato sensu*, ni el establecimiento ni el mantenimiento de la custodia sobre el objeto precisan de que su antijuridicidad o su punibilidad sean excluidas, dado que no gozan, desde el principio, de estos atributos. Por consiguiente, la exclusión de responsabilidad penal – más concretamente, de *punibilidad* – con respecto a la adquisición y la posesión del objeto, que propugnamos para los detentadores de custodia culpables, no será aplicable a los detentadores de custodia impuesta *lato sensu*.

En cambio, los comportamientos típicos realizados por el detentador de custodia impuesta *lato sensu* que sean necesarios para el cumplimiento de la orden de la autoridad

sí que deberán poder ampararse en una causa de justificación. Pues, también con respecto a ellos, constituye presupuesto lógico de la norma aquí defendida la circunstancia de que aún no han realizado dichos comportamientos, siendo el objetivo de la reforma legislativa propugnada motivarlos a así proceder.

IV.3.3. El carácter permanente o temporal

En los apartados anteriores, proponemos un precepto con carácter amplio, que abarque – con los condicionamientos allí defendidos – tanto a detentadores de custodia impuesta *lato sensu* como a detentadores de custodia culpables. La propuesta se inspira, evidentemente, en el § 58, apdo. 8 WaffG.

Esta última circunstancia debe conducir a reflexionar sobre si la susodicha exclusión de responsabilidad penal debe o no ostentar, también, un segundo atributo en común con el § 58, apdo. 8 WaffG, a saber, la transitoriedad.

A favor de asignar una calidad transitoria a la regulación jurídica defendida, se podría alegar, por una parte, que el interés de retirar objetos peligrosos de la circulación solo debería ser privilegiado de forma temporalmente limitada, en determinados momentos históricos en que – por ejemplo – se constate que tales objetos se hallan excesivamente difundidos en la sociedad. Como regla general, se debería dar preferencia al interés de perseguir penalmente a quienes establezcan o mantengan su custodia sobre un objeto prohibido de manera típica, antijurídica y culpable y, solo con carácter excepcional, prescindir de su castigo penal mediante leyes temporales. Una regulación no transitoria causaría, pues, un “desequilibrio” entre ambos intereses al favorecer al primero de ellos de modo permanente.

Por otra parte, se podría aducir que un estímulo psicológico suficientemente intenso para que los detentadores de custodia “se den prisa” por entregar el objeto, solo sería alcanzado si la norma jurídica que impide su castigo ostenta una vigencia temporalmente limitada.

En contra del carácter transitorio de la regulación habla, evidentemente, la circunstancia de que una modificación legislativa con tal calidad no brindaría una solución duradera para el efecto de disuasión inversa que los tipos de posesión producen para los detentadores de custodia impuesta *lato sensu*. Fuera del período de vigencia de la regulación, estos detentadores estarían expuestos a la inseguridad de su propia persecución penal cuando la única acción de supresión de la custodia que se les pueda

exigir sea entregar la cosa a las autoridades. Lo cual implica también, obviamente, desatender el interés del ordenamiento jurídico en retirar objetos peligrosos de la circulación.

Análogamente a la cuestión abordada en el apartado relativo a la amplitud del círculo de detentadores de custodia abarcados, entendemos que los argumentos favorables a una regulación meramente transitoria pierden su poder de persuasión cuando se tienen en cuenta las matizaciones que propugnamos para nuestra propuesta legislativa.

Así, a los argumentos favorables a establecer un lapso temporal limitado, se puede responder alegando que esta restricción temporal solo sería necesaria si la exclusión de responsabilidad penal sugerida fuese irrestricta. Si se introduce, en cambio, un condicionamiento como el contenido en la frase 2 del § 58, apdo. 8 WaffG, se podrá satisfacer de forma permanente el interés en retirar objetos peligrosos de la circulación, sin sacrificar excesivamente el interés, defendido por los partidarios del plazo temporal, de perseguir penalmente a quienes establezcan o mantengan su poder fáctico sobre un objeto prohibido de manera típica, antijurídica y culpable.

Lo mismo puede decirse sobre el argumento relacionado con el estímulo psicológico emanado de un precepto con vigencia temporal: el raciocinio únicamente sería correcto si la regulación defendida permitiese que la supresión de la custodia sobre el objeto “en cualquier momento” condujera a la no punición de su detentador. Por el contrario, al subordinar en su frase 2 la no punición a la inexistencia del conocimiento por las autoridades de que el individuo detenta la custodia sobre el armamento, el § 58, apdo. 8 WaffG brinda un estímulo psicológico para la entrega de la cosa tan intenso como el producido por la limitación temporal de la vigencia del precepto⁷⁵⁹. Esta consideración es extensible al precepto legal aquí defendido, dado que, a pesar de no tener un carácter transitorio, contendrá una restricción semejante a la prevista en la 2ª frase del § 58, apdo. 8 WaffG.

Finalmente, cabe mencionar que, pese a parecer a primera vista una medida inusual, la exclusión de la responsabilidad penal de detentadores de custodia culpables que entreguen

⁷⁵⁹ En este sentido, es ilustrativo que en Alemania se haya defendido la introducción de un precepto como el del § 58, apdo. 8 WaffG, pero con carácter permanente. Cf. por ejemplo Landtag Nordrhein-Westfalen, “Gutachtliche Stellungnahme 17/3790 von Jürgen Antoni”, fecha de consulta 10 agosto 2021, en <https://www.landtag.nrw.de/portal/WWW/dokumentenarchiv/Dokument/MMST17-3790.pdf>.

objetos típicos a las autoridades en normas sin carácter transitorio es una realidad en diversos ordenamientos jurídicos:

Así, en Chile, el art. 14C, inciso primero de la Ley n° 17.798 sobre control de armas establece que, en delitos como el de posesión ilegal de armas de fuego o de explosivos, “constituye circunstancia eximente la entrega voluntaria de las armas o elementos a las autoridades señaladas en el artículo 1°, sin que haya mediado actuación policial, judicial o del Ministerio Público de ninguna especie”⁷⁶⁰.

En Brasil, la Ley n° 10.826/2003, del “Estatuto de desarme”, prevé en su art. 32 que “los poseedores y propietarios de un arma de fuego podrán entregarla, espontáneamente, mediante recibo, y, presumiéndose de buena fe, serán indemnizados, de conformidad con lo dispuesto en el reglamento, quedando extinta la punibilidad de la eventual posesión irregular de aludida arma”⁷⁶¹.

En Australia, por su parte, el programa de “amnistía nacional y permanente sobre armas de fuego” (“national permanent firearms amnesty”), acordado y aprobado por el gobierno federal y las administraciones de los seis estados federados australianos, y en vigencia desde 1 de julio de 2021, permite que tanto los detentadores de custodia impuesta *lato sensu* como los detentadores de custodia culpables entreguen dichos objetos a la policía o a comerciantes legales de armas de manera anónima y sin ser perseguidos penalmente⁷⁶².

La regulación legal propugnada deberá tener, por tanto, carácter permanente.

IV.3.4. Los objetos típicos abarcados

Los antecedentes legislativos en los cuales nos basamos se refieren, exclusivamente, a armamentos. Esto plantea la cuestión de si la reforma legislativa que defendemos debe restringirse a esta clase de objetos y, en caso negativo, si debe abarcar todos o solo algunos de los objetos descritos en las figuras delictivas de posesión.

La restricción mencionada seguiría una lógica comprensible a primera vista: armas y municiones son objetos “inmediatamente peligrosos” para la vida e integridad física de los ciudadanos, pues están específicamente y especialmente proyectados para producir lesiones y causar muertes. Y su destrucción, inutilización o desecho resultan, no raramente,

⁷⁶⁰ Disponible en <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=13031>.

⁷⁶¹ Disponible en http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/10.826.htm.

⁷⁶² Cf. Australian Government - Department of Home Affairs, “Permanent national firearms amnesty”, fecha de consulta 21 agosto 2021, en <https://www.homeaffairs.gov.au/about-us/our-portfolios/criminal-justice/drugs-firearms-organised-crime/permanent-national-firearms-amnesty>.

arriesgados o impracticables (en suma, *jurídicamente inexigibles*). Ellas son, por excelencia, los objetos cuya entrega al Estado debería ser facilitada mediante la supresión legislativa de riesgos de persecución jurídico-penal. Lo mismo no podría ser dicho, sin embargo, v. g. sobre los estupefacientes, que por regla general representan un peligro menos palpable y más remoto para la vida y la integridad física de las personas, y que pueden ser fácilmente eliminados/desechados por el retrete del baño. Y mucho menos sobre el material pornográfico infantil, que tan solo reproduce visualmente un abuso sexual ya consumado, y que también puede ser destruido de manera relativamente sencilla.

El argumento expuesto parecería tornar justificable limitar el alcance de la propuesta legislativa a las armas y municiones, o todo lo más, para evitar una laguna semejante a la que el § 58, apdo. 8 WaffG presenta con respecto a las armas de guerra, extenderla tan solo a objetos que representen un peligro inmediato para la vida o la integridad física, y cuya destrucción o abandono sean excesivamente arriesgados o complejos, como los materiales explosivos o radioactivos y los agentes biológicos.

Adherirse a tal argumento implicaría obviar, empero, que factores *distintos* de los riesgos personales y de la impracticabilidad de la destrucción/desecho del objeto también pueden conducir a que la entrega del objeto a las autoridades sea la única acción adecuada de supresión de la custodia, y que dichos factores pueden darse respecto a *cualquier objeto descrito en un tipo de posesión*.

Así, hemos afirmado previamente, por ejemplo, que estupefacientes susceptibles de prescripción médica son objetos idóneos del tipo penal de daños. Su eliminación o desecho por el retrete acarrea, en consecuencia, riesgos de persecución jurídico-penal, lo cual podrá conducir a la inexigibilidad de la realización de las citadas acciones. A ello cabe agregar que esta – solo aparentemente – inofensiva acción de eliminación de custodia de estupefacientes agrava la contaminación medioambiental ya producida por las excreciones fisiológicas de usuarios de drogas presentes en las aguas residuales⁷⁶³. También es concebible una situación semejante al supuesto fáctico de la ya comentada STS 412/2017 de 7 junio, en que el detentador de la custodia sobre un objeto descrito en un tipo de posesión – sea cual fuere el objeto y el tipo de posesión concretamente aplicable – se encuentra en la cárcel y tan solo es hipotéticamente capaz de suprimir su custodia si

⁷⁶³ Al respecto, cf. por ejemplo Parker, M./Ford, A., “¿Por qué los peces se han vuelto adictos a las drogas ilícitas?”, *BBC News Mundo*, fecha de consulta 24 septiembre 2021, en <https://www.bbc.com/mundo/vert-fut-57923665>.

dirige una petición a familiares que residen en su vivienda. Si consideramos que esta acción concreta no deviene jurídicamente exigible, al detentador solo le quedará la alternativa de comunicar la existencia de su custodia sobre el objeto a las autoridades y de solicitar que recojan la cosa en su casa.

Estas consideraciones demuestran que si el precepto legal por cuya introducción abogamos abarcara únicamente determinados objetos típicos, no estaría en condiciones de dar una solución jurídica satisfactoria a todos los casos en que la acción de entregar el objeto a las autoridades es la única jurídicamente exigible. En consecuencia, debe abarcar todos aquellos objetos que estén descritos en las figuras típicas de posesión.

IV.3.5. Las acciones de eliminación de la custodia

Hemos visto anteriormente que la destrucción y el desecho del objeto típico devienen, en una cantidad no despreciable de situaciones, jurídicamente inexigibles. Nuestra propuesta de regulación legal tiene como objetivo primordial, por tanto, excluir los riesgos de persecución jurídico-penales que derivan de la entrega de la cosa a las autoridades en tales casos.

A la vista de ello, cabe preguntar si el correspondiente precepto legal debe aludir, tal como hace la más reciente redacción del § 58, apdo. 8 WaffG, tan solo a esta última acción, o si también debe referirse a las dos primeras, esto es, a la destrucción y el desecho. También se debe indagar si el precepto debe incluir, tal como hacen las dos primeras redacciones del § 58, apdo. 8 WaffG, la cesión del objeto a un tercero autorizado como acción de eliminación de la custodia sobre la cosa.

A diferencia de los textos legales acabados de mencionar, nuestra propuesta legislativa preverá un procedimiento de supresión de custodia por su detentador en dos etapas, la primera consistente en la comunicación de su existencia a las autoridades, y la segunda consistente en la determinación, por la autoridad competente, de qué acción deberá realizar el detentador de la custodia. Este procedimiento en dos fases, que sigue la lógica de los §§ 37c y 40 WaffG, es más adecuado para la situación de detentadores de custodia que pueden suprimirla fácilmente mediante la destrucción del objeto, pero que dudan de la viabilidad jurídica de ese proceder (así, por ejemplo, en el caso de estupefacientes susceptibles de prescripción médica, cuya destrucción puede configurar una acción típica de daño).

A nuestro juicio, resulta conveniente mantener la alusión a la destrucción del objeto típico y a su cesión a un tercero autorizado cuando esta sea jurídicamente permitida (así, en el caso de un objeto que se ha heredado, y cuya posesión es susceptible de permisos, pero no, por ejemplo, en el caso del material pornográfico infantil o de un objeto cuya propiedad no corresponda a su detentador), siempre que tales acciones hayan sido ordenadas por la autoridad competente.

En cambio, no se contendrá en el precepto una mención al desecho de la cosa, pues el riesgo de que el objeto sea descubierto por terceros, o de que el abandono de determinadas sustancias prohibidas cause una contaminación medioambiental, no hace recomendable erigir el abandono en una de las acciones de supresión de la custodia cuya realización puede ser ordenada por la autoridad competente.

IV.3.6. Otros comentarios acerca del precepto legal propuesto

Dos comentarios adicionales deben ser hechos acerca de las características de nuestra propuesta legislativa:

En primer lugar, cabe preguntar si el procedimiento bifásico descrito en el precepto, de comunicación a la autoridad y posterior cumplimiento de la orden dada por esta, debe tener carácter facultativo u obligatorio.

Si desean asegurar una exclusión de punibilidad, los detentadores de custodia culpables no solo deberán cumplir la primera sino también la segunda etapa del procedimiento previsto en la norma. Lo mismo vale con respecto a la ausencia incondicional de castigo – es decir, no supeditada, ni potencialmente, a la constatación estatal “*ex post*” de que no han establecido/mantenido su custodia de forma típica, antijurídica y culpable – de detentadores de custodia impuesta *lato sensu*. Si, a pesar de realizada la primera etapa (de comunicación), no se cumple la orden emanada de la autoridad en el plazo por ella establecido, no incidirá la exclusión de punibilidad prevista en el precepto, y también se le permitirá a la autoridad incautar el objeto en cuestión.

Sin embargo, el procedimiento en cuestión no puede ser obligatorio, pues tal característica entraría en conflicto con el principio *nemo tenetur* en la mayoría de los casos de detención culpable de la custodia sobre o el objeto típico, así como en algunos supuestos excepcionales de custodia impuesta *lato sensu*⁷⁶⁴.

⁷⁶⁴ Al respecto, cf. *supra*, II.2.

En segundo lugar, se debe destacar que el borrador de texto legal contenido en el próximo apartado tiene como única función sintetizar las ideas consignadas en los apartados anteriores. Su incorporación al ordenamiento jurídico español o alemán debe ser sometida, necesariamente, a modificaciones de acuerdo con la terminología jurídica corriente en estos países y a la técnica legislativa empleada en cada uno de sus tipos de posesión, especialmente en lo que concierne a las diferentes modalidades de formulación típica (posesión, almacenamiento, tenencia, etc.) en ellos empleada.

IV.3.7. A título de conclusión: borrador del texto legal correspondiente a nuestra propuesta de reforma legislativa

“Art. _

1. Quienes posean ilegalmente uno de los objetos descritos en los arts._ y, tras comunicar esta circunstancia a la autoridad competente, procedan de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 2 de este artículo, no serán castigados por la adquisición ni por la posesión del objeto. El transporte del objeto hacia la autoridad competente, así como otras conductas típicas imprescindibles para el cumplimiento de lo dispuesto en el apartado 2, tendrán su antijuridicidad excluida.

2. La autoridad competente puede

- a) ordenar que se le entregue el objeto dentro de un plazo razonable;
- b) ordenar que el objeto sea destruido, inutilizado o, cuando proceda, cedido a una persona autorizada, dentro de un plazo razonable, y que ello sea acreditado ante la autoridad competente.

3. Si, trascurrido el plazo a que alude el apartado 2 de este artículo, el poseedor ha incumplido sin motivo justificado la orden de la autoridad competente, esta podrá incautar el objeto.

4. El apartado 1 no es aplicable

- a) en la hipótesis descrita en el apartado 3;
- b) si al poseedor se le dio a conocer, antes de que realizase la comunicación prevista en el apartado 1 de este artículo, la incoación de una investigación penal, procedimiento penal o procedimiento administrativo sancionador, por ese hecho;
- c) si el hecho ya había sido descubierto por las autoridades, total o parcialmente, en el momento de la comunicación prevista en el apartado 1 de este artículo, y el poseedor lo conocía o, en una apreciación sensata de la situación, debió conocerlo.

5. El procedimiento descrito en los apartados 1 y 2 también podrá ser seguido por aquellas personas que no hayan establecido ni mantenido su poder fáctico sobre el objeto de manera

típica, antijurídica y culpable. La segunda frase del apartado 1 y los apartados 3 y 4 serán aplicables.”



UNIVERSIDAD
DE MÁLAGA

CONCLUSIONES

1. Tipos penales de posesión son aquellas figuras delictivas cuyo texto literal describe exclusivamente una relación fáctica de dominio entre una persona y un objeto corpóreo. En el ordenamiento jurídico-penal positivo español, esta relación fáctica de dominio se halla descrita mediante seis diferentes formulaciones típicas: posesión, tenencia, tenencia en (su) poder, tenencia en depósito, depósito y almacenamiento.

2. Los tipos penales de posesión alcanzan, en España, la elevada cantidad de 48. Estos tipos se hallan distribuidos en 42 diferentes preceptos jurídico-penales. 12 de los 48 tipos de posesión españoles permiten el castigo de su ejecución imprudente grave. En 32 de los 48 tipos de posesión españoles, se admite una imputación de responsabilidad penal a la persona jurídica. De estos 32 tipos, 8 permiten el castigo de la persona jurídica por su ejecución mediante imprudencia grave.

3. El debate dogmático contemporáneo sobre la responsabilidad penal por el estado en los tipos de posesión tiene como antecedentes históricos las controversias relacionadas con la responsabilidad penal por *positum habens* en el derecho romano, así como la discusión sobre los delitos “de sospecha” o “sin acción” en la doctrina italiana de la primera mitad del siglo XX. La polémica desarrollada en la doctrina italiana tiene como punto de partida, empero, una concepción más restrictiva que la actualmente vigente acerca del alcance de los principios de imputación subjetiva y de presunción de inocencia. Por esta razón, solo puede prestar una aportación muy modesta a la discusión actual sobre la responsabilidad penal por el estado en los tipos de posesión.

4. El principal defensor contemporáneo de la responsabilidad penal por el estado en los tipos de posesión es Eckstein. En los supuestos fácticos de custodia impuesta en que el objeto típico llega a la esfera de dominio de una persona de manera adecuada al tráfico social (casos didácticos 1 y 3) o a causa de un acuerdo previo, la construcción dogmática de Eckstein defiende el castigo de tal persona conforme al correspondiente tipo de posesión si ella no toma la decisión de suprimir su custodia sobre el objeto típico, incluso en los casos en que no es capaz de realizar acción alguna de eliminación de la custodia. En los supuestos de custodia impuesta referente a la calidad del objeto típico (caso didáctico 4), Eckstein afirma la responsabilidad penal del detentador de la custodia

incluso si éste, inmediatamente después de conocer la calidad del objeto, decide suprimir inmediatamente su custodia. Ambas consecuencias dogmáticas son inadmisibles a la luz del principio constitucional de imputación subjetiva, consagrado en los arts. 1, I GG y 10.1 CE, pues en ellas el juicio de imputación se funda en una decisión del sujeto típico que no puede, de ninguna manera, influir concretamente sobre el acontecimiento externo (persistencia de la propia custodia sobre el objeto prohibido).

5. Un mero incremento en la actitud interna de un detentador de la custodia incapaz de acción, consistente en su intención adicional de utilizar el objeto típico para fines criminales, no es capaz de compensar la incapacidad de su instancia interna para controlar el acontecimiento objetivo externo (persistencia de su propia custodia sobre el objeto). Por esta razón, son igualmente inadmisibles a la luz del principio de imputación subjetiva aquellas propuestas doctrinales que defienden una responsabilidad penal por el estado “modificada”, sea aceptándola con carácter general en los tipos de posesión con tendencia interna trascendente (Lagodny), sea reconociéndole legitimidad bajo la condición de que, en tipos de posesión cuyos objetos típicos no son “en sí mismos” peligrosos, se exija la prueba de que el individuo ostenta una intención adicional de utilizar el objeto para fines criminales (Ambos).

6. De la inadmisibilidad constitucional de la responsabilidad penal por estado se deriva la necesidad de interpretar los delitos de posesión como delitos de comportamiento. Pero, al contrario de lo que sostiene Roxin, la posesión ni puede ni necesita ser comprendida como una tercera categoría de imputación jurídico-penal por un comportamiento. Su propuesta de comprender la posesión como una categoría de imputación independiente de comportamientos de establecimiento y de mantenimiento de la custodia sobre el objeto típico produce un vaciamiento del concepto personal de conducta de Roxin, como de cualquier concepto de comportamiento que siga el mismo procedimiento. La supuesta insuficiencia de los mecanismos de imputación comisivos/omisivos para abarcar los supuestos de establecimiento activo de la propia custodia sobre un objeto típico, que mantiene Roxin, tampoco es verdadera, pues puede ser superada echando mano del nexo de causalidad y del instituto de la *omissio libera in causa*. La responsabilidad penal por tipos de posesión está ineludiblemente vinculada, por tanto, a las conductas comisivas y/u omisivas que hacen surgir o persistir la custodia sobre el objeto típico.

7. La vinculación de la responsabilidad penal en los delitos de posesión con las conductas comisivas y/u omisivas que hacen surgir o persistir la custodia sobre el objeto típico torna necesario reconocer el establecimiento y el mantenimiento de la custodia sobre el objeto típico como los dos planos de análisis de los tipos de posesión.

8. Comportamientos de utilización del objeto típico son, por regla general, irrelevantes para los tipos de posesión. La excepción a esta afirmación son los supuestos en que el individuo defiende activamente su custodia preexistente sobre el objeto típico, ante una pérdida inminente, mediante el uso del propio objeto.

9. Los tipos de posesión deben seguir la misma clasificación de los comportamientos concretos que dan lugar al establecimiento y/o al mantenimiento de la custodia sobre el objeto típico: ellos son tipos de delito comisivos y/u omisivos.

10. En los supuestos de pluralidad de comportamientos que dan lugar al surgimiento y/o a la persistencia de la custodia sobre el objeto típico, la construcción dogmática del delito permanente permite comprender dicha pluralidad como una unidad de ejecución típica que se prolonga en el tiempo y que debe ser castigada como una totalidad. La formulación del concepto de delito permanente no debe vincular dicho concepto a la mera posibilidad de persistencia temporal del estado antijurídico (custodia sobre el objeto típico), sino a la posibilidad de que comportamientos responsables subsecuentes del sujeto típico hagan que tal estado antijurídico persista.

11. El estado de cosas o resultado prohibido por los tipos de posesión es la custodia o disponibilidad sobre el objeto típico. La custodia es un efecto separable de las conductas que dan lugar a su surgimiento o persistencia. Los tipos de posesión son, en consecuencia, delitos de resultado.

12. Los tipos de posesión abarcan tanto las conductas de establecimiento como las de mantenimiento de la custodia sobre el objeto típico.

13. El establecimiento de la custodia sobre el objeto típico puede tener calidad comisiva u omisiva.

14. El mantenimiento de la custodia sobre el objeto típico puede tener calidad omisiva o comisiva.

15. En su vertiente omisiva, los delitos de posesión constituyen omisiones propias.

16. La destrucción, el desecho y la entrega del objeto típico a las autoridades acarrearán riesgos de persecución penal para su detentador. Los problemas planteados por tales riesgos pueden ser parcialmente solucionados, sea mediante el recurso a los §§ 37c, apdo. 2 y 40, apdo. 5 WaffG (en Alemania) y al art. 93 RA (en España), sea mediante interpretaciones restrictivas de los correspondientes tipos penales (en Alemania y España).

17. Problemáticas siguen siendo, sin embargo, situaciones en que la entrega del objeto típico a las autoridades es la única acción de supresión de custodia jurídicamente exigible. En estos casos, los tipos de posesión generan el efecto secundario de disuasión inversa: desincentivan, al surgir un riesgo de persecución penal, la realización de la acción concretamente exigida por la norma.

18. El efecto secundario de disuasión inversa producido por los tipos de posesión debe ser suprimido a nivel político-legislativo mediante una regulación legal que aleje riesgos de persecución penal para detentadores de custodia impuesta que entreguen el objeto típico a las autoridades. La necesidad de la intervención del legislador se justifica en base al interés del ordenamiento jurídico en retirar objetos peligrosos de la circulación.

19. La regulación legal propuesta debe abarcar tanto a los detentadores de custodia impunes como a los culpables, tener carácter permanente y aludir a todos los objetos que estén descritos en figuras típicas de posesión. Con respecto a las conductas de adquisición y de posesión practicadas por detentadores de custodia culpables, la regulación tendrá la naturaleza jurídica de excusa absolutoria. Con respecto a las conductas típicas practicadas por detentadores de custodia culpables o por detentadores de custodia impuesta *lato sensu* con la finalidad de cumplir lo dispuesto en la regulación, esta tendrá la naturaleza de causa de justificación.

DETAILLIERTE ZUSAMMENFASSUNG

TEIL 1 – GRUNDLAGEN

KAPITEL 1 – METHODISCHE UND TERMINOLOGISCHE VORÜBERLEGUNGEN

- 1) Die gegenwärtig geringe Anzahl an wissenschaftlichen Beiträgen, die sich mit der Thematik der Besitzdelikte auseinandersetzen, zwingt zur Anwendung einer „dialektisch-hypothetischen“ Methode in der vorliegenden Untersuchung. Dies besagt, dass wir an verschiedenen Stellen unsere eigenen Ansichten und Argumente nicht nur mit bereits vorhandenen, sondern auch mit potentiellen weiteren Argumentationen konfrontieren werden.
- 2) Darüber hinaus bedient sich die Arbeit der – in der deutschen Strafrechtsdogmatik verbreiteten – Methodik der Diskussion konkreter Fälle.
- 3) Um Missverständnisse zu vermeiden, wird in der Arbeit der Ausdruck „conducta“ (Verhalten) als Oberbegriff verwendet, welcher menschliche „acciones“ (Handlungen) und „omisiones“ (Unterlassungen) umfasst. Deshalb wird mit dem Terminus „acción“ (Handlung) lediglich ein Tun, ein aktives Verhalten, bezeichnet.
- 4) Um Missverständnisse zu vermeiden, wird in der Arbeit die von Hochmayr verwendete Terminologie der gebräuchlichen Nomenklatur vorgezogen, und somit der Terminus *custodia* (Gewahrsam) als Synonym für „Zustand der tatsächlichen Sachherrschaft“ benutzt. Mit dem Ausdruck *posesión* (Besitz) wird dagegen ausschließlich das strafbare Verhalten gemeint. Ausnahmen hierzu bilden doppeldeutige Verwendungen des Ausdrucks *posesión* in der Lehre, d. h., Argumentationen, aus denen sich nicht zweifelsfrei erschließen lässt, ob sie mit *posesión* den Zustand der tatsächlichen Sachherrschaft oder das strafbare Verhalten meinen. Liegt solch eine zweideutige Verwendung des Terminus „posesión“ vor, so wird dieses Wort zwischen Anführungszeichen gesetzt.

KAPITEL 2 – BESITZTATBESTÄNDE IM GELTENDEN SPANISCHEN STRAFRECHT

1) Unter Besitztatbeständen sind diejenigen Straftatbestände zu verstehen, deren Wortlaut lediglich die Beschreibung eines tatsächlichen Herrschaftsverhältnisses zwischen einer Person und einem körperlichen Gegenstand aufweist.

2) Diese Begriffsbestimmung kann und muss unbefangen angesehen werden im Hinblick auf die Diskussion, ob Besitztatbestände bereits das bloße Bestehen eines tatsächlichen Sachherrschaftsverhältnisses *unter Strafe stellen* oder nicht.

3) Im Gegensatz zum deutschen Strafrecht erfordert in Spanien die Täterschaftsstrafbarkeit mit Bezug auf einen Besitztatbestand nicht allgemein einen *Eigengewahrsam*. Ein solcher wird in Spanien nur für natürliche, nicht aber für juristische Personen verlangt. Denn die strafrechtliche Verantwortung juristischer Personen ist dort nach Art. 31 bis Abs. 1 Buchstaben „a“ und „b“ des Código penal stets vom Vorliegen einer Straftat einer anderen (natürlichen) Person – wie z. B. des gesetzlichen Vertreters – abhängig, ohne dass hierdurch die deliktische Beteiligung der juristischen Person auf eine bloße Teilnahme herabgestuft wird. Hat eine der im Art. 31 bis Abs. 1 Buchstaben „a“ und „b“ des Código penal genannten natürlichen Personen den Gewahrsam am Tatobjekt inne, so ist nach spanischem Recht die juristische Person zum *Täter* des entsprechenden Besitzdeliktes zu erklären, wenn die Zurechnungsvoraussetzungen der Art. 31 bis ff. konkret vorhanden sind. Dieses Ergebnis ist unabhängig von der Frage, ob juristische Personen eine allgemeine Fähigkeit zur Gewahrsamsinnehabung aufweisen oder nicht.

4) Tatobjekte der Besitztatbestände sind nur körperliche Gegenstände und immaterielle Objekte, die in einem entsprechenden, körperlichen Gegenstand – wie z. B. kinderpornografische Fotografien auf der Festplatte eines Computers – enthalten sind. Tatbestände, die die Innehabung der Herrschaftsmacht über rein immaterielle Objekte kriminalisieren, sind keine Besitzdelikte und müssen daher in dieser Untersuchung unberücksichtigt bleiben. Das einzige Beispiel eines solchen Straftatbestandes bildet im spanischen Strafrecht Art. 248.2 Buchstabe “b” des Código penal. Dieser Tatbestand

stellt den Besitz von Computerprogrammen, deren Zweck die Begehung eines Betrugs ist, unter Strafe.

5) In den geltenden spanischen Besitzstraftatbeständen wird das tatsächliche Herrschaftsverhältnis zwischen dem Täter und dem Tatobjekt auf sechs verschiedene Weisen bezeichnet: „posesión“, „tenencia“, „tenencia en (su) poder“, „tenencia en depósito“, „depósito“ und „almacenamiento“.

6) Das spanische Strafrecht weist eine hohe Anzahl an Besitzdelikten auf, nämlich 48, welche in 42 verschiedenen Vorschriften enthalten sind. 12 der 48 spanischen Besitzdelikte sehen die Bestrafung auch bei grob fahrlässiger Begehung vor. 32 der 48 spanischen Besitzdelikte sehen auch die Bestrafung juristischer Personen vor, darunter 8 auch bei grob fahrlässiger Begehung.

TEIL 2 – DOGMATISCHE FRAGEN DER BESITZDELIKTE

1. ABSCHNITT: BESITZDELIKTE ALS ZUSTANDSDELIKTE

KAPITEL 3 – ZUR ZUSTANDSDELIKTAUFFASSUNG DER BESITZDELIKTE

1) Was die Vorgeschichte der gegenwärtigen Debatte um die Besitzdelikte betrifft, so sind einerseits die römischrechtliche Kontroverse über die strafrechtliche Haftung kraft *positum habens* und andererseits die italienische Diskussion über „Verdachtsdelikte“ bzw. „Delikte ohne Handlung“, näher zu betrachten:

a) Die erstgenannte Diskussion betrifft die historische Frage, ob die strafrechtliche Verantwortung für das „Haben eines in gefährlicher Weise abgestellten Gegenstandes“ nach römischem Recht eine subjektive Beteiligung des Täters – im Sinne des Vorliegens vom *dolus* oder *culpa* – voraussetzte (Mindermeinung), oder ob es sich dabei eher um eine Art verschuldensunabhängige strafrechtliche Haftung handelte (herrschende Meinung). Trifft die heute vorherrschende Meinung zu, so bedeutet dies, dass die strafrechtliche Haftung kraft *positum habens* eine Ähnlichkeit mit der heutigen Auffassung von Besitzdelikten als Zustandsdelikten aufweist. Diese

Ähnlichkeit besteht darin, dass beide Interpretationen eine strafrechtliche Haftung auch in Fällen bejahen, in denen der Täter den jeweiligen äußeren Zustand des „Habens eines in gefährlicher Weise abgestellten Gegenstandes“ und des Gewahrsams am Tatobjekt keineswegs beherrschen kann.

b) Die zweite Diskussion wurde von Manzini in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts angestoßen. Er wollte u. a. das Besitzdelikt des Art. 708 des Codice Penale in seiner alten Fassung als ein „Verdachtsdelikt“ verstanden wissen, d. h., als einen Tatbestand, der kein menschliches Verhalten unter Strafe stellt. Seine Auffassung fand allerdings keinen großen Beifall der Strafrechtler seiner Zeit. Die italienische Debatte um die „Verdachtsdelikte“ bzw. „Delikte ohne Handlung“ kann ferner einen nur sehr geringen Beitrag leisten zur jetzigen Kontroverse um die Zulässigkeit der Auslegung der Besitzdelikte als Zustandsdelikte. Denn als Ausgangspunkt hatte jene Debatte ein Verständnis von der Reichweite des Schuldgrundsatzes und des Prinzips der Unschuldsvermutung, das deutlich restriktiver war als dasjenige, das heutzutage im römisch-germanischen Rechtskreis vorherrscht.

2) Hauptvertreter der aktuellen Auffassung der Besitzstraftaten als Zustandsdelikte ist Eckstein. Er will die Besitzdelikte als eine Erscheinungsform teilweise verhaltensunabhängiger strafrechtlicher Verantwortlichkeit einstufen. Zwar räumt Eckstein die Möglichkeit ein, „Besitzen“ – genauer gesagt, die Handlungen bzw. Unterlassungen, welche den Gewahrsam am Tatobjekt begründen oder aufrechterhalten – als menschliches Verhalten anzusehen. Seiner Ansicht nach verfehle eine solche Auffassung jedoch die den Besitztatbeständen zugeordneten Aufgaben:

a) Erstens seien durch die verhaltensbezogene Interpretation der Besitzdelikte Strafbarkeitslücken entstanden. Denn dieser Auslegung zufolge darf im Falle eines aufgedrängten Gewahrsams an einem verbotenen Gegenstand die Besitzstrafbarkeit erst ab dem Zeitpunkt eingreifen, in dem der Gewahrsamsinhaber die tatsächliche Möglichkeit hat, den Gewahrsam wirksam zu beenden. Bei „unbefangener Anwendung des Gesetzes“ müsse aber maßgeblich für den Beginn der Strafbarkeit vielmehr bereits der Moment sein, in dem der Gewahrsamsinhaber den Entschluss fasst, das Objekt zu behalten. Das im Rahmen einer Verhaltens(-unterlassungs-

)verantwortung anerkannte Erfordernis der Möglichkeit, die gebotene (Entledigungs-)Handlung vorzunehmen, führe somit zu einer inakzeptablen Strafbarkeitsverzögerung.

b) Hinzu komme, dass die Betrachtung der Besitztatbestände als Verhaltensdelikte das gesetzgeberische Bestreben nach einer Erleichterung der Strafverfolgung frustriere. Denn, führe man das Besitzen auf konkrete Verhaltensweisen des Gewahrsamsinhabers zurück, die den Gewahrsam am inkriminierten Gegenstand begründen oder aufrechterhalten, müssen die Strafverfolgungsbehörden den Nachweis solcher Handlungen oder Unterlassungen erbringen. Gerade dies wolle aber der Strafgesetzeber durch die Unterstrafestellung des Besitzes entbehrlich machen. Solchen Zielsetzungen komme nach Eckstein die Rechtsprechung zumindest faktisch entgegen, indem sie bei der Subsumtion unter die Tatbestandsmerkmale der Besitzdelikte auf den Nachweis von Gewahrsamsbegründungs- und Gewahrsamsaufrechterhaltungsverhalten verzichte, und damit eine „de facto“ Bestrafung bloßer Zustände bereits praktiziere.

3) Zur Überwindung der aus der Verhaltensverantwortung entstandenen Schwierigkeiten schlägt Eckstein vor, die Besitzverantwortung i. S. d. Haftung für ein Handeln bzw. Unterlassen durch eine Zustandshaftung zu ergänzen. Auf dem Boden der Zustandsdeliktskonzeption sei der Herrschaftswille der Schlüsselbegriff für die Bewältigung der Fallkonstellationen aufgedrängten Gewahrsams, welche die Verhaltensdeliktskonzeption strafrechtlich nicht zu erfassen vermöge. Diesem Begriff entsprechend soll der Wille, den Gewahrsam an der Sache innezuhaben, nicht nur bei einem willentlich erlangten Gewahrsam vorliegen, sondern auch in den Fällen, in denen die Verkehrsauffassung den Herrschaftswillensbegriff mithilfe sozial-normativer Fiktionen erweitert.

a) So soll bereits kraft eines *generellen Herrschaftswillens* (oder *antizipierten Erlangungswillens*) der Gewahrsam am aufgedrängten Objekt entstehen, wenn der Gegenstand in verkehrüblicher oder vereinbarter Weise in einen Herrschaftsbereich gerät, welcher zur Aufnahme der dorthin gelangten Sachen in den eigenen Beherrschungswillen dient. Da sich in derartigen Sachverhalten ein „tatbestandsmäßiger Besitz ohne Rücksicht auf die zugrundeliegenden Handlungen“

ergebe, sei für die Strafbarkeit folglich nicht maßgebend, ob der Gewahrsamsinhaber nach Erlangung der Kenntnis von allen Tatumständen die Möglichkeit hat, sich des Gegenstandes zu entledigen, und er diesen trotzdem nicht los wird. Entscheidend sei stattdessen lediglich, ob er *den Entschluss* zu dieser Entledigung fasst oder nicht, und zwar zum Zeitpunkt, in dem sie noch „alsbald“ erfolgen könnte. Beschließt der Gewahrsamsinhaber die alsbaldige Beseitigung seines Gewahrsams, so entfalte sich mangels Herrschaftswillens ein strafbarkeitsaufschiebender Effekt. Fasst er hingegen innerhalb dieser Zeitspanne einen solchen Entschluss nicht, ändert er seine ursprüngliche Absicht, die Sache alsbald loszuwerden, oder versäumt er es, seine Entledigungsabsicht alsbald in Taten umzusetzen, so werde über seinen Herrschaftswillen der „nach außen hervortretende Lebensvorgang“ des Gewahrsams beherrschbar, der Gewahrsamsinhaber also nunmehr zum strafbaren Besitzer (es sei denn, dass ein Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgrund eingreift).

b) In den Fällen der Nichtfassung eines Entledigungsentschlusses oder der Änderung einer ursprünglichen Absicht auf Entledigung setzt nach Eckstein die Besitzstrafbarkeit auch dann ein, wenn der Gewahrsamsinhaber über keine tatsächliche Möglichkeit verfügt, seinen Gewahrsam zu beseitigen, d. h., auch wenn *kein Verhalten* des Gewahrsamsinhabers vorliegt. In diesen Fällen fußt die Besitzstrafbarkeit auf der Anerkennung einer Zustandshaftung.

4) Ob die oben dargelegte dogmatische Konstruktion der Zustandsverantwortung sich als verfassungskonform erweist, ist nicht auf der Grundlage eines beliebigen Verhaltensbegriffs, sondern anhand des rechtsstaatlichen Schuldprinzips zu beurteilen. Aus diesem Grundsatz – welcher in den Art. 1 Abs. I und 2 Abs. I GG sowie in Art. 10.1 CE verankert ist – geht nach Auffassung des deutschen Bundesverfassungsgerichts hervor, dass nur diejenigen Verletzungen oder Gefährdungen von Rechtsgütern strafrechtlich zu ahnden sind, die einem Menschen vorgeworfen werden können. Das Konzept der Vorwerfbarkeit beruhe auf einem verbotenen „Verhalten eines Menschen, das von seinem Willen beherrschbar“ ist.

a) Eckstein meint, das Verständnis der Besitzdelikte als Zustandsdelikte verstoße nicht gegen das Schuldprinzip, „wenn bei ihnen an die Stelle der Handlung ein anderes Beherrschungsprinzip tritt“. Weil die Vorwerfbarkeit des Besitzens als

Zustandsdelikt von einem Herrschaftswillen und vom Besitzvorsatz oder einer Besitzfahrlässigkeit des Täters abhängt, ist nach Eckstein die subjektive Beteiligung des Täters ein entscheidender Faktor für „das Vorliegen des nach außen hervortretenden Lebensvorgangs“, welcher konsequenterweise zu einem Schuldvorwurf berechtigt.

b) Den Ausschlag für die Ablehnung der Vereinbarkeit der Ecksteinschen Zustandsverantwortung mit dem Schuldprinzip gibt das Argument von Hochmayr, dass kein Mensch allein kraft seines Willens äußere Zustände beherrschen kann. Als Voraussetzung für die Vorwerfbarkeit muss vielmehr hinzukommen, dass der Täter in der Lage ist, über seinen Willen einen solchen Lebensvorgang konkret zu steuern. Hierdurch zeichnet sich ein Element aus, das nur bei Zugrundelegung eines menschlichen Verhaltens gewährleistet werden kann, und welches von Freund als „berechtigter Kern“ sämtlicher theoretischer Annäherungen an den strafrechtlichen Verhaltensbegriff bezeichnet wird. Es handelt sich nämlich um das Bestreben, äußerliche Ereignisse, die sich der Steuerungsfähigkeit eines bestimmten Menschen entziehen, aus dem strafrechtlich relevanten Bereich auszuschließen (sog. „negative Funktion“ des Verhaltensbegriffs).

c) Wie oben dargelegt, bejaht die Ecksteinsche Zustandsverantwortung die Strafbarkeit eines Gewahrsamsinhabers für den Fall, dass dieser nach Aufdrängung des Gewahrsams keinen Entledigungsentschluss fasst oder seine ursprüngliche Absicht auf Entledigung ändert, wenngleich ihm die Vornahme von Entledigungsmaßnahmen gar nicht möglich ist. Dadurch wird die Vorwerfbarkeit des Täters aber auf eine Willensentscheidung gestützt, über die der äußerliche Lebensvorgang des Gewahrsams keineswegs gesteuert werden kann. Die Zustandsdeliktskonzeption mündet damit in eine reine Bestrafung von bösen Gedanken.

d) Einen genauso gravierenden Verstoß gegen den Schuldgrundsatz bildet die Bestrafung eines auf die Sachqualität bezogenen aufgedrängten Gewahrsams, welche von Eckstein befürwortet wird, auch wenn der Gewahrsamsinhaber unmittelbar nach Feststellung der Objektsqualität die Entscheidung trifft, sich der Sache alsbald zu entledigen. Weil es sich hierbei nicht um eine Aufdrängung der Sachherrschaft an

sich handelt, sollen nach Eckstein für die Besitzstrafbarkeit „Kenntnis und Wollen“ des Herrschaftsverhältnisses überwiegen, „achtenswerte Absichten“ dem Täter somit nichts nutzen. Abgesehen von den Fällen, in denen die Voraussetzungen einer gesetzlich vorgesehenen fahrlässigen Besitzstrafbarkeit konkret vorliegen, erweist sich die von Eckstein vorgeschlagene Lösung als eine unzulässige Anknüpfung der Vorwerfbarkeit an den bloßen Herrschaftswillen des Täters, ohne dass dieser mit einem Tatvorsatz zusammentrifft. Denn für die Bejahung des letztgenannten subjektiven Elements hat nicht nur die Kenntnis der Sachqualität vorzuliegen, sondern auch (zumindest) ein Sich-Abfinden mit dem Fortbestehen des Eigengewahrsams trotz Wissens der Objektseigenschaften und der eigenen Fähigkeit zur Gewahrsamsaufhebung.

e) Die kritischen Anmerkungen lassen sich abschließend auf einen zusätzlichen – d. h. einen zum Verzicht auf ein menschliches Verhalten hinzukommenden – gemeinsamen Nenner zurückführen, durch den sich die Zustandsverantwortung, und insoweit auch deren Verstoß gegen den Schuldgrundsatz, auszeichnet: Es handelt sich um den Versuch, den bloßen Herrschaftswillen samt dessen Fiktionen als ein neben Vorsatz und Fahrlässigkeit gleichberechtigtes subjektives Beherrschungsprinzip einzustufen. Selbst wenn unberücksichtigt bleibt, dass die Betrachtung des Herrschaftswillens als allgemeines Tatbestandsmerkmal der Besitzdelikte mit guten Gründen bestritten wird, steht aber im Ergebnis fest, dass das alleinige Vorliegen dieses Elements zur Begründung der Vorwerfbarkeit des Täters nicht taugt.

f) Nicht einschlägig für die Ablehnung des Ansatzes von Eckstein ist jedoch das zusätzliche Argument Hochmayrs, es handle sich bei einem solchen dogmatischen Konstrukt „um einen besonders schwerwiegenden Verstoß gegen das Verbot einer reinen Gedankenstrafe“, weil nach der Konzeption Ecksteins schon die Nichtfassung des Entledigungsentschlusses binnen des Zeitraums, in dem ein einmal erkannter aufgedrängter Gewahrsam alsbald hätte beendet werden können, die Strafbarkeit auslöse. Nach Hochmayr führe dies dazu, dass die Besitzstrafbarkeit nicht nur an einen bösen Gedanken, sondern – was noch gravierender sei – an das „Unterbleiben eines positiv zu bewertenden Gedankens“ geknüpft werde. Denn der Gewahrsamsinhaber brauche „nichts Verwerfliches mit dem Tatobjekt vorzuhaben“,

sich „keine weiteren Gedanken über den einmal erkannten Gewahrsam an einem Tatobjekt“ zu machen.

aa) Diese Kritik würde zwar auf Besitztatbestände mit überschießender Innentendenz – wie z. B. der Verbreitungsabsicht bei § 184 Abs. 1 Nr. 8 StGB oder bei Art. 189.1 Abs. 1 Buchstabe „b“ des spanischen Código Penal – zutreffen, sofern auf den Nachweis solcher zusätzlichen Absichten verzichtet würde. Dann würde es sich aber nicht um einen Verstoß gegen den Schuldgrundsatz, sondern um einen solchen gegen das Gesetzlichkeitsprinzip handeln. Tatsächlich verzichtet aber Eckstein bei Besitzdelikten mit überschießender Innentendenz nicht auf den Nachweis einer Absicht auf kriminelle Benutzung des Gegenstandes. Die Kritik Hochmayrs trifft folglich bei Besitzdelikten mit überschießender Innentendenz nicht zu.

bb) Aber auch bei den „reinen“ Besitzdelikten trifft eine solche Kritik nicht zu. Interpretiert man nämlich die Nichtaufgabe eines aufgedrängten Gewahrsams aus dem dogmatischen Blickwinkel des Unterlassungsdelikts, so erscheint es folgerichtig, bei Kenntnis der tatbestandsmäßigen Situation (Vorliegens des Eigengewahrsams an einem Gegenstand, welcher eine vom Besitztatbestand vorausgesetzte Qualität aufweist) und Bewusstsein der eigenen Fähigkeit zur Vornahme einer Entledigungshandlung aus einem Sich-Abfinden des Täters mit dem Fortbestehen seines Gewahrsams einen bedingten Unterlassungsvorsatz zu folgern.

5) Lagodny und Ambos befürworten die Verfassungsmäßigkeit einer modifizierten Zustandsverantwortung bei den Besitzdelikten.

a) Nach Lagodny soll die Etablierung einer strafrechtlichen Zustandshaftung bei „reinen“ Besitzdelikten gegen den Schuldgrundsatz verstoßen, bei Besitztatbeständen mit überschießender Innentendenz jedoch nicht.

b) Ambos sieht die Zustandsverantwortung hingegen generell als verfassungskonform an. Bei Tatbeständen, die den Besitz „an sich ungefährlicher“ Gegenstände kriminalisieren, will er die Legitimität der strafrechtlichen

Zustandshaftung ausnahmsweise vom Nachweis einer Absicht auf kriminelle Benutzung des Tatobjekts abhängig machen.

c) Beiden Auffassungen liegt die Annahme zugrunde, dass ein Plus an rein subjektiven Erfordernissen in der Lage sei, die Verfassungskonformität der Zustandsverantwortung zu retten. Diese Annahme verkennt jedoch, dass die Inkompatibilität der strafrechtlichen Zustandshaftung mit dem Schuldprinzip *nicht* rein subjektiver Natur ist. Sie zeichnet sich vielmehr dadurch aus, dass sie die Besitzverantwortung in den Fällen aufgedrängten Gewahrsams auch befürwortet, wenn kein Beherrschbarkeitsverhältnis zwischen der subjektiven (Besitzvorsatz + Herrschaftswillen oder ggf. Fahrlässigkeit) und der objektiven (Fortbestehen des Eigengewahrsams) Tatseite besteht. In solchen Fallkonstellationen das bloße Hinzutreten einer Absicht auf kriminelle Benutzung des aufgedrängten Gegenstandes zu verlangen, kann nichts an dem Spannungsverhältnis zwischen der strafrechtlichen Zustandshaftung und dem verfassungsrechtlichen Schuldgrundsatz ändern. Die von Lagodny und Ambos vorgeschlagene modifizierte Zustandsdeliktsauffassung der Besitztatbestände läuft daher ebenfalls den spanischen und deutschen Verfassungen zuwider. Sie ist konsequenterweise ebenso unzulässig wie die Ecksteinsche „reine“ Zustandsdeliktsauffassung.

6) Obwohl Eckstein an einer Zustandshaftung bei den Besitzdelikten festhält, räumt er ein, dass die Zustandsverantwortung im Regelfall zumindest eine Verhaltensakzessorietät aufweist.

a) Die genannte Verhaltensakzessorietät beruhe vor allem darauf, dass die auf dem Boden der Zustandsverantwortung vollendete Besitzstrafbarkeit eines handlungsunfähigen Gewahrsamsinhabers, welcher nach Kenntnisnahme des ihm aufgedrängten Gewahrsams einen Entledigungsentschluss nicht fasst, im Rahmen der Verhaltensverantwortung einem Unterlassungsversuch entspreche. Die Vollendungsstrafbarkeit der Unterlassung liege dagegen erst im Zeitpunkt, in dem die konkrete Möglichkeit zur Gewahrsamsentledigung vorliegt und eine Entledigungshandlung für die Gewahrsamsbeendigung hätte wirksam sein können.

b) Wenngleich die Annahme eines Unterlassungsversuchs die vermeintlichen Strafbarkeitslücken der verhaltensbasierten Deutung der Besitzdelikte nicht zu schließen vermöge, sei sie laut *Eckstein* von Interesse für die verfassungsrechtliche Bewertung der Besitzstrafbarkeit. Diese letzte Aussage soll m. E. dazu dienen, in Anlehnung an die Verhaltensverantwortung das offenkundige Spannungsverhältnis zwischen der Zustandsverantwortung und dem Schuldprinzip zu entkräften.

c) Aber, so es naheliegt, dass bei Unterlassungen die Erkenntnis der tatbestandsmäßigen Situation weder immer mit der Handlungsfähigkeit zeitlich zusammentrifft noch eine an sich ausreichende Voraussetzung für die Bejahung der konkreten Handlungsfähigkeit darstellt, so wenig kann vom Beginn eines tauglichen Unterlassungsversuchs die Rede sein, wenn der von seinem Gewahrsam und von der Qualität des ihm aufgedrängten Gegenstandes wissende Täter immer noch keine Entledigungsmöglichkeit hat. Denn das Versäumnis der zur Erfolgsabwendung (erst- oder letzt-)möglichen Handlung stellt bei den erfolgsverursachenden Unterlassungen nicht erst eine Bedingung für die Annahme der deliktischen Vollendung dar, sondern vielmehr bereits eine Voraussetzung *für den Beginn des Versuchs selbst*. Steht dem Gewahrsamsinhaber überhaupt keine Möglichkeit zur Vornahme einer wirksamen Entledigung des ihm aufgedrängten Gegenstandes zur Verfügung, so befindet er sich – selbst bei Absicht auf Behalten des Tatobjekts – nach Lesart der Theorien des erstmöglichen bzw. letztmöglichen Eingriffs immer noch im Vorbereitungsstadium.

aa) Dasselbe muss bei Zugrundelegung anderer theoretischer Varianten gelten, weil bei Unfähigkeit des Gewahrsamsinhabers zur Vornahme der Entledigungshandlung weder eine Gefährdung des Rechtsguts bzw. Erhöhung einer bereits bestehenden Gefahr *durch sein Nichthandeln* noch eine auf ihn zurückführbare Entlassung des Geschehensverlaufs aus seinem Herrschaftsbereich in Betracht kommt.

d) Zum selben Ergebnis gelangt man, wenn von einem Verständnis der Besitzdelikte als reine Untätigkeitsdelikte ausgegangen wird, weil auf dieser Grundlage das gebotswidrige Versäumnis des erstmöglichen Eingreifens bereits als vollendete Tat zu begreifen und ein tauglicher Versuch daher gar nicht möglich ist.

7) Ein weiteres, nicht unwichtiges Argument, mit dem Eckstein seine Ansicht untermauert, lautet, dass die Rechtsprechung eine „de facto“ Zustandsverantwortung bereits praktiziere, indem bei der Anwendung der Besitztatbestände auf den Nachweis von Gewahrsamsbegründungs- und Gewahrsamsaufrechterhaltungsverhalten verzichtet werde.

a) Eine umfassende Überprüfung der Korrektheit dieser Aussage wäre zwar von erheblicher Bedeutung für den Fortschritt der wissenschaftlichen Debatte um die Besitzdelikte, würde aber den Umfang dieser Arbeit sprengen. Immerhin folgt aus der Unvereinbarkeit der Zustandsverantwortung mit dem Schuldprinzip, dass aus einer eventuellen Feststellung einer richterlichen „de facto“-Bestrafung von Zuständen nicht auf die Legitimität der Zustandsdelikte, sondern im Gegenteil auf die Erforderlichkeit einer Kehrtwende in der Rechtsprechung zu schließen wäre.

b) Darüber hinaus ist zu betonen, dass ein tatrichterlicher Verzicht auf den Nachweis von Gewahrsamsbegründungs- oder Gewahrsamsaufrechterhaltungsverhalten nicht in allen Fällen inkompatibel mit einer Deutung der Besitzdelikte als Verhaltensdelikte erscheint. Von einer solchen Inkompatibilität kann nur die Rede sein, wenn jener Verzicht eine Sachlage betrifft, in der aus den konkreten Umständen des Gewahrsams solche Verhaltensweisen sich nicht zweifelsfrei folgern lassen. Dies ist etwa der Fall, wenn der Angeklagte zu seiner Entlastung einen auf die Aufdrängung seines Gewahrsams verweisenden, nachvollziehbaren Einwand erhebt. Begründen die konkreten Umstände des Gewahrsams dagegen eine nachvollziehbare tatrichterliche Überzeugung, dass der Angeklagte seinen Gewahrsam am Tatobjekt vorsätzlich (oder ggf. fahrlässig) begründet und/oder aufrechterhalten hat, so stellt der Verzicht auf den Nachweis solcher Verhalten keine Bestrafung bloßer Zustände dar.

c) Daran wird schließlich deutlich, dass die Verhaltensdeliktskonzeption der den Besitztatbeständen zugeordneten Aufgabe der Beweiserleichterung nicht im Wege steht. Eine materiell- und verfahrensrechtliche Auslegung, die sowohl den gesetzgeberischen Zielstellungen als auch dem Schuldprinzip Rechnung trägt – und daher keine bloßen Zustände bestraft –, ist vielmehr erreichbar.

2. ABSCHNITT: BESITZDELIKTE ALS VERHALTENSDELIKTE

KAPITEL 4 – BESITZ ALS SELBSTSTÄNDIGE ERSCHEINUNGSFORM („*TERTIUM GENUS*“) EINER STRAFRECHTLICHEN VERHALTENSVERANTWORTUNG? ZUR AUFFASSUNG ROXINS

1) Aus der verfassungsrechtlichen Unzulässigkeit der strafrechtlichen Zustandsverantwortung folgt das Erfordernis, die Besitzdelikte als Verhaltensdelikte zu interpretieren. Zu klären bleibt aber wiederum, ob sich die strafrechtliche Besitzverantwortung mithilfe der gängigen Kategorien des Verhaltensverantwortungssystems – Handlung oder Unterlassung – korrekt erfassen lässt, oder ob sie eher i. S. d. Roxinschen Auffassung als eine selbstständig auftretende Erscheinungsform menschlichen Verhaltens zu begreifen ist.

2) In Anlehnung an seinen personalen Verhaltensbegriff behauptet Roxin, eine „charakteristische Äußerung menschlicher Persönlichkeit“ wohne nicht nur den Handlungen und Unterlassungen (verstanden als „Vornahme und Nichtvornahme einer körperlichen Bewegung“), sondern auch der willentlichen Innehabung der tatsächlichen Herrschaft über einen Gegenstand inne.

3) Roxin führt weiter aus, wengleich sich die „im Besitz verkörperte Herrschaft“ i. d. R. in bestimmten Handlungen und Unterlassungen ausdrücke – wie etwa der Benutzung oder der Unterlassung der Aufgabe der Sache –, lasse sich der Besitz nicht vollständig auf diese Verhaltensweisen zurückführen. Solche Handlungen und Unterlassungen seien vielmehr bloße „Teilmomente der Besitzausübung als einer selbstständigen, in Vornahme oder Nichtvornahme bestimmter Körperbewegungen nicht auflösbaren Persönlichkeitsäußerung“.

4) Einer Betrachtung der Besitzstraftaten als Unterlassungsdelikte hält Roxin ferner entgegen, sie versage in den Fällen aktiver Eigengewahrsamsbegründung, denn in derartigen Sachverhalten greife die Besitzstrafbarkeit schon vor der Entstehung der Möglichkeit einer Gewahrsamsentledigung ein.

5) Die Auffassung Roxins kann indes nicht überzeugen.

a) Irreführend erscheint bereits sein Argument, dass Handlungen und Unterlassungen bei den Besitzdelikten in einem *tatbestandsfremden Sinne* zu verstehen seien und schlichte Teilmomente der Besitzausübung bildeten. Zwingend ist diese Schlussfolgerung nur insoweit, als Handlungen und Unterlassungen ohne Rücksicht auf den tatbestandsmäßigen Erfolg der Besitzdelikte – nämlich, den Gewahrsam am Tatobjekt – konzipiert werden. Zwar vertritt das Bundesverfassungsgericht die Auffassung, dass ein Verhaltensbegriff i. S. e. durch einen Willensakt verursachten Körperbewegung nicht maßgeblich für die Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit der Besitzdelikte ist. Daraus darf indes nicht der Umkehrschluss gezogen werden, bei der Deutung der Besitztatbestände als Begehungs- oder Unterlassungsdelikte komme nur deren Verständnis als bloße Vornahmen oder Nichtvornahmen einer Körperbewegung in Betracht. Werden Handlungen und Unterlassungen dagegen i. S. d. vorherrschenden Auffassung angesehen – d. h., als Verhalten, die für die Herbeiführung oder Aufrechterhaltung des Gewahrsams kausal sind –, so bilden sie folglich keine bloßen Teilmomente, sondern eher wesentliche Faktoren für das Entstehen oder Fortbestehen der tatsächlichen Herrschaft über die Sache.

b) Ferner meint Roxin, den Besitz unter seinen Oberbegriff des menschlichen Verhaltens als Persönlichkeitsäußerung *direkt* subsumieren zu können, d. h., ohne zugleich auf Herrschaftsbegründungs- oder Herrschaftsaufrechterhaltungsverhalten abstellen zu müssen. Diese Subsumtion beschwört aber einen unlösbaren Konflikt zwischen dem strafrechtlichen Verhaltensbegriff und dem Konzept der *Willentlichkeit* der Innehabung der Sachherrschaft herauf:

aa) Eine Unterscheidung zwischen willentlicher und unwillentlicher Innehabung der tatsächlichen Sachherrschaft ließe sich dieser Lesart nach nur vornehmen, wenn als Differenzierungskriterium der Herrschaftswille des Täters i. S. d. Verkehrsauffassung anzuwenden wäre. Dabei würde es sich jedoch nicht mehr um einen *realen*, sondern um einen *durch sozial-normative Fiktionen ergänzten Willensbegriff*, handeln. Folglich wäre das Vorliegen eines menschlichen Verhaltens zu bejahen etwa im Falle eines bewusstlosen Patienten, in dessen Briefkasten Drogen unaufgefordert eingeworfen werden. Denn hierbei erfolgt die Übertragung der Sache in seine Herrschaftssphäre auf verkehrübliche Weise. Seine Herrschaftsmacht wäre deshalb – der Verkehrsauffassung nach – *als*

willentlich anzusehen. Nimmt man solch ein Ergebnis hin, wird dem strafrechtlichen Verhaltensbegriff sein „berechtigter Kern“ (dazu oben, Kapitel 3 Nummer 4 Buchstabe „b“) entzogen.

bb) Lehnt man solch ein Ergebnis ab, dann muss die Inexistenz der Willentlichkeit der Innehabung der Sachherrschaft auf die Inexistenz eines Gewahrsamsbegründungsverhaltens i. S. e. Handlung oder Unterlassung zurückgeführt werden. Diese vorzugswürdige Lösung widerspricht aber der Roxinschen Annahme des Besitzens als selbstständige Erscheinungsform menschlichen Verhaltens.

cc) Darüber hinaus ist festzuhalten: Will man die Willentlichkeit des Besitzens jenseits der Fiktionen der Verkehrsauffassung konzipieren, so können nur der Entstehung der Sachherrschaft *vorausgehende* – nämlich, Gewahrsamsbegründungshandlungen (ggf. -unterlassungen) – oder *nachträgliche* – nämlich, Gewahrsamsaufrechterhaltungsunterlassungen (ggf. -handlungen) – Verhalten die Grundlage für die Differenzierung zwischen willentlicher und unwillentlicher Innehabung der Sachherrschaft liefern. Denn der Versuch, ein solches Unterscheidungsmerkmal in der reinen inneren Einstellung des Täters zu sehen, würde unausweichlich auf die Anerkennung einer Zustandsverantwortung hinauslaufen.

c) Zu beanstanden ist schließlich die Roxinsche Annahme des Besitzens als dritte Kategorie strafrechtlicher Verhaltensverantwortung aufgrund des vermutlichen Fehlens eines Unterlassungsmoments in den Fällen aktiver Eigengewahrsamsbegründung. Will man die (vollendete) Besitzstrafbarkeit wegen aktiver Herrschaftsbegründung ungeachtet einer nachträglichen Handlungsunfähigkeit des Täters bereits in dem Moment einsetzen lassen, in dem der Gegenstand in seine Herrschaftssphäre gelangt, so stellt dafür der Rückgriff auf jene Herrschaftsbegründungshandlung als Causa für das Entstehen des Gewahrsams – und ggf. auch die Anwendung der Grundsätze der *omissio libera in causa* – ein taugliches Zurechnungsinstrument dar. Vor diesem Hintergrund erscheint die Etablierung einer selbstständigen Verhaltenshaftung wegen Besitzens überflüssig.

KAPITEL 5 – EIGENER ANSATZ: BESITZDELIKTE ALS BEGEHUNGS- UND/ODER UNTERLASSUNGSDELIKTE. BESITZDELIKTE ALS ERFOLGS- DAUERDELIKTE

1) Die Anknüpfung der strafrechtlichen Besitzverantwortung an die Handlungen und/oder Unterlassungen, welche den Gewahrsam am Tatobjekt herbeiführen oder aufrechterhalten, zwingt zur Anerkennung der Begründung und der Aufrechterhaltung vom Gewahrsam als Prüfungsebenen der Besitzstrafbarkeit.

2) Die Benutzung des Tatobjekts eines Besitztatbestandes – wie etwa das Schießen mit einer Waffe – ist i. d. R. im Hinblick auf den entsprechenden Besitztatbestand nicht tatbestandsmäßig, weil durch die Benutzung an sich weder die Schaffung eines neuen Gewahrsams noch die Aufrechterhaltung eines bestehenden Gewahrsams bewirkt wird. Die Ausnahme hierzu bildet der Fall, in dem der Gewahrsaminhaber sich gegen einen Gewahrsamsentzug durch Dritte dadurch wehrt, dass er dafür das in seinem Gewahrsam befindliche Tatobjekt einsetzt.

3) Der Versuch Cox Leixelards, Besitztatbestände als reine Begehungsdelikte zu kategorisieren, scheidet an der Untauglichkeit der Begehungsdogmatik für die strafrechtliche Beurteilung der Sachlagen aufgedrängten Gewahrsams. Die sachgerechte Behandlung solcher Fallkonstellationen erfordert, dass die Besitztatbestände in der gleichen Weise eingeordnet werden wie die konkreten Verhaltensweisen, die die Begründung oder die Aufrechterhaltung des Gewahrsams bewirken. Besitztatbestände bilden somit Begehungs- und/oder Unterlassungsdelikte.

4) Die zeitliche Erstreckung des Gewahrsams tendiert i. d. R. dazu, eine mehr oder weniger große Pluralität strafbarer Verhaltensweisen zu produzieren. Treffen mehrere Gewahrsamsbegründungsverhalten und/oder Gewahrsamsaufrechterhaltungsverhalten zusammen, so sind sie über die Figur des Dauerdelikts zu einem einzigen, andauernden Gesetzesverstoß zusammenzufassen. Entgegen einer verbreiteten Ansicht in der deutschen und spanischen Lehre ist das Dauerdelikt aber so aufzufassen, dass das Andauern seiner Verwirklichung an die Fortsetzung eines strafbaren Handelns oder Unterlassens, nicht aber an ein bloßes Fortbestehen des rechtswidrigen Zustands (d. h., des Gewahrsams am Tatobjekt), gebunden ist.

5) Mit der Etablierung von Besitztatbeständen wird die Begründung und Aufrechterhaltung des Zustands des Gewahrsams bzw. der „disponibilidad“ verboten. Der Gewahrsam ist ein von Gewahrsamsbegründungs- und Gewahrsamsaufrechterhaltungsverhalten gedanklich abtrennbarer Erfolg. Besitztatbestände bilden deswegen Erfolgsdelikte.

6) Das in Spanien herrschende Verständnis der „disponibilidad“ im Kontext des Tatbestands des Betäubungsmittelbesitzes (Art. 368 CP) zeichnet sich durch eine Zweiteilung in „disponibilidad material“ (körperlicher Gewahrsam) und „disponibilidad funcional“ (funktioneller Gewahrsam) aus. Die „disponibilidad material“ betreffe Fälle, in denen der Täter z.B. Drogen in seinem unmittelbaren körperlichen Nahbereich hat. Die „disponibilidad funcional“ erfasse dagegen alle sonstigen Fälle, in denen die Betäubungsmittel zwar nicht im unmittelbaren körperlichen Nahbereich des Täters liegen, jedoch „dem Willen des Täters unterworfen“ sind.

7) Die in Deutschland herrschende Gewahrsamsauffassung im Kontext des Tatbestands des Betäubungsmittelbesitzes (§ 29 Abs. 1 Nr. 3 BtMG) konzipiert diesen Begriff als die vom Herrschaftswillen getragene, über einen erheblichen Zeitraum erstreckte, tatsächliche Sachherrschaft. Hierbei wird zwischen unmittelbarem und mittelbarem „Besitz“, Mit„besitz“ und „Besitz“dienerschaft unterschieden.

8) Gegen die tatbestandsmäßige Einbeziehung von Verhalten, welche den Gewahrsam am Tatobjekt herbeiführen, wird der Einwand erhoben, sie gingen dem Besitz voraus und seien gesondert unter Strafe gestellt.

a) Diesem Ansatz liegt jedoch zum einen eine unrichtige Mischung von Tatbestands- und Konkurrenzfragen zugrunde. Überschneidungen zwischen Tathandlungen wie Erwerb, Übernahme usw. und Besitz(-begründung) sind auf der Ebene der Gesetzeskonkurrenz zu bewältigen, nicht aber mithilfe eines aprioristischen Ausschlusses von Herbeiführungsverhalten aus dem Tatbestand der Besitzdelikte.

b) Zum anderen erweist sich ein solcher Einwand als faktisch unzutreffend, und zwar sowohl im deutschen, als auch im spanischen Strafrecht:

aa) Zwar erfassen deutsche Vorschriften wie z. B. § 184b StGB und § 29 BtMG Gewahrsamsbegründungsverhalten wie das „Erwerben“ oder „Sich-Verschaffen“ der entsprechenden Tatobjekte. Dies ist aber beispielsweise nicht der Fall bei § 328 Abs. 1 Var. 2 i. V. m. Abs. 4 StGB, wo der Gesetzgeber die allgemeine Unterstrafestellung des Versuchs einer Vertatbestandlichung spezifischer Gewahrsamsbegründungsverhalten vorzieht.

bb) Im spanischen Strafrecht stellt Art. 368 CP kein Gewahrsamsbegründungsverhalten gesondert unter Strafe. Würde man solche Verhaltensweisen aus dem spanischen Drogenbesitztatbestand ausschließen, so würden Strafbarkeitslücken entstehen hinsichtlich der versuchten und vollendeten Begründung der eigenen Verfügungsgewalt über Drogen mit Verbreitungsabsicht.

cc) Dass die Herbeiführung vom Gewahrsam zum Besitztatbestand gehört, ist letztlich als notwendige Folge einer Betrachtung der Besitzdelikte als Verhaltenserfolgsdelikte anzusehen. Denn wird der Zustand des Gewahrsams als Erfolg verstanden, dessen Zurechnung sich nur unter Rückgriff auf vorhergehende (oder nachfolgende) kausale Verhalten legitimieren lässt, so erscheint es schlüssig, das auf die Begründung eines tatsächlichen Herrschaftsverhältnisses gerichtete Verhalten an sich als Versuch aufzufassen, die deliktische Vollendung hingegen erst zum Zeitpunkt der konkreten Entstehung der Sachherrschaft einsetzen zu lassen.

9) Die strafbare Herbeiführung des eigenen Gewahrsams am Tatobjekt wird in der Lehre regelmäßig als Begehungsdelikt eingestuft. Zutreffend weist aber Eckstein darauf hin, dass diese Einordnung nicht zwingend ist. Denn das strafbare Nichteinschreiten gegen eine Gewahrsamsaufdrängung stellt einen Fall der Gewahrsamsbegründung durch Unterlassen dar.

10) Borja Jiménez will Gewahrsamsaufrechterhaltungsverhalten aus dem Tatbestand der Besitzdelikte ausschließen. Er begründet seinen Vorschlag mit der Behauptung, dass die Fälle aufgedrängten Gewahrsams bloß fiktiv seien. Seine Auffassung ist indes weder faktisch noch dogmatisch überzeugend:

a) Auf faktischer Ebene übersieht Borja Jiménez, dass Fälle aufgedrängten Gewahrsams, wenngleich nicht häufig, doch plausibel sind. So hatte sich beispielsweise in STS 412/2017 vom 7. Juli das spanische Tribunal Supremo mit einer Sachlage zu befassen, welche den Fallkonstellationen aufgedrängten Gewahrsams nahekommt.

b) Auf dogmatischer Ebene sind wiederum die Konsequenzen der Ansicht von Borja Jiménez nicht hinzunehmen. In diesem Kontext sind die – erheblich wahrscheinlicheren – Sachlagen zu berücksichtigen, in denen sich das Aufgedrängtsein des Gewahrsams auf die Sachqualität des Gegenstandes bezieht (s. etwa BGH StV 1981, 127), so wie diejenigen, in denen die Umstände der Gewahrsamsbegründung unaufklärbar sind. Solche Situationen sind strafrechtlich gleich zu behandeln wie die Fälle aufgedrängten Gewahrsams im engeren Sinne: Um die Besitzstrafbarkeit zu bejahen oder zu verneinen, wird man die konkrete Sachlage auf das Vorliegen von Gewahrsamsaufrechterhaltungsverhalten prüfen müssen. Würde man dem Ansatz von Borja Jiménez Folge leisten, müsste die Besitzstrafbarkeit dagegen von vonherein ausscheiden. Dies würde wiederum in unerwünschte Strafbarkeitslücken münden.

c) Gewahrsamsaufrechterhaltungsverhalten sind somit in den Tatbestand der Besitzdelikte miteinzubeziehen.

11) Die strafbare Aufrechterhaltung des eigenen Gewahrsams am Tatobjekt wird in der Lehre regelmäßig als Unterlassungsdelikt angesehen. Zutreffend erwidert aber Eckstein, dass diese Einordnung nicht zwingend ist. Denn die strafbare Gegenwehr gegen einen Gewahrsamsentzug stellt einen Fall der Gewahrsamsaufrechterhaltung durch Tun dar.

12) Das Unterlassungsmoment der Gewahrsamsbegründung und -aufrechterhaltung ist im deutschen und im spanischen Strafrecht als echtes Unterlassungsdelikt anzusehen. Denn Unterlassungen, welche den (Eigen-)Gewahrsam aufrechterhalten oder ggf. begründen, können unter die entsprechenden Besitztatbestände subsumiert werden, ohne dass sich hierfür ein Rückgriff auf § 13 StGB oder Art. 11 CP als notwendig erweist. Solch eine Einordnung trägt außerdem der praktischen Erwägung Rechnung, dass das gegenteilige Ergebnis aufgrund des Erfordernisses einer Garantenstellung auf eine

unerwünschte Einschränkung der Reichweite der Besitztatbestände hinauslaufen würde. Denn bei einer Auslegung als unechte Unterlassung käme eine Besitzstrafbarkeit nur in Betracht, wenn dem Täter die Gewahrsamsbegründung nachgewiesen werden könnte oder wenn er ausnahmsweise kraft gesetzlicher Vorschriften eine Garantenstellung inne hätte, welche ihn zur Gewahrsamsaufhebung verpflichtet.

13) Struensee behauptet, die Betrachtung der Aufrechterhaltung des „Besitzens“ als Unterlassung der „Besitz“aufgabe genüge den Anforderungen des verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatzes nicht. Denn „das Ausüben der tatsächlichen Gewalt über eine Sache als Nichtaufgeben der tatsächlichen Gewalt zu bestimmen“ sei „absurd und selbstverständlich auch vom Wortsinn nicht umfaßt“. Darüber hinaus tauche bei Annahme eines Unterlassungsdelikts die Problematik auf, dass die gebotene Entledigungshandlung im Gesetz nicht vorgesehen ist.

a) Die erstgeschilderte Einwendung verkennt den Unterschied zwischen „Besitzen“ i. S. d. Zustands der tatsächlichen Sachherrschaft (hier Gewahrsam genannt), welcher den tatbestandsmäßigen Erfolg der Besitzdelikte darstellt, und „Besitzen“ als strafbarem Verhalten. Während eine Begriffsbestimmung des Gewahrsams als „Nichtaufgabe des Gewahrsams“ in der Tat absurd erscheint, kann aber dasselbe für das Besitzen als strafbares Verhalten nicht gelten. Denn, berücksichtigt man den Umstand, dass bei einer Aufdrängung des Gewahrsams die Herrschaftsmacht des Betroffenen ohne oder gegen seinen Willen entsteht, so kann von einem strafrechtlich relevanten „Ausüben der tatsächlichen Gewalt“ erst die Rede sein, wenn der Gewahrsamsinhaber die Beendigung dieser tatsächlichen Gewalt unterlässt. Und, dass eine Unterlassung der Gewahrsamsaufhebung auch einer strafbaren Gewahrsamsbegründung nachfolgen kann, schadet natürlich nicht. Denn die Tatsache, dass der Gewahrsamsinhaber sich wegen der Herbeiführung seiner tatsächlichen Sachherrschaft bereits strafbar gemacht hat, schließt weder seine nachträgliche Pflicht zur Aufhebung dieses Zustands, noch seine Unterlassungsstrafbarkeit aus, sollte er die entsprechende Gewahrsamsaufhebungshandlung versäumen. Gewahrsamsbegründung und -aufrechterhaltung sind hierbei sodann über die Figur des Dauerdelikts zu einem einzigen, andauernden Gesetzesverstoß zusammenzufassen.

b) Andererseits bildet der gesetzgeberische Verzicht auf eine ausführliche Festlegung gebotener oder verbotener Verhaltensweisen weder eine Seltenheit noch einen aprioristischen Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz. Solch ein Verzicht ist z. B. bei der Vertatbestandlichung der unterlassenen Hilfeleistung (§ 323c StGB; Art. 195 CP) gegeben, ohne dass dies einen Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot darstellt.

KAPITEL 6 – STRAFVERFOLGUNGSRISIKEN DER GEBOTENEN GEWAHRSAMSAUFHEBUNGSHANDLUNG UND DEREN KRIMINALPOLITISCHE BEDEUTUNG

1) Mit Bezug auf die deutschen Besitzdelikte merkt Lagodny an, dass der Mangel an gesetzlichen Anhaltspunkten zur Ableitung der gebotenen Gewahrsamsaufhebungshandlung dazu führt, dass die denkbaren Gewahrsamsaufhebungshandlungen Strafverfolgungsrisiken bergen:

a) So könnte im Betäubungsmittelstrafrecht erstens das Zerstören von (einem Dritten gehörenden) Drogen das Risiko bergen, eine Strafbarkeit wegen Sachbeschädigung (§ 303 StGB) auszulösen. Auch im spanischen Strafrecht könnte solch eine Handlung Anlass zu einer Strafverfolgung wegen Sachbeschädigung (Art. 263 CP) geben.

b) Zweitens könnte sich der Gewahrsamsinhaber durch das Wegwerfen des Rauschgifts wegen einem „In-Verkehr-Bringen“ (§ 29 Abs. 1 Nr. 1 i. V. m. Abs. 4 BtMG) strafbar machen. Diese Vorgehensweise könnte in der spanischen Strafrechtsordnung dem Gewahrsamsinhaber eine Strafbarkeit wegen bedingt vorsätzlicher, „andersweitiger“ Ermöglichung des Konsums von Betäubungsmitteln (Art. 368 CP) aussetzen.

c) Drittens könnte die Ablieferung der Drogen bei Behörden auf eine Selbstbelastung hinauslaufen, die dem „nemo tenetur se detegere“-Grundsatz entgegenstehe. Diese Anmerkung gilt selbstverständlich nicht nur für die deutsche, sondern auch für die spanische Strafrechtsordnung.

d) Die drei obigen Anmerkungen lassen sich ferner auf andere deutsche und spanische Besitztatbestände – wie z. B. auf diejenigen des Besitzes von Kinderpornografie (§ 184b, Abs. 3 Var. 2 StGB; Art. 189.3 CP) – übertragen.

2) Das deutsche und spanische Waffenrecht enthält Vorschriften, welche bereits *de lege lata* Strafbarkeitsrisiken in diesem Regelungsbereich beseitigen. So schließen §§ 37c und 40 Abs. 5 WaffG in bestimmten Fällen die Strafbarkeit wegen Erwerbs und Besitzens aus, wenn unverzüglich nach Entdeckung der eigenen Verfügungsmacht über eine Waffe die Unterrichtung der Behörden und die Waffenabgabe durch den Gewahrsamsinhaber erfolgt. Ähnliches wird im Art. 93 des spanischen Reglamento de Armas (i. V. m. Art. 20.7 CP) angeordnet.

3) Ferner sind auf dogmatischer Ebene Ansätze entstanden, welche jüngst für einen Teilbereich solcher Probleme zufriedenstellende Lösungen erarbeitet haben:

a) So darf die Vernichtung von Gegenständen, denen keine andere eigentumstypische Nutzung als die bloße Beseitigung zukommt, auch keine tatbestandsmäßige Sachbeschädigung darstellen. Diese Lösung ist sowohl auf den deutschen als auch auf den spanischen Sachbeschädigungstatbestand anwendbar.

b) Für die Entsorgung im Abfall wird wiederum die fahrlässige Strafbarkeit wegen deutscher Tatbestände des „In-Verkehr-Bringens“ auf die Fälle beschränkt, in denen das Wegwerfen eine nahe Gefahr der Entdeckung durch Dritte begründet. Da sich diese Lösung auf den objektiven Tatbestand der entsprechenden Deliktsfiguren bezieht, ist sie auch auf spanische Tatbestände des „In-Verkehr-Bringens“ – wie diejenigen der bedingt vorsätzlichen, „andersweitigen“ Ermöglichung des Konsums von Betäubungsmitteln – anwendbar.

c) Ein Konflikt zwischen dem nemo-tenetur-Prinzip und der Pflicht zur Abgabe des Objekts bei den zuständigen Stellen wird schließlich nur bejaht, wenn der Gewahrsamsinhaber das Tatobjekt in strafbarer Weise erlangt hat. Für die Fälle aufgedrängten Gewahrsams müsse dagegen ein geringfügiges Strafverfolgungsrisiko eingegangen werden, denn hier wiegen die Gefahren durch die Aufrechterhaltung des Gewahrsams schwerer als die Gefahr einer Selbstbelastung. Diese

deutsche/österreichische Lösung setzt voraus, dass es im entsprechenden Rechtssystem zur Verurteilung von Unschuldigen i. d. R. nicht kommt. Da das spanische Rechtssystem ein ähnliches Maß an Rechtsstaatlichkeit wie dasjenige Deutschlands oder Österreichs aufweist, darf auch nach spanischem Recht dem Gewahrsamsinhaber zugemutet werden, den verbotenen Gegenstand bei den zuständigen Behörden abzugeben.

4) Problematisch bleiben aber weiterhin die Fallkonstellationen, in denen die Gewahrsamsaufhebung durch Vernichtungs- oder Entsorgungshandlungen unerlaubt ist oder auf eine praktische Undurchführbarkeit oder Unzumutbarkeit i. d. R. stößt, die Abgabe bei zuständigen Behörden somit die einzige plausible Handlung zur Beseitigung eines aufgedrängten Gewahrsams darstellt:

a) Selbst wenn man das Abverlangen des Eingehens eines Strafverfolgungsrisikos durch den gutgläubigen Gewahrsamsinhaber als sachgerecht erachtet, vermag es diese „ex post“ vorgeschlagene, dogmatische Bewältigung nicht, die aus dem Mangel an einer „ex ante“ festgelegten legislatorischen Lösung hervorgehenden kriminalpolitischen Probleme aus der Welt zu schaffen. Denn angesichts der Unsicherheit hinsichtlich der eigenen Strafverfolgung scheut sich selbst ein rechtstreuer Bürger davor, den ihm aufgedrängten Gegenstand bei zuständigen Behörden abzugeben.

b) Ein solcher „umgekehrter Hemmungseffekt“ erschwert aber die Erreichung des präventiven Zieles, verbotene Gegenstände aus dem Verkehr zu ziehen.

5) Aus diesem Grund hat man kriminalpolitische Lösungen zu erwägen, die die Strafbarkeitsrisiken beseitigen, welche der Abgabe aufgedrängter Gegenstände bei Behörden innewohnen. Am plausibelsten erscheint die Schaffung einer allgemeinen Vorschrift über die Ablieferung verbotener Gegenstände, welche nach dem Beispiel des § 58 Abs. 8 WaffG die Strafbarkeit von Verhaltensweisen wie dem Besitzen, dem Erwerben und dem Transportieren eines Gegenstandes zur Übergabe an die zuständige Behörde ausschließt, wenn die Übergabe der Sache freiwillig geschieht.

6) Die vorgeschlagene Regelung hat ferner folgende Merkmale aufzuweisen:

- a) Sie muss sowohl auf strafbare Gewahrsamsinhaber als auch auf Inhaber eines aufgedrängten Gewahrsams anwendbar sein.
- b) Im Gegensatz zum § 58 Abs. 8 WaffG darf sie nicht eine bloße Übergangsvorschrift darstellen. Sie muss vielmehr permanent gelten.
- c) Auch im Unterschied zum § 58 Abs. 8 WaffG darf sie sich nicht auf Waffen beschränken. Sie muss sich vielmehr auf jegliche in Besitztatbeständen beschriebene Gegenstände beziehen.
- d) Mit Bezug auf den strafbaren Besitz und den Erwerb des abgegebenen Gegenstandes muss die vorgeschlagene Regelung einen persönlichen Strafaufhebungsgrund festlegen.
- e) Mit Bezug auf die Tathandlungen, die instrumental für die Übergabe des Gegenstandes an die Behörde sind – wie z. B. das Transportieren der Sache zur Übergabe an die zuständige Behörde –, muss die empfohlene Vorschrift einen Rechtsfertigungsgrund statuieren.

FAZIT

1) Besitztatbestände sind Straftatbestände, deren Wortlaut lediglich die Beschreibung eines tatsächlichen Herrschaftsverhältnisses zwischen einer Person und einem körperlichen Gegenstand aufweist. In den geltenden spanischen Besitztatbeständen wird dieses Sachherrschaftsverhältnis auf sechs verschiedene Weisen formuliert: „posesión“, „tenencia“, „tenencia en (su) poder“, „tenencia en depósito“, „depósito“ und „almacenamiento“.

2) Das spanische Strafrecht weist 48 Besitztatbestände auf, die in 42 verschiedenen Gesetzesvorschriften enthalten sind. 12 der 48 spanischen Besitztatbestände sehen die Bestrafung ihrer grob fahrlässigen Begehung vor. 32 der 48 spanischen Besitzdelikte lassen die Bestrafung juristischer Personen zu. Unter diesen 32 Tatbeständen stellen 8 ihre grob fahrlässige Begehung durch juristische Personen unter Strafe.

3) Die Auslegung der Besitzdelikte als Zustandsdelikte verstößt gegen den in Deutschland und Spanien anerkannten, verfassungsrechtlichen Schuldgrundsatz und ist somit unzulässig. Verfassungswidrig wäre ebenfalls die Anerkennung einer modifizierten Zustandshaftung bei den Besitztatbeständen. Besitzdelikte bilden daher Verhaltensdelikte.

4) Die Beibehaltung des „berechtigten Kerns“ – d. h., der negativen Funktion – des strafrechtlichen Verhaltensbegriffs erfordert die Anknüpfung der Besitzstrafbarkeit an Handlungen und/oder Unterlassungen, welche den Gewahrsam am Tatobjekt herbeiführen oder aufrechterhalten. Entgegen der Auffassung Roxins stellt der Besitz deswegen keine selbstständige Erscheinungsform menschlichen Verhaltens dar.

5) Besitzdelikte sind Begehungs- und/oder Unterlassungsdelikte.

6) Besitzdelikte sind Erfolgs-Dauerdelikte.

7) In den Anwendungsbereich der Besitztatbestände sind Gewahrsamsbegründungshandlungen und -unterlassungen einzubeziehen. Mitumfasst sind zudem Gewahrsamsaufrechterhaltungsunterlassungen und -handlungen.

8) Das Unterlassungsmoment der Besitztrafbarkeit bildet ein echtes Unterlassungsdelikt.

9) Die dogmatischen und kriminalpolitischen Probleme der Besitztatbestände, die aus dem Mangel an gesetzlichen Anhaltspunkten zur Ableitung der gebotenen Gewahrsamsaufhebungshandlung resultieren, lassen sich durch eine gemeinsame Anstrengung auf dogmatischer und legislatorischer Ebene beseitigen.

10) Auf legislatorischer Ebene erscheint am plausibelsten die Schaffung einer allgemeinen Vorschrift über die Ablieferung verbotener Gegenstände, welche am Beispiel des § 58 Abs. 8 WaffG die Strafbarkeit von Verhaltensweisen wie dem Besitzen, dem Erwerben und dem Transportieren des Gegenstandes zur Übergabe an die zuständige Behörde ausschließt, wenn diese Übergabe freiwillig erfolgt.

BIBLIOGRAFÍA

- Abel, Sebastian, *Besitzdelikte im deutschen und US-amerikanischen Strafrecht*, Shaker Verlag, Aquisgrán, 2016.
- Acale Sánchez, María, *Salud pública y drogas tóxicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- Aguado Correa, Teresa, “Artículos 566 y 567”, en Gómez Tomillo/Javato Martín (eds.), *Comentarios prácticos al Código penal*, vol. VI, Aranzadi, Navarra, 2015.
- Alcácer Guirao, Rafael, “Comienzo de la tentativa en la comisión por omisión”, *CPC*, n.º 73, 2001.
- Ambos, Kai, “Besitz als Straftat und die Funktion der subjektiven Tatseite”, en Joerden/Schmoller (eds.), *Festschrift für Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Keiichi Yamanaka zum 70. Geburtstag am 16. März 2017*, Duncker & Humblot, Berlín, 2017.
- Angioni, Mauro, *La volontarietà del fatto nei reati: contributo alla nozione del «dolo»*, Fratelli Bocca, Turín, 1927.
- Antón Oneca, José, *Derecho penal*, 2ª ed., Akal, Torrejón de Ardoz, 1986.
- Australian Government - Department of Home Affairs, “Permanent national firearms amnesty”, fecha de consulta 21 agosto 2021, en <https://www.homeaffairs.gov.au/about-us/our-portfolios/criminal-justice/drugs-firearms-organised-crime/permanent-national-firearms-amnesty>.
- Baae, Jochen, “Der Besitzwille im Betäubungsmittelrecht”, *NStZ*, 1987.
- Bacigalupo, Enrique, *Delitos impropios de omisión*, Dykinson, Madrid, 2006.
- Bacigalupo, Enrique, “Sobre los delitos preterintencionales, los delitos cualificados por el resultado y el principio de culpabilidad”, en Seminario de Derecho Penal e Instituto de Criminología de la Universidad de Santiago de Compostela (ed.), *Estudios penales en memoria del profesor Agustín Fernández-Albor*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1989.

- Bacigalupo, Enrique, “¿Tienen rango constitucional las consecuencias del principio de culpabilidad?”, *La Ley*, n.º 2, 1982.
- Bajo Fernández, Miguel, “El comercio, tenencia o circulación de géneros de lícito comercio”, en Cobo del Rosal/Bajo Fernández (eds.), *Comentarios a la legislación penal*, vol. III, Edersa, Madrid, 1984.
- Baumann, Jan, *Besitz an Daten: § 184b Abs. 4 StGB im Lichte neuer Medien*, Duncker & Humblot, Berlín, 2015.
- Baumann, Jürgen/Weber, Ulrich/Mitsch, Wolfgang/Eisele, Jörg, *Strafrecht: Allgemeiner Teil*, 12ª ed., Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 2016.
- Beling, Ernst, *Die Lehre vom Verbrechen*, Mohr Siebeck, Tubinga, 1906.
- Bellavista, Girolamo, *I reati senza azione*, Eugenio Jovene, Nápoles, 1937.
- Bettioli, Giuseppe, *Diritto Penale (Parte Generale)*, 2ª ed., Priulla Editore, Palermo, 1950.
- Bibliographisches Institut, “Duden | Tat | Rechtschreibung, Bedeutung, Definition, Herkunft”, fecha de consulta 15 agosto 2019, en <https://www.duden.de/rechtschreibung/Tat>.
- Boix Reig, Javier/Jareño Leal, Ángeles, “Art. 368”, en Vives Antón (ed.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- Borja Jiménez, Emiliano, “Delitos de posesión: una perspectiva desde la justicia penal preventiva”, *Revista General de Derecho Penal*, n.º 30, 2018.
- Borja Jiménez, Emiliano, “Delitos de posesión: ¿una respuesta dogmática adecuada para un planteamiento político-criminal inadecuado?”, en Portilla Contreras/Velásquez Velásquez/Pomares Cintas/Fuentes Osorio (eds.), *Un juez para la democracia: libro homenaje a Perfecto Andrés Ibáñez*, Dykinson, Madrid, 2019.
- Borja Jiménez, Emiliano, “La terminación del delito”, *ADPCP*, n.º 48, 1995.
- Bosch, Nikolaus, “§ 242”, en Schönke/Schröder (eds.), *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 30ª ed., C. H. Beck, Múnich, 2019.

- Busato, Paulo César, “Una crítica a los delitos de posesión a partir del concepto de acción significativa. Conexiones entre el «civil law» y el «common law» en las tesis de Tomás Vives Antón y George Fletcher”, *Revista penal*, n.º 35, 2015.
- Calderón Susín, Eduardo, “La posesión de drogas para consumir y para traficar. El consumo compartido”, en Soriano Soriano (ed.), *Delitos contra la Salud Pública y Contrabando*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid.
- Carbonell Mateu, Juan Carlos/Vives Antón, Tomás Salvador, “Arts. 566-567”, en Vives Antón (ed.), *Comentarios al código penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- Carnelutti, Francesco, *Teoria generale del reato*, CEDAM, Padua, 1933.
- Carvalho, Érika Mendes de, *Punibilidad y delito*, Reus, Madrid, 2007.
- Cavallo, Vincenzo, *Diritto Penale - Parte Generale*, vol. 2, Eugenio Jovene, Nápoles, 1955.
- Cerezo Mir, José, *Derecho penal: Parte general*, B de f, Montevideo, 2008.
- Choclán Montalvo, José Antonio, “Algunas precisiones acerca de la teoría del concurso de infracciones”, en Calderón Cerezo (ed.), *Unidad y pluralidad de delitos*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995.
- Choclán Montalvo, José Antonio, “El principio de culpabilidad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español”, en López Barja de Quiroga/Zugaldía Espinar (eds.), *Dogmática y ley penal: libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, vol. I, Marcial Pons, Madrid, 2004.
- Cobo del Rosal, Manuel/Vives Antón, T. S., *Derecho penal. Parte general*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- Córdoba Roda, Juan, “Artículo 16”, en Córdoba Roda/García Arán (eds.), *Comentarios al Código penal. Parte general*, Marcial Pons, Madrid, 2011.
- Cox Leixelard, Juan Pablo, *Delitos de posesión. Bases para una dogmática*, B de f, Buenos Aires, 2012.

- Cruz Blanca, María José, *Régimen penal y tratamiento jurisprudencial de la tenencia ilícita de armas*, Dykinson, Madrid, 2005.
- Cuerda Arnau, María Luisa, “Lección XLI. Delitos contra el orden público”, en González Cussac (ed.), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, 6ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- Deiters, Mark, “Recensión a «Eckstein, Besitz als Straftat»”, *GA*, 2004.
- Del-Carpio-Delgado, Juana, “Sobre la necesaria interpretación y aplicación restrictiva del delito de blanqueo de capitales”, *Indret*, n.º 4, 2016.
- Delitala, Giacomo, *Il «fatto» nella teoria generale del reato*, CEDAM, Padua, 1930.
- Der Tagesspiegel, “Die Regierung hat das Vertrauen verspielt”, fecha de consulta 29 septiembre 2019, en <https://www.tagesspiegel.de/politik/balkan-experte-dusan-reljic-die-regierung-hat-das-vertrauen-verspielt/1395034.html>.
- Díaz-Maroto y Villarejo, Julio, *El delito de tenencia ilícita de armas de fuego*, Colex, Madrid, 1987.
- Díez Ripollés, José Luis, *Derecho penal español. Parte general*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- Eckstein, Ken, *Besitz als Straftat*, Duncker & Humblot, Berlín, 2001.
- Eckstein, Ken, “Grundlagen und aktuelle Probleme der Besitzdelikte – EDV, EU, Strafrechtsänderungsgesetze, Konkurrenzen”, *ZStW*, 2005.
- Eisele, Jörg, “§ 184b”, en Schönke/Schröder (eds.), *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 30ª ed., C. H. Beck, Múnich, 2019.
- Eisele, Jörg, “Vorbemerkungen zu den §§ 13 ff.”, en Schönke/Schröder (eds.), *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 30ª ed., C. H. Beck, Múnich, 2019.
- Escabias De Carbajal, Roberto, “Problemática jurídico-penal de la Ley de Contrabando de 1995”, en Soriano (ed.), *Delitos contra la salud pública y contrabando*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.

- Eser, Albin/Bosch, Nikolaus, “§ 22”, en Schönke/Schröder (eds.), *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 30ª ed., C. H. Beck, Múnich, 2019.
- Eser, Albin/Bosch, Nikolaus, “Vor §§ 22 ff.”, en Schönke/Schröder (eds.), 30ª ed., C. H. Beck, Múnich, 2019.
- Farré Trepát, Elena, “Sobre el comienzo de la tentativa en los delitos de omisión, en la autoría mediata y en la actio libera in causa”, *Estudios penales y criminológicos*, n.º 13, 1988.
- Ferré Olivé, Juan Carlos, *Tratado de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018.
- Florian, Eugenio, *Parte Generale del Diritto Penale*, 4ª ed., Francesco Vallardi, Milán, 1934.
- Franke, Ulrich/Wienroeder, Karl, *Betäubungsmittelgesetz (BtMG), Kommentar*, 3ª ed., Müller, Heidelberg, 2008.
- Freund, Georg, “Vorbemerkung zu § 13”, en *Münchener Kommentar zum StGB*, vol. 1, 3ª ed., C. H. Beck, Múnich, 2017.
- Frieyro Elícegui, Sofía, *El delito de tráfico de drogas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- Frister, Helmut, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 9ª ed., C. H. Beck, Múnich, 2020.
- García Albero, Ramón, “Artículo 566”, en Quintero Olivares/Morales Prats (eds.), *Comentarios al Código penal español*, vol. II, 7ª ed, Aranzadi, Navarra, 2016.
- García Pérez, Octavio, “Delitos de sospecha: principio de culpabilidad y derecho a la presunción de inocencia. Los artículos 483 y 485 CP”, *ADPCP*, n.º 46, 1993.
- Gordon, William, “The roman class of quasi-delicts”, en *Estudios de Derecho Romano (Homenaje al Profesor Don Carlos Sánchez del Río y Peguero)*, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1967.
- Gössel, Karl Heinz, en Maurach/Gössel/Zipf (eds.), *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, vol. 2, 8ª ed., C. F. Müller, Heidelberg, 2014.

- Gracia Martín, Luis, “La comisión por omisión en el derecho penal español”, *Nuevo Foro Penal*, n.º 61, 1999.
- Greco, Luís, “Dos formas de hacer dogmática jurídico-penal”, *Revista Discusiones*, n.º 8, 2008.
- Greco, Luís, *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie*, Duncker & Humblot, Berlín, 2009.
- Harms, Sven, “Ist das „bloße“ Anschauen von kinderpornographischen Bildern im Internet nach geltendem Recht strafbar?”, *NStZ*, 2003.
- Hava García, Esther, *El control penal de las armas: análisis del capítulo V del título XXII del Código Penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019.
- Hava García, Esther, *La tutela penal de los animales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- Hecker, Bernd, “§ 1”, en Schönke/Schröder (eds.), *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 30ª ed., C. H. Beck, Múnich, 2019.
- Hecker, Bernd, “§ 323c”, en Schönke/Schröder (eds.), *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 30ª ed., C. H. Beck, Múnich, 2019.
- Heger, Martin, “Vorbemerkung zu den §§ 13 ff.”, en Lackner/Kühl (eds.), *Strafgesetzbuch: Kommentar*, 29ª ed., C. H. Beck, Múnich, 2018.
- Heine, Günter/Schittenhelm, Ulrike, “§ 326”, en Schönke/Schröder (eds.), *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 30ª ed., C. H. Beck, Múnich, 2019.
- Higuera Guimerá, Juan Felipe, *La protección penal de los animales en España*, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1994.
- Hillenkamp, Thomas, “§ 22”, en *Leipziger Kommentar StGB*, vol. 1, 12ª ed., de Gruyter, Berlín, 2007.
- Hillenkamp, Thomas, “Vorbemerkungen zu den §§ 22 ff.”, en *Leipziger Kommentar StGB*, vol. 1, 12ª ed., de Gruyter, Berlín, 2007.

Hirsch, Hans Joachim, “Das Schuldprinzip und seine Funktion im Strafrecht”, *ZStW*, 1994.

Hochmayr, Gudrun, *Strafbarer Besitz von Gegenständen: Zur Reichweite der Strafdrohungen für den (bloßen) Besitz von Waffen, Suchtmitteln, Kinderpornographie, etc.*, MANZ'sche, Viena, 2005.

Jakobs, Günther, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., De Gruyter, Berlín, 1991.

Jede, Andreas, “Amnestie im Waffengesetz”, *Blog von Dr. Schmitz & Partner - Rechtsanwälte*, fecha de consulta 10 agosto 2021, en <https://www.drschmitz.de/deutsches-waffenrecht/amnestie-waffengesetz/>.

Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5ª ed., Duncker & Humblot, Berlín, 1996.

Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de Derecho Penal, III*, 4ª ed., Losada, Buenos Aires, 1963.

Joachimski, Jupp/Haumer, Christine, *Betäubungsmittelgesetz (BtMG)*, 7ª ed., Boorberg, Stuttgart, 2002.

Joshi Jubert, Ujala, *Los delitos de tráfico de drogas I. Un estudio analítico del art. 368 CP*, J.M. Bosch, Barcelona, 1999.

Kingreen, Thorsten/Poscher, Ralf, *Grundrechte - Staatsrecht II*, 34ª ed., C.F. Müller, Heidelberg, 2018.

König, Achim-Volker/Papsthart, Christian, “Waffengesetz”, 2ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2012.

Kotz, Peter/Oğlakcioğlu, Mustafa Temmuz, “BtMG § 29”, en *Münchener Kommentar zum StGB*, vol. 6, 3ª ed., C. H. Beck, Múnich, 2017.

Kühl, Kristian, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 8ª ed., Vahlen, Múnich, 2017.

Lagodny, Otto, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, Mohr, Tubinga, 1996.

Lampe, Ernst Joachim, “Recensión a «Eckstein, Besitz als Straftat»”, *ZStW*, 2001.

Landtag Nordrhein-Westfalen, “Gutachtliche Stellungnahme 17/3790 von Jürgen Antoni”, fecha de consulta 10 agosto 2021, en <https://www.landtag.nrw.de/portal/WWW/dokumentenarchiv/Dokument/MMST17-3790.pdf>.

Laubenthal, Klaus, *Handbuch Sexualstraftaten: die Delikte gegen die sexuelle Selbstbestimmung*, Springer, Berlín/Heidelberg, 2012.

Laufhütte, Heinrich Wilhelm/Roggenbuck, Ellen, “§ 184b”, en *Leipziger Kommentar StGB*, vol. 6, 12ª ed., de Gruyter, Berlín, 2010.

Laurenzo Copello, Patricia, *El resultado en derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992.

Lloria García, Paz, *Aproximación al estudio del delito permanente*, Comares, Granada, 2006.

López Ortega, Juan José, “Voz «Contrabando»”, en Boix Reig/Lloria García (eds.), *Diccionario de derecho penal económico*, 2ª ed., Iustel, Madrid, 2017.

Lorenzo Salgado, José Manuel, “Voz «Contrabando»”, en Boix Reig/Lloria García (eds.), *Diccionario de derecho penal económico*, 1ª ed., Iustel, Madrid, 2008.

Luengo Celadilla, Soraya, *Estudio doctrinal y jurisprudencial del delito de tráfico de drogas*, Reus, Madrid, 2017.

Luzón Peña, Diego-Manuel, *Lecciones de derecho penal: parte general*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

Luzón Peña, Diego-Manuel, “Tentativa y posesión en el tráfico de drogas”, *Diario La Ley*, n.º 2, 1989.

Malek, Klaus, *Betäubungsmittelstrafrecht*, 4ª ed., C. H. Beck, Múnich, 2015.

Manzini, Vincenzo, *Tratado de derecho procesal penal*, vol. I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1951.

Manzini, Vincenzo, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. I, 3ª ed., Unione Tipografico - Editrice Torinese, Turín, 1933.

Manzini, Vincenzo, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. I, 2ª ed., Unione Tipografico - Editrice Torinese, Turín, 1920.

Manzini, Vincenzo, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. IX, 2ª Parte, 3ª ed., Unione Tipografico - Editrice Torinese, Turín, 1939.

de Marsico, Alfredo, *Diritto Penale. Parte Generale (ristampa)*, Eugenio Jovene, Nápoles, 1969.

Martínez-Buján Pérez, Carlos, *Derecho penal económico y de la empresa: Parte especial*, 6ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

Massari, Eduardo, *Il momento esecutivo del reato: contributo alla teoria dell'atto punibile*, Mariotti, Nápoles, 1923.

Melón Muñoz, Carlos, “Artículos 30 a 37 - Los delitos contra la defensa y seguridad nacional (II)”, en León Villalba/Juanes Peces/Rodríguez-Villasante y Prieto/López Lorca (eds.), *El Código penal militar de 2015: reflexiones y comentarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

Micelli, Dominikus, *Der Begriff des Gewahrsams im Strafrechte*, Schlettersche Buchhandlung, Breslavia, 1906.

Mir Puig, Santiago, *Derecho penal: parte general*, 10ª ed., Reppertor, Barcelona, 2015.

Mitsch, Wolfgang, “Anmerkung zu OLG Zweibrücken, Beschluß vom 18.12.1985 - 1 Ws 407/85”, *NStZ*, 1987.

Mommsen, Theodor, *Römisches Strafrecht*, Duncker & Humblot, Leipzig, 1899.

Moraes, Benjamin, *Dos crimes sem ação*, Tip. H. Velho, Río de Janeiro, 1941.

Muñoz Conde, Francisco/García Arán, Mercedes, *Derecho penal. Parte general*, 10ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

Muñoz Sánchez, Juan, *El delito de detención*, Trotta, Madrid, 1992.

Nestler, Cornelius, “Rechtsgüterschutz und Strafbarkeit des Besitzes von Schußwaffen und Betäubungsmitteln”, en Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a.M.

- (ed.), *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, Peter Lang, Fráncfort del Meno, 1995.
- Noreña Salto, José Ramón, “La represión del contrabando (LO 7/1982)”, *CPC*, n.º 19, 1983.
- Ođlakćiođlu, Mustafa Temmuz, *Der Allgemeine Teil des Betäubungsmittelstrafrechts*, Duncker & Humblot, Berlín, 2013.
- Orts Berenguer, Enrique/González Cussac, José Luis, *Compendio de derecho penal. Parte general*, 7ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017.
- Otto, Harro, *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*, 7ª ed., de Gruyter, Berlín, 2004.
- Palmirski, Tomasz, “Some remarks on Ne quis in suggrunda protectove id positum habeat, cuius casus nocere possit praetor’s edict”, *RIDA*, n.º 50, 2003.
- Parker, Matt/Ford, Alex, “¿Por qué los peces se han vuelto adictos a las drogas ilícitas?”, *BBC News Mundo*, fecha de consulta 24 septiembre 2021, en <https://www.bbc.com/mundo/vert-fut-57923665>.
- Pastor Muñoz, Nuria, “Besitz- und Statusdelikte, Eine kriminalpolitische und dogmatische Annäherung”, *GA*, 2006.
- Pastor Muñoz, Nuria, *Los delitos de posesión y los delitos de estatus: una aproximación político-criminal y dogmática*, Atelier, Barcelona, 2005.
- Patzak, Jörn, “BtMG § 29”, en Körner/Patzak/Volkmer (eds.), *Betäubungsmittelgesetz*, 9ª ed., C. H. Beck, Múnich, 2019.
- Pelchen, Georg/Bruns, Michael, “BtMG § 29”, en Erbs/Kohlhaas (eds.), *Strafrechtliche Nebengesetze*, 201º suplemento, C. H. Beck, Múnich, 2015.
- Pennitz, Martin, “Zur Noxalhaftung bei den sog. actiones de deiectis vel effusis und deposito (aut suspenso)”, *RIDA*, n.º 58, 2011.
- Pereda, Julián, *El «versari in re illicita» en la doctrina y en el Código Penal*, Reus, Madrid, 1948.

- Pérez del Valle, Carlos, *Lecciones de derecho penal: parte general*, 2ª ed., Dykinson, Madrid, 2018.
- Pergola, Ubaldo, *Il reato*, Tipografia Consorzio Nazionale, Roma, 1930.
- Perron, Walter/Eisele, Jörg, “§ 184b”, en Schönke/Schröder (eds.), *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 28ª ed., C. H. Beck, Múnich, 2010.
- Pirie, Madsen, *How to win every argument: the use and abuse of logic*, Continuum, Londres, 2006.
- Polaino Navarrete, Miguel, “El injusto de la tentativa en el ejemplo de los delitos de mera actividad y de omisión pura. Sobre el concepto jurídico-penal de resultado”, *Revista del Poder Judicial*, n.º 72, 2003.
- Polaino Navarrete, Miguel, “Lección 8.ª - Detención ilegal y secuestro”, en Polaino Navarrete (ed.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, vol. I, Tecnos, Madrid, 2010.
- Polaino-Orts, Miguel, “Delitos de posesión como derecho penal del enemigo”, en Maier/Sancinetti/Schöne (eds.), *Dogmática penal entre naturalismo y normativismo. Libro en homenaje a Eberhard Struensee*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2011.
- Pons, “Tat | alemán » español | PONS”, fecha de consulta 15 agosto 2019, en <https://es.pons.com/traducci%C3%B3n?q=tat&l=dees&in=&lf=de&qnac=>.
- Puyol Torrelles, Miguel, “La posesión como conducta típica en el delito de contrabando de especies protegidas”, *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, n.º 112, 2015.
- Queralt Jiménez, Joan J., *Derecho penal español. Parte especial*, 7ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- Quintero Olivares, Gonzalo, *Parte general del derecho penal*, 4ª ed., Aranzadi, Navarra, 2010.

- Radtke, Henning, “§ 11”, en *Münchener Kommentar zum StGB*, vol. 1, 4ª ed., C. H. Beck, Munich, 2020.
- Ramón Ribas, Eduardo, “Artículo 368”, en Quintero Olivares/Morales Prats (eds.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 10ª ed., Aranzadi, Navarra, 2016.
- Real Academia Española, “Diccionario de la lengua española - Edición del Tricentenario”, fecha de consulta 7 agosto 2020, en <https://dle.rae.es>.
- Renzikowski, Joachim, “Vor § 13”, en Matt/Renzikowski (eds.), *Strafgesetzbuch: Kommentar*, Vahlen, Múnich, 2020.
- Requejo Conde, Carmen, “Tentativa y desistimiento en los delitos de omisión”, *Actualidad penal*, n.º 24, 2001.
- Rey Huidobro, Luis Fernando, *El delito de tráfico de drogas: aspectos penales y procesales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- Rodríguez de Fonseca, Bartolomé Agustín, “El Digesto del Emperador Justiniano”, en Gómez Marín/Gil y Gómez (eds.), *Cuerpo del Derecho Civil, ó sea Digesto, Código, Novelas é Institutas de Justiniano en Castellano y Latín*, vol. I, Imprenta de Ramón Vicente, Madrid, 1872.
- Rodríguez Devesa, José María/Serrano Gómez, Alfonso, *Derecho penal español. Parte general*, 18ª ed., Dykinson, Madrid, 1995.
- Rodríguez Mourullo, Gonzalo, *Derecho penal. Parte general*, Civitas, Madrid, 1978.
- Rodríguez Mourullo, Gonzalo, *La omisión de socorro en el código penal*, Tecnos, Madrid, 1966.
- Romano di Falco, Enrico, *Principi di diritto penale*, Tipografia delle Mantellate, Roma, 1926.
- Roxin, Claus, “Besitzdelikte”, en *Stanje kriminaliteta u Srbiji i pravna sredstva reagovanja*, vol. 5, 2008 (Biblioteka Crimen), fecha de consulta 29 septiembre

2019, en <http://wp2008.ius.bg.ac.rs/kriminoloskasekcija/files/2014/09/05-Stanje-kriminaliteta-u-Srbiji-2.pdf>.

Roxin, Claus, “Los delitos de tenencia”, en Schroeder/Eckstein/Falcone (eds.), *Delitos de posesión o tenencia: estudios de derecho penal, partes general y especial, y de derecho procesal penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2016.

Roxin, Claus, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, vol. I, 4ª ed., C. H. Beck, Múnich, 2006.

Roxin, Claus, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, vol. II, C. H. Beck, Múnich, 2003.

Roxin, Claus/Greco, Luis, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, vol. I, 5ª ed., C.H. Beck, München, 2020.

Schaffstein, Friedrich, “Die Vollendung der Unterlassung”, en Jescheck/Lüttger (eds.), *Festschrift für Eduard Dreher zum 70. Geburtstag am 29. April 1977*, de Gruyter, Berlín, 1977.

Schlehofer, Horst, “Vorbemerkung zu § 32”, en *Münchener Kommentar zum StGB*, vol. 1, 4ª ed., C. H. Beck, Munich, 2020.

Schmidhäuser, Eberhard, *Strafrecht, Allgemeiner Teil: Studienbuch*, 2ª ed., Mohr, Tubinga, 1984.

Schopenhauer, Arthur, *Dialéctica erística o el arte de tener razón, expuesta en 38 estratagemas*, Trotta, Madrid, 1997.

Schreibauer, Marcus, *Das Pornographieverbot des § 184 StGB: Grundlagen - Tatbestandsprobleme - Reformvorschläge*, Roderer, Ratisbona, 1999.

Schroeder, Friedrich-Christian, “Besitz als Straftat”, *ZIS*, 2007.

Schroeder, Friedrich-Christian, “Das 27. Strafrechtsänderungsgesetz - Kinderpornographie”, *NJW*, 1993.

Silva Sánchez, Jesús-María, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Bosch, Barcelona, 1986.

- Slotty, Martin, “Das Betäubungsmittelgesetz 1982. Kurzbericht für die Strafrechtspraxis”, *NStZ*, 1981.
- Stein, Peter, “The Nature of quasi-delictal Obligations in Roman Law”, *RIDA*, n.º 5, 1958.
- Struensee, Eberhard, “Besitzdelikte”, en Samson/Dencker/Frisch/Frister/Reiß (eds.), *Festschrift für Gerald Grünwald zum siebzigsten Geburtstag*, Nomos, Baden-Baden, 1999.
- Tesauro, Alfonso, “Sui reati così detti di mero sospetto”, *Scuola Positiva*, vol. I, 1932.
- Tiedemann, Klaus, “§ 283”, en *Leipziger Kommentar StGB*, vol. 9/Parte 2, 12ª ed., de Gruyter, Berlín, 2009.
- Uol Entretenimento, “«Verão da Lata» conta como 22 toneladas de maconha acabaram nas praias brasileiras em 87”, fecha de consulta 20 mayo 2021, en <https://entretenimento.uol.com.br/noticias/redacao/2012/09/25/verao-da-lata-Conta-como-22-toneladas-de-maconha-acabaram-nas-praias-brasileiras-em-87.htm>.
- Vannini, Ottorino, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, Carlo Cya, Florencia, 1948.
- Vera Sánchez, Juan S., “Tenencia de armas y explosivos (Arts. 563-570)”, en Corcoy Bidasolo/Hortal Ibarra (eds.), *Manual de derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- Viveiros, Carlos, “Los delitos cualificados por el resultado y su legitimidad en el derecho penal español”, *CPC*, n.º 119, 2016.
- Vogel, Joachim, “§ 242”, en *Leipziger Kommentar StGB*, vol. 8, 12ª ed., de Gruyter, Berlín, 2010.
- Walter, Tonio, “Vorbemerkungen zu den §§ 13 ff.”, en *Leipziger Kommentar StGB*, vol. 1, 12ª ed., de Gruyter, Berlín, 2007.
- Watson, Alan, “Liability in The Actio de Positis ac Suspensis”, en *Studies in Roman Private Law*, A&C Black, Londres, 1991.

- Weber, Klaus, *Betäubungsmittelgesetz, Arzneimittelgesetz: Kommentar*, 5ª ed., C. H. Beck, München, 2017.
- Weigend, Thomas, “§ 13”, en *Leipziger Kommentar StGB*, vol. 1, 12ª ed., de Gruyter, Berlín, 2007.
- Wessels, Johannes/Hillenkamp, Thomas/Schuhr, Jan C., *Strafrecht, Besonderer Teil 2: Straftaten gegen Vermögenswerte*, 42ª ed., C.F. Müller, Heidelberg, 2019.
- Wettley, Susann, “BtMG § 29”, en Bohnen/Schmidt (eds.), *BeckOK BtMG*, 9ª ed., Beck, München, 2020.
- Wojtech, Michael, “Wie wird man verbotene Gegenstände los?”, *NJW Spezial*, 2011.
- Wolter, Jürgen, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*, Duncker & Humblot, Berlín, 1981.
- Wolters, Gereon/Greco, Luís, “§ 184b”, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, vol. IV, 9ª ed., Wolters Kluwer, Colonia, 2017.
- Ziemann, Sascha/Ziethen, Jörg, “Was tun mit »verbotenen Gegenständen«? Strafrechtliche Risiken der Besitzaufgabe an Drogen, Waffen, Pornographie”, *JR*, 2011.