

2. CONTEXTO POLÍTICO-CRIMINAL

En los últimos años, se percibe una clara tendencia a introducir en los Códigos penales cada vez más delitos de posesión y de estatus. ¿Cuáles son las razones de política criminal que mueven al legislador a recurrir a ellos? En mi opinión, la evolución del Derecho penal de los últimos años presenta algunos rasgos que sirven para entender tales razones. En las líneas que siguen no se pretende hacer una descripción general de las tendencias del Derecho penal actual, sino única y exclusivamente esbozar aquellas características que contribuyen a comprender el aumento del recurso por parte del legislador a los tipos de posesión y estatus.

2.1. LA EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL

Tal como la doctrina ha destacado en los últimos años, actualmente existe una tendencia general a la expansión del Derecho penal, la cual se debe, en gran parte, al aumento de las demandas sociales de seguridad.¹¹ Causa de esa exigencia de “más Derecho penal” por parte de la sociedad es el aumento de la sensación

11. Sobre el panorama de la expansión del Derecho penal, SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, p. 20 ss.; cfr., también, CANCIO MELIÁ, ¿«Derecho penal» del enemigo?, p. 62 ss.; MENDOZA BUERGO, *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, p. 30 ss. Cfr., también, ROBINSON, *Harv. L. Rev.*, 114 (2001), p. 1434 s.

social de inseguridad. Curiosamente, aunque puede decirse que, en términos objetivos, los riesgos que amenazan a la sociedad han disminuido, esta última tiene precisamente la percepción contraria, a saber, la de que los riesgos a los que está sometida son cada vez mayores.¹² De entre las causas de este fenómeno, conviene destacar aquí dos de ellas: por una parte, en nuestras sociedades contemporáneas ha aumentado la sensibilidad frente al riesgo;¹³ en efecto, actualmente se tolera menos riesgo y, por ello, se exige una intervención más eficaz del Estado contra los peligros que amenazan a los bienes jurídicos.¹⁴ Por otra parte, han aumentado –o, al menos, así se percibe– riesgos que son cualitativamente distintos a aquellos que tienen su origen en actividades peligrosas –como la producción industrial, etc.–, a saber, los riesgos provenientes de sujetos peligrosos.¹⁵ En efecto, actualmente existe una percepción social según la cual ha aumentado el número de sujetos de quienes no puede esperarse un comportamiento conforme a Derecho. Ello se debe, en parte, a que, en nuestra sociedad, han desaparecido –o, por lo menos, han reducido su influencia– instancias distintas al Derecho penal, como la familia o la ética social, que en el pasado aseguraban el respeto de determinados valores por parte de los ciudadanos.¹⁶ La reducción del papel de estas instancias trae consigo la pérdida de la confianza en que las personas actuarán conforme a Derecho. Entonces, se le

12. HERZOG, *Gesellschaftliche Unsicherheit*, p. 50 ss.

13. HERZOG, *Gesellschaftliche Unsicherheit*, p. 52 ss.; SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, p. 37.

14. Como pone de relieve SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, p. 45, ese aumento de la sensibilidad frente al riesgo se debe a una sobrevaloración de la seguridad frente a la libertad.

15. Son los «riesgos de origen personal» a los que se refiere SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, p. 141 s.

16. Sobre la crisis de la ética social, SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, p. 61 s.: «la ausencia de una ética social mínima hace, en efecto, imprevisible la conducta ajena y produce, obviamente, la angustia que corresponde al esfuerzo permanente de aseguramiento fáctico de las propias expectativas o la constante redefinición de las mismas». Sobre el fenómeno de pérdida de autoridad de la familia en los EEUU, cfr. ALLEN, *The Decline Of The Rehabilitative Ideal*, p. 20 ss.

asigna al Derecho penal la función de asegurar el respeto de esos valores y, por ello, su expansión es una consecuencia inevitable.¹⁷

2.2. LA «ABSOLUTIZACIÓN» DEL FIN DE LA EFICACIA

Otro rasgo del Derecho penal actual es la tendencia a la «absolutización» del fin de la eficacia del *ius puniendi* en la lucha contra el crimen y, en especial, contra la delincuencia grave y la delincuencia organizada.¹⁸ La misma formulación de algunas leyes como leyes «de lucha contra la criminalidad» evoca la idea de la «absolutización» del fin de la eficacia. Obviamente, este planteamiento tiene como consecuencia la pérdida de peso real de principios esenciales del *ius puniendi* como el de *ultima ratio* y conduce a la relativización del respeto a la esfera privada del ciudadano.¹⁹ En efecto, bajo el estandarte de la lucha contra el crimen, se sigue avanzando en la restricción de la libertad, reduciendo progresivamente la esfera de lo privado; la intervención en el ámbito más privado es, en este proceso, una cuestión de tiempo y, si no se llega hasta los pensamientos es, más bien, porque no resulta posible acceder a ellos.

17. HERZOG, *Gesellschaftliche Unsicherheit*, p. 58, p. 70 s., afirma que la pérdida de orientación social tradicional y la decadencia de la orientación a valores reduce la confianza en los miembros de la sociedad; la vida en sociedad se percibe como algo peligroso y, entonces, el Derecho penal aparece como el medio idóneo para dominar «las fuerzas anárquicas y destructivas»; PRITZWITZ, *Strafrecht und Risiko*, p. 44 s., se refiere al «fenómeno de que la sociedad asigna cada vez más tareas al Derecho penal». En efecto, el Derecho penal se convierte en un medio de la política en materia medioambiental, económica, de drogas, etc. y ahí empieza su crisis de efectividad y de legitimidad. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, p. 41 s., p. 63, afirma que se convierte al Derecho penal en un instrumento de «pedagogía político-social», en un «mecanismo de socialización, de civilización»; y esto implica colocar sobre el Derecho penal cargas que no puede soportar.

18. DÍEZ RIPOLLÉS, *RECPC*, 07-01 (2005), p. 01: 29 s.

19. KINDHÄUSER, *Gefährdung*, p. 271, nota 1. También se manifiestan críticos frente a la «absolutización» del fin de la eficacia SILVA SÁNCHEZ, *ADPCP*, 1996, p. 98 ss.; MENDOZA BUERGO, *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, p. 168 s.

La «absolutización» de la eficacia está íntimamente unida a una utilización «preventivista» –no en el sentido del fin de intimidación, sino del fin de neutralización de fuentes de peligro–²⁰ o casi-policial del Derecho penal.²¹ En efecto, en aras a la eficacia, se puede llegar a castigar comportamientos que no afectan a un interés jurídico-penalmente relevante, con el argumento de que el Estado no está dispuesto a esperar a que quien ha dado señales de que puede delinquir inicie la tentativa. Con otras palabras, es más eficaz intervenir antes, aunque no se tenga la certeza de que el sujeto va a cometer un delito y, de este modo, no correr el riesgo de su libertad.²² Cómo en ocasiones el interés en la seguridad pesa más que el interés en la libertad se pone de relieve, por ejemplo, en la sentencia del caso estadounidense *Harmelin v. Michigan*. En este caso, para condenar al acusado de posesión de drogas a cadena perpetua, la sentencia recurrió esencialmente a argumentos «preventivistas»: (1) un consumidor de droga puede cometer crímenes debido a los cambios que se producen, como consecuencia del consumo de droga, en sus funciones psicológicas, carácter, etc.; (2) un consumidor de droga puede cometer crímenes para obtener el dinero necesario para

20. Cfr. STEIKER, J. *Crim. L. & Criminology*, 1998, p. 774; ROBINSON, *Harv. L. Rev.*, 114 (2001), p. 1432.

21. En efecto, si se emplea el Derecho penal como mecanismo para evitar delitos futuros, se desdibujan sus fronteras con el Derecho policial (WOHLERS, *Deliktstypen*, p. 33).

22. Que el aumento de los tipos de posesión y de estatus es fruto de un proceso de «absolutización» del fin de la eficacia en la lucha contra el crimen queda de manifiesto si se examina la legislación penal actual en los EEUU, donde el Derecho penal de la posesión ha adoptado prácticamente un cariz «policial». Así, por ejemplo, en EEUU se justifica la criminalización de la posesión ilegal de armas de fuego con el argumento de que «mediante la prevención de la posesión de un arma se prevendrá cualquier oportunidad de utilizarla abusivamente» (MEYERHOFER, *Ann. Surv. Am. L.*, 219 [1996], p. 220 ss.). Si tuviéramos que ubicar a los países europeos, por una parte, y a EEUU, por otra, en las diferentes fases de desarrollo de esta tendencia al aumento de los tipos de posesión y de estatus, podríamos llegar a la conclusión de que EEUU se encuentra en una fase más avanzada. Por ello, observar qué ocurre con el Derecho penal en aquel país es un modo de ver a dónde conduce la tendencia expansiva que actualmente experimentan los Códigos penales europeos.

comprar droga; (3) en el negocio y la cultura de la droga pueden cometerse crímenes violentos.²³

2.3. «EL RETORNO DE LA INOCUIZACIÓN»

Estrechamente unido a esta «absolutización» del fin de la eficacia se encuentra el resurgir de la inocuización como fin de la pena. Este fenómeno, que SILVA SÁNCHEZ ha denominado el «retorno de la inocuización»,²⁴ no debe sorprender, pues actualmente se vive un momento de crisis de la confianza en la capacidad intimidatoria del Derecho penal (crisis de la prevención general negativa), en su capacidad para reafirmar a los ciudadanos en los valores del ordenamiento jurídico (crisis de la prevención general positiva) y en la posibilidad de resocializar al delincuente a través de la pena (crisis de la prevención especial positiva).²⁵ En efecto, es lógico que, ante este panorama, se vea la pena como mecanismo de inocuización de los delincuentes, los cuales son considerados sujetos «incorregibles». ²⁶ Evidentemente, este fenómeno aproxima el Derecho de la pena al Derecho penal de las medidas de seguridad, pues la dimensión cognitiva de la pena (el aseguramiento, la prevención de hechos futuros mediante la neutralización del delincuente) acapara todo el protagonismo.

Este fenómeno del retorno de la inocuización ha alcanzado su auge en el ámbito jurídico estadounidense, en el que, en los últimos treinta años, la ideología de «*the war on crime*» ha conducido a una fuerte «policialización» del Derecho penal. Claro y, casi, escalofriante, es el análisis que realiza DUBBER de esta situación.

23. Referencias del caso en DUBBER, *Policing Possession*, p. 11.

24. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, p. 142 ss.; el mismo, *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, p. 699 ss. Cfr., también, el análisis que efectúa STEIKER, *J. Crim. L. & Criminology*, 1998, p. 780 ss., de la evolución de las medidas punitivas en EEUU.

25. Cfr., sobre ello, con más detalle, SILVA SÁNCHEZ/FELIP I SABORIT/ROBLES PLANAS/PASTOR MUÑOZ, *La ideología de la seguridad*, p. 121 s.

26. Empleando la terminología de VON LISZT (cfr. al respecto, por todos, ROXIN, *AT*, § 3, 12).

Según este autor, «*the war on crime*» fomenta la utilización del Derecho penal para incapacitar a los «indeseables peligrosos»,²⁷ Desde esta perspectiva, se considera que el delincuente no puede ser resocializado y se concibe la pena como un medio para «exterminar el crimen incapacitando a los criminales».²⁸

2.4. LA RESOLUCIÓN DE PROBLEMAS PROCESALES A TRAVÉS DE LA CREACIÓN DE TIPOS PENALES

En la actualidad se observa que, en algunos casos, la creación de tipos penales es un medio para resolver problemas provenientes del Derecho procesal penal. En concreto, la creación de tipos penales sirve para resolver, por una parte, problemas derivados de la prescripción del delito y, por otra, problemas de prueba de determinados comportamientos. Así, por ejemplo, en lo que respecta a lo primero, en el caso de que un delito de robo con uso de armas haya prescrito, el tipo de tenencia ilícita de armas hace posible castigar de algún modo al autor del robo, pues el plazo de prescripción del delito de tenencia no empezará a correr hasta que cese la posesión.²⁹

En cuanto a lo segundo, la creación de algunos tipos de posesión y estatus podría verse como un recurso útil para castigar cuando se sospecha que un sujeto ha intervenido en un delito grave y no se ha logrado probar de modo suficiente su intervención en el hecho.³⁰ Así, podría entenderse que, cuando el Estado

27. DUBBER, *Policing Possession*, p. 38, pone de relieve que en la «war on crime» no solamente se considera delincuente a quien lleva a cabo una conducta lesiva o peligrosa para intereses individuales o públicos, sino también a aquél cuya conducta indica que está dispuesto a cometer delitos.

28. DUBBER, *Policing Possession*, p. 2.

29. ECKSTEIN, *Besitzdelikte*, p. 79 s.; SCHROEDER, *RDPC*, p. 162.

30. Con base en la posesión se presume que antes o después de ella ha habido o habrá («disposición» a la comisión de un delito) una vinculación del autor con la actividad criminal (DUBBER, *Policing Possession*, p. 12). Se trata de una utilización de la «posesión como presunción» (p. 68).

tiene interés en castigar determinados comportamientos graves y no ha logrado probarlos, tipifica los indicios de esos hechos y convierte a esos indicios en el contenido de tipos penales autónomos. Lo mismo ocurre cuando no se logra probar la adquisición ilegal de un determinado objeto:³¹ la tipificación de su posesión elimina la necesidad de probar el acto de adquisición, así que la persecución penal se simplifica.³² De ser correcto este análisis, en determinados casos, los tipos de posesión y estatus se convertirían en un mecanismo adecuado para castigar a los sospechosos de haber cometido delitos graves. Así parece que operó el castigo de la tenencia ilícita de armas en el caso de la jurisprudencia estadounidense *Apprendi v. New Jersey*.³³ El autor, Apprendi, había efectuado varios disparos en la casa de una familia y fue condenado por posesión de armas; sin embargo, el motivo real de la condena era el hecho (no probado) de que Apprendi había puesto en peligro la vida de los miembros de esa familia.³⁴

Ahora bien, aunque es cierto que los tipos de posesión y estatus pueden servir para castigar a un individuo cuando no hay pruebas de su intervención en el delito por el que realmente se le quiere castigar, ello no legitima su existencia. Es más, si la solución de problemas de prueba fuera el único motivo de la tipificación de los casos de posesión y estatus, esto es, si, de no ser indicios de delitos graves, esos casos no debieran ser considerados penalmente relevantes, habría que negar la legitimidad de estos tipos,³⁵ pues estaríamos ante un Derecho penal de la

31. NESTLER, *La insostenible situación*, p. 69.

32. Así, en Alemania, para la Ley de Reforma de la Ley del Opio [*Gesetz zur Änderung des Opiumgesetzes*], la tipificación de la posesión tenía, según su exposición de motivos, el fin de poder castigar al poseedor sin tener que probar que había adquirido la droga de manera ilegal (referencias en STRUENSEE, *FS-Grünwald*, p. 717, nota 10). Según ECKSTEIN, *Besitzdelikte*, p. 79, esta es una clara finalidad secundaria de los tipos penales de posesión de drogas.

33. *Apprendi v. New Jersey*, 530 U.S. 466 (2000).

34. Además, en los Estados Unidos, las exigencias para dar por probada la posesión son muy pocas y se utiliza un concepto de posesión muy amplio. Cfr., al respecto, DUBBER, *Policing Possession*, p. 26 ss., p. 30 ss.

35. En este sentido, cfr., por todos, ZIRSCHANG, *Gefährdungsdelikte*, p. 367.

sospecha.³⁶ En efecto, un tipo penal no es legítimo cuando la razón de la tipificación no es el comportamiento recogido *en el tipo*, sino otra que se encuentra *fuera de él*. Por ello, si la tenencia ilícita de armas no se castigara por ser un hecho que perturba a la sociedad, sino sólo por ser un indicio de que el poseedor puede haber intervenido en el homicidio, no sería un tipo penal legítimo, por mucho que resultara “práctico” desde el punto de vista de la persecución penal del homicidio en cuestión.

En síntesis, la finalidad de resolver problemas de prueba no justifica los tipos de posesión y estatus, pues no es legítimo crear tipos para castigar “hechos no probados” bajo la apariencia de que se respetan las garantías del Estado de Derecho. Por ello, para fundamentar la legitimidad de estos tipos deberá buscarse la razón del castigo en ellos mismos, deberá ofrecerse una explicación de cuál es su injusto propio.

2.5. ¿LA APARICIÓN DE ENEMIGOS?

En los últimos años se ha desencadenado un debate sobre la cuestión de si, dentro del Derecho penal, existe un «Derecho penal del enemigo», esto es, un Derecho penal en el que la pena no es la respuesta al hecho delictivo de un ciudadano, sino a un «individuo peligroso». JAKOBS, el principal responsable de esta discusión, entiende que existe un Derecho penal del enemigo que se debe diferenciar claramente del Derecho penal de ciudadanos. Según este autor, hay sujetos que «no prestan la garantía cognitiva mínima que es necesaria para el tratamiento como persona».³⁷ Ese sujeto pasa a ser un enemigo y la pena, una reacción dirigida a combatirlo como foco de peligro.³⁸ Así, la pena deja de ser una respuesta al pasado y se convierte en

36. ZIESCHANG, *Gefährdungsdelikte*, p. 367. Crítico, también, CUESTA PASTOR, *Delitos obstáculo*, p. 45 s.

37. JAKOBS, *Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo*, p. 38.

38. DENCKER, *StV*, 1988, p. 264.

un mecanismo de aseguramiento frente a hechos futuros. Esto explica que el Derecho penal del enemigo se caracterice por el adelantamiento de la punibilidad, por las elevadísimas penas y por la reducción o incluso eliminación de determinadas garantías procesales.³⁹ Según el análisis de JAKOBS, la legislación alemana trata como enemigos a los autores de determinados delitos, a saber, a los «individuos que en su actitud (por ejemplo, en el caso de los delitos sexuales), en su vida económica (así, por ejemplo, en el caso de la criminalidad económica, de la criminalidad relacionada con las drogas tóxicas y de otras formas de criminalidad organizada) o mediante su incorporación a una organización (en el caso del terrorismo, en la criminalidad organizada, incluso ya en la conspiración para delinquir, § 30 StGB) se han apartado probablemente de manera duradera, al menos de modo decidido, del Derecho».⁴⁰ Que en el Derecho penal vigente encontramos tipos que encajan con esta explicación ofrecida por JAKOBS es evidente. Basta echar una ojeada a la legislación penal española en materia de terrorismo;⁴¹ parece que la dureza de las penas y las restricciones de las garantías procesales se podría explicar con el argumento de que los autores de estos delitos no ofrecen los mínimos de seguridad cognitiva para que se pueda confiar en que respetarán el Derecho.⁴²

Como es sabido, la propuesta de JAKOBS ha generado una intensa discusión. Algunos autores han admitido la existencia de ese Derecho penal del enemigo, bien exigiendo que esté claramente diferenciado del Derecho penal de ciudadanos,⁴³ o bien caracterizándolo como una «tercera velocidad» del Derecho penal

39. JAKOBS, *Criminalización*, p. 138 ss.; el mismo, *Die deutsche Strafrechtswissenschaft*, p. 51 s.

40. JAKOBS, *Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo*, p. 39 s.

41. FARALDO CABANA, *Nuevos retos*, p. 300 ss.

42. Cfr. el análisis de CANCIO MELIÁ, «Derecho penal del enemigo?», p. 84 s.; cfr. también, FARALDO CABANA, *Nuevos retos*, p. 305 ss.; GRACIA MARTÍN, *RECPC*, 07-02 (2005), 02:9 ss., así como la posición crítica de PORTILLA CONTRERAS, *LH-Bacigalupo*, I, p. 693 ss. y la de MUÑOZ CONDE, *Revista Penal*, 9 (2002), p. 42 ss.

43. JAKOBS, *Staatliche Strafe*, p. 45.

para ámbitos excepcionales y por un tiempo limitado.⁴⁴ Otros lo rechazan,⁴⁵ porque consideran que un Derecho penal que no estabiliza normas, sino que demoniza grupos de infractores⁴⁶ –y que, por tanto, no es un Derecho penal del hecho, sino de autor–⁴⁷ es una contradicción en los términos.⁴⁸

Ahora bien, ¿por qué interesa en este trabajo hacer referencia al debate sobre el Derecho penal del enemigo? Porque hay elementos del Derecho penal del enemigo que aparecen, por lo menos como hipótesis, en la explicación de algunos tipos de posesión y estatus. En efecto, en lo que sigue, plantearé si algunos delitos de posesión o de estatus son reacciones del Derecho penal frente a «sujetos peligrosos» y no frente a «hechos peligrosos»;⁴⁹ esa hipótesis no anda lejos del Derecho penal del enemigo o, en caso de que se rechace la existencia de esta clase de Derecho penal, de un Derecho penal cuyo concepto de injusto ya no tiene que ver con el comportamiento socialmente perturbador, sino con el autor.

2.6. LA AUTOPROTECCIÓN DEL ESTADO

Por último, interesa preguntarse si actualmente el legislador recurre a la creación de tipos penales con la finalidad de «auto-protegerse»,⁵⁰ de asegurar su eficacia en el cumplimiento de sus funciones. SILVA SÁNCHEZ ha hecho referencia a este fenómeno

44. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, p. 163 s.

45. Claramente en contra, SCHÜNEMANN, GA, 2001, p. 211 s., quien critica con especial intensidad las importantes consecuencias que derivan del hecho de dejar de considerar a un sujeto «ciudadano» y convertirlo en «enemigo».

46. CANCIO MELIÁ, *¿Derecho penal del enemigo?*, p. 93.

47. De acuerdo en este punto, GRACIA MARTÍN, *RECPC*, 07-02 (2005), 02:22.

48. Por esta razón, CANCIO MELIÁ, *¿Derecho penal del enemigo?*, p. 93 ss., sostiene que frente a los denominados «enemigos» debe producirse una reacción penal normal.

49. Cfr., al respecto, SILVA SÁNCHEZ/FELIP I SABORIT/ROBLES PLANAS/PASTOR MUÑOZ, *La ideología de la seguridad*, p. 129 ss.

50. Así, LAGODNY, *Strafrecht*, p. 333.

como rasgo del Derecho penal actual⁵¹ y ha analizado en estos términos el delito societario del art. 294 CP, precepto que castiga a los administradores de hecho o de derecho que nieguen o impidan la actuación de las personas, órganos o entidades inspectoras o supervisoras.⁵² Ciertamente, si se intenta profundizar en la lógica de este tipo, parece que su injusto consiste en impedir al Estado desarrollar su actividad de inspección o supervisión.

Pues bien, esta tendencia a emplear el Derecho penal como mecanismo de «autoprotección del Estado» también podría descubrirse, quizás, en algunos tipos de posesión y estatus. En concreto, la hipótesis podría plantearse respecto a los tipos que castigan la posesión de determinados objetos «sin licencia» o «de manera ilegal». Así, por ejemplo, podría pensarse que el tipo del art. 564 CP, que castiga la tenencia de armas de fuego reglamentadas «careciendo de las licencias o permisos necesarios», protege el cumplimiento de la normativa administrativa (Reglamento de Armas) y, con ello, la función de control por parte del Estado de determinados objetos peligrosos. En caso de ser cierta esta hipótesis, la pregunta que se plantearía es la de si esta utilización del Derecho penal para castigar la desobediencia –pues no parece que la presencia o ausencia de licencia alteren la peligrosidad de la tenencia de armas– es legítima.

2.7. CONCLUSIONES PROVISIONALES

En síntesis, muchos son los factores que pueden contribuir a comprender por qué los tipos de posesión y de estatus son un instrumento útil de la política criminal actual. Ahora bien, no hay que olvidar que la eventual utilidad político-criminal de estos tipos no los hace legítimos. Por ello, las páginas que siguen se concentran en el estudio de los delitos de posesión y de estatus desde una perspectiva dogmática y en la cuestión de su legitimidad.

51. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, p. 136 ss.

52. SILVA SÁNCHEZ, *¿Libertad económica o fraudes punibles?*, p. 318 ss.

