

Delitos de tenencia: ¿castigo sin conducta?

Proyección hacia una nueva categoría delictual.

Por Santiago M. Irisarri

1. Introducción

El derecho penal es legítimo en tanto tutela bienes jurídicos. No hay discusión en cuanto a que los delitos de resultado, por su sola naturaleza, lesionan bienes jurídicos; por el contrario, existe una ferviente discusión doctrinal en relación a los delitos de peligro y, más concretamente, respecto a aquellos de peligro abstracto. Los delitos de posesión o tenencia han sido encasillados como delitos de peligro abstracto pues no existe una concreta y particularizada probabilidad de lesión al bien jurídico, sino una potencial, eventual y lejana afectación. Lo cierto es que la “posesión”, por sí sola, es inofensiva para los bienes jurídicos ya que se requiere, indefectiblemente, una conducta del sujeto -poseedor de la cosa- que materialice el daño. Es decir, la “tenencia”, solo será peligrosa en la medida en que una persona lleve a cabo una acción que pueda generar un riesgo por el empleo del objeto.¹

Ahora bien, dicha acción humana que hace viable la coexistencia con el principio de lesividad, no se equipara a la conducta descrita por los tipos penales de posesión en tanto éstos se limitan a castigar la mera tenencia del objeto. Es por ello que el presente trabajo se abocará al estudio de la problemática inicial y que hace a la legitimidad de este tipo de delitos: la conducta criminal.

¹ Véase Nestler Cornelius “*Delitos de posesión o tenencia*”, publicado en “*Delitos de posesión o tenencia. Estudios de Derecho Penal, partes General y Especial, y de Derecho Procesal Penal*”, coordinado por Friedrich-Christian Schroeder, Ken Eckstein y Andrés Falcone. Editorial Ad- Hoc, 1ra edición, Buenos Aires, 2016. Publicación original: “*Besitzdelikte*”, en Samson (ed.): *Festschrift fur G. Grunwald zum siebzigsten Geburtsta*, Nomos, Baden-Baden, 1999.

2. La tenencia como conducta.

Si bien es cierto que nuestro Código Penal no contiene una definición de delito, se podría -solo en principio- sostener que únicamente los comportamientos humanos pueden constituir hechos susceptibles de ser penados. Dicha afirmación podría inferirse de un análisis hermenéutico de nuestro plexo normativo, tomando como fundamento a la Constitución Nacional cuyos artículos 18 y 19 consagran la necesidad de una conducta como condición *sine qua non* para el ejercicio del poder punitivo estatal.

Incluso, desde los albores de la teoría del delito, se entendió al hecho criminal como aquel *comportamiento humano típicamente antijurídico y culpable*. La acción constituye el primer elemento indispensable del esquema clásico delictual, conforme las enseñanzas de Von Liszt y Beling, consistente en aquel movimiento corporal voluntario causante de una modificación del mundo exterior.

Santiago Mir Puig, como tantos otros, es contundente al sostener que *cuando está ausente un comportamiento humano no sólo falta la tipicidad penal y, por tanto, la antijuridicidad penal, sino también la imputación personal del hecho, esto es: el delito.*² La acción, entonces, es entendida como el *enlace* o *soporte* de todos los elementos del delito. Pero incluso precediendo al método sistemático delictual de fines de siglo XIX, el maestro Carrara sostenía que el delito requería de *un acto externo del hombre, positivo o negativo* consistente en la infracción a la ley del Estado.³ Con ello se quiere significar que prácticamente no se ha puesto en duda la necesidad de la acción como requisito basal del Derecho Penal.

Ahora bien, y abocándonos a la finalidad del presente trabajo, será necesario analizar si dichas conceptualizaciones de “conducta” son inclusivas de la “tenencia”; es decir, si “tenencia” es equivalente a “acción” u “omisión”.

2 Mir Puig, Santiago “*Derecho Penal. Parte General.*” 4ta edición corregida y puesta al día con arreglo al Código Penal de 1995, PPU S.A., Barcelona, 1996.

3 Carrara, Francesco, Programa de derecho criminal, tr. J. Ortega Torres y J. Guillermo, Bogotá, Temis, 1972, vol. I, p. 45.

Prima facie, citando a Struensee, se observa que los delitos de tenencia reflejan un transpíe legislativo en tanto la expresión “tener” no describe conducta alguna⁴. Pero lo cierto es que dicha afirmación, para parte de la doctrina, no es absoluta. Más por el contrario, es relativa y -consecuentemente- parcialmente correcta en tanto se adopte una conceptualización de acción primigenia y orientada a las enseñanzas de los autores causalistas. En tal sentido, es indudable que la “tenencia” no se asemeja a un *movimiento corporal voluntario que modifica el mundo exterior* (acción); ni tampoco a una *inactividad corporal voluntaria motivada por la contención de los nervios motores* (omisión según Beling). Pero incluso asumiendo un postulado con tintes normativos, como el de Von Liszt -en sus últimos tiempos- cuando se refiere a la omisión como un *no hacer la conducta esperada*⁵, tampoco se podría sostener que la “tenencia” es equivalente a tal definición en tanto aquí no existe dicha expectativa normativa (que debiera castigar el *no abandonar la cosa*).

Esto no implica necesariamente que la “tenencia” no sea considerada una conducta, más si entendemos a la misma como una “*manifestación de la personalidad*”. Conforme lo expuesto, Roxin sostiene que no se puede decir que únicamente podría ser punibles la acción o la omisión en el sentido de un determinado movimiento corporal realizado o no realizado puesto que *la conducta debe ser entendida como todo lo que se puede atribuir a un ser humano como centro anímico espiritual de acción*. Concluyente es el catedrático de Múnich al referir que *basta con pasar del anticuado significado de la acción como movimiento corporal voluntario a su comprensión como manifestación de la personalidad* para entender que los delitos de posesión o tenencia son admisibles como supuestos de conducta.⁶

4 Struensee, Eberhard “*Los delitos de tenencia*”, publicado en “*Delitos de posesión o tenencia. Estudios de Derecho Penal, partes General y Especial, y de Derecho Procesal Penal*”, coordinado por Friedrich-Christian Schroeder, Ken Eckstein y Andrés Falcone. Editorial Ad- Hoc, 1ra edición, Buenos Aires, 2016. Publicación original: “*Besitzdelikte*”, en Samson (ed.): *Festschrift für G. Grunwald zum siebzigsten Geburtstag*, Nomos, Baden-Baden, 1999.

5 Liszt, F, *Tratado de Derecho Penal*, segunda edición, traducido de la 20ª edición alemana por Luis Jiménez de Asúa. Madrid, Editorial Reus, 1927.

6 Roxin, Claus “*Los delitos de tenencia*””, publicado en “*Delitos de posesión o tenencia. Estudios de Derecho Penal, partes General y Especial, y de Derecho Procesal Penal*”, coordinado por Friedrich-Christian Schroeder, Ken Eckstein y Andrés Falcone. Editorial Ad- Hoc, 1ra edición, Buenos Aires, 2016.

Más allá de esto, algunos autores resuelven esta problemática afirmando que la punibilidad no está dada por la “tenencia” en sí, sino por las acciones u omisiones que le dan inicio y la mantienen. Considero que tal criterio violenta las palabras de la ley en tanto el legislador no castiga la conducta por la cual se obtiene la tenencia, ni aquellas por las cuales se la ha mantenido, sino que penaliza la tenencia *per se*. Desde otra óptica, Eckstein, proclama que el estado punible de posesión se destaca por el dominio real, la voluntad de dominio y el dolo de posesión, entendiendo que los dos últimos autorizan el reproche de culpabilidad. Así, piensa a los delitos de posesión como delitos que no punen conductas humanas, sino relaciones de dominio efectivo de una persona sobre una cosa. No obstante, no infringen el principio de culpabilidad, pues el destinatario de la norma domina el estado de posesión.⁷

3. Posición del autor. Hacia una nueva categoría delictual.

Hablar de “posesión” o “tenencia” como formas de conductas significa violentar su significado. El artículo 1908 del Código Civil y Comercial de la Nación argentina consagra que posesión y tenencia *son relaciones de poder del sujeto con una cosa* o, en otras palabras, “estados”. Por ello, no es válida aquella definición que encasilla a la tenencia como una forma de conducta, sea omisiva u comisiva.

Pese a lo antedicho creo que la tenencia, como relación de poder, cumplimenta todas las exigencias constitucionales en tanto el artículo 18 de la Carta Magna, al consagrar el principio de legalidad, no hace alusión a la “conducta”, ni a la “acción”, ni a la “omisión”, sino al “hecho”. Así, la tenencia es el “hecho” mediante el cual se subsume una relación de poder entre una persona y una cosa, salvaguardando la manda constitucional.

Lo dicho no es algo novedoso de mi parte. Schroeder, en comentario a la Constitución alemana, refiere que *solo contiene el principio nulla poena sine lege, pero no,*

⁷ Eckstein, Ken “Fundamentos y problemas actuales de los delitos de posesión. EVD, EU, Leyes modificatorias jurídico penales, concursos”. Publicación original “Glundlager und aktuelle Probleme der Besitzdelikte -EDV, EU, Strafrechtsanderungsgesetze, Konkurrenzen”, Zeitschrift fur die gesamten Strafrechtswissenschaftler (ZStW) 117, 2005, pp. 107- 142. Traducción de Andrés Falcone y Patricio N. Sabadini.

*en cambio, una declaración sobre la cualidad de la conducta a la que puede asociarse una pena. Decisivo es, sin embargo, que se satisfaga fehacientemente el principio jurídico-constitucionalidad de culpabilidad; y continúa manifestando que también se requiere dolo o imprudencia en relación con la posesión. Con ello, se da la compatibilidad con el principio de culpabilidad.*⁸

Entonces, si la Constitución Nacional argentina no condiciona el ejercicio del poder punitivo a la realización de una “conducta” sino a la existencia de un “hecho”, la doctrina tampoco debe de exigirlo.

3.- Conclusiones

Los delitos de posesión o tenencia son formas delictuales que carecen de una “conducta” en tanto se limitan a constatar un estado fáctico que, conforme lo normado por la propia Constitución Nacional, es susceptible de ser castigado. Ello conlleva la conformación de una nueva y autónoma categoría delictual basamentada en “hechos” y no en “actos”.

⁸ Schroeder Friedrich-C. “*Delitos de posesión o tenencia*” publicado en “*Delitos de posesión o tenencia. Estudios de Derecho Penal, partes General y Especial, y de Derecho Procesal Penal*”, coordinado por Friedrich-Christian Schroeder, Ken Eckstein y Andrés Falcone. Editorial Ad- Hoc, 1ra edición, Buenos Aires, 2016.