

Recensiones:

Recensión a Elena NÚÑEZ CASTAÑO, *Libertad de expresión y Derecho penal: La criminalización de los discursos extremos*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022, 294 páginas, por Gustavo DELGADO MORALES

Recensión a Enara GARRO CARRERA, *Paso del tiempo y respuesta penal. Derecho comparado y propuestas de lege ferenda para la regulación española*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, 252 páginas, por Leopoldo PUENTE RODRÍGUEZ

Recensión a Carlos VIVEIROS, *Delitos de posesión: una investigación dogmática y político-criminal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, 328 páginas, por Juan Pablo COX LEIXELARD

-

InDret

2.2024

Elena Núñez Castaño, Libertad de expresión y Derecho penal: La criminalización de los discursos extremos, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022, 294 páginas

Gustavo Delgado Morales
Universidad de Navarra
gdelgadamor@alumni.unav.es

-

La obra que NÚÑEZ CASTAÑO nos presenta es una de las últimas producciones científicas de su extensa y rigurosa carrera académica a lo largo de varios lustros en la Universidad de Sevilla. En esta ocasión, se centra en un exhaustivo análisis del régimen jurídico de la libertad de expresión y de las eventuales limitaciones de las que puede ser objeto este derecho. Su estudio se sitúa en el marco de determinados tipos de discursos o expresiones consideradas hostiles, ofensivas o hirientes para algunos colectivos, para la sensibilidad social o, incluso, para el propio sistema del Estado, cuya proliferación ha supuesto paralelamente un notorio incremento de los llamados «delitos de expresión». NÚÑEZ CASTAÑO pretende delimitar el contorno de la libertad de expresión sobre la base de que todo lo que efectivamente pertenece a este concepto no debiera ser considerado delito y, menos aún, que el Derecho penal sea el arma indicada para luchar contra manifestaciones de intolerancia u hostigamiento. Este texto constituye así no solo una herramienta de índole expositiva, sino que, además, permite afrontar la siempre compleja tarea de aplicar el Derecho penal.

Tras un breve prólogo, la obra se divide en cuatro amplios capítulos: el primero que versa sobre cuestiones básicas referidas a la libertad de expresión y los discursos extremos; el capítulo segundo referido a los contornos del derecho a la libertad de expresión; el tercero, sobre la libertad de expresión ante los discursos extremos, el discurso terrorista y el discurso de odio. Finalmente, a modo de conclusión el cuarto capítulo sobre la interpretación de los discursos extremos desde los parámetros de la libertad de expresión. La bibliografía, muy abundante, por cierto, está referida principalmente a autores de lengua española y con alguna referencia a autores norteamericanos que escriben sobre el tema en cuestión desde su particular visión. Entre la bibliografía, destacan autores españoles cuyas líneas de investigación les llevó a analizar en muchos casos los diferentes conflictos de la persecución y represión penal de determinadas conductas y su colisión con algunos de los derechos fundamentales más básicos, por lo que sus aportes son muy valiosos para el presente trabajo. Se proporciona además una descripción detallada de la jurisprudencia del Tribunal Supremo español y la Audiencia Nacional.

En el capítulo 1, se aborda la actual tendencia político-criminal en España y en otros países, que deriva en la imparable expansión de los delitos de expresión y del discurso de odio con el consecuente retroceso de la protección de la libertad de expresión. Esta tendencia criminalizadora, por regla general se caracteriza por la tolerancia de la difusión y expresión de toda clase de ideas u opiniones; no obstante, según el criterio actual, excluye a quienes son intolerantes y mantienen un discurso contrario y peligroso para los fundamentos del propio sistema democrático (p. 31). Este discurso intolerante, en el fondo, no es otra cosa que una

opinión contraria a la línea de pensamiento y/o actuación que se entiende como «correcta» o «normal» por la generalidad de la sociedad (p. 35). Posteriormente, la autora se centra en las perspectivas de configuración de la libertad de expresión y plantea dos modelos: el norteamericano, en el que la libertad de expresión es un derecho absoluto e intangible (p. 52) y el europeo, en el que la libertad de expresión es un derecho limitable (p. 59). Ambos convergen parcialmente en su regulación normativa para convertirse en antagónicos en su desarrollo legislativo y aplicación jurisprudencial (p. 66). Para el caso español se propone, antes que pensar en eventuales sanciones, determinar qué es y qué no es libertad de expresión, de modo que, cuando lo sea, nunca pueda ser considerado delito (p. 71).

Se hace un intento de delimitación de la libertad de expresión en el capítulo 2, y para ello se debate entre la restricción y la regulación como posibles caminos, siempre dentro de lo que ha resuelto previamente el Tribunal Constitucional (pp. 79-92). Se opta inicialmente por uno y posteriormente por el otro. Se decanta la autora en su planteamiento por lo sostenido en el modelo norteamericano de permitir todo tipo de discurso con relevancia pública siempre que no exista un «*clear and present danger*» (p. 100). Igualmente, considera que esa fue la tendencia del Tribunal Constitucional inicial hasta que optó por la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sin considerar que el sistema político español al no estar configurado como una democracia militante, debería permitir cualquier tipo de discurso con relevancia pública (p. 100).

El análisis de las figuras del discurso de odio y del discurso terrorista como dos de las principales razones para restringir la libertad de expresión es la materia sobre la que versa el capítulo 3, el más extenso de todos. Por un lado, en el discurso de odio se reflexiona si el «odiar» puede estar en efecto prohibido, y, más aún, sancionado en un ordenamiento jurídico, en donde al aceptarlo se caería en la práctica de sancionar sentimientos (p. 124). Se estima que la esencia de qué tipo de expresiones constituyen delito no radica en identificar cuáles son los elementos que componen el tipo penal, sino en identificar qué circunstancias deben concurrir en el discurso difundido para considerar que este ya sobrepasó las barreras del derecho a la libertad de expresión y solo en ese caso puede ser prohibido (p. 128). Seguidamente, se analizan los ejes fundamentales sobre los que gira la interpretación de las distintas figuras que forman los discursos extremos: i) la incitación indirecta para la creación de un riesgo genérico (pp. 134-138); y ii) la producción o favorecimiento de un clima de hostilidad (pp. 138-148). Por otro lado, se hace referencia al enaltecimiento del terrorismo, en donde se señala que el Código Penal de 1995 no hacía mención a ningún tipo penal relativo a la provocación o justificación del terrorismo, pero uno de sus objetos fue el de «frenar el terrorismo» impulsado por ETA (p. 150). Posteriormente, a la luz de la jurisprudencia, se analiza esta figura penal desde su tipo base, es decir, como mero acto comunicativo (p. 160). Asimismo, se confirma la incorporación que hace la sentencia del Tribunal Constitucional 112/2016 de requisitos tales como elemento tendencial, incitación, riesgo para otros derechos y clima social (pp. 164-168). Finalmente, se hace una reflexión sobre la propuesta de tipificar la exaltación del franquismo, en donde se reafirma que la mayor manifestación de intolerancia es la criminalización de los intolerantes (p. 247). Además, se agrega que su incorporación, por más nefasto que le resulte a muchos el régimen franquista, constituye una violación a la libertad de expresión, salvo que a ello se una un plus de afección directa de otros bienes o derechos ajenos (p. 251), como desencadenar conductas violentas, además de las que atenten el honor (p. 254).

A modo de conclusión, el capítulo 4 se centra en la interpretación de los discursos extremos desde los parámetros de la libertad de expresión. La autora considera que centrarse en la sanción y

erradicación de un discurso hostil lleva a varias consecuencias. La primera, el retorno a un puritanismo social y jurídico extremo y carente de fundamento en un Estado democrático de Derecho, que implica que se confunda lo ético y moral con el ámbito jurídico. Todo esto en razón del miedo a lo diferente (p. 256). La segunda, la afeción a la libertad de expresión que podría implicar el castigo de determinado tipo de ideas, que al ser comunicadas pueden tener influencia o seguimiento en aquellos que las escuchan (p. 257). Se considera que ha sido tal la afectación a la libertad de expresión, que la jurisprudencia ha llegado a avalar la legitimidad del castigo del simple acto comunicativo (p. 259). La autora reafirma su posición de que el ejercicio legítimo de la libertad de expresión no admite límites ni sanciones, y el castigo de tal comportamiento solo será lícito cuando la sanción no alcance a ese derecho fundamental (p. 265). Por último, se aboga por la supresión de los delitos de expresión o del discurso de odio, ya que se considera al Derecho penal como inadecuado para luchar contra la intolerancia. Se afirma que dichos discursos solo podrán ser combatidos desde el propio discurso que los rebata; de lo contrario, se pone en riesgo la tolerancia y el pluralismo, principios rectores de un Estado de Derecho (p. 283).

La autora se centra en esta obra en investigar la criminalización de los discursos extremos y su posible colisión con el derecho a la libertad de expresión. Su visión en este aspecto es enriquecedora para el debate actual sobre el tema. Seguidamente, expongo las reflexiones a las que la lectura de su obra me llevó.

En principio, resulta sumamente interesante, dado el debate actual, saber hasta qué punto pueden ejercer las personas el derecho a la libertad de expresión; en vista de que cada vez más se tipifican nuevas figuras de delitos, en donde se busca sancionar algunas manifestaciones de este derecho; los cuales pueden revestir violencia o incitación a esta contra determinadas personas, grupos de ciudadanos, colectivos, instituciones, seguridad pública, la moral misma o el ensalzamiento de actitudes o posiciones que se consideran contrarias al Estado de Derecho, entre varios otros. La autora analiza las dos perspectivas existentes de configuración de la libertad de expresión. Por un lado, el modelo europeo que considera la libertad de expresión como un derecho limitable (pp. 59-66), en donde se encuentra España (pp. 66-71). Por el otro lado, el modelo norteamericano, que establece la libertad de expresión como un derecho absoluto e intangible (pp. 52-59), que es la posición por la que se decanta la autora. El libro, a lo largo de todo su desarrollo, expone esta posición y esboza razones que la sostienen. Al hablar de derechos ilimitados, se entiende que no pueden ser dotados de barreras, porque en su naturaleza misma son absolutos. Sin embargo, desde mi punto de vista, resultaría importante analizar el alcance de lo que implicaría realmente el cambio de paradigma europeo hacia la adopción de un derecho a la libertad de expresión ilimitado que es en el fondo lo que se propone. El creer que existen derechos que en su ejercicio son ilimitados esconde un riesgo, que es justamente desconocer que hay circunstancias que demuestran que el ejercicio de los derechos, aun dentro de un estado democrático, a veces no impide que colisionen entre sí y que, por lo tanto, si existe un derecho absoluto a la libertad de expresión, en contraposición, se podría alegar igualmente la existencia de un derecho al honor también absoluto. Estos derechos «inconmensurables» van a terminar por entrar en tensión en algún momento, puesto que caminan juntos por la misma vía y se sobredimensiona de tal manera que, al afirmar su indeterminación, no van a poder existir sin encontrarse frontalmente en un determinado momento. Una solución aparente a la afirmación de existencia de derechos totalmente absolutos sería el establecimiento de algunos derechos más relevantes que otros, para que en el momento de su colisión resulte más sencilla la solución del dilema; no obstante, esto resultaría en un despropósito jurídico ciertamente. Parece que la autora es consciente de este hecho cuando manifiesta que no existe prelación entre los derechos

fundamentales (p. 100), pero no es clara del todo en las consecuencias de lo que implica el carácter absoluto de la libertad de expresión.

Asimismo, para la colisión de derechos que es innegable y que NÚÑEZ CASTAÑO en el fondo no contradice, construye una figura distinta a la colisión de derechos, a la que denomina «intromisión de un derecho en el espacio de otro» (p. 271), por la que en el ejercicio de la libertad de expresión, este puede exceder el ámbito de derecho fundamental y consiguientemente afectar (por peligro o por lesión) otro derecho fundamental, de manera que la conducta realizada ya no constituye el ejercicio del derecho a la libertad de expresión en sí mismo, sino que pasa a ser una intromisión en el núcleo esencial de otro derecho y ya no encuentra amparo constitucional (p. 100). A efectos prácticos resulta lo mismo, pero con denominación diferente. Es evidente que, en esta intromisión de un derecho en el espacio de otro, aquello que se contraponga a un derecho o que impida su ejercicio pueda ser sancionado o se establezca un mecanismo para evitar dicha injerencia. En este caso, la legislación utiliza la sanción penal, y podría ser discutible si es la vía idónea; pero sea esta o cualquier otra, la sanción (pena), resulta necesaria al menos por su efecto disuasivo y preventivo. Esta sanción se da justo en el marco de intento de protección de otros derechos fundamentales, que eventualmente se verían vulnerados por el derecho a la libertad de expresión y no necesariamente motivados por el miedo a la discrepancia o al pensar distinto que afirma la autora (p. 108): en determinadas circunstancias puede darse, pero no siempre. Ni mucho menos con la finalidad de imponer una moral social dominante que nos acerque a épocas pasadas de restricción de derechos y de censura (p. 23), sino que es simplemente un intento de protección, contra un bien tanpreciado como es el honor, por ejemplo.

Finalmente, una observación respecto a las conclusiones. A pesar de ser lo suficientemente claras como en el último capítulo puede notarse (pp. 255-283), resultan reiterativas, toda vez que a lo largo del desarrollo del texto se han desarrollado y continuamente remarcado tanto al final de cada capítulo como en el desarrollo de estos. Siempre se espera que la parte final contenga un desenlace aunque no inédito, puesto que puede inferirse del desarrollo del texto, pero cabe confiar en que al menos se evitará la frecuente narración de estas conclusiones a efectos de hacer menos previsible la lectura.

No cabe duda que NÚÑEZ CASTAÑO ha tratado un tema relevante con una visión académica muy clara y pertinente. Con ello busca evitar la actual proliferación de figuras penales para cada tipo de discurso de odio (p. 247); las cuales, prometen seguir creciendo, debido al surgimiento cada vez mayor de nuevos grupos que reclaman sentirse ofendidos y que estiman que cada opinión que discrepe de la suya deba ser proscrita definitivamente.

Con los abundantes ejemplos jurisprudenciales aportados por la autora, puede verse que, si bien existen atentados en los que se cabe demostrar una efectiva lesión a la dignidad y que realmente afecta la autonomía personal, debe exigirse –en opinión de la autora– una directa afectación de otros bienes jurídicos (p. 282). En la línea de un sector doctrinal cada vez más numeroso que aboga por la supresión de muchas figuras penales que se dan en la actualidad (p. 280), se requiere también un mejor control para apreciar qué configura un delito de odio y qué no. Obras como la presente investigación pueden aportar mucho, y con seguridad ha de hacerlo. El contenido del libro es muy rico y presenta de forma frontal su defensa de la libertad de expresión con rigor, profundidad y precisión.

Enara Garro Carrera, Paso del tiempo y respuesta penal. Derecho comparado y propuestas de lege ferenda para la regulación española, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, 252 páginas

Leopoldo Puente Rodríguez
Universidad Autónoma de Madrid
leopoldo.puente@uam.es

La Profesora Enara GARRO acaba de publicar un interesantísimo libro en el que aborda, desde una perspectiva amplia y original, el problema de la prescripción del delito en nuestro ordenamiento jurídico. El enfoque resulta amplio no solo por la estructura que a continuación se explicará, sino también porque su contenido se expande más allá de lo que suele ser habitual. El planteamiento merece también ser valorado como original dado que, simplificando ahora su posición, aboga por invertir los términos en los que la discusión ha transcurrido por lo general. Lo que habría que legitimar no es por qué algunos delitos no deberían prescribir, sino por qué podrían hacerlo otros. Ya solamente un planteamiento de esta clase, con independencia de las importantes aportaciones que la obra contiene (de las que luego se destacarán algunas), amerita una valoración muy positiva del trabajo.

Este se articula, más allá de la necesaria «Presentación» y de una «Reflexión final», en tres partes diferenciadas. La primera de ellas se centra en la discutida cuestión del fundamento de la prescripción. La segunda aporta, por su parte, un importante estudio de Derecho comparado en el que se da cuenta de las principales notas (legales y doctrinales) de la prescripción en Alemania, Austria y Suiza. La tercera parte, finalmente, expone la toma de posición de la autora y sus valientes propuestas de *lege ferenda* (que luego discutiré). El objeto central que inspirará todo el trabajo, señala GARRO CARRERA, «no reside en presentar en detalle las particularidades que la prescripción adopta en uno u otro ordenamiento jurídico, sino en analizar y tomar postura sobre su esencia y razón de ser dentro del entramado penal» (pp. 12-13).

Una cuestión previa que quizás valga la pena hacer notar es que el objeto de esta monografía encaja perfectamente (en contra de lo que quizás una apresurada aproximación pudiera sugerir) con buena parte de las investigaciones previas de su autora, fundamentalmente con su estudio del comportamiento postdelictivo y su incidencia en la pena. Y es que, como la Profesora GARRO señalará en más de una ocasión, pretende conceder relevancia al paso del tiempo en nuestro orden penal en el marco de un sistema algo más amplio. Ese será, precisamente, el punto de partida que confiesa la autora al señalar que «se sostendrá que la prescripción puede integrarse en un sistema que asuma que la necesidad de reaccionar ante un delito no se corresponde con una medida estanca que dependa sólo de la gravedad del injusto culpable, sino que fluctúa también en función de las circunstancias postconsumativas, incluido el paso del tiempo» (p. 13).

El primero de los apartados «sustantivos» («II. Fundamento de la prescripción») presenta de manera clara y sucinta la discusión que en la doctrina se ha producido sobre el fundamento de esta institución y lo hace, además, aportando valiosas consideraciones críticas. Así, expone

alguna fundamentación ya caída, *en parte*, en el olvido (en concreto, la «teoría del poder del tiempo», pp. 16-20), que entiende que el paso del tiempo, por sí mismo, es capaz de «destruir por su propia fuerza la relación entre el delito y la pena» (p. 17) y lleva a cabo una cierta puesta en valor de estos postulados. Así, considera la autora que las críticas que se han dirigido a esta concepción, en parte, «resultan equivocadas» y que «esta teoría coloca el tiempo en la centralidad de la discusión» (p. 20). Tras ello, presenta posibilidades más ampliamente conocidas por nuestra doctrina. Por un lado, ofrece una exposición y crítica de las llamadas «fundamentaciones procesales» (pp. 21-30) y que se sustentan, principalmente, en la idea de que la prescripción se podría erigir sobre las previsibles dificultades probatorias que acompañarían al paso del tiempo o en razones de economía procesal que explicarían la renuncia a perseguir sucesos acaecidos demasiado tiempo atrás. Estas fundamentaciones resultan para la Profesora GARRO insuficientes (pp. 24-26, 28-29). Tales planteamientos, aun contando con algunos puntos a su favor, no serían, a juicio de la autora, aptos para explicar por sí mismos la razón de este instituto.

Las «fundamentaciones materiales» (pp. 31-57), por las que la autora muestra algo más de simpatía, no corren, sin embargo, mucha mejor suerte. Se defiende que la prescripción no se podría sustentar en el decaimiento de las necesidades de prevención especial, ni en la «mutabilidad de la psique humana» del autor, pues «el enfoque preventivo especial como referencia única para fundamentar el castigo (y la renuncia a él que supone la prescripción) resultaría incompatible con el sentido y fines de la intervención penal» (p. 40). Además, reputa cuestionable que el paso del tiempo influya sobre el autor del delito de manera tan intensa como para legitimar la prescripción de su delito (p. 37). Por su parte, la prevención general positiva partiría de un núcleo cierto, dado que «es difícil negar que la actualidad de un suceso explica gran parte del impacto que crea y la importancia general que se le confiere (...) la conmoción que ocasiona una noticia suele ser inversamente proporcional a su antigüedad» (p. 41). Expone convincentemente la autora que «hay elementos posteriores al hecho que inciden en el juicio de su carácter desestabilizador, de modo que la decisión sobre la reacción penal tiene que atender e integrar los elementos que van más allá de la unidad de significado que constituye el injusto culpable. El comportamiento postdelictivo positivo (...) es uno de esos elementos (...) En el caso de la prescripción no se aprecia ninguna conducta meritoria en quien cometió el delito, solo el paso del tiempo. Y, sin embargo, la imposición de una pena ajustada al injusto culpable (...) décadas después de cometido un hecho sin tener en cuenta el tiempo transcurrido se antojaría perturbadora» (p. 44). No obstante, «precisamente porque el paso del tiempo no lo zanja todo, hay casos en los que al transcurso de los años no debiera reconocérsele el mismo efecto de extinción de la responsabilidad que se anuda al cumplimiento de la condena. Casos en los que (...) una intervención tardía no resulta perturbadora e incomprensible, sino imprescindible» (pp. 52-53). En cualquier caso, rechaza GARRO CARRERA que esta clase de consideraciones conduzca a una reducción del injusto (pp. 54-57). Como cierre del capítulo se aborda un también discutible entendimiento de que la prescripción del delito pueda constituir un «derecho humano», que la autora también rechaza (pp. 57-61). El balance para quien simpatice con la institución no puede ser, en definitiva, más negativo: la prescripción no contaría con un fundamento sólido.

La segunda parte sustantiva del trabajo es la que se centra en el estudio del Derecho comparado («III. Derecho comparado»). Como explica la Profesora GARRO, un estudio de esta naturaleza «resultará útil sobre todo a efectos de visibilizar que, pese a la inercia de consagrar la prescripción de la inmensa mayoría de los delitos, concurre una considerable relatividad respecto a las excepciones que se contemplan en cada país» (p. 64). El contenido de este capítulo es, como sucede en el anterior, muy rico y no se puede dar debida cuenta de él en este breve espacio. Me

limitaré a señalar dos aportaciones que me parecen especialmente llamativas. Por un lado, al explicar el proceso legislativo que siguió a la caída del régimen nacionalsocialista en Alemania, GARRO CARRERA pone de manifiesto como un buen puñado de reformas legislativas se dirigieron precisamente a extender una y otra vez los plazos de prescripción para evitar la impunidad de muchos de los delitos cometidos en aquel periodo (pp. 64-68). Igualmente, se destaca que en la literatura alemana predomina la fundamentación procesal de la prescripción y su consideración como una institución de naturaleza eminentemente también procesal, con las consecuencias que, en Alemania, ello conlleva (especialmente en lo relativo a la aplicación retroactiva de plazos desfavorables de prescripción, pp. 68-76). La duda que le puede quedar al lector es si la combinación de ambos factores es casual u obedece a un caso más de «contaminación política» (no necesariamente reprochable) de la pretendidamente pura y aséptica «ciencia» penal alemana. Otro aspecto de este capítulo que quisiera destacar ahora es la evidencia (tras el estudio ofrecido en el trabajo, no antes) de lo complejo que resulta comparar los regímenes de prescripción de distintos ordenamientos jurídicos. No importan solo los plazos y la lista de delitos imprescriptibles, sino también cuándo empiezan a computarse, cuáles son las causas de suspensión del plazo, las de su interrupción, o, incluso, lo que se dispone en legislación penal especial (algo muy relevante en los países que la autora analiza).

El último capítulo sustantivo («IV. La respuesta penal ante el paso del tiempo») resulta el más provocador y discutible. Este comienza con una dura crítica a las fundamentaciones mixtas de la prescripción. Allí se señala que «la extinción de la pena transcurrida cierta cantidad de tiempo suele justificarse aduciendo una serie de fundamentos, que habitualmente se invocan de forma unitaria o yuxtapuesta, sin excesiva matización, quizá entendiendo que en el cajón de sastre que constituyen todos ellos, siempre podrá rescatarse alguno que en el caso concreto explique el decaimiento de la pretensión punitiva (...) A menudo se constata una especie de popurrí argumentativo en el que la indeterminación no parece resultar demasiado molesta» (pp. 181-182). Tras ello, se presenta brevemente la regulación de la prescripción del delito en España para que sirva de contexto a sus inminentes propuestas de *lege ferenda* (pp. 185-190). Dichas propuestas de *lege ferenda* (que la autora ha calificado antes, de forma algo «engañosa», como «de mínimos», p. 183) son dos: la generalización de la imprescriptibilidad en delitos que supongan ataques graves (castigados con penas de cinco o más años de prisión) frente a importantes bienes jurídicos de carácter personal (pp. 190-203) y la inclusión expresa en nuestro Código de una «atenuante de paso del tiempo» (pp. 204-222). Lo primero constituye un corolario lógico de que no se hayan encontrado «motivos convincentes que expliquen la total irrelevancia penal de ciertas conductas por el mero paso del tiempo» (p. 191) y de que la clase de delitos escogidos presente evidentes especialidades (pp. 192-202). Lo segundo se desprende con facilidad de que «si se admite que el paso del tiempo despliega un efecto sobre la necesidad de pena, es razonable reconocer también, por la propia naturaleza de la circunstancia, que dicho efecto sea graduable» (p. 204). De la combinación de ambas propuestas concluye que la persecución tardía de delitos graves podría dar lugar a atemperaciones de pena tan relevantes que impidieran el ingreso en prisión del autor del delito, lo que, en cualquier caso, no sería algo necesariamente reprochable, habida cuenta de que la declaración de responsabilidad de un autor, aunque tardía, puede desempeñar un papel muy importante (pp. 222-231).

La monografía concluye, como se ha indicado, con una «Reflexión final» destinada a confirmar la tesis esencial de la obra.

El trabajo hasta ahora descrito cuenta con un valor muy destacable tanto por su profundidad, como por su heterodoxia. Un planteamiento radical (como en el fondo se esconde en la obra, aunque trate siempre de «camuflarse» con apelaciones a «propuestas de mínimos») permite la existencia de discusiones que, con planteamientos más moderados, pueden resultar imposibles. Creo, además, que todo lo propuesto en el trabajo se encuentra razonado y no hay nada que se sostenga sin una sólida base detrás. Sin embargo, mi discrepancia con varias de sus consideraciones no puede ser más profunda. Por razones de espacio, me limitaré a enunciar mis divergencias en tres puntos concretos: su crítica a una fundamentación mixta de la prescripción, mi rechazo hacia la generalización del régimen de imprescriptibilidad y mi oposición al establecimiento en nuestro Código de una atenuante por el paso del tiempo.

En cuanto a la primera discrepancia, manifiesto directamente mi opinión (que trataré de desarrollar brevemente): el instituto de la prescripción sí que cuenta con un fundamento suficiente, pero este, necesariamente, ha de ser plural. De esta primera disconformidad nacerán, lógicamente, dos caminos muy diferentes (que son el que recorre GARRO CARRERA y el que recorro yo mismo). Si la prescripción carece de fundamento, es razonable defender la imprescriptibilidad generalizada y si existe una imprescriptibilidad generalizada, se necesita un instrumento (la atenuante de cuasi-prescripción) que permita alcanzar resultados materialmente satisfactorios. Por el contrario, si la prescripción presenta sólidos fundamentos, la imprescriptibilidad será la excepción y una atenuante por el paso del tiempo será menos necesaria y evidenciará, de paso, algunas de las disfunciones que podría generar.

Con uno de los puntos de partida en este ámbito de la autora sí que coincido: ninguno de los fundamentos que se han propuesto *aisladamente* por la doctrina legitiman por sí solos la prescripción. Nuestra divergencia reside en que, como expliqué, ella rechaza duramente la posibilidad de un fundamento plural (pp. 181-182) y yo, en cambio, la considero más que razonable. Y es que no creo que prácticamente ninguna institución compleja deje reducir su fundamento a una única razón. Si bien es cierto que, como brillantemente expone la autora, las fundamentaciones plurales pueden servir de «popurrí argumentativo» (p. 182) que sirva para legitimar cualquier opinión, la verdad es que muchas veces no está en nuestra mano reconducir dicha pluralidad a un único fundamento, sino que no podemos más que tratar de introducir «algo de orden» en ese caos. Si la crítica que realiza de la fundamentación ecléctica de la prescripción sirviera como baremo para medir la validez de la fundamentación de otras instituciones, pocas sobrevivirían. Sin ir más lejos, será difícil negar que la propia pena responde a una fundamentación, en buen grado, plural. La propia autora lo considera así al desarrollar su propuesta de imprescriptibilidad: «según Hörnle, no resulta convincente una teoría de la pena que base toda su fundamentación sobre un principio simple, “de una sola pieza”. Esto es algo que resulta razonable. La complejidad y heterogeneidad de las conductas delictivas hacen muy difícil diseñar una teoría de trazo grueso que pueda aplicarse a toda la variedad de supuestos. Y si se busca esa cuadratura del círculo, es inevitable perder por el camino matices importantes» (p. 199). Coincido plenamente con ello. Simplemente considero que exactamente lo mismo es predicable con respecto de la prescripción. Si «algo de razón», aunque no toda, se esconde tras todos los fundamentos que se han ofrecido (materiales y procesales) al respecto, ello se traduce en que la prescripción cuenta con varias razones (y no que carece de ellas).

Paso, así, a la segunda discrepancia: lo (a mi juicio) insatisfactorio de su propuesta de generalizar la imprescriptibilidad. Conviene señalar que sus razonamientos son enteramente coherentes y que los detalles de la propuesta (en los que no puedo entrar ahora) se hallan perfectamente

elaborados. Sucede, sencillamente, que nuestra primera discrepancia conduce a esta segunda. Resulta llamativo, para empezar, que la califique de «propuesta de mínimos», pues supondría un cambio radical de nuestro sistema. Para justificar tal carácter, señala la autora que, al fin y al cabo, no se propone la imprescriptibilidad de cualquier delito (pp. 183-184). Sin embargo, no creo que una propuesta se pueda calificar «de mínimos» solo porque pueda haberlas más radicales todavía. Esa condición de la propuesta ha de medirse con respecto al *statu quo* y no en relación con otras hipotéticas reformas que dejaran pequeña la esbozada. En cualquier caso, esto es lo de menos, pues una propuesta puede ser radical (como lo es la de la Profesora GARRO) y resultar también correcta. Mi discrepancia más importante en este punto con el propio planteamiento de la autora (y no con su punto de partida, que ya he cuestionado) reside en que percibo una cierta «tensión interna» en su desarrollo. El razonamiento, sintetizado ahora, sería: el paso del tiempo influye en la necesidad de castigo, pero en determinados delitos no tanto como para hacerlo desaparecer, aunque deberíamos contar con una atenuante que permita, llegado el caso, disminuir tanto la pena como para evitar su imposición. Ello porque, en estos supuestos, la mera declaración de culpabilidad sería suficiente para satisfacer las necesidades sociales. Pues bien, a mi juicio, la tensión emerge cuando (para tratar de legitimar una atenuación de la pena que pueda, incluso, evitar su efectiva imposición) se defiende el trascendental papel que puede tener la mera declaración de culpabilidad (pp. 222-231). Precisamente porque coincido con la autora en que tal declaración puede ser constitutiva de un reproche, no me queda más remedio que asumir que comporta también un mal. En determinados casos, esa declaración podrá satisfacer la propia función de la pena porque equivale a ella. Y si equivale a ella es, en cierta medida, porque cuenta también con cierto componente aflictivo. La prueba más evidente de ello es que si tal veredicto de culpabilidad lo pronuncia un periodista en lugar de un tribunal, el ordenamiento jurídico pretende salvaguardar el honor de esa persona mediante la tipificación de un delito de calumnias. Frente al anciano que alcanza los últimos días de su vida y es censurado como «nazi asesino» por el Estado (por poner un ejemplo muy radical) parece difícil imaginar, de hecho, en nuestro marco jurídico, una respuesta más aflictiva. Concebida la declaración de culpabilidad como un mal (aflictivo) comparable a la pena, no se entiende bien por qué la atenuación tendría que detenerse en la imposición de la pena y no alcanzar también tal veredicto. Si lo alcanza, ya hemos llegado, en realidad, a la prescripción. «La prescripción», como explica la autora en la primera y rotunda frase de su libro, «supone el reconocimiento de un fracaso». Pero el reverso de esta frase no es, entiendo, que la imprescriptibilidad suponga un éxito, sino, solo, la negación de un fracaso que ya se ha producido.

Finalmente, GARRO CARRERA efectúa una muy valiosa propuesta de regulación de atenuante por el paso del tiempo, que cuenta con elementos muy convincentes. De hecho, aunque he sido crítico (y lo sigo siendo) con una circunstancia de esta naturaleza, debo reconocer que su articulación resulta extraordinariamente sugerente en este trabajo. De hecho, frente a lo que he sostenido en otras ocasiones, me convence ahora la idea de la Profesora GARRO de interpretar diversos preceptos suizos y austriacos como modelos (e incluso la práctica de la determinación judicial de la pena en Alemania). Muy valioso resulta también cómo acoge en su propuesta exigencias legales conectadas con finalidades preventivo-especiales (pp. 215-216). Sin embargo, en los últimos tiempos la propuesta de aplicar por vía analógica una atenuación de esta clase o reconocerla legalmente suele ofrecerse como una vía para paliar las consecuencias de plazos de prescripción desmedidos. A mi juicio, defender el ensanchamiento de los plazos de prescripción y la introducción de una atenuante de esta naturaleza recuerda a aquello de poner trono a las causas y cadalso a las consecuencias.

Con independencia de estas discrepancias, que no hubiera sido posible expresar sin la brillantez con las que son expuestas las distintas ideas del trabajo recensionado, mi valoración de la monografía de la Profesora GARRO no puede ser más positiva. Además, aventuro que el libro correrá buena fortuna, pues suministra un sustrato teórico fuerte y razonado para una reivindicación social que, aunque yo mismo no comparto, no se puede negar que se encuentra en auge. Así pues, la monografía no solo contribuye a la discusión científica, sino que ofrece herramientas para que puedan llevarse a cabo importantes reformas legislativas. Por todo ello, ha sido un lujo y un placer para mí poder llevar a cabo esta recensión y, ante todo, disfrutar de la lectura de tan apasionante libro.

Carlos Viveiros, Delitos de posesión: una investigación dogmática y político-criminal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, 328 páginas

Juan Pablo Cox Leixelard
Universidad Adolfo Ibáñez
juan.cox@uai.cl

El libro que tengo el agrado de recensionar combina muy adecuadamente dos ingredientes que suelen no coincidir: una desbordante energía analítica, por una parte, y prolijidad a toda prueba, por la otra. Uno de los temores que surgen frente a obras en las que el ímpetu parece inundarlo todo es encontrarse como lector sumergido en un farragoso escenario que impide ver satisfechas las correlativamente frecuentes promesas que se plantean desde las primeras páginas. Una rápida aproximación a *Delitos de posesión: una investigación dogmática y político-criminal* disipa prontamente este temor. Es una obra excelente; precisa y pulcra. Si se repara en que se trata de un texto que replica el trabajo doctoral de su autor, entonces no queda sino felicitarlo por la madurez que se exhibe en sus páginas, y que le permite controlar férreamente las variadas tentaciones que el tópico ofrece para divagar y apartarse del objetivo trazado.

Carlos VIVEIROS presenta a la comunidad jurídica una obra ambiciosa que previsiblemente será de extrema utilidad en muy variados escenarios, tanto estrictamente académicos como en otros predominantemente profesionales o prácticos. Seguramente el talante del libro se ha visto favorecido por la guía doctoral de Walter PERRON y de José Luis DÍEZ RIPOLLÉS, y aquí solo cabe, entonces, también felicitarle por la selección de sus tutores. Con todo, y como no puede ser de otro modo, se trata de un texto genuinamente personal, en el que se van presentando y analizando muy disímiles argumentos siempre desde su perspectiva particular, tanto al analizar los planteamientos ajenos como al proponer los propios, que son muchísimos. Para intentar dar cuenta de estos atributos seguiré el siguiente esquema: primero identificaré la estructura del libro, para seguidamente comentar muy sucintamente sus puntos centrales. Esos comentarios estarán orientados principalmente a exponer aspectos que estimo especialmente destacables del trabajo. Por contrapartida y en una dimensión muy menor, estarán también dirigidos a explicitar algún desacuerdo o lo que creo puede ser alguna omisión. En uno y otro extremo intento ser lo más fiel posible al texto, convencido de que es el protagonista de este ejercicio.

Delitos de posesión: una investigación dogmática y político-criminal está dividido en tres partes. La primera –*Fundamentos*– está compuesta por dos capítulos. Uno brevísimo (Capítulo 1, «Consideraciones metodológicas y terminológicas preliminares», pp. 31-36) y otro considerablemente más extenso (Capítulo 2, «Panorama general de los delitos de posesión en el ordenamiento jurídico-penal positivo español», pp. 37-79). Es mérito del primero avanzar una distinción que luego será operativa durante buena parte del texto: inspirado en HOCHMAYR, se aclara la bifurcación entre la posesión como título de imputación y la posesión como estado de cosas o resultado prohibido por los tipos de posesión. En el Capítulo 2, a su turno, se aborda justamente la noción de tipo de posesión (pp. 37 ss.) y se pasa revista, clasificándolos, a los tipos así concebidos en el ordenamiento penal español (pp. 49 ss., 60 ss.).

La segunda parte –*Delitos de posesión como delitos de estado*– se integra por un único y largo capítulo (Capítulo 3, «Sobre la teoría de los delitos de posesión como delitos de estado y su apreciación crítica», pp. 83-169), en el que luego de indagar en antecedentes históricos (pp. 84 ss.) y dar cuenta de la discusión española y alemana (pp. 97 ss.), se presentan objeciones, sobre todo constitucionales (pp. 109 ss.), a la concepción de estos delitos defendida por autores como ECKSTEIN, LAMPE y AMBOS. Todos ellos, con matices y a veces en términos puramente aparentes, sostendrían que en estos delitos se manifestaría una responsabilidad penal al menos parcialmente independiente de comportamientos humanos.

La tercera y última parte –*Delitos de posesión como delitos de comportamiento*– se estructura a partir de tres capítulos. En el primero (Capítulo 4, «¿Posesión como categoría de imputación autónoma (*tertium genus*) de la responsabilidad penal por el comportamiento? Sobre el planteamiento de Roxin», pp. 173-192) se escudriña y luego desestima el esfuerzo emprendido por ROXIN por concebir estos delitos como una tercera categoría, complementaria del binomio dogmático comisivo/omisivo como formas de imputación. El segundo capítulo (Capítulo 5, «Planteamiento propio: delitos de posesión como delitos comisivos y/u omisivos, permanentes y de resultado», pp. 193-263) representa el núcleo dogmático del libro y se construye a partir de una distinción crucial entre el establecimiento y el mantenimiento de la custodia sobre el objeto típico de que se trate (pp. 194 ss.). A partir de allí, y luego de dar pistas sobre el modo de comprender la conducta humana (pp. 199 ss.), se sostiene que los delitos de posesión podrán ser activos u omisivos (pp. 203 ss.), al tiempo que son permanentes (pp. 209 ss.) y de resultado (pp. 215 ss.). Retomando el hilo distintivo entre establecimiento y mantenimiento, se abordan controversias dogmáticas específicas, que refuerzan el músculo dogmático de la diferenciación entre las opciones por una consideración comisiva u omisiva (pp. 240 ss., 251 ss.). Cierra esta tercera parte un capítulo (Capítulo 6, «Riesgo de persecución penal de la acción debida de eliminación de la custodia, y su trascendencia político-criminal», pp. 265-304) destinado a aportar formas de comprender y tratar el escenario en el que se halla quien se encuentra obligado a poner fin a su custodia. El análisis político-legislativo y dogmático concluye aquí con una específica propuesta (pp. 290 ss.) que termina traducándose en un borrador de propuesta de reforma legal (p. 304).

Además de unas conclusiones que se articulan en función de la consideración de los tipos de posesión como unos en los que la literalidad del texto describe exclusivamente una relación fáctica de dominio o custodia sobre un objeto corpóreo (pp. 305-315), y que es la noción que guía todo el trabajo, el esqueleto antes esbozado se complementa también con la exposición previa (pp. 25-27) de un elenco de casos didácticos que ilustran supuestos de posesión de objetos. Este listado, compuesto por catorce casos, tres de los cuales son variaciones de otros tantos, luego servirá para poner a prueba los desarrollos que se van hilvanando a lo largo del libro. Con ello queda plasmado, desde el inicio, el talante de esta obra: el espléndido razonamiento dogmático está enfocado en brindar un soporte nítidamente visible a la solución de casos concretos. Este carácter didáctico de la obra la permea cabalmente y pone de manifiesto, también, un fuerte compromiso con la transparencia argumentativa. En su prólogo el profesor DÍEZ RIPOLLÉS alude a la honestidad intelectual del autor y aquí no puede sino estarse muy de acuerdo con esa afirmación.

Más allá del inmenso esfuerzo clarificador y clasificatorio que se despliega a lo largo de las páginas, aquí quisiera destacar solo dos ejercicios conceptuales que acaparan buena parte del texto. El primero está dirigido a rechazar la identificación de los delitos de posesión con los

delitos de estado y, seguidamente, a descartar la legitimidad de una responsabilidad penal sin comportamiento. Se trata de un esfuerzo inmenso que cubre todo el Capítulo 3, el más extenso del libro. El segundo está orientado, a su turno, a desenvolver la propia concepción de Carlos VIVEIROS, que caracteriza a los delitos de posesión como delitos activos u omisivos, permanentes y de resultado. Este trabajo, también notable, colma el Capítulo 5 y requiere como presupuesto, además del desarrollo antedicho, rechazar la posición de quienes como ROXIN defienden la posibilidad de una imputación autónoma como *tertium genus* de la responsabilidad por el comportamiento (rechazo que fundamenta en el breve Capítulo 4).

Luego de pasar revista a los orígenes de la construcción, espacio en el que se las arregla para aportar información muy valiosa –como la referida a los supuestos de *positum habens*–, VIVEIROS desdobra el análisis de los delitos de posesión como delitos de estado primero reconstruyendo las tesis de los autores más representativos y luego sometiendo a evaluación su constitucionalidad. En efecto, concentra su atención primero en ECKSTEIN, seguramente el autor más relevante aquí (pp. 99-107), quien en su reconocida monografía defiende que en los delitos de posesión se manifiesta una responsabilidad penal parcialmente independiente de un comportamiento humano. VIVEIROS ubica junto a él a DEITERS, sosteniendo que, si bien se opone a la responsabilidad por el estado así concebida, las consecuencias prácticas de sus planteamientos serían las mismas que las derivadas de la posición defendida por el discípulo de F.-C. SCHROEDER (pp. 107-108). Por contrapartida, expone que la posición sostenida por LAMPE solo en apariencia pudiera ser tenida como consistente con una verdadera responsabilidad por el estado (pp. 108-109), y en ese mismo horizonte, producto de la ambigüedad de sus planteamientos, se situaría AMBOS (p. 109).

Tomando como eje de referencia a ECKSTEIN se emprende un por momentos fascinante recorrido por la compatibilidad de la caracterización de los delitos de posesión como delitos de estado con las reglas constitucionales. La vocación comparativista del libro cobra aquí un sentido especial, pues se ofrece un panorama paralelo para el caso alemán y el español, tanto en relación con la legalidad como en relación con el principio de imputación subjetiva o de culpabilidad. Tras una introducción conjunta (pp. 110-120), se estudia la viabilidad bajo legalidad de los delitos de estado conforme a la referencia a un hecho (*Tat*) contenida en el artículo 103 apdo.2 GG (pp. 120-122). Aunque se destacan las aportaciones de LAGODNY y OĞLAKCIOĞLU en orden a negar la compatibilidad, se asume en cambio que ni según las pautas del uso corriente del lenguaje ni conforme al lenguaje especializado de corte técnico-jurídico la regulación alemana impediría la responsabilidad penal por el estado: en el contexto social germanófilo se atribuye a *Tat* un sentido más amplio que el consignado en los diccionarios (pp. 122-125). A su vez, en España el escenario constitucional demarcado por el contenido del artículo 25.1 de la Constitución sería en alguna medida equivalente (aunque aquí el texto sería en principio más acotado), pero, y esto sería determinante, el artículo 10 CP sí bloquearía tal posibilidad (pp. 126-128). El estudio emprendido es sofisticado y convincente. También es muy prolijo el emprendido en relación con el principio de imputación subjetiva o de culpabilidad (pp. 129 ss.). Aquí la revisión de los ordenamientos se funde en unos apartados comunes y se construye a partir de variadas distinciones que terminan perfilando un muy sólido bosquejo del principio de imputación subjetiva. En lo que interesa ahora, sitúa el fundamento constitucional positivo en los artículos 1, I GG y 10.1 de la Constitución española, en tanto emanación directa de la dignidad humana como «axioma fundante del Estado de derecho» (p. 142). De la mano de HOCHMAYR desmonta la tesis de ECKSTEIN en relación con un razonamiento del Tribunal Constitucional Federal alemán, según el cual un puro pensamiento del detentador no acompañado de un comportamiento

exterior constituiría igualmente un factor determinante para la existencia del proceso vital externo, de manera que habría allí también una conexión de dominación: pero, recalca HOCHMAYR, nadie controla acontecimientos externos únicamente por la fuerza de su voluntad (p. 146). Se requiere, antes bien, la capacidad de influir concretamente en los acontecimientos y ello implica considerar comportamientos humanos. Luego de enfrentar posibles objeciones (pp. 156-159), se concluye que es inadmisiblemente constitucionalmente la tesis de ECKSTEIN (pp. 164-165). La argumentación es impecable e ilustrativa.

Creo oportuno, aquí, formular un par de comentarios evaluativos. Llama la atención, por una parte, la envergadura del esfuerzo analítico por negar la legitimidad constitucional de la responsabilidad por estado de cosas (rechazando también la identificación de los delitos de posesión con ella). Y es que se trata de una tesis que en el marco de la tradición europea continental revisada en el libro es poco relevante. En efecto, el propio autor asume que los desarrollos propuestos y publicados por ECKSTEIN en 2001 no se corresponden con las posiciones mayoritarias apreciables en la doctrina y jurisprudencia alemanas (pp. 98-99). Si bien dicha obra apareció en un momento en que la discusión era muy incipiente y representó una opción valiosísima a considerar, es evidente que ha venido perdiendo gravitación como modelo explicativo de los delitos de posesión. Destinar un tercio del libro a ponerlo de manifiesto parece un exceso, incluso asumiendo que parte de la muy acuciosa argumentación orientada a hacerle frente pueda ser también funcional a fundamentar la propia tesis defendida más adelante. ¿Digo con esto que dado que la tesis de ECKSTEIN ha devenido casi irrelevante en Alemania no vale la pena someterla a consideración y eventualmente a demolición? No, por supuesto que no. Aquí entronco con un segundo comentario evaluativo que quisiera formular. Los desarrollos de ECKSTEIN no solo permiten afinar por vía de contradicción las concepciones que aprecian en los delitos de posesión genuinos delitos de comportamiento, sino que, en mi opinión más interesante aun, abren una rendija para vislumbrar la vigorosísima discusión angloamericana sobre esta clase delictiva. En efecto, y aunque el profesor de Bochum apenas lo menciona al citar el § 2.01 (4) del Model Penal Code, la lógica de la responsabilidad por estado de cosas calza muy significativamente con algunos extremos de lo que en esa tradición se conoce como responsabilidad por un estado de cosas (*state of affairs responsibility*), emparentada con la responsabilidad estricta (*strict liability*). En ese contexto se ofrecen desarrollos teóricos notables que aportan sustento a una tesis como la de ECKSTEIN y que, más allá de que puedan igualmente ser rechazados, iluminan sus posiciones. Es en alguna medida sorprendente que en el libro de Carlos VIVEIROS no se contemple ninguna (¡ninguna!) referencia a la extensa discusión angloamericana. De haberlo hecho, su trabajo hubiera además podido enfrentar mejor la objeción que Díez Ripollés le presenta en el prólogo, en orden a considerar para la ilegitimidad de los delitos de estado también aspectos de atribución objetiva bajo un principio de imputación personal, desplazando la adopción de una perspectiva únicamente basada en factores subjetivos (pp. 14-15). Como complemento, tener esos antecedentes a la vista también pudo eventualmente servir para meditar sobre la posible relevancia del principio de responsabilidad por el hecho en este plano. Nuevamente en el prólogo (p. 15), Díez Ripollés celebra que en el libro no se acuda a dicho principio para objetar la visión de los delitos de posesión como delitos de estado y, consiguientemente, para rechazar su legitimidad constitucional. Entiendo que de haber enriquecido el análisis incorporando la discusión angloamericana esa referencia al mentado principio sí hubiera sido pertinente, pues marca un punto central allí. En fin, y para que no se me malentienda: la argumentación desplegada en el texto es lo suficientemente refinada y completa como para felicitar sinceramente a su autor. Pero en mi opinión es cuando menos controvertido el énfasis que la tiñe, y que descarta cualquier referencia a una tradición que ha sido

especialmente influyente tanto de cara a la explicación político-criminal de los delitos de posesión cuanto a su fundamentación dogmática y legal.

Como adelanté, el segundo ejercicio conceptual en el que quisiera detenerme en esta recensión se desarrolla en el Capítulo 5, elocuentemente rotulado como «planteamiento propio». Allí el autor reconstruye dogmáticamente a los delitos de posesión como delitos comisivos y/u omisivos, permanentes y de resultado. El argumento nuclear que se defiende presupone distinguir entre el establecimiento de la custodia sobre la cosa y su mantenimiento (pp. 194-199), lo que luego será tenido a la vista para dar cuenta de controversias dogmáticas específicas referidas a uno u otro extremo (pp. 240-251, 251-260). Una segunda distinción, también central, perfila a la posesión como estado de cosas o resultado prohibido por los tipos de posesión, que se corresponde con la noción de custodia y no daría cuenta de una conducta (pp. 199-200), y la posesión como título de imputación, que sí lo haría (pp. 200-202). Premunido de estas herramientas, y siguiendo el parecer ampliamente mayoritario en la literatura y la jurisprudencia, en el texto se defiende la consideración de los delitos de posesión como delitos permanentes (pp. 209-214), aunque recordando, junto con ECKSTEIN –y LLORIA y COX LEIXELARD–, que no basta la pura persistencia temporal del estado antijurídico para calificar un delito de tal. También se defiende, en consonancia con la posición mayoritaria en Alemania, una comprensión resultativa de estos delitos (pp. 215-219), que se aparta de la posición que en España ha predominado, y que los concebiría como delitos de mera actividad (aunque con excepciones, como las representadas por LUZÓN y por COX LEIXELARD). En este apartado se ofrece un interesantísimo tratamiento de las figuras de posesión de estupefacientes en España (pp. 220-230) y Alemania (pp. 230-240), dando muestras de la inmensa utilidad práctica que esta obra seguramente desempeñará.

De otra parte, y valiéndose de este mismo arsenal teórico, VIVEIROS articula una propuesta conductual que le permite sostener (luego de asumir, contra las posiciones minoritarias, que los tipos de posesión sí abarcan los comportamientos de establecimiento de la custodia en sentido amplio: p. 249) que el surgimiento de la custodia puede originarse tanto en una conducta activa como en una conducta omisiva (pp. 250-251), tal y como defiende ECKSTEIN al cuestionar la estricta configuración activa que defiende la mayoría. Esta misma nota integradora se materializa al revisar el mantenimiento de la custodia, que la mayoría considera como estrictamente omisiva y ECKSTEIN, en cambio, tanto activa como omisiva (pp. 254-255). Aquí nuestro autor toma también como referencia al discípulo de F.-C. SCHROEDER para, a continuación, aceptar también su calificación de la vertiente omisiva como constitutiva de una omisión propia (pp. 255-260). El argumento tenido por bueno apunta a que cuando una omisión pueda ser directamente subsumida en un tipo de la parte especial, sin necesidad de recurrir a las cláusulas del artículo 11 CP español o del § 13 StGB, entonces es una omisión propia. Lo mismo cabría predicar, entonces, respecto de aquellas que posibilitan el establecimiento de la custodia (p. 260). En estas páginas se da también brevísimamente cuenta de la concepción que defendí en mi monografía sobre los delitos de posesión (COX LEIXELARD), que curiosamente también refleja mi antiguo trabajo doctoral: tal como se apunta en la obra recensionada, sostengo que el establecimiento de la custodia puede ser por vía de acción o de omisión (p. 250, nota 630), y lo mismo en relación con su mantenimiento (p. 255, nota 645). Aunque en apariencia se estaría entonces ante una concepción coincidente con la del autor, ello es descartado en el texto debido a que mis planteamientos se construirían al alero de una inadecuada utilización de las reglas de imputación, que implicaría en definitiva que tanto las clasificaciones que formulo como las conclusiones a las que arriba serían inadmisibles (pp. 203-209). No quisiera transformar este

escenario en uno de disputa personal con el autor. Pero sí quisiera aprovechar este punto para plantear, sin parecer excesivamente partisano en la defensa de mi visión, un comentario evaluativo al estilo del elaborado en relación con el punto anterior.

Parto por el principio: estimo perfectamente plausible asumir que el surgimiento de la custodia puede deberse a una acción o a una omisión del agente, así como que su mantenimiento también puede estar asociado a una u otra. Por lo demás, eso sostengo en mi libro. A partir de allí, entiendo que la posición defendida por Carlos VIVEIROS en su por lo demás espléndido libro es, también, enteramente atendible. En su visión, como en la de ECKSTEIN, esas acciones u omisiones darán lugar a delitos activos u omisivos, según sea el caso. Que ellos sostengan esto, y que otros también muy reputados autores asuman que el establecimiento de la custodia es activo y su mantenimiento omisivo debiera ser indicio suficiente en orden a que no pueden estar muy descaminados al proponer una tesis diferenciada de la imputación. En esos términos, en realidad no tengo mucho que objetar. Pero la tesis no termina de convencerme. Puede ser porfía o ceguera mía, claro. El hecho es que no estaba convencido hace años y ahora sigo sin estarlo, incluso tras leer la impecable argumentación que se desenvuelve a lo largo de las páginas del libro que reseño. Y es que más allá del indudable mérito de distinguir entre la posesión como título de imputación y la custodia como resultado desvalorado (siguiendo la distinción de HOCHMAYR entre *Besitz* y *Gewahrsam*, que VIVEIROS hace suya: pp. 32-33), tengo para mí que si es aquí correcto el uso del gerundio y puede sostenerse que alguien está poseyendo –así como en el presente posee–, entonces poseer es una actividad. Por supuesto, podría negarse la corrección de la forma impersonal, como hace MAÑALICH en su brillante texto sobre las normas, la causalidad y la acción (que hubiera sido útil tener a la vista aquí no solo por esto, sino que también por la conceptualización que allí formula del resultado y de lo que denomina «normas silogísticamente opacas»). Pero no parece prudente emborronar esa posible conjunción del verbo poseer, no solo por razones lingüísticas sino que también por razones lógicas derivadas de la caracterización de la posesión como un proceso en el que interviene un agente, *à la v.* WRIGHT. Poniendo el acento en la actividad a mi juicio se diluye la gravitación de la distinción entre un mantenimiento activo y uno omisivo pues cobra primacía lo que el agente está haciendo mientras posee. Pero claro, no pretendo aquí arrogarme ni el espacio ni la importancia para desarrollar mi opinión. Con todo, me permito agregar que fijarse en la actividad posesoria pareciera encajar muy adecuadamente con la dimensión político-criminal que subyace a estas figuras típicas, y que ha orientado la discusión estadounidense.

Se me podrá objetar haberme centrado solo en dos núcleos conceptuales del inmenso trabajo de VIVEIROS. Seguramente llevarían la razón, pues dejo afuera de mis referencias muchos otros. Menciono aquí, por ejemplo, su defensa de una caracterización de la omisión de término de una custodia como una omisión propia no de garante. A mi juicio ese apartado requería alguna disquisición adicional sobre el sentido de las omisiones (y de la comisión). Reflexionar sobre esto al hilo de los planteamientos de SILVA SÁNCHEZ, que es apenas citado testimonialmente, hubiera enriquecido considerablemente la firmeza de los planteamientos y, tal vez, hubiera generado en ellos alguna modificación. En otra escala, en este mismo punto creo que el descomunal trabajo de DOPICO GÓMEZ-ALLER sobre la injerencia también pudo ser de utilidad, aunque sea para negar una posición de garante.

En fin, que sean tantos los aspectos del trabajo aquí preteridos ilustra sobre un rasgo indesmentible que lo cruza: ofrece muchísimos argumentos y hebras de las que tirar y tirar y por ello solo cabe felicitar a su autor. No se trata simplemente de que el tema me parezca

especialmente interesante, sino de que Carlos VIVEIROS lo ha analizado de manera magnífica. *Delitos de posesión: una investigación dogmática y político criminal* es, en mi opinión, un libro necesario y solo cabe esperar que sea muy leído y aprovechado.