

LA POSESIÓN COMO HECHO PUNIBLE*

FRIEDRICH-CHRISTIAN SCHROEDER

Catedrático de Derecho Penal,
Derecho Procesal Penal y Derecho del Este
Universidad de Regensburg
(Alemania)

I. Introducción

Algunas leyes penales modernas han dirigido la mirada a una forma de hechos punibles que, observada de cerca, plantea considerables problemas: los delitos de posesión de un objeto. Tales delitos son más frecuentes de lo que se piensa. No siempre se emplea en ellos, sin embargo, la palabra «poseer». El legislador hace uso, también, de los términos «tener existencias» o «tener o mantener disponible», «custodiar», «almacenar» y similares. Conminada con pena se halla la posesión de explosivos, de armas de fuego, de drogas, de pornografía infantil y de otros muchos objetos. En el Derecho alemán existen más de cien preceptos que conminan con pena la posesión de objetos¹.

* Traducción española del manuscrito alemán «*Besitz als Straftat*» por Miguel POLAINO-ORTS (Becario DAAD-La Caixa en el Seminario de Filosofía del Derecho, Universidad de Bonn).

El texto se corresponde con una conferencia magistral dictada por el autor en la Universidad de Sevilla el viernes 14 de Noviembre de 2003.

Abreviaturas empleadas: Art.: artículo; nm.: número marginal; BtMG: Gesetz über den Verkehr mit Betäubungsmitteln (Betäubungsmittelgesetz: Ley de estupefacientes); GG: Grundgesetz (Constitución alemana o Ley Fundamental de Bonn); OwiG: Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (Ordnungswidrigkeitengesetz: Ley de contravenciones administrativas); R: Recomendación; StGB: Strafgesetzbuch (Código penal alemán).

¹ ECKSTEIN, *Besitz als Straftat* (Strafrechtl. Abh., n.F., Bd. 133), 2001, pág. 23.

Por lo demás, en la suspensión condicional del cumplimiento de la pena, así como en la suspensión condicional del resto de la pena y de medidas de seguridad de supervisión de la conducta, el Código penal alemán contiene el mandato de no poseer determinados objetos que puedan brindar al condenado la oportunidad o el incentivo de cometer otros hechos punibles (§§ 56c párrafo 2, núm. 4; 57 párrafo 3; 68b párrafo 1 núm. 5 StGB). En caso de infracción grave o continuada de esta orden, tiene lugar una revocación de la suspensión de la pena o del resto de pena (§§ 56f párrafo 1, 57 párrafo 3 StGB), o una pena, en el caso de infracción de las órdenes durante la supervisión de la conducta (§ 145a StGB).

II. Historia, Derecho internacional

La conminación con pena de la posesión de objetos no es, sin embargo, un descubrimiento del legislador moderno, ávido de una anticipación de la punibilidad, ni tampoco únicamente del legislador alemán. Ya a Derechos no evolucionados le debió importunar la manifiesta peligrosidad de objetos. Así, la Ley romana contra bandidos y envenenadores del año 81 antes de Cristo castigó con pena de muerte la «tenencia» de veneno; es poco claro si había de probarse la existencia de intención homicida².

Por el contrario, durante la época de la Ilustración se mostró, a pesar de la extensa legislación «policial», una llamativa moderación frente a los tipos penales de posesión. En el Derecho general prusiano de 1794/98, con sus numerosos preceptos de carácter preventivo, únicamente se sometía a pena la entrega a personas no autorizadas de objetos peligrosos, así, de veneno (II 20 § 697) y de pólvora (§ 700). Cuando, a finales del Siglo XIX, se declaró una ola de atentados con explosivos cometidos por anarquistas frente a los Jefes de Estado de entonces, se promulgaron en todas partes de Europa las pertinentes leyes «contra anarquistas» y las leyes «de explosivos» («*Anarchisten-» und Sprengstoffgesetze*). La Ley alemana contra el uso criminal y de peligro público de explosivos de 9.6.1884 sometió a pena, entre otras, la posesión de explosivos sin autorización policial (§§ 8, 9). Otras leyes se centraron también en la ausencia de autorización, como, por ejemplo, La ley relativa al combate de enfermedades de peligro público de 30.6.1900. Bajo una aparente infracción del deber de autorización, se escondía en realidad una prohibición de la posesión³.

2. T. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, 1899, págs. 636.

3. F.-C. SCHROEDER, *Der Schutz von Staat und Verfassung im Strafrecht*, 1970, págs. 315 y sig.

También los Tratados y las Directivas internacionales previeron con presteza la punibilidad de la posesión. Ya el Pacto internacional sobre el opio (*internationale Opiumabkommen*) de 1925 contenía la obligación de prohibir toda posesión de estupefacientes obtenidos a través de personas no autorizadas (Art. 7)⁴.

Por Recomendación núm. R (91) 11 de 9.11.1991, el Comité ministerial del Consejo de Europa sugirió el examen de la introducción de punición por la posesión de material de pornografía infantil. La *Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea sobre «lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo»* de 28.5.2001 exige la punición de la posesión de instrumentos de pago sustraídos, falsificados o manipulados de manera ilícita como medio para una utilización fraudulenta (Art. 2), así como de la posesión de instrumentos, objetos, programas informáticos y otros medios que, según su naturaleza, resulten especialmente idóneos para la comisión de falsificación o manipulación de un instrumento de pago con el fin de utilización fraudulenta, y asimismo de programas informáticos con el fin de producir un perjuicio al patrimonio ajeno mediante la realización o provocación antijurídica de una transferencia de dinero (Art. 4). También el «Corpus Juris» de regulaciones penales para la protección de los intereses financieros de la Unión Europea define el encubrimiento, entre otros, como la posesión de valores patrimoniales exigidos mediante por los hechos punibles previstos por ellos (Art. 7 párrafo 2).

III. Estado de la investigación

Los tipos penales que conminan con pena la posesión de objetos se identifican y problematizan en la Ciencia alemana del Derecho penal progresivamente como *grupo especial*. Para ellos se ha acuñado, entre tanto, la denominación «delitos de posesión». Con motivo de la criminalización de la posesión de pornografía infantil en Alemania, en el 1993, señalé que todavía quedaba pendiente una investigación general sobre el merecimiento de pena de la posesión de objetos y su naturaleza dogmática⁵. Una primera investigación sobre la problemática de la penalidad de la posesión en el marco de la protección de bienes jurídicos la llevó a cabo, en 1994, Cornelius NESTLER⁶. En 1996 debatió Otto

4. Véase ahora el Art. 3 del *Convenio de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Narcóticos y Sustancias Psicotrópicas* de 20.12.1988.

5. F.-C. SSCHROEDER, «Das 27. Strafrechtsänderungsgesetz - Kinderpornographie», *Neue Juristische Wochenschrift* 1993, págs. 2581 y sigs., 2582.

6. Cornelius NESTLER, «Rechtsgüterschutz und Strafbarkeit des Besitzes von Schußwaffen und Betäubungsmitteln», en Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a.M. (Hrsg.), *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, págs. 65 y sigs.

LAGODNY exhaustivamente sobre los delitos de posesión, en su obra «*Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*» («*El Derecho penal ante las limitaciones de los derechos humanos*»), considerándolos anticonstitucionales⁷. En 1999, Eberhard STRUENSEE los designó, en el Libro Homenaje a GRÜNWALD, como «paso en falso legislativo», ya que no definían conducta alguna⁸. Finalmente, en el año 2001, a propuesta mía, les dedicó mi asistente Ken ECKSTEIN su exhaustiva tesis doctoral intitulada «*Besitz als Straftat*» («*La posesión como hecho punible*»)⁹.

Los manuales de Derecho penal inglés y anglo-americano contienen, desde hace largo tiempo, apartados especiales sobre los «delitos de posesión»¹⁰. Allí existe incluso la llamada «*constructive possession*» como mera posibilidad de control. Las correspondientes explicaciones en la literatura anglo-americana, no obstante, no ofrecen más que la formulación de algunas objeciones sobre los tipos penales.

IV. Doble anticipación

En la penalización de la posesión tiene lugar, frente a los clásicos delitos de lesión y de resultado, una doble expansión y anticipación. Una primera expansión se produce en la punibilidad de la mera utilización de objetos peligrosos sin tener en cuenta su resultado, como por ejemplo, la utilización ilegal de explosivos y de armas de fuego. La segunda ampliación consiste en que se somete a pena ya la mera posesión de determinados objetos.

Los delitos de posesión, vistos dogmáticamente, pueden ser, a lo sumo, delitos de peligro, y en concreto, delitos de peligro abstracto, ya que no se requiere expresamente que se el peligro sea constatado.

V. Fundamentación político-criminal

Con la criminalización de la posesión, persigue el legislador diferentes objetivos; o —dicho de otro modo— en la posesión de objetos ve el legislador diferentes peligros.

7. Págs. 318 y sigs.

8. Págs. 713 y sigs.

9. Vid. Nota 1.

10. Vid., por ejemplo, A. ASHWORTH, *Principles of Criminal Law*, 4.^a edic., 2003, Cap. 4 3b; W.R. LA FAVE, *Principles of Criminal Law*, 2003, § 5.1.e.

1. Delitos puros de posesión

Algunos objetos son ya, de por sí, peligrosos, por ejemplo, los que pueden explotar o inflamarse, o los agentes patógenos. Otros objetos presentan el peligro de que su uso pueda causar daños a través del poseedor o un tercero o que realmente lo provoquen. Esto vale, sobre todo, para la posesión de armas de fuego. A este respecto, entran en consideración no sólo niños o, por lo demás, inimputables, como por ejemplo locos homicidas, sino también personas actuantes de manera individualmente responsable.

En el Derecho alemán es punible también, desde 1972, la posesión de drogas (§ 29 párrafo 1, núm. 3 BtMG). Esta disposición penal incluye incluso la posesión para el consumo propio. Bien jurídico se considera aquí la salud general, la salud de la población, ya que el consumidor se halla bajo dependencia de las drogas, poniendo con ello en peligro la sanidad pública. Este punto de vista resulta, sin embargo, muy cuestionable, ya que la misma ley ha dejado impune el consumo propio. Mejor parece el punto de vista del peligro de transmisión, que es especialmente obvio en vista de la creciente mezcla entre consumidores y actividad de tráfico de drogas¹¹.

2. Posesión con intención de utilización

Algunos delitos de posesión contemplan como elemento del tipo la intención de utilización de los objetos poseídos, es decir, exigen una tendencia interna trascendente. El legislador alemán exige, especialmente en la posesión de documentos peligrosos, el ánimo de distribución (por ejemplo, §§ 86 párrafo 1, 86a párrafo 1 núm. 2, 130 párrafo 1 núm. 1d, párrafo 4, 131 párrafo 1 núm. 4, 184 párrafo 1 núm. 8, párrafo 3 núm. 3). También los delitos de intención son delitos —abstractos— de peligro¹². Con la intención, el legislador designa expresamente el peligro sospechado.

La intención de utilizar un objeto no incluye, por lo demás, el caso de que otros deban utilizar esos objetos, por ejemplo, que deban distribuir documentos. Con ello, posibilitan una elusión de la punibilidad por división del trabajo. Antiguamente no se tenía reparo alguno en incluir también esta conducta en el elemento de la intención de utilización. Entretanto, el legislador alemán ha precisado los correspondientes preceptos, utilizando la formulación «para emplearlos o para posibilitar a

¹¹. MAURACH / SCHROEDER / MAIWALD, *Strafrecht. Besonderer Teil*, Teilband 2, 8.^a edic. 1999, § 56 nm. 6; BVerfGE 90, 145, 187.

¹². F.-C. SCHROEDER, *Der Schutz von Staat und Verfassung im Strafrecht*, 1970, pág. 311.

otro tal empleo» (por ejemplo, §§ 130 párrafo 1 núm. 1d, párrafo. 4, 131 párrafo. 1 núm. 4, 184 párrafo. 1 núm. 8, párrafo. 3 núm. 3)¹³.

3. Posesión como preparación

El legislador alemán ha introducido aun otra forma de punibilidad de la posesión. Según el § 310 StGB será penado quien «*para la preparación*» de un delito con explosivos o con radiactivos custodie materiales radioactivos, explosivos u otros dispositivos especiales requeridos para la ejecución del hecho (similar el § 316c párrafo. 4 en relación a secuestros de aviones y barcos). La formulación «*para la*» también significa «*con la intención de*». Al mismo tiempo, se circunscribe la posesión de objetos a un estadio de la realización del delito, esto es, a la preparación; es decir, se circunscribe el estadio delictivo amplio y peligroso de la preparación mediante una concretización, o sea, a la posesión de los objetos requeridos para el hecho. Una forma similar de punibilidad de la posesión se encuentra en los delitos de falsificación de dinero. Aquí se dice: «quien *prepare* una falsificación de dinero o de sellos de *valor*, *guardando* placas, moldes, programas informáticos y similares, o custodie un papel determinado para la fabricación de dinero o sellos de valor» (§§ 149, 152a párrafo 5, 275 StGB). En este tipo no se define la custodia, como podría pensarse según el tenor literal, como preparación, sino que también aquí es precisa además una preparación¹⁴, de manera que el tipo viene a parar igualmente en una custodia para la preparación. La mera custodia de tales objetos es una mera controvención administrativa (§ 127 OWiG). El delito de preparación es, asimismo, un delito de intención, ya que debe probarse que el autor planea un concreto delito¹⁵.

Estas afirmaciones muestran la estrecha conexión entre la punibilidad de la posesión y el estadio delictivo de la preparación. Sin embargo, no parece acertado que, por el contrario, Günther JAKOBS explique toda punibilidad de la posesión para la preparación de un delito propio o para la participación en uno ajeno aun en el estadio de preparación¹⁶, ya que la preparación exige la intención de la posterior comisión de un

¹³. A este respecto, F.-C. SCHROEDER, «Neuartige Absichtsdelikte», en: A. ESER/U. SCHÜTTENGELM/H. SCHUMANN (Hrsg.), *Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag*, 1998, págs. 333 y sigs., 335 y sig.; EL MISMO, «Urteilsanmerkung», *Juristenzeitung* 2002, pág. 412 y sig.

¹⁴. STREE / STERNBERG-LIEBEN, en: SCHÖNKE / SCHRÖDER, StGB, 26.^a edic., 2001, § 149 nm. 7.

¹⁵. SCHROEDER (nota al pie 11), pág. 300.

¹⁶. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2.^a edic., 1991, 6.º apartado, nm 86a. Siguiéndole, NESTLER (nota al pie 6,) pág. 67.

delito. La posesión se considera, sin embargo, en parte punible, porque subsiste el peligro de una auto-inflamación o de otro auto-desencadenamiento del daño (por ejemplo, un agente patógeno) o *únicamente el peligro* de la posterior comisión de hechos punibles propios o ajenos. Además, subsiste el peligro de la comisión de hechos punibles a través de niños u otros inimputables. Este peligro se ha realizado normalmente de manera suficiente en la posesión de armas de fuego.

Sin embargo, resulta cuestionable por qué razón pueda considerarse la preparación como una acción mediante una mera custodia, o sea, mediante una mera posesión. Sobre esto volveremos más adelante.

4. Posesión como incentivo de producción

En 1993, a raíz de la mencionada recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa, se sometió a pena en la República Federal de Alemania la posesión de pornografía infantil. Esta Ley fue sumamente controvertida, ya que —según el entendimiento clásico— la pornografía entrañaba peligro de suscitar una actitud negativa o incluso agresiva con respecto a la sexualidad únicamente en el consumidor, de modo que sería punible la difusión de pornografía. La mera posesión no puede, sin embargo, producir tales actitudes. Ante la comisión responsable del Parlamento Federal he expuesto, no obstante, que la pornografía infantil no se divulgan tanto productos de masas como videos privados de reducida tirada. Con ello, cada adquisición y cada posesión de pornografía infantil fomenta la producción de las correspondientes filmaciones. Una correspondiente conminación penal protege, en consecuencia, a los intérpretes menores utilizados para la filmación¹⁷.

En la utilización de niños para la producción de películas pornográficas existe un abuso de los mismos, y para ello existen los preceptos penales correspondientes. La policía ha alegado, sin embargo, que las personas intervinientes en las películas y videos son, a menudo, irreconocibles. Para su represión se requeriría, en consecuencia, preceptos contra la mera posesión de pornografía infantil. En este punto aparece otra función de los preceptos contra la posesión de objetos: la facilitación de la prueba.

De acuerdo con la función típica de protección de los niños utilizados para las grabaciones, se limita el tipo a la representación de pornografía infantil que reproduzcan un suceso real (§ 184 párrafos 4 y 5

¹⁷. SCHROEDER, *Zeitschrift für Rechtspolitik* 1990, pág. 299 y *Neue Juristische Wochenschrift* 1993, pág. 2581.

StGB). El perfeccionamiento técnico del carácter de producción e impresión condujo pronto, sin embargo, a que los autores pensarán que se trataba de una simulación de ordenador. Para evitar esta objeción, se incluyeron también las representaciones «cercanas a la realidad». También aquí se muestra, de nuevo, la función de los tipos penales de posesión como facilitación de la prueba.

5. *Facilitación de la prueba*

En general, la penalización de la posesión sirve para ahorrarse la prueba de la adquisición de objetos¹⁸ y para excluir la objeción de la prescripción de las adquisiciones de la posesión¹⁹.

VI. *Objeciones jurídicas a la anticipación de la punibilidad*

A los delitos de posesión se les ataca por su *anticipación de la protección de bienes jurídicos*. Según LAGODNY, «se aproximan a la inadmisibles conexión con un pensamiento simplemente pernicioso»²⁰. Participan de la crítica general a los delitos de peligro abstracto, a los que frecuentemente se reprocha, ante todo por la «Escuela de Frankfurt», su reblandecimiento y su ruptura en relación a la protección de bienes jurídicos. Sin embargo, no puede renunciarse completamente a los delitos de peligro abstracto, y la misma crítica admite también la existencia de delitos de peligro abstracto con peligros «manifiestos en su contenido de injusto», que «amenacen flagrantemente» los intereses humanos²¹. Según JAKOBS, se incluyen aquí, ante todo, la producción y conservación de «prototipos de instrumentos delictivos»²². Hemos comprobado que, con los delitos de posesión, el legislador quiere impedir de manera clara los peligros existentes.

En los objetos que, por sí mismos, son peligrosos (por ejemplo, objetos auto-inflamables) o que pueden ser peligrosos en manos de un tercero (por ejemplo, armas), una custodia apropiada podría, sin embargo, evitar los daños temidos o, en todo caso, impedirlos en gran medida. El sometimiento a pena ya de la posesión contraviene, en consecuencia, la prohibición de exceso. Por lo demás, el requerido deber de cuidado en la custodia resulta asegurado ya por los preceptos penales exis-

18. Así, por ejemplo, *Bundestags-Drucksache* VI/1877, pág. 9; VI/3566, pág. 8.

19. *Bundestags-Drucksache* VI/3566, pág. 2.

20. Vid. nota 7., pág. 318.

21. HASSEMER, *Produktverantwortung im modernen Strafrecht*, 1994, pág. 20.

22. «Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung», *ZStW* Bd. 97 (1985), págs. 751 y sigs., 770; igualmente, *Strafrecht* (nota al pie 16), apartado 6, nm. 86a.

tentes incriminadores del homicidio imprudente y de la lesión corporal, en tanto que la norma de conducta en el delito imprudente de resultado es el deber de empleo del deber de cuidado para la evitación de daños²³. Como consecuencia de esta inobservancia de la norma de conducta en los delitos imprudentes de resultado y de la fijación en el resultado requerido, se ha menospreciado considerablemente hasta ahora el efecto protector de los delitos imprudentes de resultado. A este respecto, completamente errado parece el argumento de que el legislador no podría esperar a la producción del resultado, ya que, para evitar la punibilidad, el ciudadano ha de satisfacer ya el deber de cuidado requerido. Un sometimiento a pena del mero peligro sólo parece conveniente cuando el peligro de producción del resultado sea tan grande que su ausencia resulte una casualidad. En los supuestos de objetos peligrosos, la producción del daño mediante auto-inflamación o a través de un empleo abusivo por parte de un tercero constituye, hasta ahora, la consecuencia.

Menos críticas deberían despertar los delitos de posesión que exigen, junto a la posesión, una intención de utilización del objeto o, como se expuso más arriba, de posibilidad de su utilización. Estos delitos son limitados frente a aquellos que conminan con pena la posesión sin añadido alguno, esto es, los delitos puros de posesión. La intención debe constatarse en el proceso. Sin embargo, ningún sospechoso admitirá que tenía la intención de cometer un hecho punible. Por lo general, la intención se deducirá en el proceso penal mediante indicios externos, y como tal indicio sirve de nuevo a la posesión. Con ello, le proporciona el elemento de la intención al sospechoso únicamente la posibilidad de refutar el efecto indiciario de la posesión a través de la referencia a otro fin distinto²⁴. Aquí tienen su lugar, igualmente, los delitos de posesión como preparación, arriba mencionados. En todo caso, la punibilidad de la mera preparación de delitos debe quedar limitada a los delitos más graves²⁵.

En su muy estimable ponencia presentada en las Jornadas de penalistas alemanes en Frankfurt a. M. en 1985, de manera digna de mención ha sostenido Günther JAKOBS la opinión de que un acercamiento del contexto de planificación del autor a la fundamentación penal invadiría el ámbito interno, lesionando con ello el principio del hecho, lo cual sería incorrecto en el Estado de Derecho²⁶. Este parecer no puede ser seguido. Como se ha expuesto, la exigencia de la intención en los tipos penales no significa siempre, en modo alguno, que la intención haya de

23. F.-C. SCHROEDER, *Strafgesetzbuch-Leipziger Kommentar*, 11.ª edic., 1994, § 16, nm. 127.

24. F.-C. SCHROEDER (nota al pie 12), págs. 297 y sigs.

25. LAGODNY, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, 1996, págs. 207 y sigs., 334 y sig.

26. «Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung», *ZStW* Bd. 97 (1985), págs. 751 y sigs., 769 y sigs.; igualmente, *Strafrecht* (nota al pie 16), apartado 6, nm. 86a.

referirse a la fundamentación penal. Antes bien, la exigencia de la intención junto a la peligrosidad abstracta de la conducta objetiva da al autor únicamente la posibilidad de refutar el efecto indiciario de la posesión mediante la referencia a otro fin. En todo caso, las declaraciones de JAKOBS no son completamente claras; en parte, da la impresión de que se vuelve únicamente contra la utilización del elemento de la intención para agravar la pena²⁷.

Objeciones especialmente intensas se alzan contra la punibilidad de la posesión de pornografía infantil. Ya vimos que aquella se fundamenta en la compra de productos, que suscita, ante todo, la demanda de otras grabaciones lesionadoras de menores. Contra esto, ha alegado Herbert JÄGER que con la nueva figura jurídica se construye una suerte de inducción retroactiva²⁸. Esta objeción no puede seguirse. Para el legislador, no se trata de responsabilidad por el hecho ya cometido, sino de la causa de otros hechos lesionadores de menores. De mayor peso parece la indicación de Theodor LENCKNER sobre el principio de responsabilidad, el principio de autorresponsabilidad, según el cual cada uno básicamente ha de organizar su conducta de manera que no lesione ni ponga en peligro él mismo bienes jurídicos, pero no de manera que otros no hagan esto²⁹. Este principio no ha sido, sin embargo, en absoluto reconocido, y si lo ha sido, lo ha sido con una serie de limitaciones³⁰.

Asimismo, el hecho de que algunos delitos de posesión, según la voluntad manifestada por el legislador, sirvan para ahorrar la prueba de la adquisición, no le priva a los delitos de posesión de su legitimación, ya que en la posesión de armas de fuego la peligrosidad reside en la posesión y no en la precedente adquisición.

Incluso objetos tan peligrosos deben, al menos hasta su destrucción, ser custodiados en el algún sitio; muchos objetos peligrosos, por ejemplo, los explosivos, han de ser usados bajo determinadas circunstancias,

²⁷. ZStW 97, págs. 772 y 773.

²⁸. «Irrationale Kriminalpolitik», en: P.A. Albrecht et al (Hrsg.), *Festschrift für Horst Schüler-Springorum zum 65. Geburtstag*, 1993, págs. 229 y sigs., 233.

²⁹. «Zur «Verletzung der Vertraulichkeit des Wortes»: § 201 StGB nach dem 25. Strafrechtsänderungs-gesetz», en: G. ARTZ et al (Hrsg.), *Festschrift für Jürgen Baumann zum 70. Geburtstag am 22. Juni 1992*, 1992, págs. 135 y sigs., 137 y sig. Siguiéndole, U. SCHITTENHELM, «Alte und neue Probleme der Anschlußdelikte im Lichte der Geldwäsche», en: ESER / SCHITTENHELM / SCHUMANN (Hrsg.), *Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag*, 1998, págs. 519 y sigs., 525 y sig.; K. ALTENHAIN, *Das Anschlußdelikt*, 2002, págs. 241 y sigs.

³⁰. Vid., especialmente, K. SCHMOLLER, «Fremdes Fehlverhalten im Kausalverlauf», en: SCHMOLLER (Hrsg.), *Festschrift für Otto Triffterer zum 65. Geburtstag*, 1996, págs. 223 y sigs.; también, LENCKNER selbst in SCHÖNKE / SCHRÖDER, StGB, 26.^a edic., 2001, nm. 101/101a.

y —para ello— requieren ser guardados. Con ello, resulta para muchos tipos de posesión la exigencia de una excepción para fines provechosos o de una restricción de la punibilidad a la posesión no permitida. Mediante esta limitación a una *posesión sin autorización* no se convierten los tipos penales correspondientes en meros tipos de desobediencia, en tanto que el legislador parte de que, si falta la autorización, es porque no se dan los presupuestos de la misma³¹. Tales tipos penales plantean una gran cantidad de problemas jurídico-penales, especialmente la cuestión de la suposición errónea de existencia de autorización y el problema de una autorización que adolece de vicios jurídicos. Este problema sólo puede ser apuntado en este lugar. Pero debe mencionarse que el legislador alemán considera inválida una autorización obtenida mediante amenaza, soborno o colusión, así como un permiso conseguido por mor de informaciones incorrectas o incompletas (§ 330d núm. 5 StGB).

VII. Problemas penales teóricos y dogmáticos de los delitos de posesión

La punibilidad de la posesión plantea también graves problemas jurídico-penales, básicamente teóricos y dogmáticos.

La posesión es, según la concepción general, un estado voluntariamente construido de dominio de una persona sobre una cosa.

1. Delitos imprudentes de posesión

Una primera dificultad surge de la interpretación, tempranamente desarrollada, de que los correspondientes hechos punibles también serían punibles por *imprudencia*³² y, en lo sucesivo, sería también la posesión imprudente tenida expresamente por punible³³. De esto no debería deducirse que el concepto de posesión en Derecho penal renuncia a un elemento subjetivo. Antes bien, la posibilidad de la imprudencia debería restringirse por las especiales características de los objetos cuya posesión se prohíbe³⁴. Se reconoce que algunos tipos penales imprudentes con respecto a los particulares elementos del tipo exigen el dolo³⁵.

31. F.-C. SCHROEDER, *Der Schutz von Staat und Verfassung im Strafrecht*, 1970, págs. 313 y sig.

32. ECKSTEIN (nota al pie), págs. 37 y sig.

33. ECKSTEIN (nota al pie), págs. 36 y sig.

34. ECKSTEIN (nota al pie), págs. 100 y sig., 108 y sig. Véase, también, LA FAVE (nota al pie 10), pág. 212.

35. F.-C. SCHROEDER, *StGB-Leipziger Kommentar*, 11.ª edic., 1994, § 15 nm. 2.

2. Posesión como estado

Otro problema de mucho peso estriba en que, por lo general, una conducta humana es considerada presupuesto para la punición. Esta exigencia se contiene, también, en numerosos Códigos penales.

No obstante, el concepto de acción, en tanto presupuesto fundamental de la punibilidad, se ha difuminado considerablemente desde hace tiempo. Ya en el año 1904, demostró Gustav RADBRUCH que la omisión no admitía ser definida como acción³⁶. El llamado concepto social de acción amplió el concepto de acción a toda «conducta humana socialmente relevante»³⁷. Finalmente, ROXIN definió la acción como «manifestación de la personalidad», esto es, como «todo lo que puede atribuirse a un ser humano como centro anímico-espiritual de acción»³⁸.

Pero tampoco estas ampliaciones del concepto de acción se hallan en condiciones de incluir en él la posesión como «estado» del dominio.

El legislador alemán, en consecuencia, ha intentado referir la posesión a acciones y omisiones³⁹. La división en un actuar en la fundamentación de la posesión y en un omitir en el mantenimiento de la posesión es incorrecta. La fundamentación de la posesión también puede tener lugar, en consecuencia, mediante una omisión (por ejemplo, la ausencia de resistencia frente a una importunación de la posesión), así como mediante el mantenimiento de la posesión a través de una acción (resistencia frente a una sustracción).

Por lo demás, en los delitos de posesión se somete frecuentemente a pena, junto a la posesión, también expresamente la fundamentación de la posesión, la consecución de la posesión⁴⁰. Además, la punibilidad de la posesión debe servir, según la voluntad del legislador, para hacer superflua la —a menudo complicada— prueba de la adquisición de la posesión⁴¹ y para excluir la objeción de la prescripción de la adquisición de la posesión⁴².

³⁶. *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, págs. 141 y sig.

³⁷. JESCHECK, *Festschrift für Eb. Schmidt*, 1961, pág. 151; JESCHECK / WEIGEND, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 5.^a edic., 1996, § 23 VI 1.

³⁸. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Bd. I, 3.^a edic., 1997, § 8 nm. 44.

³⁹. Drucksache des Deutschen Bundestages 6/1877, pág. 9.

⁴⁰. Véase también Otto LAGODNY (nota al pie 25), págs. 325 y sig.

⁴¹. Eberhard STRUENSEE, *Besitzdelikte*, en: E. SAMSON et al, *Festschrift für Gerald Grünwald*, 1999, págs. 713 y sigs., 717.

⁴². ERBS-KOHLHAAS-STEINDORF, § 53 *Waffengesetz*, anotación 10a; Bundestags-Drucksache VI/3566, pág. 2.

También en una interpretación de la posesión como omisión de la obligación de posesión, debería demostrarse en el autor la posibilidad de una obligación semejante⁴³. Por lo demás, parece dudoso si el deber de renunciar a la posesión se describe de manera suficientemente precisa mediante la palabra «posesión»⁴⁴.

Ante todo, el dar otro significado a acciones y omisiones no afecta a la esencia de la posesión, ni según el sentido de las palabras⁴⁵ ni según el fundamento de su punibilidad como fuente de peligros. Los peligros no consisten en la adquisición de objetos ni en la omisión de su entrega, sino en la posesión como estado.

Insatisfactoria es también, en consecuencia, la definición del Código penal modelo americano (§ 2.01): «(4) La posesión es un acto, dentro del significado de esta sección, si el poseedor a sabiendas (con conocimiento) ha obtenido o recibido la cosa poseída, o si ha sido consciente de su gobierno (o mando) por un periodo suficiente para ser capaz de terminar su posesión» *.

Finalmente, en la construcción de la posesión como fundamentación activa o como omisión de la entrega de objetos, surgen también ciertas lagunas de punibilidad⁴⁶. Veamos el caso siguiente: A, residente en el extranjero, recibe de su vecino la notificación de que, en su parcela, ha sido depositado un paquete de droga. No hay nadie que pueda extraer la droga de la parcela. A decide mantener la droga. Aquí no concurre ni una acción ni una omisión.

Con ello, fracasan los intentos de interpretar la posesión como una acción o como una omisión, de modo que la posesión sigue siendo, también en Derecho penal, un estado. Se cuestiona si un tipo penal como el aludido es compatible con los principios del Derecho penal. Como hemos expuesto, el Derecho penal se basa sobre el presupuesto, más o menos implícito, de que únicamente son punibles las «acciones». El Derecho penal alemán habla, sin embargo, desde 1975, ante todo del «hecho» (§§ 1 y sigs. StGB)⁴⁷. También la Constitución ale-

43. STRUENSEE (nota al pie 41), pág. 720. Inexacto, LAGODNY (nota al pie 25), pág. 327, según el cual también aquí tiene que probarse al autor la adquisición ilegal. En contra, también ECKESTEIN, (nota al pie), pág. 169.

44. LAGODNY (nota al pie 25), pág. 327; STRUENSEE (nota al pie 41), pág. 720.

45. STRUENSEE (nota al pie 41), pág. 719.

* "Possession is an act, within the meaning of this Section, if the possessor knowingly procured or received the thing possessed or was aware of his control thereof for a sufficient period to have been able to terminate his possession". En inglés en el original (Nota del Traductor).

46. ECKESTEIN (nota al pie 1), pág. 223.

47. No obstante el § 8 determina, por otra parte, que el hecho se integra bien de un actuar, bien de un omitir.

mana determina que un «hecho» sólo puede ser penado cuando su punibilidad estaba legalmente prevista con anterioridad al momento en que el «hecho» fuera cometido (Art. 103 Abs. 2). LAGODNY considera que los delitos de posesión son anticonstitucionales, porque el Art. 103, párrafo 2 GG, presupone una conducta humana, y la penalización de una realización fáctica no es cubierta por ninguna de los fines reconocidos de la pena, de manera que se produce una impropiedad y, con ello, una contrariedad a la Constitución⁴⁸. El Tribunal Constitucional Federal ha explicado que el Art. 103, párrafo 2 GG, sólo contiene el principio «*nulla poena sine lege*», es decir, la exigencia de una previa conminación penal, pero no, en cambio, una declaración sobre la cualidad de la conducta a la que puede asociarse una pena⁴⁹.

Decisivo es, sin embargo, que se satisfaga fehacientemente el principio jurídico-constitucional de culpabilidad. Este principio se concibe, con la teoría tradicional dominante, como «poder-actuar-de-otro-modo», como «posibilidad-de-actuar-de-otra-manera»⁵⁰. Según eso, no basta la posibilidad del deber de poseer, para la compatibilidad con el Derecho penal de culpabilidad, ya que la punibilidad de la posesión se produce, en algunos pocos casos, ya antes de esa posibilidad. En estos casos, «también se requiere dolo o imprudencia en relación a la posesión. Con ello, se da la compatibilidad con el principio de culpabilidad»⁵¹.

3. ¿Imposibilidad del deber de poseer sin carga propia?

LAGODNY ha planteado el problema de que al poseedor no le queda posibilidad legal alguna de deshacerse, en determinadas circunstancias, de la posesión. Para ello, únicamente entran en consideración la destrucción, el deshacerse del objeto o la entrega de objetos prohibidos. Si se trata de objetos ajenos, es punible la destrucción por parte del poseedor como delito de daños. El deshacerse del objeto corre el peligro de poner los objetos «en circulación», y con ello de cumplir otra alternativa de los correspondientes preceptos penales. Finalmente, con la entrega del objeto, debe el autor responsabilizarse frente al principio «*nemo tenetur seipsum accusare*»⁵². Por el contrario, la formación de la propiedad evita la ejecución inmediata de estos comportamientos según el reconocimiento de lo logrado en el ámbito de dominio, y con ello, la punibilidad⁵³.

⁴⁸ Nota al pie 40, págs. 323, 327. De acuerdo, STRUENSEE (nota al pie 41), pág. 715.

⁴⁹ BVerfG NJW 1994, 2412 y 1995, 248.

⁵⁰ BGHSt. 2, 194, 200; JESCHECK / WEIGEND, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 5.ª edic., 1996, págs. 409 y sigs.

⁵¹ ECKSTEIN (nota al pie 1), págs. 239 y sig.

⁵² Nota al pie 7, págs. 328 y sigs.

⁵³ ECKSTEIN (nota al pie 1), págs. 250 y sigs.

VIII. Otros preceptos penales sin acción u omisión

El reconocimiento de que, en la propiedad, el mero mantenimiento de un estado se somete a pena, plantea finalmente la cuestión de que no existen otros preceptos penales que renuncian a una acción o a una omisión. LAMPE ha señalado el tipo de «intervención delictiva como miembro en una asociación criminal» del § 129 StGB y, en este contexto, habló de «delitos de *status*»⁵⁴. Sólo difícilmente pueden concebirse como acción u omisión los siguientes preceptos: el «mantenerse listo para realizar acciones» (§ 87 párrafo 1, núm. 1 StGB), el «mantener relaciones con un gobierno o con una persona» (§§ 100 párrafo 1, 181a StGB), «mantener un perro peligroso» (§ 143 StGB), «promover un juego de azar» (§ 284 párrafo 1 StGB), «tener a su cargo una planta nuclear» (§ 327 párrafo 1, núm. 1 StGB). Llama la atención que, en este tema, se emplea a menudo la palabra «mantener», ya sea sola, ya en combinación con otros elementos. Ulfried NEUMANN, en un Simposio greco-germano celebrado en el año 1999, señaló que la Dogmática jurídico-penal alemana había sido dominada, durante varios decenios, por los modelos teórico-normativos, y —con ello— la interpretación del hecho punible como lesión de una norma de conducta jugaba un papel decisivo. Este cuestionable modelo pierde crédito con la evolución técnica y social. En una Sociedad con creciente división del trabajo, se desplazaría el peso de la acción lesionadora de la norma, y sus consecuencias, a la responsabilidad por ámbitos determinados⁵⁵.

⁵⁴ Recensión al libro de Eckstein (nota al pie 1), *ZStW* Bd. 113 (2001), págs. 885 y sigs., 896.

⁵⁵ «Hat die Strafrechtsdogmatik eine Zukunft?», en: PRITTWITZ / MANOLEDAKIS (Hrsg.), *Strafrechts-probleme an der Jahrtausendwende*, 2000, págs. 119y sigs. 126.