Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXXV (2015). ISSN 1137-7550: 59-85

LA POSESIÓN COMO DELITO Y LA FUNCIÓN DEL ELEMENTO SUBJETIVO. REFLEXIONES DESDE UNA PERSPECTIVA COMPARADA

Kai Ambos*

Resumen: Si bien hay muchos problemas en torno a los delitos de posesión aquí se realizará solo una investigación teórica de la estructura, del fundamento y del concepto de estos delitos, incluyendo su aspecto subjetivo. Para ello se tomará como base la literatura alemana y angloamericana relevante. Luego del análisis aquí realizado debe quedar claro que este es otro de muchos temas donde esas dos tradiciones legales todavía se ignoran mutuamente a pesar de que un intercambio mutuo podría resultar provechoso, considerando sus acercamientos y resultados notablemente similares. Este artículo se estructurará de la siguiente

Recibido: diciembre 2014. Aceptado: febrero 2015

* Catedrático de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Derecho Comparado y Derecho Penal Internacional y Director del Departamento de Derecho Penal Internacional y Extranjero de la Georg-August-Universität Göttingen, juez del Tribunal provincial (Landgericht) de Göttingen, actualmente delegado al Tribunal superior (Oberlandesgericht) de Braunschweig. La presente traducción fue realizada por Gustavo Urquizo Videla, estudiante de maestría y doctorado en la Georg-August-Universität Göttingen, a partir de la versión inglesa de este artículo: "*Possession as a Criminal Offence and the Function of the Mental Element - Reflections from a Comparative Perspective*"; revisión por el autor.

manera: en primer lugar se investigará la estructura y el fundamento de los "delitos de posesión" y se resaltará algunos de los problemas conceptuales que surgen de aquí (*infra* I). Luego de ello, se examinará de una manera más cercana el concepto de la posesión en relación con los requisitos de la conducta en Derecho penal y las funciones atribuidas al elemento subjetivo (II). Finalmente, propondrá un concepto de los delitos de posesión compatible con un sistema de derecho penal liberal (III).
Palabras clave: delitos de posesión, elemento subjetivo**,** objetos neutrales, objetos de uso dual, principio de culpabilidad.

Abstract: There are many problems surrounding possession offences, but I will limit myself here to a theoretical inquiry into the structure, rationale and concept of these offences, including their subjective side. I will draw on the relevant Anglo-American and German writings on the matter. It should be clear after my analysis that this is yet another topic where these two legal traditions fully ignore each other although a mutual exchange could be fruitful given their strikingly similar approaches and findings. My little inquiry will be structured as follows: I will first inquire the structure and rationale of 'possession offences' and highlight some of the ensuing conceptual problems. I will then take a closer look at the concept of possession with regard to the conduct requirement in criminal law and the functions accorded to the mental element. Finally, I will propose a concept of possession offences compatible with a liberal system of criminal law.
Keywords: possession offences, mental element, neutral objects, dual-use objects, culpability or fault principle.

Sumario: I. Estructura, fundamento y algunos problemas de los delitos de posesión. II. Posesión, conducta y el elemento subjetivo, III. Un concepto liberal de responsabilidad penal por la posesión

I. Estructura, fundamento y algunos problemas de los delitos de posesión

Los delitos de posesión criminalizan la mera posesión de cosas u objetos. Dado que existe una amplia variedad de estos

delitos[1] es necesario abordarlos de un modo sutil y realizar una clasificación o categorización. Una clasificación bastante simple, de índole naturalista, se enfoca en la peligrosidad de los objetos poseídos. En tal sentido, estos podrían ser *per se* peligrosos (por ejemplo, armas, drogas ilícitas, materiales obscenos o ciertas sustancias químicas[2]) o ser *per se* neutrales o inocuos (por ejemplo, aquellas herramientas que son normalmente usadas para un propósito completamente lícito, verbigracia, para reparar una bicicleta, pero que además podrían ser usadas para un propósito criminal, verbigracia, un robo[3]). Debido a esta posible doble utilización se puede denominar a estos últimos objetos como objetos de uso dual. La naturaleza del objeto poseído influye sobre el fundamento de la criminalización. A primera vista, solo la criminalización de la posesión de objetos peligrosos podría estar justificada. Aquí el fundamento de la criminalización residiría en los peligros o riesgos inherentes a estos objetos y en el objetivo del legislador de controlarlos, con el fin de contener

1 Véase, p. ej., ASHWORTH, Andrew /ZEDNER, Lucia: "Prevention and Criminalization: Justifications and Limits", en *New Criminal Law Review* [*New Cr.L.Rev*] vol. 15 (2012), p. 542, y p. 545-5 (Inglaterra); DUBBER, Markus D.: "Policing Possession: The War on Crime and the End of Criminal Law", en *Journal of Criminal Law & Criminology [J. Crim. L. & Criminology]*, vol. 91 (2001), p. 829, y p. 834-5, p. 856-7; íd., "The Possession Paradigm: The Special Part and the Police Power Model of the Criminal Process", en: Duff y Green (eds.), *Defining Crimes: Essay on the Special Part of Criminal Law*, Oxford: OUP 2005, p. 91, y p. 96-7 (EEUU, Nueva York); ECKSTEIN, Ken: *Besitz als Straftat*, Berlin: Duncker & Humblot, 2011, 39 pp. (Alemania); HOCHMAYR, Gudrun: *Strafbarer Besitz von Gegenständen*, Vienna: Manz, 2005, p. 6 y ss. (Austria, Alemania, Suiza).

2 Sobre objetos peligrosos véase además ECKSTEIN: *supra* nota 1, p. 70-2; HOCHMAYR: *supra* nota 1, p. 51 (con una vista sobre el interés legal [*Rechtsgut*] violado).

3 Para la misma distinción PASTOR MUÑOZ, N.: "Besitz- und Statusdelikte: eine kriminalpolitische und dogmatische Annäherung", en *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* [*GA*], vol. 153 (2006), p. 793, p. 797-8 (casos con la estructura a y b). [Nota del trad.: en español véase: PASTOR MUÑOZ, N.: *Los delitos de posesión y los delitos de estatus: una aproximación político-criminal y dogmática*, Barcelona: Atelier, 2005].

tales peligros y riesgos, mediante la prohibición penal de su posesión[4]. Por consiguiente, estos delitos de posesión persiguen normalmente fines preventivos[5]: ellos apuntan a evitar el surgimiento o el agravamiento del daño que podría ocasionarse con el uso y la posesión descontrolada de los respectivos objetos[6]. Por el contrario, la posesión de objetos neutrales solo puede o debe ser criminalizada cuando existe algo más —adicionalmente a la mera posesión— que justifica tal criminalización, o sea, el uso ilícito del respectivo objeto para la comisión de un delito (p. ej., el ladrón que usa herramientas "normales" en un robo). Volveremos sobre esta limitación más adelante.

La criminalización de la posesión de objetos *per se* neutrales suscita varios problemas. En primer lugar, esto implica enfocarse en el poseedor peligroso y ya no en el objeto no peligroso. Pero esto convierte el derecho penal de la posesión en un derecho de poseedores (supuestamente) peligrosos, o sea, en una nueva *ley de vagancia*[7] que funciona como una forma de "control social discrecional" de individuos supuestamente peli-

---

4 De manera similar PASTOR: *supra* nota 3, p. 799; ver además F.C. SCHROEDER: "Besitz als Straftat", en *Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik* [*ZIS*] vol. 2 (2007) p. 444, 448 columna derecha ("*Quelle von Gefahren*"); para una comparación con los delitos de peligro abstracto ver además HOCHMAYR: *supra* nota 1, p. 150.

5 De manera similar ASHWORTH/ZEDNER: *supra* nota 1, p. 546; más específicamente en favor de la seguridad como justificación para la criminalización de la posesión de armas de fuego TADROS, V.: "Crimes and Security", en *Modern Law Review* [*Mod.L.Rev*]. vol. 71 (2008), p. 940, y p. 943-6.

6 A favor de cómo este enfoque facilita una intervención policial temprana, SIMESTER, A.P./ SPENCER, J.R./ SULLIVAN, G.R./ VIRGO, G. J.: *Simester and Sullivan's Criminal Law*, Oxford: Hart, 5.ª ed. 2013, p. 81-2.

7 DUBBER: *supra* nota 1 [*J. Crim. L. & Criminology*], p. 836 ("*possession has replaced vagrancy as the sweep offense of choice*"), p. 859 ("*paradigmatic offense in the current campaign to stamp out crime by incapacitating as many criminals as we can get our hands on*"), p. 908 ("*offense designed and applied to remove dangerous individuals even before they have had an opportunity to manifest their dangerousness in an ordinary inchoate offense*"), p. 908 y ss.

grosos[8]. Desde esta perspectiva, los delitos de posesión son parte integrante de una justicia penal convertida en un sistema policial que recurre a los delitos de posesión para "vigilar", esto es, para apuntar, estigmatizar e incapacitar a determinados miembros de la sociedad "peligrosos" o "antisociales"[9]. Por lo tanto, desde la perspectiva de la dicotomía represión-prevención, que distingue entre un derecho penal represivo (orientado al pasado) y un derecho policial preventivo (orientado al futuro), los delitos de posesión pertenecen más bien a este último, pues crean una responsabilidad de tipo policial por un estado peligroso del ser y convierten a los poseedores en perturbadores[10]. Evidentemente, los legisladores modernos no pueden decir esto abiertamente, pues ellos no pueden criminalizar objetos *per se* neutrales con la condición de que estos sean poseídos por individuos peligrosos. Por esta razón, ellos criminalizan directamente la posesión de estos objetos a pesar de la sobrecriminalización que resulta de ello.

En segundo lugar, esta criminalización opera sobre la base de una doble presunción referida tanto a la peligrosidad del poseedor como a la posibilidad de que ocurran otras infracciones (previas o posteriores). De un lado, la presunción respecto al poseedor sustituye la falta de peligrosidad del objeto. Tómese

---

8 FLETCHER, G.P.: *Rethinking Criminal Law*, Oxford: OUP, reimpr. 2002, p. 202 y ss.

9 DUBBER: *supra* nota 1 [en Duff y Green], p. 97 ("*Possession [...] functions like a modern sweep offense that sweeps far wider than the original sweep offense, vagrancy, as every day there are far more criminal possessors than there are vagrants and packs a far greater punch, with maximum penalties for possession alone extending to life imprisonment without the possibility of parole, without mentioning the substantial possession enhancements for other crimes, as contrasted with the overnight jailings followed by a more or less formal order to ‚get out of town' once common for those deemed vagrants*"); sobre las características del poseedor en relación con el estatus, peligrosidad, véase ibíd., p. 113-4; acerca de la equiparación de persona y objeto peligroso véase ibíd., p. 116.

10 Desde una perspectiva alemana, véase LAGODNY, O.: *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, Tübingen: Mohr, 1996, p. 323, p. 336 y ss. ("*polizeirechtliche[r] Zustandsstörerverantwortlichkeit*").

el ejemplo ya mencionado de ciertos objetos de uso dual: la criminalización de su posesión reside en su posible uso criminal, lo cual, a su vez, reside en la presunta peligrosidad del poseedor. De cualquier modo, solo puede considerarse legítima tal presunción cuando existen indicios serios y objetivos de la peligrosidad del poseedor como, por ejemplo, el acto preparatorio de un delito o la pertenencia del poseedor a una organización criminal[11]. De lo contrario, la criminalización constituye una presunción ilegítima, equivalente a una *Verdachtsstrafe*, o sea, al castigo con base en una mera sospecha[12]. La distinción entre una presunción legítima y otra ilegítima pasa por la clásica dicotomía entre criminalidad manifiesta y criminalidad subjetiva[13]: mientras que para la primera de estas se necesita un objeto peligroso que manifieste la criminalidad[14], la criminalidad subjetiva solo se sustenta en la peligrosidad del poseedor para justificar la criminalización. Por supuesto, resulta difícil determinar el límite exacto entre una presunción legítima y una ilegítima, pues ello se basa en la naturaleza y la intensidad de la manifestación objetiva de la peligrosidad del poseedor[15]. De otro lado, la presunción respecto a otros delitos (previos o posteriores) puede

11 Cf. PASTOR: *supra* nota 3, p. 800-2 (quien sostiene que en los casos con la "estructura c, d y e" la "manifestación de peligrosidad subjetiva" del infractor ["*Äußerung der subjektiven Gefährlichkeit*"] viola las "condiciones personales de seguridad" en tanto elemento de un concepto de seguridad normativa como pilar esencial de nuestra sociedad [traducción del alemán al inglés realizada por el autor y del inglés al español por el traductor]).

12 De modo similar NESTLER, C.: "Rechtsgüterschutz und Strafbarkeit des Besitzes von Schußwaffen und Betäubungsmittel", en Institut für Kriminalwissenschaften (ed.). *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, Frankfurt/M: P. Lang, 1995, p. 65, y 68; ECKSTEIN: *supra* nota 1, p. 261-3 (con referencia a algunos delitos de posesión); DEITERS: "Review of Eckstein", en *GA*, vol. 151 (2004) p. 58, y 61; PASTOR: *supra* nota **(OJO) falta nº de nota.**, p. 800, p. 803 (para los casos con la "estructura b").

13 FLETCHER: *supra* nota 8, p. 200.

14 Véase en ese sentido por ejemplo la secc. 5.06 (2) MPC ("presunción de un propósito criminal por la posesión de un arma" ["*presumption of criminal purpose from possession of weapon*"]).

15 Véase además PASTOR: *supra* nota 3, p. 803 (admitiendo que es difícil determinar "cuándo una conducta afirma inequívocamente la manifestación de peligrosidad subjetiva" ["*when a conduct unambiguously affirms the ma-*

operar con miras al pasado o al futuro. Tómese como ejemplo la posesión de drogas, en donde, por un lado, se criminaliza "la conducta anterior de importación, fabricación, compra", y, por otro, la conducta posterior de "uso, venta, o exportación"[16]. Esto nos lleva a otra característica importante de los delitos de posesión, a saber: que estos siguen la lógica de la criminalización anticipada (*Vorverlagerung*) o la de la criminalización de una conducta posterior (*Nachverlagerung*)[17]. La mayoría de los delitos de posesión sigue la primera lógica, en la que la posesión como tal no causa un daño o lesiona algún bien jurídico (*Rechtsgut*)[18]. Por consiguiente, desde la perspectiva del principio del daño los delitos de posesión pueden ser caracterizados como "no dañosos"[19] —aunque no necesariamente como "carentes de resultado"[20]—. Desde la perspectiva del principio del bien jurídico puede distinguirse una fase precedente y

---

nifestation of subjective dangerousness"] [traducción del alemán al inglés por el autor y del inglés al español por el traductor]).

16 DUBBER: *supra* nota 1 [*J. Crim. L. & Criminology*], p. 907.

17 Cf. PASTOR: *supra* nota 3, p. 798-805.

18 Para un análisis comparativo de los conceptos de daño y bien jurídico, véase AMBOS, "The Overall Function of International Criminal Law: Striking the Right Balance between the Rechtsgut and the Harm Principles". *Criminal Law and Philosophy* [*Crim.Law and Philos*] 8 (2014), n.º 3 (disponible en línea en Springer link). [Nota del trad.: existe versión española: *Castigo sin soberano? Ius puniendi y función del derecho penal internacional*, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, Colección de Estudios, n.º 42, Bogotá (Colombia) 2013.]

19 DUBBER: *supra* nota 1 [*J. Crim. L. & Criminology*], p. 861, p. 926; íd.: *supra* nota 1 [en DUFF y GREEN], 91, y 99; con matices FLETCHER: *supra* nota 8, p. 198 (no hay prueba "*that the defendant intended to harm anyone with the material possessed*").

20 Impreciso en ese sentido DUBBER: *supra* nota 1 [en DUFF y GREEN], p. 99 colocando "resultado" y "daño" en un mismo nivel. Esto es incorrecto puesto que "daño" es solo un "resultado" posible de la conducta humana o de la comisión de un delito. En otras palabras, "resultado" es un término aglutinante que abarca el 'daño'. En el caso de los delitos de posesión bien se podría argumentar que el 'resultado' es la posesión misma lograda por medio de un acto previo (p. ej., la posesión de drogas como resultado de su adquisición) aunque este resultado como tal no es usualmente dañoso; véase además *infra* nota 47 con el texto principal.

una posterior a la violación del respectivo interés legal[21]. Por lo tanto, como ya se afirmó, los delitos de posesión criminalizan usualmente la posesión con el objetivo de prevenir futuros daños o la violación de un interés legal. Sin embargo la criminalización se fundamenta excepcionalmente en la no perpetuación del daño que ya se ha causado o de la violación de un interés legal que ya ha ocurrido. Los delitos de posesión siguen aquí la lógica de la clásica criminalización del *auxilium post delictum*, por ejemplo, en el caso de la receptación de bienes hurtados[22]. El fundamento subyacente, esto es, evitar la perpetuación de la privación injusta de la propiedad[23], resulta aquí completamente legítimo y, como tal, reconocido en muchos sistemas legales[24]. Un ejemplo más específico es la posesión de pornografía infantil. Aquí la criminalización tiene como objetivo, entre otras cosas, la prevención del abuso de niños en la producción de material pornográfico por medio de la reducción considerable de la demanda y, por lo tanto, de la eliminación del incentivo económico para los productores de ese material[25].

La lógica de la criminalización anticipada es contraria a los conceptos de daño (*harm principle*) y de bien jurídico (*Rechtsgut*) pues los delitos de posesión no contribuyen en nada a la prevención de resultados dañosos si se considera que sus respectivos objetos son completamente inocuos. Por el contrario, cuando se criminaliza la posesión de objetos peligrosos, los delitos de posesión apuntan a prevenir, como los denominados delitos de peligro[26], riesgos de daños o riesgos para los intereses

21 ECKSTEIN: *supra* nota 1, p. 81-3, p. 256-7 ("*Vor- und Nachverletzungsphase*").

22 Cf. GREEN: "Thieving and Receiving: Overcriminalizing the Possession of Stolen Property", en *New Cr.L.Rev,* vol. 14 (2011), p. 35.

23 GREEN: *supra* nota 22, p. 37.

24 Véanse, p. ej., los artículos 257, 259 del Código Penal alemán así como —representando los sistemas en lengua española y portuguesa— el art. 298 del Código Penal español, los arts. 194-195 del Código Penal peruano y el art. 180 del Código Penal brasileño (receptación y *receptação*).

25 PASTOR: *supra* nota 3, p. 804; ECKSTEIN: *supra* nota 1, p. 67-9.

26 Ellos constituyen en ese sentido por lo menos delitos de peligro abstracto ("*Gefährdungsdelikte*"); para una discusión, véase DUBBER: *supra* nota 1 [en DUFF y GREEN], p. 99-101.

legales. Pero de nuevo aquí resulta difícil distinguir entre riesgos suficientemente concretos/daños suficientemente próximos y daños excesivamente abstractos/remotos. Tómese por ejemplo el caso de la posesión de armas: si bien un arma es, como tal, un objeto peligroso —pues podría ser usada para lesionar o matar a alguien— y, por lo tanto, representa un riesgo de daño, en un caso concreto ella podría ser guardada de forma segura y ser usada solo por su legítimo propietario para propósitos legales. Por consiguiente, la criminalización de la posesión de armas puede considerarse legítima o ilegítima, dependiendo de las concretas circunstancias del caso, de las características del arma y, quizá lo más importante, de los presupuestos y valores subyacentes de la sociedad en cuestión. En todo caso, se ha criticado correctamente que los delitos de posesión anticipan la criminalización incluso más allá de la tentativa[27], pues no exigen un elemento de conducta restrictivo (como, por ejemplo, un "paso sustancial", una "proximidad física", o algún otro criterio limitador[28]). En ese sentido, los delitos de posesión constituyen "delitos doblemente incompletos"[29], que anticipan la responsabilidad en un doble sentido, o sea, no solo con relación a un daño real o a la violación de un interés legal, sino también antes de la etapa de tentativa.

II. Posesión, conducta y el elemento subjetivo

La responsabilidad criminal está basada en la conducta humana, esto es, en una acción o en una omisión[30]. Por lo tanto,

27 Cf. DUBBER: *supra* nota 1 [*J. Crim. L. & Criminology*], p. 908 ("*one step farther from the actual infliction of personal harm than ordinary inchoate offenses like attempt*"); véase además ASHWORTH, A. /HORDER, J.: *Principles of Criminal Law*, Oxford: OUP, 7.ª ed, 2013, p. 98.

28 Desde una perspectiva comparada véase AMBOS, *Treatise on International Criminal Law*, Vol. I, Oxford: OUP, 2013, p. 245 y ss.

29 DUBBER: *supra* nota 1 [*J. Crim. L. & Criminology*], p. 908; de modo similar NESTLER: *supra* nota 12, p. 67.

30 Acerca del fundamento y el concepto de omisión como una "no-acción" véase AMBOS, *supra* nota 28, 180 ss.

para que un resultado criminal, tal como es definido en un específico tipo penal, sea imputado a una persona tiene que haber sido causado por ésta, esto es, por su conducta. La necesidad de la práctica de una conducta es generalmente aceptada en el derecho penal alemán[31] y también ha sido tradicionalmente reconocida en el *common law* bajo la denominación, bastante limitada, de requisito de acto (*act requirement*)[32], y, actualmente como requisito de conducta[33], control[34] o acción[35].

---

31 LAGODNY: *supra* nota 10, p. 322-3; STRUENSEE, E.: "Besitzdelikte", en: SAMSON E. (ed.), *Festschrift für G. Grünwald zum siebzigsten Geburtstag*, Baden-Baden: Nomos, 1999, p. 713, y p. 714-5; HOCHMAYR: *supra* nota 1, 53; ECKSTEIN, "Grundlagen und aktuelle Probleme der Besitzdelikte – EDV, EU, Strafrechtsänderungsgesetze, Konkurrenzen", *Zeitschrift für die gesamten Strafrechtswissenschaften* [*ZStW*], vol. 117 (2005), p. 107 y 110; Schroeder: *supra* nota 4, p. 448 columna izquierda.

32 LA FAVE, W.R.: *Criminal Law*, St. Paul, Minn: West/Thomson, 5ª ed 2010, p. 320-6; ROBINSON, P.H.: *Fundamentals of Criminal Law*, Boston et al.: Little, Brown, 2.ª ed. 1995, p. 250-60 (con diversas referencias); para una "defensa normativa", MOORE, M.S.: *Act and Crime - The Philosophy of Action and its Implications for Criminal Law* (Oxford: OUP, 1993), pp. 46 y ss.; crít. HUSAK, D.: *Philosophy of Criminal Law* (Totowa, NJ: Rowman & Littlefield, 1987), p. 79 y ss. (pero, aparentemente, equiparando "*act*" y "*actus reus*"); íd., "The alleged act requirement in criminal law", en DEIGH, J./DOLINKO, D. (eds.), *The Oxford Handbook of the Philosophy of Criminal Law* [*Oxf.Handbook*]. Oxford: OUP, 2011, 107 (sosteniendo, entre otras cosas, que la cuestión básica de este requisito, esto es, el significado de un acto, no ha sido aclarado, p. 108-16). De cualquier modo existe un concepto normativo de acto (o acción) plausible, por ejemplo, el concepto de acción de Roxin como una expresión de la personalidad socialmente relevante ("*Persönlichkeitsäußerung*": cfr. ROXIN, C.: *Strafrecht. Allgemeiner Teil I*, München: C.H. Beck, 4.ª ed 2006, § 8 mn. 44-75) o el concepto de "*action*" de Duff, de hecho bastante similar, como un "*social phenomenon*" basado en la interacción con el mundo y en el ejercicio de un razonamiento práctico (DUFF, R.A.: *Answering for Crime*, Oxford and Portland: Hart, 2007, pp. 99-100); sobre el mencionado *act requirement* véase en lengua castellana 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*, nº 35, (2015), p. 8 y ss.

33 Véase Secc. 2.01(1) MPC ("*A person is not guilty [...] unless his liability is based on a conduct*"); véase además HUSAK: *supra* nota 32 [*Oxf. Handbook*], p. 116 (quien sostiene correctamente que el MPC contiene la exigencia de una conducta).

Los delitos de posesión son difíciles de conciliar con este requisito[36], pues la posesión expresa una relación de dominio o control entre una persona y una cosa[37]. Si esta cosa es peligrosa la mencionada relación constituirá una "unidad de amenaza"[38]. La posesión es estática antes que dinámica, o sea, "un estado del ser, un estatus"[39]. Además, en el derecho penal la posesión hace referencia, objetivamente, a una relación de dominio o control complementada, subjetivamente, con una voluntad de poseer (*Herrschaftswille*)[40]. El poseedor puede ejercer un control real

34 HUSAK: *supra* nota 32. [*Philosophy*], p. 81, p. 97 y ss.; íd.: *supra* nota 32 [*Oxf.Handbook*], p. 108 y ss. (proponiendo una exigencia de control o competencia sobre la base de la capacidad para comportarse razonablemente, p. 116-122). De cualquier modo, el criterio del control adolece de vaguedad e imprecisión, lo que es admitido por el propio HUSAK (*Oxf.Handbook*, p. 121-2; crít. también DUFF: *supra* nota 32, p. 101 y *passim*); adicionalmente, la exigencia de "control" es actualmente empleada como un concepto que distingue las formas de participación en derecho penal internacional y derecho penal comparado (cfr. AMBOS: "A Workshop, a Symposium and the Katanga Trial Judgment of 7 March 2014", JICJ 12 [2014] p. 219, y 226-8)

35 DUFF: *supra* nota 32, p. 101 y ss. (sustituyendo la exigencia de un acto por "*a more modest 'action presumption'*" [101], lo cual requiere, en concordancia con el concepto de acción de DUFF [*supra* nota 32], "*an actualization of the results of practical reasoning in a way that has an impact on the world*" [107], y difiere, esencialmente para esta realización, de la exigencia del acto [106-7 con ejemplos]; ello es además "*limited*" en tanto acepta la responsabilidad por omisiones propias [112-3]). El problema con esta exigencia es, por supuesto, que es difícil demostrar que una determinada acción es el resultado de la "*actualization of the results of practical reasoning*" ya que no se puede conocer el razonamiento que tiene lugar en la esfera interna del agente.

36 Véase sin embargo DUBBER, M.D./ KELMAN, M.: *American Criminal Law: Cases, Statutes, and Comments*, NY: Foundation Press, 2.ª ed. 2009, p. 252-3 (quienes sostienen que con el creciente número de leyes de posesión la exigencia del acto no significó más un problema).

37 STRUENSEE: *supra* nota 31, p. 716; ECKSTEIN: *supra* nota 1, p. 17; HOCHMAYR: *supra* nota 1, p. 54 ("*Zuteilungsrelation*" [citando A. Kaufmann]).

38 DUBBER: *supra* nota 1 [en DUFF y GREEN], p. 114 ["*threat unit*"].

39 DUBBER/KELMAN: *supra* nota 36, p. 253; véase además ECKSTEIN: supra nota 1, p. 17 ("*statischer Zustand*"); SCHROEDER: *supra* nota 4, p. 448-9 ("*Zustand*"); Hochmayr: supra nota 1, p. 63.

40 Véase extensamente ECKSTEIN: *supra* nota 1, 94 y ss., p. 239-40; además SCHROEDER: *supra* nota 4, p. 448, columna izquierda; contra,

(efectivo) o potencial (posible) sobre el respectivo objeto. En consecuencia, podemos hablar de una posesión "real" o "constructiva"[41], la última de las cuales hace referencia a la particular imputación en el caso de la posesión, esto es, "del objeto a la persona, antes que de persona a persona"[42].

Esta naturaleza de la posesión tiene importantes implicancias teóricas. En primer lugar, la posesión no constituye una conducta[43] ni tampoco puede verse en los delitos de posesión

---

HOCHMAYR: *supra* nota 1, p. 79-81, p. 135, p. 146 (centrándose en la mera presencia objetiva del respectivo objeto en la esfera privada de la respectiva persona).

41 LA FAVE: *supra* nota 32, p. 328-9; DUBBER: *supra* nota 1 [en Duff y Green], p. 115-6.

42 DUBBER: *supra* nota 1 [en DUFF y GREEN], p. 116.

43 STRUENSEE: *supra* nota 31, 716; ECKSTEIN: *supra* nota 1, p. 209-10, p. 220-225 (ausencia de una acción en particular en el caso de la así denominada "*aufgedrängter Besitz*" [posesión impuesta]), p. 226; íd.: *supra* nota 31, p. 112; HOCHMAYR: *supra* nota 1, p. 53 (pero últimamente recurriendo a una conducta [previa] de acuerdo con la opinión dominante, *infra* nota p. 45); DUBBER: *supra* nota 1 [en DUFF y GREEN], p. 103 (solo "*constructive conduct offence*"); PASTOR: *supra* nota 3, p. 797 (contra la reformulación como una acción, pero en favor de la omisión); de modo similar previamente G. GRÜNEWALD: "Anmerkung", *Strafverteidiger* (StV) 6 (1986) p. 243, y 245; además HUSAK: *supra* nota 32 [*Oxf.Handbook*], p. 111, sostiene que la posesión no es un acto pero toma esto como un argumento contra la exigencia de un acto aunque esta exigencia solo formula una proposición normativa. – La incompatibilidad con la exigencia de una conducta, de cualquier modo, no hace a los delitos de posesión incompatibles con la exigencia de legalidad (*nullum crimen sine lege*) consagrada en el art. 103 (2) de la Ley Fundamental alemana ("Un hecho solo puede castigarse si la punibilidad estuviera legalmente determinada antes de que se cometiera el hecho"). El Tribunal Constitucional alemán [BVerfG, abreviatura en alemán = *Bundesverfassungsgericht*] ha sostenido correctamente en ese sentido que en esta disposición el término "*Tat*" ("hecho") no predetermina la cualidad de la conducta incriminada (BVerfG, Decisión de 16 de junio de 1994, en: *Neue Juristische Wochenschrift* [*NJW*] vol. 47 (1994), p. 2412, columna derecha; id., Decisión de 6 de julio de 1994, en *NJW* vol. 48 (1995), p. 248, columna derecha; de acuerdo ECKSTEIN: *supra* nota 1, p. 234-5; PASTOR: *supra* nota 3, p. 797; sin embargo, véase además LAGODNY: *supra* nota 10, p. 321-35 (quien ve una incompatibilidad constitucional en tanto los delitos de posesión no presuponen una conducta humana, como es

—contrariamente a la opinión dominante en las doctrinas angloamericana[44] y alemana[45]— un elemento de conducta implícito mediante una referencia al acto previo que lleva a la posesión (p. ej., a obtener el objeto) o a la omisión posterior, esto es, la falta de disposición del objeto.

En cuanto al primer elemento, o sea, una acción positiva, hay en realidad tres clases de actos positivos, los cuales pueden coexistir con la posesión: la adquisición previa del objeto, el mantenimiento o incluso la defensa activa de la posesión del objeto y el uso del objeto[46]. Pero de cualquier forma, no puede ponerse estos actos en el mismo nivel de la posesión en sí misma: o bien esos actos la preceden y pueden resultar después en

---

requerido por el art. 103 (2) de la Ley Fundamental alemana y, por lo tanto, son "*not suitable*", o sea, inapropiados ["*ungeeignet*"] en el sentido del test de proporcionalidad constitucional; sobre este test véase AMBOS: *supra* nota 18, en notas de pie de p. 31 y ss.).

44 Cf. Sección 2.01(4) MPC (con referencia a la previa obtención y a la posterior capacidad para culminar la posesión); véase además LA FAVE: *supra* nota 32, 327; MOORE: *supra* nota 32, p. 21 (sosteniendo que "*either the act of taking possession or […] the omission to rid oneself of possession*" está penado) y p. 22 (posesión "*defined so as to include an act or an omission*"); SIMESTER et al.: *supra* nota 6, p. 81; DUBBER: *supra* nota 1 [en DUFF y GREEN], p. 115; además HUSAK: *supra* nota 32 [*Oxf.Handbook*], p. 114 (refiriéndose a la obtención y la recepción como "*prior conduct*" que incluye la omisión [¡aunque esto es usualmente posterior a la posesión!]).

45 Véase el razonamiento del legislador alemán con relación a la posesión de drogas, Bundestags-Drucksache (BT-DrS) 6/1877, p. 9 (sosteniendo que no se sanciona un estado ["*Zustand*"] sino una conducta causal, o sea "*bringing about and maintenance* ["*Herbeiführung oder Aufrechterhaltung*"] *of this state*" [sic!]); además BVerfG, Decisión de 16 junio de 1994, en: *NJW* vol. 47 (1994), p. 2412, en 2413, columna izquierda; íd., Decisión de 6 de julio de 1994, en *NJW* vol. 48 (1995), p. 248 columna izquierda. Véase además ECKSTEIN: *supra* nota 1, p. 18, p. 124, p. 141 ss., p. 224, p. 226, p. 239-40, p. 264; HOCHMAYR: *supra* nota 1, p. 54-5, p. 64-5, p. 85 y ss. (acto positivo), p. 96 y ss. (omisión), p. 145; GROPP, W.: "Besitzdelikte und periphere Beteiligung", en DANNECKER, G. et al. (eds.), *Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag*, Köln et al.: Carl Heymanns, 2007, p. 249, y 251; EISELE, J.: "Vorbemerkungen zu den §§ 13 ff.", en SCHÖNKE/SCHRÖDER: *Strafgesetzbuch*, München: Beck, 29a ed 2014, número marginal (nm.) 42; crít. SCHROEDER: *supra* nota 4, p. 448, columna derecha.

46 Cf. STRUENSEE: *supra* nota 31, p. 716-8.

posesión (adquisición)[47], o bien siguen a la posesión real (mantenimiento y uso). Además, ellos son usualmente criminalizados de modo separado[48]. Un ejemplo paradigmático a este respecto lo constituye la posesión de drogas: ella está, de un lado, precedida por diversos actos previos (cultivo, adquisición, importación, etc.) y, del otro, seguida por actos posteriores (distribución, tráfico, etc.). Adicionalmente, ver un acto positivo en los delitos de posesión no resulta compatible con uno de los objetivos principales de estos delitos, esto es, facilitar la persecución penal por medio de la reducción de los requisitos probatorios, en particular, la renuncia a alguna prueba respecto a la adquisición ilegal (¡un acto positivo!) del respectivo objeto[49]. Pues en realidad, si un delito de posesión es fundamentado conceptualmente en un acto previo de adquisición (o de otra naturaleza), entonces este acto constituirá un elemento de este delito y, por consiguiente, tendrá que ser probado. Pero de esa forma, se arruinaría el objetivo de la ley[50]. Por otro lado, si no se exige la prueba de un

---

47 En ese sentido un delito de posesión puede ser calificado como un delito de resultado: véase LAGODNY: supra nota 10, p. 326 (estado de posesión como un sub-caso de un delito de resultado); HOCHMAYR: *supra* nota 1, p. 63 y ss., p. 146 (quien ve un resultado ["*Erfolg*"] en la custodia ["*Gewahrsam*"] de una cosa lograda a través del acto previo y conectada al elemento temporal de permanencia en el sentido del concepto de un "*Dauerdelikt*" [delito permanente], por eso transformando un delito de posesión, de forma similar a un delito de privación de libertad, en un delito de resultado permanente ["*Erfolgs-Dauerdelikt*"]); WALTER, T., "Vorbemerkungen zu den §§ 13 ff", en LAUFHÜTTE/RISSING-VAN SAAN/TIEDEMANN (eds.), *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*. *Volume I*, Berlin: De Gruyter, 12th ed. 2006, mn. 36; véase además ECKSTEIN: *supra* nota 1, p. 213-5, p. 264 (quien ve un "*result*" en el mantenimiento de la posesión, y p. 226); véase previamente *supra* nota 20.

48 Véase además LAGODNY: *supra* nota 10, p. 325 (sosteniendo que la adquisición de drogas es criminalizada por separado); SCHROEDER: *supra* nota 4, p. 448, columna derecha; crít. HOCHMAYR: *supra* nota 1, p. 86 (argumentando que este no es siempre el caso).

49 Véase el explícito razonamiento del legislador alemán con relación a la posesión de drogas, BT-DrS: *supra* nota 45, p. 9; véase además MOORE: *supra* nota 32, p. 21-2.

50 De forma similar LAGODNY, p. 318; ECKSTEIN: *supra* nota 31, p. 111.

acto positivo, ¿cómo podría entonces ese acto positivo ser parte de la posesión?[51].

Aunque a primera impresión parecería más plausible ver una omisión en la negativa del poseedor de terminar con su posesión[52], al final este punto de vista tampoco es convincente. La omisión es lo opuesto de la acción, esto es, una no-acción, una ausencia de acción o una negativa a actuar[53]. Pero si, como se dijo anteriormente, la posesión es acción, esto es, el control efectivo sobre un objeto, entonces resulta lógicamente imposible definirla de forma negativa, como no-acción, o sea, como la negativa a terminar ese control efectivo[54]. No obstante, si a pesar de todo se hace esto, entonces surgen diversos problemas. En primer lugar, no resulta claro cómo tiene lugar la terminación de la posesión[55]. El derecho de posesión no dice nada

51 Cf. STRUENSEE: *supra* nota 31, p. 717.

52 Véase por la opinión dominante por ejemplo Corte de apelación (Oberlandesgericht) de Zweibrücken, Decisión del 18 diciembre de 1985, en *NJW* vol. 39 (1986), p. 2841-2 (el acusado a quien se imputó la posesión de un arma pues omitía terminar con la posesión"); véase además la segunda parte de la Sección 2.01(4) MPC —"consciente de su control por un periodo de tiempo suficiente como para haber sido capaz de terminar su posesión" ("*aware of his control for a sufficient period to have been able to terminate his possession*")—, lo que implica que el poseedor, una vez consciente de su (ilícita) posesión, queda bajo el deber de disponer del objeto; al respecto véase American Law Institute, *Model Penal Code and Commentaries. Part I. General Provisions §§ 1.01 to 2.13*, Philadelphia 1985, p. 224 ("Un actor que es consciente de su control sobre la cosa poseída por un periodo que le permitiera terminar ese control ha fallado en la actuación frente al deber legalmente impuesto, lo que hace que su posesión sea criminal" ["*An actor who is aware of his control of the thing possessed for a period that would enable him to terminate control has failed to act in the face of a legal duty imposed by the law that makes his possession criminal*"]). Sobre la discusión académica véase además PASTOR: *supra* nota 3, p. 797 (competencia del poseedor por la posesión); acerca de la clasificación como delitos impropios de omisión véase *infra* nota 60.

53 AMBOS: *supra* nota 28, p. 180.

54 Incluso más radical STRUENSEE: *supra* nota 31, p. 719 ("*absurd*" y no cubierto por el "*literal meaning*").

55 Cfr. LAGODNY: *supra* nota 10, p. 327; STRUENSEE: *supra* nota 31, p. 720.

al respecto[56] y tampoco parece muy plausible aceptar cualquier forma de terminación[57], incluso cuando esto implica la pérdida definitiva del objeto (p. ej., su destrucción) o la creación de riesgos ulteriores (p. ej., que la droga sea entregada a un menor)[58]. En segundo lugar, la responsabilidad penal por omisión está fundamentada en un deber de actuar[59]. Esto hace surgir la compleja y controvertida cuestión referida a la determinación de la fuente de dónde debe extraerse ese deber para los delitos de posesión. Si se concibe a estos como delitos de conducta (en la forma de delitos de omisión propios)[60] se podría encontrar tal deber en el elemento de la omisión, esto es, conforme a la comprensión lingüística del inglés (donde "conducta" comprende la acción y la omisión)[61], en la descripción misma de la conducta[62]; de otro modo, se tendría que buscar una obligación extralegal de actuar[63]. En tercer lugar, se tendría que probar que el poseedor tuvo la posibilidad de disponer del objeto, esto es, que él era, en primer lugar, consciente de su existencia, y, adicionalmente, de su deber y de la posibilidad de librarse de él[64]. Pero ello, de

56 Véase, con relación al derecho de las jurisdicciones de habla germana, LAGODNY: *supra* nota 10, p. 327; HOCHMAYR: *supra* nota 1, p. 105.

57 Sin embargo, en este sentido SCHEINFELD, J.: "Buchbesprechung Festschrift Grünwald", *GA* vol. 154 (2007) p. 721, y p. 725.

58 Cf. LAGODNY: *supra* nota 10, p. 328-32 (quien discute las posibilidades de culminación de la posesión y considera que solo un deber de retornar el objeto parece razonable, aunque ello no exime de sanción); véase además HOCHMAYR: *supra* nota 1, p. 105 y ss.

59 Cf. AMBOS: *supra* nota 28, p. 183-4.

60 Cf. ECKSTEIN: *supra* nota 1, p. 169-70; HOCHMAYR: *supra* nota 1, p. 96 ss. (y p. 100); EISELE: *supra* nota 45. La doctrina alemana distingue entre un delito de omisión "propio" ("*echtes Unterlassungsdelikt*"), donde el deber de actuar está basado en la ley, y un delito de omisión "impropio" ("*unechtes Unterlassungsdelikt*") con deberes de actuación extralegales ("*Garantenstellung* y *–pflicht*") véase AMBOS: *supra* nota 28, p. 186-8.

61 Cf. AMBOS: *supra* nota 28, p. 185.

62 Véase además LAGODNY: *supra* nota 10, p. 327.

63 Sobre tales obligaciones véase AMBOS: *supra* nota 28, p. 184-5.

64 Véase además STRUENSEE: *supra* nota 31, p. 720 (indicando que no hay jurisprudencia que demostrara tal estado mental del poseedor).

nuevo, arruinaría el objetivo del legislador de facilitar la prueba del delito[65].

Esto nos deja con el elemento subjetivo de la posesión, sus funciones y su preciso significado. Primero, el elemento subjetivo ha sido invocado para superar la incompatibilidad con el requisito de la conducta, por medio de la redefinición de la posesión como un "acto" cuando el poseedor es consciente de su posesión. De ese modo, la sección 2.01 (4) MPC define la posesión como "un acto […] si el poseedor obtuvo o recibió *a sabiendas* la cosa poseída o era *consciente* de su control"[66]. Por supuesto, una concepción naturalista sobre el acto como movimiento corporal *voluntario*[67] y el Comentario del MPC sobre esta disposición dejan claro que el elemento subjetivo no sirve aquí principalmente, o por lo menos no exclusivamente, para transformar la posesión en un acto sino para reafirmar la voluntariedad de la posesión[68]. Esto nos lleva de regreso al lado

65 Véase además LAGODNY: *supra* nota 10, pp. 318, 331, 332; ECKSTEIN: *supra* nota 31, p. 111.

66 Según el original en inglés, ["*an act […] if the possessor* knowingly *procured or received the thing possessed or was* aware *of his control thereof…*"]. El resaltado es nuestro. Crít. respecto a esta disposición (en tanto se la entienda literalmente) HUSAK: *supra* nota 32 [*Oxf.Handbook*], p. 112.

67 Cf. Secc. 2.01 (1) y (2) ambos con referencia a acto(s) "voluntario(s)"; del mismo modo MOORE: *supra* nota 32, p. 39-40, p. 44-6 ("*simple bodily movement […] caused by volitio*n"). Esto corresponde al concepto causal, naturalista de acción, alguna vez defendido por la teoría clásica del delito de finales del siglo XIX y principios del XX (cf. ROXIN: *supra* nota 32, § 8 nm. 10-16) pero superado hace mucho tiempo por la moderna doctrina alemana. De acuerdo con esta perspectiva la voluntariedad no es una exigencia adicional de la acción sino que está implícita en todo acto humano, o sea, los movimentos no-voluntarios, por definición, no son acciones (del mismo modo DUFF, "Action, the act requirement and criminal liability", en HYMAN y STEWART (eds.), *Agency and Action*, Cambridge: CUP, 2004, 69). Sobre la importancia de la voluntariedad véase además HUSAK: *supra* nota 32 [*Oxf.Handbook*], p. 119.

68 "Un actor que conscientemente obtiene o recibe la cosa poseída se ha, *por supuesto*, involucrado en una acción *voluntaria*, lo cual puede servir como base para la responsabilidad criminal". Según el texto original en inglés: "*An actor who knowingly procures or receives the thing possessed has,* of

subjetivo del concepto de posesión ya definido anteriormente[69], vale decir, la voluntad de poseer. Efectivamente, nadie puede poseer una cosa "sin la participación de un mínimo de voluntad discernible"[70]. Por lo tanto, el componente subjetivo básico de la posesión es la voluntariedad expresada por medio de una voluntad mínima de poseer y una voluntad máxima de dominar la cosa poseída.

Esto explica la declaración de Lord Parker en el caso *Lockyer v. Gibb*, en el cual él hizo depender el concepto mismo de la posesión de la conciencia del poseedor respecto a la cosa poseída, afirmando que "no puede decirse que una persona está en posesión de algún objeto si él o ella no se percata de que está, respecto al objeto, […] en alguna posición que le da el control"[71]. En el caso *Warner*, aunque mediante una decisión confusa con una *ratio decidendi* difícil de identificar[72], la Cámara de los Lores siguió a *Lockyer*, en la medida en que consideró un componente subjetivo en el término mismo de la posesión (para evitar una responsabilidad objetiva por la mera posesión) aunque resistiéndose a entender este requisito como parte del delito como tal, como hizo Lord Reid[73].

Adicionalmente, la jurisprudencia inglesa distinguió entre un conocimiento general (necesario) respecto a la posesión

---

course*, engaged in a* voluntary *act that can serve as the predicate for criminal liability*" (American Law Institute, *Model Penal Code and Commentaries. Part I. General Provisions §§ 1.01 to 2.13*, Philadelphia 1985, en 224 [el resaltado es nuestro]).

69 *Supra* nota 40 con el texto principal.

70 ECKSTEIN: *supra* nota 1, p. 239 ("*Minimum an erkennbarer Willensbeteiligung*").

71 Según el texto original en inglés, "… *a person cannot be said to be in possession of some article which he or she does not realize is […] in some place over which she has control*": AllER 2 (1966), p. 655; citado de acuerdo a CLARK: "Strict Liability Offences of Possession", en *The New Zealand Law Journal* (1967), p. 182, columna derecha.

72 Crit. ASHWORTH/HORDER: *supra* nota 27, p. 98; SIMESTER et al.: *supra* nota 6, p. 163; ORMEROD, D.: *Smith & Hogan's Criminal Law*, Oxford: OUP, 13.ª ed. 2011, p. 173.

73 Cf. ORMEROD: *supra* nota 72, p. 173; ASHWORTH/HORDER: *supra* nota 27, p. 98; SIMESTER et al.: *supra* nota 6, p. 163.

de "la cosa en sí misma" ("algo") y un conocimiento más preciso (no necesario) respecto a su naturaleza, cualidades o contenidos[74]. Aunque esta distinción pueda sonar artificial y ser de escaso valor práctico en muchos casos[75] —ya solo por el hecho de que la prueba de tal requisito de conocimiento es difícilmente posible—, ello pone de relieve la cuestión referida al contenido preciso del elemento subjetivo de la posesión.

Después de todo, podría decirse que esta es la (tercera) función más importante del elemento subjetivo: compatibilizar los delitos de posesión con el principio de culpabilidad. En efecto, la definición de posesión de la MPC, que prevé los requisitos subjetivos, puede ser vista como una cláusula de culpabilidad[76] que, de cualquier modo, deja abierta una definición más precisa del elemento subjetivo. Esta definición es la parte fundamental de un concepto liberal de posesión, el cual será desarrollado en la siguiente sección.

III. Un concepto liberal de responsabilidad penal por la posesión

Si la posesión, como hemos dicho previamente[77], es un estado del ser (*Zustand*), basado en la relación entre persona y objeto, entonces los delitos de posesión castigan ese estado como tal[78] y pueden ser clasificados como delitos que criminalizan un estado del ser (*Zustandsdelikte*)[79]. ¿Pero qué tanto se

74 Cf. SIMESTER et al.: *supra* nota 6, p. 162 (citando a Lord Pearce con un resumen de la ley).

75 Crit. SIMESTER et al.: *supra* nota 6, p. 163 ("*fictional, artificial*…").

76 Cf. HUSAK: *supra* nota 32 [*Oxf.Handbook*], p. 115.

77 *Supra* notas 40 y ss. y texto principal.

78 ECKSTEIN: *supra* nota 1, p. 226

79 Cf. ECKSTEIN: *supra* nota 1, p. 170, p. 225 (quien define "*Zustandsdelikte*", por un lado, como "*offences of commission and genuine omission plus x*" y, por otro, como una forma de responsabilidad criminal nueva, autónoma, al lado de los delitos de comisión y omisión, y opuestos a los delitos basados en conductas/actos; íd.: *supra* nota 31, p. 113, p. 141; conc., LAMPE: *infra* nota 88; SCHROEDER: *supra* nota 4, 448-9; contra, EISELE,

puede conciliar estos delitos con los principios fundamentales de un derecho penal liberal, en especial con los principios de legalidad y culpabilidad?[80].

En cuanto a la legalidad ya hemos hecho referencia arriba[81] a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, según la cual los delitos de posesión no violan el principio de legalidad de la Ley Fundamental alemana (*Grundgesetz*). En efecto, el principio de legalidad no puede ser interpretado como una imposición al legislador de pautas rígidas respecto a la naturaleza y cualidad de la incriminación, sino solo del cumplimiento de las reglas sustantivas del principio, esto es, las exigencias de *lex praevia*, *certa*, *stricta* y *scripta*. El principio de legalidad no contiene un estándar distinto para los delitos de posesión. Como todos los demás delitos, aquellos tienen que existir al momento

---

supra nota 45, y especialmente HOCHMAYR: *supra* nota 1, p. 133 ss. Ella sostiene en especial, sobre la base de su concepto de un "*Erfolgs-Dauerdelikt*" (*supra* nota 47), que con el concepto de Eckstein la criminalización en los casos de "*imposed possession*" ["*aufgedrängter Besitz*"] es más amplio pues el poseedor no tiene, a diferencia de su posición (102-5), tiempo para deliberar ["*Überlegungsfrist*"] acerca de una razón para terminar con la posesión (136-8) y de este modo, finalmente, la mera intención de no terminarla, p. ej., el mero pensamiento resulta sancionado ["*reine Gedankenstrafe*"], (142-3). Sin embargo, esta crítica no es convincente. Aparte de ser incompatible con la posesión como un estado en lugar de una conducta, el concepto de Hochmayr de un "*Erfolgs-Dauerdelikt*" no provee criterios limitantes a la criminalización en sí misma. La exigencia de un "*Überlegungsfrist*" en casos de una posesión impuesta no se sigue conceptualmente de la propuesta de Hochmayr pero es una mera proposición la cual puede igualmente ser aplicada a estos casos bajo el enfoque de Eckstein. También tendría que demostrarse que el poseedor no tuvo la intención o el deseo de terminar la posesión (véase además ECKSTEIN: supra nota 31, p. 112). Esto presupondría que, en términos objetivos, para él era realmente posible actuar de ese modo. Hochmayer resta importancia a los criterios de control objetivos y subjetivos propuestos por ECKSTEIN (*supra* nota 87 y 88 con texto principal).

80 Cf. AMBOS, *supra* nota 28, p. 87 y ss. e íd., *Treatise on International Criminal Law. Vol. II*, Oxford: OUP 2014, p. 287-8 (sobre la justicia y la proporcionalidad como principios fundamentales adicionales además de la legalidad y culpabilidad).

81 *Supra* nota 43 y texto principal.

de su comisión (*lex praevia*) en forma escrita (*lex scripta*) de una manera clara y no ambigua (*lex certa*) y no tienen que ser aplicados a una conducta similar por medio de la analogía (*lex stricta*)[82].

La verdadera prueba de fuego para un derecho penal liberal es, por lo tanto, su compatibilidad con el principio de culpabilidad. La culpabilidad es entendida aquí en un sentido normativo, esto es, como un principio que fundamenta la punibilidad en la reprochabilidad de la conducta injustificada del agente, o sea, como un concepto de reprochabilidad que va más allá de un mero estado mental y con excusas que operan como su negación[83]. La culpabilidad normativa va (mucho) más allá de los meros elementos psicológicos (descriptivos, empíricos) del ámbito subjetivo del tipo, esto es, de la intención (propósito, voluntad) y conocimiento (conciencia). En la terminología del *common law*, la culpabilidad va más allá del elemento (psicológico) de la culpa, del clásico *mens rea* en sentido restringido y, además, del *élément moral* francés[84]. De hecho, la culpabilidad así entendida no tiene ninguna relación con el concepto naturalista de intención y conocimiento —como erróneamente da a entender la sección 2.02 del MPC al hacer referencia a los "Requisitos generales de la culpabilidad"* (!)— sino que se centra en la culpa, la responsabilidad moral, en la gravedad del reproche para el merecimiento de una sanción, o sea, en conceptos

82 Cf. AMBOS: *supra* nota 28, p. 90 con referencias adicionales (más).

83 Acerca de tal teoría normativa (de la culpabilidad) en inglés FLETCHER: *supra* nota 8, p. 499-500; íd.: *The Grammar of Criminal Law*, Oxford: OUP, 2007, p. 319 y ss.

84 Cf. AMBOS : "Zur Entwicklung der französischen Straftatlehre", *ZStW* vol. 120 (2008), p. 181, p. 187-91, p. 194-5; en francés: "Réflexions sur la théorie francaise de l'infraction pénale du point de vue allemand", en J. Leblois-Happe (ed.), *Vers un nouveau procès pénal?* Paris: Société de Législation comparée, 2008, 147-162; en español: "Observaciones a la doctrina francesa del hecho punible desde la perspectiva alemana", *InDret* (Revista para el análisis del derecho) 3/2008 (22.7.2008), www.indret.com

* Nota del trad.: según el texto original en inglés: "*General requirements of culpability*".

normativos, basados en valores (lo que ha sido denominado en el sistema anglosajon, no muy afortunadamente, como *mens rea* en sentido amplio)[85].

Si se entiende los delitos de posesión, tal como se defiende en este artículo, como delitos de no conducta que criminalizan ciertos estados del ser, entonces resulta incoherente recurrir a una conducta previa para compatibilizar estos delitos con el principio de culpabilidad[86]. En lugar de ello, se necesita una interpretación de estos delitos que sea restrictiva, autónoma y basada en la culpabilidad. En ese sentido, se sigue de las consideraciones sobre el elemento subjetivo realizadas arriba, de que la voluntad de poseer y un mínimo de conciencia en relación con la cosa poseída son los componentes necesarios de toda definición del elemento subjetivo de la posesión[87]. Solo la existencia de tal estándar subjetivo mínimo permite al poseedor ejercer el control personal sobre la cosa poseída (como elemento objetivo constitutivo de la posesión)[88] y, de este modo, justifica la imputación del objeto a la persona, conforme a lo mencionado arriba[89]. Este estándar mínimo es el punto de partida para la discusión de cuestiones más concretas, en especial las referidas al grado mínimo del elemento subjetivo (plena conciencia y voluntad frente a la aceptación de un estándar más bajo para la negligencia) y a los

85 Sobre el *mens rea* en un sentido restringido y amplio (intención/conocimiento e imprudencia/negligencia) véase ROBINSON, P.: "Mens rea", en Dressler (ed.), *Encyclopedia of Crime & Justice*, New York et al.: Macmillan, 2.ª ed. 2002, p. 995.

86 Sin embargo véase ECKSTEIN: *supra* nota 1, p. 239-40 (incluso invocando la "*act accessoriety*" ["*Handlungsakzessorietät*"] de la posesión); en ese sentido acertadamente criticado por DEITERS: *supra* nota 12, p. 60; para una refutación véase ECKSTEIN: *supra* nota 31, p. 115.

87 De modo similar ECKSTEIN: *supra* nota 1, p. 240, p. 242-3, p. 265 (pero incluyendo la posesión imprudente, "*Besitzfahrlässigkeit*").

88 Esto puede ser mucho mejor expresado en alemán con el concepto del "*personale Beherrschung*" o la "*Beherrschbarkeit*" (véase ECKSTEIN: *supra* nota 1, p. 239; íd.: *supra* nota 31, p. 114; LAMPE, E.-J., "Buchbesprechungen", *ZStW* vol. 113 (2001) p. 885, y 895).

89 *Supra* nota 42 y texto principal.

contenidos del requisito cognitivo en relación con el deber de terminar la posesión (conciencia de la posibilidad *general* frente a la posibilidad *concreta* de actuar)[90].

En cualquier caso, la conciencia mínima es un prerrequisito de otro, aunque más objetivo, elemento constitutivo de todo delito de posesión, esto es, el ejercicio de control personal del poseedor sobre el objeto. Esto, a su vez, presupone que el poseedor tenga, de acuerdo con *Warner*[91], la oportunidad de descubrir el objeto relevante. Por consiguiente, el ejercicio personal de control significa el ejercicio de un control real y no de uno meramente potencial[92]. Una limitación objetiva adicional puede extraerse de la causa (legítima) de la posesión: ninguna posesión que sea el resultado de una actividad legítima de las autoridades de persecución criminal (y excepcionalmente de los particulares), por ejemplo, la confiscación de drogas o el desarme de un poseedor ilegítimo, puede estar prohibida y, por eso, no puede ser objeto de una criminalización[93]. Del mismo modo, una posesión (breve) para anticiparse a peligros o a la ocurrencia de daños está justificada y, en tal sentido, no puede ser objeto de una sanción[94].

---

90 Para el primero de ellos, HOCHMAYR: *supra* nota 1, p. 126; para el último, STRUENSEE: *supra* nota 31, p. 720; para una discusión, véase HOCHMAYR, op.cit., p. 125-7.

91 Cf. ORMEROD: *supra* nota 72, p. 173-4, 916; SIMESTER et al.: *supra* nota 6, p. 162; crít., en relación con el uso de este elemento para una expansión de la responsabilidad en *Lewis*, ASHWORTH/HORDER: *supra* nota 27, p. 98; SIMESTER et al.: op.cit., p. 163; ORMEROD: op.cit., p. 174.

92 SIMESTER et al.: *supra* nota 6, p. 164.

93 La actual ley concede la defensa en estas situaciones: véase, p. ej., la Directiva Europea 2011/92/EU de 13 de diciembre de 2011 (sobre la criminalización de, entre otras cosas, la posesión de pornografía infantil), considerando 17 (el término "*without right*" provee una defensa en casos de "*legitimate possession*" de autoridades para la dirección de procedimientos criminales) o la defensa del *common law* de posesión inocente (DUBBER/KELMAN: *supra* nota 36, p. 269-70).

94 HOCHMAYR, *supra* nota 1: p. 88 y ss., p. 91 ("*Gewahrsam zur Gefahrenbeseitigung*").

Por supuesto, tales restricciones no son suficientes para conciliar la criminalización de la posesión de objetos neutrales o de uso dual con el principio de culpabilidad. Como ya se ha argumentado arriba[95], en estos casos la criminalización se apoya en el presunto uso criminal del (de los) respectivo(s) objeto(s) y en la peligrosidad implícita del poseedor. Adicionalmente a la información "altamente" confiable que indique esta peligrosidad, la criminalización debe basarse en la prueba de la intención del poseedor de usar el respectivo objeto de un modo criminal[96]. De hecho, esta intención de usar, como un objetivo específico de la posesión, vincula a la posesión con una conducta y de ese modo la distingue de un mero delito de posesión[97].

Bibliografía

ASHWORTH, A. /HORDER, J.: *Principles of Criminal Law*, Oxford: OUP, 7.ª ed, 2013.

ASHWORTH, Andrew /ZEDNER, Lucia: "Prevention and Criminalization: Justifications and Limits", en *New Criminal Law Review* [*New Cr.L.Rev*] vol. 15 (2012).

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*, nº 35, (2015).

CLARK: "Strict Liability Offences of Possession", en *The New Zealand Law Journal* (1967).

DEITERS: "Review of Eckstein", en *GA*, vol. 151 (2004).

95 *Supra* nota 11 y texto principal.

96 Véase además FLETCHER: *supra* nota 8, p. 199-200; ORMEROD: *supra* nota 72, p. 916 (con referencia al fraude pero para una aplicación más amplia).

97 Véase además LAGODNY: *supra* nota 10, p. 334-5. DUFF: *supra* nota 32, p. 114, habla en ese sentido de "*active possession*" como posesión más la intención de hacer algo, por ejemplo, retener una droga ilegal; un fin adicional intencional corresponde a la realización de los resultados del razonamiento práctico de uno (*supra* nota 35).

DUBBER, Markus D.: "Policing Possession: The War on Crime and the End of Criminal Law", en *Journal of Criminal Law & Criminology [J. Crim. L. & Criminology]*, vol. 91 (2001)

—, "The Possession Paradigm: The Special Part and the Police Power Model of the Criminal Process", en: Duff y Green (eds.), *Defining Crimes: Essay on the Special Part of Criminal Law*, Oxford: OUP 2005, p. 91, y p. 96-7 (EEUU, Nueva York).

DUBBER, M.D./ KELMAN, M.: *American Criminal Law: Cases, Statutes, and Comments*, NY: Foundation Press, 2.ª ed. 2009.

DUFF, R.A.: *Answering for Crime*, Oxford and Portland: Hart, 2007.

—, "Action, the act requirement and criminal liability", en HYMAN y STEWART (eds.), *Agency and Action*, Cambridge: CUP, 2004.

ECKSTEIN, Ken: *Besitz als Straftat*, Berlin: Duncker & Humblot, 2011, 39 pp. (Alemania); HOCHMAYR, Gudrun: *Strafbarer Besitz von Gegenständen*, Vienna: Manz, 2005, p. 6 y ss. (Austria, Alemania, Suiza).

ECKSTEIN, "Grundlagen und aktuelle Probleme der Besitzdelikte – EDV, EU, Strafrechtsänderungsgesetze, Konkurrenzen", *Zeitschrift für die gesamten Strafrechtswissenschaften* [*ZStW*], vol. 117 (2005).

EISELE, J.: "Vorbemerkungen zu den §§ 13 ff.", en SCHÖNKE/ SCHRÖDER: *Strafgesetzbuch*, München: Beck, 29a ed 2014.

FLETCHER, G.P.: *Rethinking Criminal Law*, Oxford: OUP, reimpr. 2002.

—, *The Grammar of Criminal Law*, Oxford: OUP, 2007.

GREEN: "Thieving and Receiving: Overcriminalizing the Possession of Stolen Property", en *New Cr.L.Rev,* vol. 14 (2011).

GROPP, W.: "Besitzdelikte und periphere Beteiligung", en DANNECKER, G. et al. (eds.), *Festschrift für Harro*

Otto zum 70. Geburtstag, Köln et al.: Carl Heymanns, 2007.

GRÜNEWALD, G.: "Anmerkung", *Strafverteidiger* (StV) 6 (1986).

HUSAK, D.: *Philosophy of Criminal Law* (Totowa, NJ: Rowman & Littlefield, 1987).

—, "The alleged act requirement in criminal law", en DEIGH, J./DOLINKO, D. (eds.), *The Oxford Handbook of the Philosophy of Criminal Law* [*Oxf.Handbook*]. Oxford: OUP, 2011.

LA FAVE, W.R.: *Criminal Law*, St. Paul, Minn: West/Thomson, 5ª ed 2010.

LAGODNY, O.: *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, Tübingen: Mohr, 1996.

LAMPE, E.-J., "Buchbesprechungen", *ZStW* vol. 113 (2001).

MOORE, M.S.: *Act and Crime - The Philosophy of Action and its Implications for Criminal Law* (Oxford: OUP, 1993).

NESTLER, C.: "Rechtsgüterschutz und Strafbarkeit des Besitzes von Schußwaffen und Betäubungsmittel", en Institut für Kriminalwissenschaften (ed.). *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, Frankfurt/M: P. Lang, 1995.

ORMEROD, D.: *Smith & Hogan's Criminal Law*, Oxford: OUP, 13.ª ed. 2011.

PASTOR MUÑOZ, N.: "Besitz- und Statusdelikte: eine kriminalpolitische und dogmatische Annäherung", en *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* [*GA*], vol. 153 (2006).

ROBINSON, P.H.: *Fundamentals of Criminal Law*, Boston et al.: Little, Brown, 2.ª ed. 1995.

—, "Mens rea", en Dressler (ed.), *Encyclopedia of Crime & Justice*, New York et al.: Macmillan, 2.ª ed. 2002.

ROXIN, C.: *Strafrecht. Allgemeiner Teil I*, München: C.H. Beck, 4.ª ed 2006.

SCHEINFELD, J.: "Buchbesprechung Festschrift Grünwald", *GA* vol. 154 (2007).

SCHROEDER, F.C.: "Besitz als Straftat", en *Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik* [*ZIS*] vol. 2 (2007).

SIMESTER, A.P/ SPENCER, J.R./ SULLIVAN, G.R./ VIRGO, G.J.: *Simester and Sullivan's Criminal Law*, Oxford: Hart, 5.ª ed. 2013.

STRUENSEE, E.: "Besitzdelikte", en: SAMSON E. (ed.), *Festschrift für G. Grünwald zum siebzigsten Geburtstag*, Baden-Baden: Nomos, 1999.

TADROS, V.: "Crimes and Security", en *Modern Law Review* [*Mod.L.Rev*]. vol. 71 (2008).

VAN SAAN/TIEDEMANN (eds.), *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Volume I*, Berlin: De Gruyter, 12th ed. 2006.

WALTER, T., "Vorbemerkungen zu den §§ 13 ff", en LAUFHÜTTE/RISSING-VAN SAAN/TIEDEMANN (eds.), *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*. *Volume I*, Berlin: De Gruyter, 12th ed. 2006.