

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

KAI AMBOS

Georg-August-Universität Göttingen

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.

PALABRAS CLAVE: Posesión, Responsabilidad penal, Elemento subjetivo, Criminalización posesión.

Hay muchos problemas en torno a los delitos de posesión, pero voy a limitarme aquí a realizar una investigación teórica de la estructura, del fundamento y del concepto de estos delitos, incluyendo su aspecto subjetivo. Para ello me basaré en la literatura alemana y angloamericana relevante. Luego de mi análisis 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.

El artículo estará estructurado de la siguiente manera: En primer lugar investigaré la estructura y el fundamento de los “delitos de posesión” y resaltaré algunos de los problemas conceptuales que surgen de aquí (infra I.). Luego de ello, llevaré a cabo una mirada más cercana al concepto de la posesión en relación con los requisitos de la conducta en Derecho penal y las funciones atribuidas al elemento subjetivo (II.). Finalmente, propondré un concepto de delitos de posesión compatible con un sistema de derecho Penal liberal (III.).

I. ESTRUCTURA, FUNDAMENTO Y ALGUNOS PROBLEMAS DE LOS DELITOS DE POSESIÓN

Los delitos de posesión criminalizan la mera posesión de cosas u objetos. Existe una amplia variedad de estos delitos¹. Tal variedad exige un tratamiento sutil y

* La presente traducción fue realizada por Gustavo Urquiza 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.

¹ Véase por ejemplo ASHWORTH, Andrew, ZEDNER, Lucia, Prevention and Criminalization: Justifications and Limits, *New Criminal Law Review*, Vol. 15 (2012), p. 542, y p. 545-5; DUBBER,

una clasificación o categorización. Una clasificación bastante simple, más bien naturalista se enfoca en la peligrosidad de los objetos poseídos. Estos podrían ser *per se* peligrosos, por ejemplo, armas, drogas ilícitas, materiales obscenos o ciertas sustancias químicas²; o ser *per se* neutrales o inocuos, por ejemplo, determinadas herramientas que normalmente son usadas para un propósito completamente lícito, por ejemplo, para reparar una bicicleta, pero que además podrían ser usadas para un propósito criminal, por ejemplo, un robo³. Debido a este posible doble uso podemos llamar a estos 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 puede ser visto en los peligros o riesgos inherentes a estos objetos y en el objetivo del legislador de controlarlos para limitar sus peligros inherentes por medio de la prohibición penal de su posesión⁴. Por lo tanto, tales delitos de posesión persiguen normalmente fines preventivos⁵, ellos apuntan a evitar el daño que podría surgir del uso y la posesión descontrolados de los respectivos objetos o un daño más grave⁶. Por el contrario, la posesión de objetos neutrales solo puede o debe ser criminalizada si algo más –adicionalmente a la mera posesión– justifica tal criminalización, esto es, el uso ilícito del respectivo

Markus D, Policing Possession: The War on Crime and the End of Criminal Law, en *Journal of Criminal Law & Criminology*, Vol. 91 (2001), pp. 829, y pp. 834-5, pp. 856-7; DUBBER, Markus D, The Possession Paradigm: The Special Part and the Police Power Model of the Criminal Process, en DUFF, R.A y GREEN, Stuart (edits.), *Defining Crimes: Essay on the Special Part of Criminal Law*, Oxford: OUP (Nueva York, 2005), pp. 91, 96, 97; ECKSTEIN, Ken, *Besitz als Straftat*, (Berlin, 2011), p. 39; HOCHMAYR, Gudrun, *Strafbarer Besitz von Gegenständen*, (Austria, Alemania, Suiza, 2005), pp. 6 y ss.

² Sobre objetos peligrosos véase además ECKSTEIN, Ken, *Besitz als Straftat*, ob. cit., pp. 70, 72; HOCHMAYR, Gudrun, ob. cit., p. 51 (con una vista sobre el interés legal [*Rechtsgut*] violado).

³ Para la misma distinción PASTOR MUÑOZ, Nuria, *Besitz-und Statusdelikte: eine kriminalpolitische und dogmatische Annäherung*, en *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, Vol. 153 (2006), pp. 793, 797, 798 (casos con la estructura a y b).

⁴ De manera similar PASTOR MUÑOZ, Nuria, ob. cit., p. 799; ver además SCHROEDER, F.C, *Besitz als Straftat*, en *Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik*, Vol. 2 (2007) pp. 444, 448 columna derecha (“Quelle von Gefahren”); para una comparación con los delitos de peligro abstracto ver además HOCHMAYR, Gudrun, ob. cit., p. 150.

⁵ De manera similar ASHWORTH, Andrew, ZEDNER, Lucia, *Prevention and Criminalization: Justifications and Limits*, ob. cit., 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*, Vol. 71 (2008), pp. 940, 943, 946.

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, 2013), pp. 81, 82.

objeto para la comisión de un delito (p. ej. el ladrón usa herramientas “normales” en un robo). Volveremos sobre esta necesaria limitación más adelante.

La criminalización de la posesión de objetos *per se* neutrales suscita varios problemas. Primero, esto implica un cambio de enfoque: del objeto no peligroso al poseedor peligroso. Esto convierte el derecho penal de la posesión en un derecho de poseedores (supuestamente) peligrosos, una nueva *ley de vagancia*⁷, que opera como una forma de “control social discrecional” de individuos supuestamente peligrosos⁸. Desde esta perspectiva, los delitos de posesión son parte integral de una justicia penal convertida en un sistema policial que recurre a los delitos de posesión para “vigilar”, esto es, 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 traza el límite entre un derecho penal represivo (mira al pasado) y un derecho policial preventivo (mirando al futuro), los delitos de posesión pertenecen más bien a este último, creando una responsabilidad de tipo policial por un estado peligroso de ser convirtiendo a los poseedores en perturbadores¹⁰. Por supuesto, los legisladores modernos no pueden declarar esto abiertamente. Ellos no pueden criminalizar objetos *per se* neutrales con la condición de que éstos sean poseídos por individuos peligrosos. Es por esta razón que 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 la doble presunción respecto a la peligrosidad del poseedor y a la posibilidad de que ocurran otras

⁷ DUBBER, Markus D, *Policing Possession: The War on Crime and the End of Criminal Law*, ob. cit., 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.

⁸ FLETCHER, G.P, *Rethinking Criminal Law*, (Oxford, 2002), p. 202 y ss.

⁹ DUBBER, Markus D, *The Possession Paradigm: The Special Part and the Police Power Model of the Criminal Process*, ob. cit., 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 con relación al estatus, peligrosidad, véase *ibíd.* pp. 113-4; acerca de la equiparación de persona y objeto peligroso DUBBER, Markus D, *The Possession Paradigm: The Special Part and the Police Power Model of the Criminal Process*, ob. cit., p. 116.

¹⁰ Desde una perspectiva alemana, véase LAGODNY, Otto, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*. Tübingen: (Mohr, 1996), pp. 323, 336 y ss. (“polizeirechtliche[r] Zustandsstörer-verantwortlichkeit”).

infracciones (previas o posteriores). En cuanto al poseedor, la presunción sustituye la falta de peligrosidad del respectivo objeto. Tómese 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, por ejemplo, el acto preparatorio de un crimen o la pertenencia del poseedor a una organización criminal¹¹; en caso contrario, la criminalización constituye una presunción ilegítima, equivalente a una *Verdachtsstrafe*, esto es, al castigo con base en una mera sospecha¹². La distinción entre una presunción legítima y otra ilegítima pasa por la clásica dicotomía entre criminalidad manifiesta y criminalidad subjetiva¹³: mientras que bajo el primer concepto es necesario un objeto peligroso para manifestar la criminalidad y sus implicancias siniestras¹⁴, la criminalidad subjetiva solo se sustenta en la peligrosidad del poseedor para justificar la criminalización. Por supuesto, es difícil determinar el límite exacto entre una presunción legítima y una ilegítima, puesto que ello se basa en la naturaleza y la intensidad de la manifestación objetiva de la peligrosidad del poseedor¹⁵. Respecto a otros delitos (previos o posteriores), la mencionada presunción puede operar con miras al pasado o al futuro. Tómese como ejemplo la posesión de drogas en la que, de un lado, se criminaliza “la conducta anterior de importación, fabricación, compra”, y, del otro, la conducta posterior de “uso, venta, o exportación”¹⁶. Esto nos lleva a otra importante característica de los delitos de posesión, a saber, que estos siguen o la lógica de la criminalización anticipada (*Vorverlagerung*) o la

¹¹ PASTOR MUÑOZ, Nuria, ob. cit., pp. 800, 802 (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, Cornelius, *Rechtsgüterschutz und Strafbarkeit des Besitzes von Schußwaffen und Betäubungsmittel*, en Institut für Kriminalwissenschaften (edit), *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, (Frankfurt, 1995), pp. 65, 68; ECKSTEIN, Ken, *Besitz als Straftat*, ob. cit., pp. 261-3 (con referencia a algunos delitos de posesión); DEITERS, Review of Eckstein, en *GA*, Vol. 151 (2004) pp. 58 y 61; PASTOR MUÑOZ, Nuria, ob. cit., pp. 800 y 803 (para los casos con la ‘estructura b’).

¹³ FLETCHER, G.P, ob. cit., 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 MUÑOZ, Nuria, ob. cit., p. 803 (admitiendo que es difícil determinar “cuándo una conducta afirma inequívocamente la manifestación de peligrosidad subjetiva...” [“when a conduct unambiguously affirms the manifestation of subjective dangerousness...”] [traducción del alemán al inglés por el autor y del inglés al español por el traductor]).

¹⁶ DUBBER, Markus D, *Policing Possession: The War on Crime and the End of Criminal Law*, ob. cit., p. 907.

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 una posterior a la violación del respectivo interés legal²¹. Por lo tanto, como ya se dijo anteriormente, los delitos de posesión usualmente criminalizan la posesión con el objetivo de prevenir futuros daños o la violación de un interés legal; sin embargo la criminalización encuentra excepcionalmente su fundamento en la no perpetuación del daño ya causado o de la violación de un interés legal que ya ha sucedido. 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 hurtados²². El fundamento subyacente, esto es, evitar la perpetuación de la privación injusta de la propiedad²³ es completamente legítimo y, como tal, reconocido en muchos sistemas legales²⁴. Un ejemplo más específico es la posesión de pornografía infantil.

¹⁷ PASTOR MUÑOZ, Nuria, ob. cit., pp. 798-805.

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

¹⁹ DUBBER, Markus D, Policing Possession: The War on Crime and the End of Criminal Law, ob. cit., p. 861, p. 926; DUBBER, Markus D, The Possession Paradigm: The Special Part and the Police Power Model of the Criminal Process, ob. cit., pp. 91 y 99; con matices FLETCHER, G.P, ob. cit., p. 198 (no hay prueba “that the defendant intended to harm anyone with the material possessed”).

²⁰ Impreciso en ese sentido DUBBER, Markus D, The Possession Paradigm: The Special Part and the Police Power Model of the Criminal Process, ob. cit., 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.

²¹ ECKSTEIN, Ken, Besitz als Straftat, ob. cit., pp. 81-83, pp. 256-257 (“Vor- und Nachverletzungsphase”).

²² GREEN, Stuart P, Thieving and Receiving: Overcriminalizing the Possession of Stolen Property, en *New Criminal Law Review*, Vol. 14 (2011), p. 35.

²³ GREEN, Stuart P, ob. cit., p. 37.

²⁴ Véanse por ejemplo 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 Código Penal peruano y el art. 180 Código Penal brasileño (receptación y *receptação*).

Aquí la criminalización apunta, entre otras cosas, a 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 material²⁵.

La lógica de la criminalización anticipada se opone a los conceptos de daño (*harm principle*) y de bien jurídico (*Rechtsgut*) pues los respectivos delitos de posesión no contribuyen en nada a la prevención de resultados dañosos, en tanto que los respectivos objetos son completamente inocuos. A diferencia de ello, cuando se criminaliza la posesión de objetos peligrosos, los delitos de posesión apuntan a prevenir, como los denominados delitos de peligro²⁶, riesgos de daños o riesgos para los intereses legales. De nuevo aquí resulta difícil trazar un límite entre riesgos suficientemente concretos/daños suficientemente próximos y daños excesivamente abstractos/remotos. Tómese por ejemplo el caso de la posesión de armas: aunque 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 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 tentativa²⁷, pues no exigen un elemento de conducta restrictivo (“paso sustancial”, “proximidad física”, o algún otro criterio limitador²⁸). En ese sentido, los delitos de posesión constituyen “delitos doblemente incompletos”²⁹, que anticipan la responsabilidad en un doble sentido, esto es, no solo con referencia al daño real o a la violación de un interés legal, sino incluso antes de la etapa de tentativa.

²⁵ PASTOR MUÑOZ, Nuria, ob. cit., p. 804; ECKSTEIN, Ken, *Besitz als Straftat*, ob. cit., pp. 67-69.

²⁶ Ellos constituyen en ese sentido por lo menos delitos de peligro abstracto (“Gefährungsdelikte”), para una discusión véase DUBBER, Markus D, *The Possession Paradigm: The Special Part and the Police Power Model of the Criminal Process*, ob. cit., pp. 99-101.

²⁷ DUBBER, Markus D, *Policing Possession: The War on Crime and the End of Criminal Law*, ob. cit., p. 908 (“...one step farther from the actual infliction of personal harm than ordinary inchoate offenses like attempt”); véase además ASHWORTH, A, HORDER, J.C, *Principles of Criminal Law*, (Oxford, 2013), p. 98.

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

²⁹ DUBBER, Markus D, *Policing Possession: The War on Crime and the End of Criminal Law*, ob. cit., p. 908; de modo similar NESTLER, Cornelius, ob. cit., p. 67.

II. POSESIÓN, CONDUCTA Y EL ELEMENTO SUBJETIVO

La responsabilidad criminal está basada en la conducta humana, esto es, en un acto o una omisión³⁰. 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. El resultante requisito de la conducta es generalmente aceptado en el derecho penal alemán³¹; ello ha sido también reconocido en el *common law*, tradicionalmente bajo el nombre de un requisito (demasiado limitado) de acto (*act requirement*)³², y actualmente como requisito de conducta³³, control³⁴ o acción³⁵.

³⁰ Acerca del fundamento y el concepto de omisión como un “no-acto” véase AMBOS, Kai, *Treatise on International Criminal Law*, Vol. I, ob. cit., p. 180 ss.

³¹ LAGODNY, Otto, ob. cit., pp. 322-323; STRUENSEE, Eberhard, “Besitzdelikte”, en SAMSON, E, (edit), *Festschrift für G. Grünwald zum siebzigsten Geburtstag*, (Baden-Baden, 1999), pp. 713, 714, 715; HOCHMAYR, Gudrun, ob. cit., p. 53; ECKSTEIN, Ken, *Grundlagen und aktuelle Probleme der Besitzdelikte—EDV, EU, Strafrechtsänderungsgesetze, Konkurrenzen*, en *Zeitschrift für die gesamten Strafrechtswissenschaften*, Vol. 117 (2005), pp. 107, 110; SCHROEDER, F.C, ob. cit., p. 448 columna izquierda.

³² LA FAVE, W.R *et al.*, *Criminal Law*, (Minn, 2010), pp. 320, 326; ROBINSON, Paul, *Fundamentals of Criminal Law*, (Little, Brown, 1995), pp. 250, 260 (con diversas referencias); para una “defensa normativa”; MOORE, M.S, *Act and Crime—The Philosophy of Action and its Implications for Criminal Law* (Oxford, 1993), pp. 46 y ss.; HUSAK, D, *Philosophy of Criminal Law* (Totowa, 1987), pp. 79 y ss. (pero, aparentemente, equiparando “act” y “actus reus”); HUSAK, D, *The alleged act requirement in criminal law*, en DEIGH, John, DOLINKO, David (eds), *The Oxford Handbook of the Philosophy of Criminal Law* (Oxford, 2011), p. 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 acto de Roxin como una expresión de la personalidad socialmente relevante (“Persönlichkeitsäußerung”, ROXIN, Claus, *Strafrecht. Allgemeiner Teil I*, (München, 2006), § 8 mn. 44-75) o el concepto de “action” de DUFF, R. A, 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, 2007), pp. 99-100.

³³ Véase Secc. 2. 01(1) MPC (“A person is not guilty... unless his liability is based on a conduct...”); véase además HUSAK, D, ob. cit., p. 116 (quien sostiene correctamente que el MPC contiene la exigencia de una conducta).

³⁴ HUSAK, D, ob. cit., pp. 81, 97 y ss.; HUSAK, D, ob. cit., p. 108 y ss. (proponiendo una exigencia de control o competencia sobre la base de la capacidad para comportarse razonablemente, pp. 116-122). De cualquier modo, el criterio del control adolece de vaguedad e imprecisión, lo que es admitido por el propio HUSAK, D, ob. cit., pp 121-2; crit. también DUFF, R.A, ob. cit., p. 101; 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 (AMBOS, Kai, *A Workshop, a Symposium and the Katanga Trial Judgment of 7 March 2014*”, JICJ 12 [2014] pp. 219, 226, 228).

³⁵ DUFF, R.A, ob. cit., 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,

Es difícil de conciliar los delitos de posesión con este requisito³⁶, pues la posesión expresa una relación de dominio o control entre una persona y una cosa³⁷. Si esta cosa es peligrosa la mencionada relación constituirá una “unidad de amenaza”³⁸. Antes que ser estática la posesión es dinámica, “un estado de 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 (efectivo) o potencial (posible) sobre el respectivo objeto. En consecuencia, podemos hablar de una posesión “real” o “constructiva”⁴¹, llamando la atención con la última de ellas sobre la particular imputación en 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. La posesión no constituye una conducta⁴³ ni tampoco puede verse –contrariamente a la

R.A, ob. cit., “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, 2009), pp. 252, 253 (quienes sostienen que con el creciente número de leyes de posesión la exigencia del acto no significó más un problema).

³⁷ STRUENSEE, Eberhard, ob. cit., p. 716; ECKSTEIN, Ken, *Besitz als Straftat*, ob. cit., p. 17; HOCHMAYR, Gudrun, ob. cit., p. 54 (“Zuteilungsrelation” [citando A. Kaufmann]).

³⁸ DUBBER, Markus D, *The Possession Paradigm: The Special Part and the Police Power Model of the Criminal Process*, ob. cit., p. 114 [“threat unit”].

³⁹ DUBBER, M.D, KELMAN, M, ob. cit., p. 253; véase además ECKSTEIN, Ken, *Besitz als Straftat*, ob. cit., p. 17 (“statischer Zustand”); SCHROEDER, F.C, ob. cit., pp. 448-449 (“Zustand”); HOCHMAYR, Gudrun, ob. cit., p. 63.

⁴⁰ Véase extensamente ECKSTEIN, Ken, *Besitz als Straftat*, ob. cit., pp. 94 y ss., 239-240; además SCHROEDER, F.C, ob. cit., p. 448 columna izquierda; contra HOCHMAYR, Gudrun, ob. cit., pp. 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, W.R *et al.*, ob. cit., p. 328-9; DUBBER, Markus D, *The Possession Paradigm: The Special Part and the Police Power Model of the Criminal Process*, ob. cit., p. 115-6.

⁴² DUBBER, Markus D, *The Possession Paradigm: The Special Part and the Police Power Model of the Criminal Process*, ob. cit., p. 116.

⁴³ STRUENSEE, Eberhard, ob. cit., p. 716; ECKSTEIN, Ken, *Besitz als Straftat*, ob. cit., pp. 209-210, 220-225 (ausencia de un acto en particular en el caso de la así denominada “aufgedrängter Besitz” [posesión impuesta]), p. 226; ECKSTEIN, Ken, *Besitz als Straftat*, ob. cit., p. 112; HOCHMAYR, Gudrun, ob. cit., p. 53 (pero últimamente recurriendo a una conducta [previa] de acuerdo con la opinión dominante, DUBBER, Markus D, *The Possession Paradigm: The Special*

opinión dominante en las doctrinas angloamericana⁴⁴ y alemana⁴⁵— un elemento de conducta implícito en los delitos de posesión por 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.

Part and the Police Power Model of the Criminal Process, ob. cit., p. 45); DUBBER, Markus D, The Possession Paradigm: The Special Part and the Police Power Model of the Criminal Process, ob. cit., p. 103 (solo “constructive conduct offence”); PASTOR MUÑOZ, Nuria, ob. cit., p. 797 (contra la reformulación como un acto, pero en favor de la omisión); de modo similar previamente GRÜNEWALD, G, Anmerkung, en *Strafverteidiger* 6 (1986), p. 243, y 245; además HUSAK, D, ob. cit., 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 acto puede ser penado solo si este estaba definido por la ley como un delito antes de que dicho acto fuera cometido”). El Tribunal Constitucional alemán BVerfG, ha sostenido correctamente en ese sentido que en esta disposición el término “Tat” (“acto”) no predetermina la cualidad de la conducta incriminada (BVerfG, Decisión de 16 de junio de 1994, en *Neue Juristische Wochenschrift* Vol. 47 (1994), p. 2412 columna derecha; también, decisión de 6 de julio de 1994, en *NJW* Vol. 48 (1995), p. 248 columna derecha; de acuerdo ECKSTEIN, Ken, Besitz als Straftat, ob. cit., pp. 234-235; PASTOR MUÑOZ, Nuria, ob. cit., p. 797; sin embargo véase además LAGODNY, Otto, ob. cit., p. 321-235 (quien ve una incompatibilidad constitucional en tanto los delitos de posesión no presuponen una conducta humana como es requerido por el Art. 103 (2) de la Ley Fundamental alemana y por lo tanto son “not suitable” [“ungeeignet”] en el sentido del test de proporcionalidad constitucional; sobre este test véase AMBOS, Kai, The Overall Function of International Criminal Law: Striking the Right Balance between the Rechtsgut and the Harm Principles, ob. cit., en notas de pie de página 31 y ss.

⁴⁴ Sección 2.01(4) MPC (con referencia a la previa obtención y a la posterior capacidad para culminar la posesión); véase además LA FAVE, W.R *et al.*, ob. cit., p. 327; MOORE, M.S, ob. cit., 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, A.P, SPENCER, J.R, SULLIVAN, G.R., VIRGO, G.J, ob. cit., p. 81; DUBBER, Markus D, The Possession Paradigm: The Special Part and the Police Power Model of the Criminal Process, ob. cit., p. 115; además HUSAK, D, ob. cit., 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; También, decisión de 6 de julio de 1994, en *NJW* Vol. 48 (1995), p. 248 columna izquierda. Véase además ECKSTEIN, Ken, Besitz als Straftat, ob. cit., pp. 18, 124, 141, 224, 226, 239, 240, 264; HOCHMAYR, Gudrun, ob. cit., pp. 54, 55, 64, 65, 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, 2007), pp. 249, 251; EISELE, J, Vorbemerkungen zu den §§ 13 ff., en SCHÖNKE, Adolf, SCHRÖDER, Horst, *Strafgesetzbuch*, (München, 2014), número marginal; SCHROEDER, F.C, ob. cit., p. 448 columna derecha.

En cuanto al primer elemento, el elemento de acto positivo, 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 objeto⁴⁶. De cualquier modo, estos actos no pueden ser puestos en un mismo nivel con la posesión en sí misma: o bien esos actos la preceden y pueden entonces resultar en posesión (adquisición)⁴⁷; o bien siguen a la posesión real (mantenimiento y uso). Adicionalmente, ellos son criminalizados usualmente de modo separado⁴⁸. 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.) Además, 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 objeto⁴⁹. Pues en realidad, si un delito de posesión es remontado conceptualmente a un acto previo de adquisición o algún otro, este acto constituye un elemento de este delito y por consiguiente tiene que ser probado. De esa forma, el propósito de la ley sería arruinado⁵⁰. Por otro lado, si no se exige la prueba de un acto positivo, ¿entonces cómo podría ya desde el comienzo ese acto positivo ser parte de la posesión?⁵¹

⁴⁶ STRUENSEE, Eberhard, ob. cit., pp. 716, 718.

⁴⁷ En ese sentido, un delito de posesión puede ser calificado como un delito de resultado, véase LAGODNY, Otto, ob. cit., p. 326 (estado de posesión como un subcaso de un delito de resultado); HOCHMAYR, Gudrun, ob. cit., pp. 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, Heinrich, RISSING-VAN SAAN, Ruth, TIEDEMANN, Klaus (edits.), Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Vol. I, (Berlin, 2006), mn. 36; véase además ECKSTEIN, Ken, Besitz als Straftat, ob. cit., pp. 213, 235, 264 (quien ve un “result” en el mantenimiento de la posesión, y p. 226); véase previamente *supra* nota 20.

⁴⁸ Véase además LAGODNY, Otto, ob. cit., p. 325 (sosteniendo que la adquisición de drogas es criminalizada por separado); SCHROEDER, F.C, ob. cit., p. 448 columna derecha; crit. HOCHMAYR, Gudrun, ob. cit., 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, M.S, ob. cit., p. 21-2.

⁵⁰ De forma similar LAGODNY, Otto, ob. cit., p. 318; ECKSTEIN, Ken, Grundlagen und aktuelle Probleme der Besitzdelikte—EDV, EU, Strafrechtsänderungsgesetze, Konkurrenzen, ob. cit., p. 111.

⁵¹ STRUENSEE, Eberhard, ob. cit., p. 717.

Aunque a primera impresión parece más plausible ver una omisión en la negativa del poseedor de terminar con su posesión⁵², al final este punto de vista tampoco es convincente. La omisión es lo opuesto de la acción, esto es, una no-acción, ausencia de acción o la negativa a actuar⁵³. Si la posesión es acción, esto es, como se dijo anteriormente, el control efectivo sobre un objeto, es lógicamente imposible definirla de forma negativa, como no-acción, esto es, como la negativa a terminar ese control efectivo⁵⁴. Si a pesar de todo se hace esto, entonces surgen diversos problemas. Primero, no resulta claro cómo tiene lugar la terminación de la posesión⁵⁵. El derecho sobre posesión no dice nada al respecto⁵⁶ y no parece muy plausible aceptar alguna forma de terminación⁵⁷, incluso cuando esto implica la pérdida definitiva del objeto (p. ej. su destrucción) o la creación de riesgos adicionales (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 actuar⁵⁹. Esto hace surgir la compleja y controvertida cuestión referida a la fuente de donde debe extraerse ese deber para los delitos de

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 y s. (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 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 su posesión 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 MUÑOZ, Nuria, ob. cit., p. 797 (competencia del poseedor por la posesión); acerca de la clasificación como delitos impropios de omisión véase *infra* nota 60.

⁵³ AMBOS, Kai, *Treatise on International Criminal Law*, Vol. I, ob. cit., p. 180.

⁵⁴ Incluso más radical STRUENSEE, Eberhard, ob. cit., p. 719 (“absurd” y no cubierto por el “literal meaning”).

⁵⁵ LAGODNY, Otto, ob. cit., p. 327; STRUENSEE, Eberhard, ob. cit., p. 720.

⁵⁶ Véase con relación al derecho de las jurisdicciones de habla germana LAGODNY, Otto, ob. cit., p. 327; HOCHMAYR, Gudrun, ob. cit., p. 105.

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

⁵⁸ LAGODNY, Otto, ob. cit., pp. 328, 332 (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, Gudrun, ob. cit., p. 105 y ss.

⁵⁹ AMBOS, Kai, *Treatise on International Criminal Law*, Vol. I, ob. cit., pp. 183, 184.

posesión. Si uno concibe a éstos como delitos de conducta (en la forma de delitos propios de omisión)⁶⁰ uno podría encontrar tal deber en el elemento de la omisión, esto es, de conformidad con el enfoque lingüístico inglés (“conducta” abarcando un acto y una omisión)⁶¹, en la descripción misma de la conducta⁶²; de otro modo, se tendría que buscar una obligación extralegal de actuar⁶³. En tercer lugar, uno 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 él⁶⁴. Esto, de nuevo, arruinaría el objetivo del legislador de facilitar la prueba del delito⁶⁵.

Esto nos deja con el elemento subjetivo en 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, con lo cual se redefine 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

⁶⁰ ECKSTEIN, Ken, *Besitz als Straftat*, ob. cit., pp. 169, 170; HOCHMAYR, Gudrun, ob. cit., pp. 96, 100; EISELE, J, ob. cit., 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, Kai, *Treatise on International Criminal Law*, Vol. I, ob. cit., pp. 186, 188.

⁶¹ AMBOS, Kai, *Treatise on International Criminal Law*, Vol. I, ob. cit., p. 185.

⁶² Véase además LAGODNY, Otto, ob. cit., p. 327.

⁶³ Sobre tales obligaciones véase AMBOS, Kai, *Treatise on International Criminal Law*, Vol. I, ob. cit., pp. 184, 185.

⁶⁴ Véase además STRUENSEE, Eberhard, ob. cit., p. 720 (indicando que no hay jurisprudencia que demostrara tal estado mental del poseedor).

⁶⁵ Véase además LAGODNY, Otto, ob. cit., pp. 318, 331, 332; ECKSTEIN, Ken, *Grundlagen und aktuelle Probleme der Besitzdelikte-EDV*, EU, *Strafrechtsänderungsgesetze, Konkurrenzen*, ob. cit., 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. Crit. respecto a esta disposición (en tanto se la entienda literalmente) HUSAK, D, ob. cit., p. 112.

⁶⁷ Secc. 2.01 (1) y (2) ambos con referencia a act(os) “voluntario(s)”; del mismo modo MOORE, M.S, ob. cit., pp. 39,40, 44, 46 (“simple bodily movement... caused by volition”). Esto corresponde al concepto causal, naturalista de acto, alguna vez defendido por la teoría clásica del delito de finales del siglo XIX y principios del XX, ROXIN, Claus, ob. cit., § 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 del acto sino que está implícita en todo acto humano, esto es, los movimientos no-voluntarios, por definición, no son actos (del mismo modo DUFF, R.A. *Action, the act requirement and criminal liability*, en HYMAN, John, STEWART, Helen (edits.),

y el Comentario 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 posesión⁶⁸. Esto nos lleva de regreso al lado subjetivo del concepto de posesión ya definido anteriormente⁶⁹, esto es, la voluntad de poseer. Efectivamente, nadie puede poseer una cosa “sin la participación de un mínimo de voluntad discernible⁷⁰”. 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 *Lockyer v. Gibb*, en donde él hizo depender el concepto mismo de la posesión de la conciencia del poseedor con relación a la cosa poseída, en el sentido de que “no puede decirse que una persona está en posesión de algún objeto respecto al cual él o ella no se percata que está... en alguna posición sobre la cual ella tiene control”⁷¹. En *Warner*, aunque una decisión confusa con una *ratio decidendi* difícil de identificar⁷², la Cámara de los Lores siguió a *Lockyer*, en tanto vio un componente subjetivo en el término mismo de la posesión (con referencia al distinto delito de responsabilidad estricta de posesión de drogas) aunque resistiéndose a entender este requisito en el delito como un todo, como lo hizo Lord Reid⁷³.

Adicionalmente, la jurisprudencia inglesa distinguió entre un conocimiento general (necesario) en relación con la posesión de “la cosa en sí misma” (“algo”) y un

Agency and Action, (Cambridge, 2004). Sobre la importancia de la voluntariedad véase además HUSAK, D, ob. cit., p. 119.

⁶⁸ “Un actor que conscientemente obtiene o recibe la cosa poseída se ha, por supuesto, involucrado en un acto voluntario lo cual puede servir como base para la responsabilidad criminal”. Según el original en inglés: [“An actor who knowingly procures or receives the thing possessed has, of 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, Ken, Besitz als Straftat, ob. cit., 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”]; citado de acuerdo a CLARK, Rogers, Strict Liability Offences of Possession, en *The New Zealand Law Journal*, (1967), p. 182, columna derecha.

⁷² ASHWORTH, A y HORDER, J.C, Principles of Criminal Law, ob. cit., p. 98; SIMESTER, A.P, SPENCER, J.R, SULLIVAN, G.R., VIRGO, G.J, ob. cit., p. 163; ORMEROD, D, Smith & Hogan’s Criminal Law, (Oxford, 2011), p. 173.

⁷³ ORMEROD, D, ob. cit., p. 173; ASHWORTH, A y HORDER, J.C, Principles of Criminal Law, ob. cit., p. 98; SIMESTER, A.P, SPENCER, J.R, SULLIVAN, G.R., VIRGO, G.J, ob. cit., p. 163.

conocimiento más preciso (no necesario) en relación con su naturaleza, cualidades o contenidos⁷⁴. Aunque esta distinción pueda sonar artificial y ser de escaso valor práctico en muchos casos⁷⁵—ya solo por el hecho de que la prueba de tal requisito de conocimiento es difícilmente posible— ello pone de relieve la cuestión acerca del preciso contenido del elemento subjetivo de la posesión.

Después de todo, podría decirse que esta es la (tercera) más importante función 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 disposición de culpabilidad⁷⁶ 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, como hemos dicho previamente⁷⁷, la posesión es un estado del ser (*Zustand*), basado en la relación entre persona y objeto, entonces los delitos de posesión castigan ese estado como tal⁷⁸ y pueden ser clasificados como delitos que criminalizan un estado del ser (*Zustandsdelikte*)⁷⁹. ¿Pero qué tanto pueden conciliarse estos

⁷⁴ SIMESTER, A.P, SPENCER, J.R, SULLIVAN, G.R., VIRGO, G.J, ob. cit., p. 162 (citando a Lord Pearce con un resumen de la ley).

⁷⁵ SIMESTER, A.P, SPENCER, J.R, SULLIVAN, G.R., VIRGO, G.J, ob. cit., p. 163 (“fictional, artificial...”).

⁷⁶ HUSAK, D, ob. cit., p. 115.

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

⁷⁸ ECKSTEIN, Ken, *Besitz als Straftat*, ob. cit., p. 226

⁷⁹ ECKSTEIN, Ken, *Besitz als Straftat*, ob. cit., pp. 170, 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; ECKSTEIN, Ken, *Besitz als Straftat*, ob. cit., pp. 113, 141; *infra* nota 88; SCHROEDER, F.C, ob. cit., pp. 4, 448, 449; EISELE, J, ob. cit., y especialmente HOCHMAYR, Gudrun, ob. cit., p. 133 y 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. ejm., 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

delitos con los principios fundamentales de un derecho penal liberal, en particular con los principios de legalidad y culpabilidad⁸⁰?

En cuanto a la legalidad, ya hemos hecho referencia arriba⁸¹ a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, de acuerdo con el 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 tan rígidas respecto a la naturaleza y cualidad de la incriminación, en tanto se cumpla con las reglas sustantivas del principio, esto es, las exigencias de *lex praevia*, *certa*, *stricta* and *scripta*. El principio de legalidad no contiene un estándar distinto para los delitos de posesión. Como todos los demás delitos, aquéllos tienen que existir al momento 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: como un principio que fundamenta la sanción en la reprochabilidad de la conducta injustificada del agente, esto es, como un concepto de reprochabilidad que va más allá de un mero estado mental, con excusas que operan como su negación⁸³. 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). Usando la terminología del *common law*, la culpabilidad va más allá del elemento (psicológico) de la culpa, del clásico *mens rea* en sentido res-

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, Ken, *Grundlagen und aktuelle Probleme der Besitzdelikte—EDV, EU, Strafrechtsänderungsgesetze, Konkurrenzen*, ob. cit., 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 AMBOS, Kai, *Treatise on International Criminal Law*, Vol. I, ob. cit., p. 87 y ss.; ECKSTEIN, Ken, *Treatise on International Criminal Law*. Vol. II, (Oxford, 2014), pp. 287, 288 (sobre la justicia y la proporcionalidad como principios fundamentales adicionales además de la legalidad y culpabilidad).

⁸¹ *Supra* nota 43 y texto principal.

⁸² AMBOS, Kai, *Treatise on International Criminal Law*, Vol. I, ob. cit., p. 90 con referencias adicionales (más).

⁸³ Acerca de tal teoría normativa (de la culpabilidad) en inglés FLETCHER, G.P, ob. cit., pp. 499-500; FLETCHER, G.P, *The Grammar of Criminal Law*, (Oxford, 2007), pp. 319 y ss.

tringido y, además, del *élément moral* francés⁸⁴; de hecho, la culpabilidad así entendida no se refiere de ningún modo al concepto naturalista de intención y conocimiento —como erróneamente es sugerido por la sección 2.02 del MPC al asegurar que define los “Requisitos generales de la culpabilidad”⁸⁵ (!)— sino que se centra en la culpa, la responsabilidad moral, en la gravedad del reproche para el merecimiento de una sanción, esto es, conceptos normativos, basados en valores (lo que ha sido denominado en el sistema anglosajón, no muy afortunadamente, como *mens rea* en sentido amplio)⁸⁵.

Si uno entiende los delitos de posesión, como se defiende en este artículo, como delitos de no conducta que criminalizan ciertos estados del ser, resulta inconsistente recurrir a una conducta previa para compatibilizar estos delitos con el principio de culpabilidad⁸⁶. En lugar de ello, se requiere 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 cualquier definición del elemento subjetivo de la posesión⁸⁷. Solo la existencia de tal estándar subjetivo mínimo permite al poseedor ejercer el control personal de la cosa poseída (como elemento objetivo constitutivo de la posesión)⁸⁸ y de este modo justifica la imputación del objeto a

⁸⁴ AMBOS, Kai, Zur Entwicklung der französischen Straftatlehre, en *ZStW* Vol. 120 (2008), pp. 181, 187, 191, 194, 195; en francés: “Réflexions sur la théorie française de l’infraction pénale du point de vue allemand”, en LEBLOIS-HAPPE, J (edit), *Vers un nouveau procès pénal?* (Paris, 2008), pp. 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

* NdT: Según el original en inglés, [“General requirements of culpability”].

⁸⁵ Sobre el *mens rea* en un sentido restringido y amplio (intención/conocimiento e imprudencia/negligencia) véase ROBINSON, Paul, *Mens rea*, en DRESSLER, Joshua, (edit.), *Encyclopedia of Crime & Justice*, (New York, 2002), p. 995.

⁸⁶ Sin embargo véase ECKSTEIN, Ken, *Besitz als Straftat*, ob. cit., pp. 239, 240 (incluso invocando la “act accessory” [“Handlungsakzessorietät”] de la posesión); en ese sentido acertadamente criticado por DEITERS, *supra* nota 13, p. 60; para una refutación véase ECKSTEIN, Ken, *Grundlagen und aktuelle Probleme der Besitzdelikte—EDV*, EU, *Strafrechtsänderungsgesetze, Konkurrenz*, ob. cit., p. 115.

⁸⁷ De modo similar ECKSTEIN, Ken, *Besitz als Straftat*, ob. cit., pp. 240, 242, 243, 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, Ken, *Besitz als Straftat*, ob. cit., pp. 239; ECKSTEIN, Ken, *Grundlagen und aktuelle Probleme der Besitzdelikte—EDV*, EU, *Strafrechtsänderungsgesetze, Konkurrenz*, ob. cit., p. 114; LAMPE, E. J, *Buchbesprechungen*, *ZStW* Vol. 113 (2001) pp. 885 y 895.

la persona, conforme a lo mencionado arriba⁸⁹. 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 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 del otro, aunque más objetivo, elemento constitutivo de cualquier 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 la decisión en *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 potencial⁹². 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 ciudadanos particulares), por ejemplo, la confiscación de drogas o el desarme de un poseedor ilegítimo, no puede estar prohibida y, por eso, no puede ser objeto de una criminalización⁹³. 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 sanción⁹⁴.

Por supuesto, estas restricciones no alcanzan para conciliar la criminalización de la posesión de objetos neutrales o de uso dual con el principio de culpabilidad. Como ya se ha argumentado arriba⁹⁵, 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 “difícilmente” confiable

⁸⁹ *Supra* nota 42 y texto principal.

⁹⁰ Para el primero de ellos HOCHMAYR, Gudrun, ob. cit., p. 126, para el último STRUENSEE, Eberhard, ob. cit., p. 720; para una discusión véase HOCHMAYR, Gudrun, ob. cit., pp. 125, 127.

⁹¹ ORMEROD, D, ob. cit., pp. 173, 174, 916; SIMESTER, A.P, SPENCER, J.R, SULLIVAN, G.R., VIRGO, G.J, ob. cit., p. 162; en relación con el uso de este elemento para una expansión de la responsabilidad en ASHWORTH, A, HORDER, J.C, Principles of Criminal Law, ob. cit., p. 98; SIMESTER, A.P, SPENCER, J.R, SULLIVAN, G.R., VIRGO, G.J, ob. cit., p. 163; ORMEROD, D, ob. cit., p. 174.

⁹² SIMESTER, A.P, SPENCER, J.R, SULLIVAN, G.R., VIRGO, G.J, ob. cit., p. 164.

⁹³ La actual ley concede la defensa en estas situaciones, véase por ejemplo la Directiva Europea 2011/92/EU de 13 de diciembre de 2011 (sobre la criminalización de, entre otras cosas, la posesión de pornografía infantil), recital 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, M.D, KELMAN, M, ob. cit., pp. 269, 270.

⁹⁴ HOCHMAYR, Gudrun, ob. cit., pp. 88 y ss., 91 (“Gewahrsam zur Gefahrenbeseitigung”).

⁹⁵ *Supra* nota 11 y texto principal.

que indique esta peligrosidad, la criminalización se basa en la prueba de la intención del poseedor de usar el respectivo objeto de modo criminal⁹⁶. De hecho, esta intención de usar, como un objetivo específico de la posesión, vincula a esta con una conducta y de ese modo la distingue de un mero delito de posesión⁹⁷.

⁹⁶ Véase además FLETCHER, G.P, ob. cit., pp. 199, 200; ORMEROD, D, ob. cit., p. 916 (con referencia al fraude, pero para una aplicación más amplia).

⁹⁷ Véase además LAGODNY, Otto, ob. cit., pp. 334, 335. DUFF, R.A, ob. cit., 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).