

LA POSIBLE TENSIÓN DE LOS DELITOS DE TENENCIA CON LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DEL DERECHO PENAL SUSTANTIVO¹

Carlos Julio LASCANO²

I. INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas las legislaciones penales han incluido con mayor frecuencia y cantidad tipos delictivos que exigen para su consumación la tenencia de objetos prohibidos.

La posesión de cosas –en sí misma- es neutral y sólo se la puede prohibir bajo amenaza de pena si se la asocia a un determinado fin delictivo por parte del poseedor que permita afirmar su carácter peligroso para algún bien jurídico.

La punibilidad de la mera posesión de alguno de los objetos prohibidos representa un adelantamiento de las barreras de protección mediante el castigo estatal de una etapa preparatoria cuyo riesgo para el bien jurídico podría llegar a concretarse únicamente si se ejecutara un delito utilizando alguna de aquellas cosas. Existe un acuerdo generalizado en la doctrina que tal anticipación punitiva es indispensable para prohibir la tenencia de objetos especialmente peligrosos, como lo son las armas de fuego y los estupefacientes.

Otras razones político-criminales explican el creciente auge de esta relativamente novedosa categoría dogmática de delito. Como sostiene JUAN PABLO COX LEIXELARD³, desde una perspectiva instrumental consecuencialista se busca una mayor eficiencia del denominado Derecho Penal del riesgo, siendo los delitos de posesión una herramienta útil para la lucha contra la delincuencia.

También la tenencia de objetos prohibidos –al ser fácilmente detectable- ofrece otra ventaja comparativa respecto de los delitos de lesión o resultado: su funcionalidad procesal frente a las dificultades probatorias de la adquisición ilegal de tales cosas.

Agrega Cox⁴: “Puestas en la balanza, la comunidad ha optado –y sigue haciéndolo- por mayores cuotas de seguridad, en desmedro de las de libertad. De

1 Ponencia presentada en el panel sobre “Los delitos de tenencia”, compartido con los Profesores Fernando Córdoba, Héctor Cortés y Mario Villar, con la coordinación de Julián Ercolini, que tuvo lugar el jueves 25 de septiembre de 2014, en el Aula Magna de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, en el marco del “Congreso de Derecho Penal 2014”, organizado por el Departamento de Derecho Penal y Criminología de dicha unidad académica.

2 Profesor Titular por Concurso de Derecho Penal I, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba (Argentina).

3 *Delitos de posesión. Base para una dogmática*, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2012, p. 13 ss.

4 Ob. cit., pp. 20 y 21.

aquí no es posible inferir que la pretensión de eficiencia penal implica ineludiblemente el abandono de un modelo garantístico. Tal vez lo más paradójico del actual proceso práctico de debilitamiento de las garantías ciudadanas – particularmente a través de la expansión del derecho penal y muy concretamente por medio del considerable aumento de la incriminación de figuras de posesión- es que se ha desarrollado tomando como bandera de lucha, precisamente, principios tradicionalmente considerados como garantísticos. ... De esta forma, los principios del daño y de exclusiva protección de bienes jurídicos, otrora paladines de la defensa de los ciudadanos frente al poder del Estado, sirven hoy para aumentar el castigo y relajar las garantías”.

En esta cuestión –la racionalidad de las demandas ciudadanas de mayor seguridad frente a la posible tensión de los delitos de tenencia con los principios constitucionales del Derecho Penal sustantivo- se ha de centrar nuestra intervención.

II. LOS DELITOS DE TENENCIA O POSESIÓN

Expresa CLAUS ROXIN⁵ que “*Los delitos de tenencia*” es el título de un ensayo de STRUENSEE⁶ que pertenece a los primeros doctrinarios que se han ocupado de esta categoría de delitos hasta entonces bastante desatendida. En la nota al pie de página agrega que sólo le precedieron CORNELIUS NESTLER⁷ y OTTO LAGODNY⁸. La verdad es que algunos años antes del trabajo de ROXIN, los profesores de la Universidad de Buenos Aires EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, ALEJANDRO ALAGIA Y

⁵ *Los delitos de tenencia (Besitzdelikte)*, publicado en “Stanje Kriminaliteta u srbiji i pravna sredstva reagovanja”, II Deo, Biblioteka Crimen 5, Pravni Fakultet Univerziteta u Beogradu, Belgrado, 2008, pp. 7-23. Traducción de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor, publicada en Maier, Julio B.J.-Sancinetti, Marcelo-Schöne, Wolfgang (comps.), “Dogmática penal entre naturalismo y normativismo. Libro homenaje a Eberhard Struensee”, Buenos Aires, 2011, pp. 505-525. La cita corresponde a la publicación “Sistema del hecho punible/1. Acción e imputación objetiva”, coordinación general Gabriela E. Córdoba, Cecilia Incardona, Daniel R. Pastor y Eugenio C. Sarra bayrouse, Hammurabi, Buenos Aires, p. 153.

⁶ STRUENSEE, EBERHARD, *Festschrift für Gründwald*, 1999, p. 713 y ss. (también en *Grundlagenprobleme des Strafrechts*, 2005, p. 123 y ss.). Hay traducción castellana de Fernando Córdoba, en GÜNTHER JAKOBS – EBERHARD STRUENSEE, “Problemas capitales del derecho penal moderno – Libro homenaje a Hans Welzel”, prólogo y presentación de Marcelo A. Sancinetti, Hammurabi, Buenos Aires, 1998, pp. 107-124. Existe otra traducción castellana de Marina Deanesi y Fernando Córdoba, *Los delitos de tenencia*, en *Struensee, Eberhard*, “Avances del pensamiento penal y procesal penal”, Editora y Centro de Ciencias Penales y Política Criminal, Asunción, 2005, pp. 277-292).

⁷ *Rechtsgüterschutz und Strafbarkeit des Besitzes von Schusswaffen und Betäubungsmitteln*, en “Von unmöglichen Zustand des Strafrechts”, Institut für Kriminalwissenschaften, Frankfurt, 1995, p. 65 y ss.; hay traducción castellana de Guillermo Benlloch Petit, *El principio de protección de bienes jurídicos y la punibilidad de la posesión de armas de fuego y de sustancias estupefacientes*, en “La insostenible situación del Derecho Penal”, Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (ed.) – Área del Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra (ed. Española), Estudios de Derecho Penal dirigidos por Carlos María Romeo Casabona, Editorial Comares, Granada, 2000, p. 64-77.

⁸ *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, Mohr, Tübinga, 1996, p. 318 y ss.

ALEJANDRO SLOKAR⁹ recordaron que en Argentina se publicó un trabajo que precedió al de los mencionados autores germanos, elaborado por JAIME MALAMUD GOTI¹⁰, también profesor de esta Casa de Estudios, donde planteaba “con gran inteligencia” la inconstitucionalidad de la tenencia de estupefacientes para el propio consumo.

STRUENSEE¹¹ afirma que el tema por él elegido “no ha sido tratado sistemáticamente”. Por ello, sólo puede “intentar, en una primera incursión, despertar en la ciencia del derecho penal, y quizá también en el legislador, la consciencia de que los delitos de tenencia, ..., son un traspie legislativo”. ROXIN¹² acota que tal expectativa de encontrar eco en el legislador no se ha cumplido, pues el Derecho penal alemán contiene más de cien tipos penales de tenencia y su número aumenta de modo constante.

El destacado Maestro de Munich expone que la crítica a tales delitos tiene doble filo: “Por un lado, se acentúa que el Derecho penal sólo puede incriminar comportamientos humanos (en la forma de hacer u omitir), no puede, en cambio, incriminar un mero estado como el tener. Por el otro lado, se critica que los tipos penales de tenencia podrán estar aplicando la pena de la consumación, en forma contraria al Estado de derecho, a estados en los cuales, en todo caso, se podría pensar en estadios preparatorios previos, con lo cual los perjuicios, de cuya evitación se trata, también constituirían, frecuentemente, sólo meras autopuestas en peligro”.

Este último cuestionamiento está referido “a los casos que de manera general someten a pena la tenencia sin intenciones de empleo adicional”, como el propio STRUENSEE¹³ lo aclara. Este autor es uno de los que con mayor energía se ha opuesto a la caracterización de la tenencia de objetos prohibidos como una conducta humana individual, pues ésta sólo puede darse “bajo dos formas: actuar u omitir; *tertium non datur*”¹⁴. Tomando en cuenta el “significado de las palabras”, afirma que “tener” es un verbo que parece expresar una actividad. Sin embargo su uso lingüístico designa, ante todo, “relaciones de determinada clase entre una persona y una cosa”, pero también “determinadas propiedades o capacidades” de

⁹ *Derecho Penal. Parte General*, 2ª edición, Ediar, Buenos Aires, 2002, p. 422, nota 119. La primera edición de esa obra data del año 2000.

¹⁰ *La tenencia de estupefacientes para propio consumo: objeciones a la estructura del tipo*, en “Doctrina Penal”, Director Ricardo C. Nuñez, Año 2, números 5 a 8, Depalma, Buenos Aires, 1979, pp. 859 a 869.

¹¹ *Los delitos de tenencia*, en “Problemas capitales del derecho penal moderno”, p. 107.

¹² ROXIN, ob. cit., p. 154.

¹³ STRUENSEE, ob. cit., p. 108.

¹⁴ STRUENSEE, ob. cit., p. 109.

una persona, como asimismo relaciones entre personas o de estima. Todos estos significados y otros más, no representarían conductas. Desde el lenguaje de la ley, insiste en que difícilmente puede reconducirse la expresión “tener” a un hacer positivo, pues en materia civil alude a una relación de dominio y no a una actividad¹⁵. Analizando dicho verbo en los distintos tipos penales, entiende que el obrar comisivo puede presentarse bajo las formas de adquisición, conservación y uso de la posesión, pero ninguna de ellas equivale a la posesión misma¹⁶. En el “tener” tampoco se puede ver una omisión¹⁷.

En cambio, para KEN ECKSTEIN¹⁸ poseer denota una relación de poder o control sobre una cosa que da cuenta de un estado. Por ello, los delitos de tenencia son *delitos de estado*.

Existen dos excelentes tesis doctorales en lengua castellana de jóvenes juristas del Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra –dirigida por el Profesor Jesús-María Silva Sánchez, las cuales se ocupan de los delitos de tenencia como categoría dogmática.

Me refiero, en primer lugar, a *Los delitos de posesión y los delitos de estatus: una aproximación político-criminal y dogmática*, de NURIA PASTOR MUÑOZ¹⁹, quien –luego de rechazar la conceptualización de la posesión como un hacer positivo- la encuadra en un supuesto de comisión por omisión al sostener que poseer significa la “omisión de la supresión o finalización de la posesión”²⁰. Al momento de convertirse en poseedor, el sujeto asumiría una posición de garante, que se cumpliría finalizando la posesión²¹. Luego, si no la acaba, incumple su deber, siendo responsable por ese estado de cosas que pudo y debió terminar.

En segundo término, cabe mencionar a *Delitos de posesión. Bases para una dogmática*, de JUAN PABLO COX LEIXELARD²². Este profesor de Derecho Penal de la Universidad Adolfo Ibáñez de Chile concluye que tener un objeto puede dar lugar a una estructura de comisión activa. Explica que en los delitos de posesión se plasma el deber negativo básico de no dañar, que impone la prohibición material de

15 STRUENSEE, ob. cit., p. 110.

16 STRUENSEE, ob. cit., pp. 110 y 111.

17 STRUENSEE, ob. cit., p. 115.

18 *Besitz als Straftat*, Dunker & Humblot, Berlin, 2001; *Grundlagen und aktuelle Probleme der Besitzdelikte*, ZStW 117 (2005), p. 107 y ss.

19 Atelier, Barcelona, 2005.

20 Ob. cit., p. 39.

21 Ob. cit., p. 43.

22 Ob. cit. en nota 2.

arrogarse esferas de autonomías ajenas, la cual se traduce en una norma de conducta que impone a todos el deber de no poseer ciertas cosas. Quien posee hace algo mientras posee: en concreto, mantiene un objeto de tenencia prohibida bajo su control y esa actividad es la que constituye genuinamente la posesión²³.

III. LA DUDOSA CONSTITUCIONALIDAD DE LOS DELITOS DE TENENCIA

Podemos afirmar con LUIGI FERRAJOLI²⁴ que el *modelo garantista de Derecho Penal* está configurado por un conjunto de principios que se constituyen en límites al ejercicio de la potestad punitiva, esenciales a todo Estado de Derecho, y que se traducen en condiciones necesarias tanto para la atribución de responsabilidad penal como para la imposición de la pena.

Tal modelo deóntico se desprende de las premisas valorativas consagradas por nuestro Estado constitucional de Derecho, que resultan decisivas en la elaboración de un sistema de imputación penal más racional, previsible y uniforme, que sirva para deslegitimar el ejercicio abusivo de la coerción penal estatal.

A continuación, haremos una breve revisión de los distintos tipos de tenencia contemplados en la legislación penal argentina y los confrontaremos con los principios constitucionales del Derecho Penal sustantivo.

1. Al explicar las excepciones a la prohibición de penar actos preparatorios, ZAFFARONI, ALAGIA Y SLOKAR²⁵, se refieren al segundo supuesto: la *tipificación independiente de ciertos actos preparatorios, pero que implican otras lesividades que exceden las del delito tentado*. Ejemplifican, junto a la asociación ilícita, con la tenencia de materiales o instrumentos destinados a falsificar, uno de los primeros tipos delictivos de tenencia regulados en nuestro Código Penal (art. 299). Sostienen los mencionados profesores del Puerto que tales delitos “son de constitucionalidad harto dudosa, pues revelan una ampliación del ámbito de la prohibición que no puede sortearse sino en violación al **principio de lesividad**, y sin que a su respecto quepan legitimaciones basadas en el peligro para todos los derechos y libertades que la organización democrática estatal trata de garantizar a toda la sociedad”.

²³ Ob. cit., p. 263.

²⁴ *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1997, pp. 91| y ss.

²⁵ *Derecho Penal. Parte General*, 2ª edición, p. 811, números 5 y 6.

Compartimos la opinión de ELIZABETH A. MARUM²⁶, para quien la punibilidad del acto preparatorio continúa siendo, sin embargo, una solución excepcional, que sólo es adoptada por la ley penal ante bienes jurídicos de gran entidad o valor, merecedores de una mayor protección penal y de una anticipación punitiva ante la proximidad del peligro.

Según la exposición de motivos del art. 289 del Anteproyecto de Código Penal de 2014²⁷, su texto –al que se agrega el verbo *comerciare*– corresponde a la clásica tipificación de acto preparatorio del vigente artículo 299, que castiga al que conservare en su poder materias o instrumentos conocidamente destinados a cometer alguna de las falsificaciones legisladas en el título de los delitos contra la fé pública.

2. Sostiene CLAUS ROXIN²⁸ que en la tipificación de la tenencia de armas no se trata de un adelantamiento de la punibilidad en el sentido de una penalización de los planes delictivos. Antes bien, se coloca bajo pena la apertura de una fuente de peligro que puede traer con ella muy diversos riesgos para la vida.

Tal idea está en línea con la CORNELIUS NESTLER²⁹ para quien la prohibición de la tenencia ilícita de armas de fuego no ha estado nunca en el foco de las críticas dirigidas al moderno Derecho Penal de los delitos de peligro. La pregunta sobre la constitucionalidad de la prohibición de la tenencia de armas puede ser contestada de modo afirmativo en lo referido a la norma de comportamiento, aunque resulta discutible si es constitucionalmente legítima la intervención del Derecho Penal como norma de sanción. “La prohibición penal de la tenencia de armas de fuego es puro Derecho penal preventivo a través de un adelantamiento extremo de la protección de los bienes jurídicos”. Desde esta perspectiva “únicamente cabe plantearse la cuestión de si la prohibición no podría hacerse respetar también con sanciones menos drásticas: si por ejemplo, no bastaría con el decomiso y la imposición de una multa”³⁰. Similar propuesta reductora desde un enfoque político-criminal, no avalado por argumentos de índole constitucional, formula DANIEL R. PASTOR³¹ cuando postula la remisión de la mayoría de las tenencias prohibidas al

26 Artículo 299. Capítulo IV. Disposiciones comunes a los capítulos precedentes, en “Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial”, David Baigún y Eugenio Raúl Zaffaroni, dirección; Marco Antonio Terragni, coordinación; Artículos 275/299, Parte Especial; Marcela De Langhe, supervisión; Hammurabi, Buenos Aires, 2011, p. 712.

27 Anteproyecto de Código Penal de la Nación, Infojus Sistema Argentino de Información Jurídica, Gráfica Campichuelo, Buenos Aires, 2014, p. 273.

28 *Los delitos de tenencia*, p. 165.

29 *El principio de protección de bienes jurídicos y la punibilidad de la posesión de armas de fuego y de sustancias estupefacientes*, pp. 64 y 55.

30 Ob. cit., p.70.

31 *Los problemas procesales de los delitos de tenencia*, en “Tendencias. Hacia aplicación más imparcial del derecho penal”, Hammurabi, Buenos Aires, 2012, pp. 104 y 105. El mismo trabajo fue publicado en “Dogmática penal entre naturalismo y normativismo”, libro en homenaje a Eberhard Struensee, Julio B.J. Maier – Marcelo A. Sancinetti . Wolfgang Shöne (dirs.), Ad-Hoc, Buenos Aires, 2011.

Derecho Administrativo sancionador o su reconducción a una mera intervención estatal neutralizadora, mediante la confiscación del objeto peligroso, como sucedería con la tenencia ilegítima de documento nacional de identidad ajeno (art. 33 inc. c), agregado por ley 20.974 a la ley 17.671.

3. De modo razonable ha dicho también DANIEL R. PASTOR³² que sólo deberán ser mantenidas en el ámbito de las consecuencias jurídico-penales aquellas tenencias que resulten más difícilmente renunciables por su ostensiblemente elevada peligrosidad para causar daños inmensos, como sucede con la tenencia de elementos aptos para causar la destrucción masiva de personas y bienes. En la nota al pie de página agrega que la figura respectiva del Derecho argentino parece adecuada en su descripción al reprimir a quien “con el fin de contribuir a la comisión de delitos contra la seguridad común” tenga en su poder “bombas, materias o aparatos capaces de liberar energía nuclear, materias explosivas, inflamables, asfixiantes o tóxicas, o sustancias o materiales destinados a su preparación” (art. 189 bis Cód. Penal).

4. El art. 128 del Código Penal argentino, según la ley 26.388³³, en su segundo párrafo reprime con prisión de cuatro meses a dos años al que “tuviere en su poder representaciones de las descriptas en el párrafo anterior, con fines inequívocos de distribución o comercialización”. El primer párrafo alude a toda representación de un menor de dieciocho años dedicado a actividades sexuales explícitas o toda representación de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales.

JORGE EDUARDO BUOMPADRE³⁴ expresa que se aprecia en la punición de la posesión de material pornográfico una intervención penal anticipada con la finalidad de otorgar mayor y mejor protección al bien jurídico en cuestión, en estrecha relación con los sujetos pasivos del delito, es decir, menores de edad en situación de especial vulneración de su libertad sexual. Lo que caracteriza a esta modalidad delictiva es la dirección subjetiva que el autor le imprime a su conducta: la posesión del material pornográfico debe estar destinada a la distribución o comercialización.

Sin ninguna explicación en la exposición de motivos, en el art. 131 del Anteproyecto de Código Penal del 2014³⁵ se pretende eliminar el tipo de tenencia de pornografía infantil. Sin embargo, la razonabilidad de dicho delito se fundamenta en la finalidad de transmisión a terceros (mediante comercialización o distribución) de los objetos poseídos, aunque en este caso –a diferencia de la

³² *Los problemas procesales de los delitos de tenencia*, pp. 103 y 104.

³³ B.O. (25/6/08).

³⁴ *Tratado de derecho penal. Parte especial*, tomo 1, 3ª edición actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 2009, pp. 488 y 489.

³⁵ P. 392.

tenencia de drogas- si el posible receptor es un adulto, no será perjudicado por el material pornográfico, pero sí los niños que han sufrido un abuso grave en su libertad sexual.

5. Ha sido el ámbito de la tenencia de estupefacientes para el propio consumo donde más cuestionamientos de orden constitucional se han manifestado, tanto en el Derecho comparado cuanto en nuestro país.

En relación al art. 6 del anterior régimen de estupefacientes (ley 20.771), que castigaba penalmente a quien “tuviera en su poder” estupefacientes “aunque estuvieran destinados al uso personal”, JAIME MALAMUD GOTI³⁶ impugna la constitucionalidad de dicha tenencia, explicando que el art. 19 de la Constitución Nacional “contiene las exigencias mínimas de lo injusto penal: **la prohibición previa de una acción que exceda la esfera de la privacidad para ofender el orden público, a la moral pública o perjudicar a terceros**. Esta cláusula consagra, entonces, el principio según el cual el derecho penal **debe tutelar bienes jurídicos...** Si en lugar de asignar a la primera parte del art. 19 un valor tautológico de lo ya preceptuado por la última se le concede un sentido autónomo, él no puede sino coincidir con la última acepción del concepto de *bien jurídico*. De la forma indicada los límites del injusto penal quedarían demarcados por el artículo constitucional mencionado. La segunda parte consagra el principio de tipicidad –formal- al disponer que los deberes sólo pueden nacer de mandatos o prohibiciones expresas. La primera, en cambio, alude al principio –material- de la antijuridicidad, según el cual sólo es punible la afectación (lesión o puesta en peligro) de terceros, sus bienes o sus intereses. Parece que todo lo que el individuo haga a sí mismo queda así excluido de antemano”.

Tal argumento de MALAMUD GOTI es coincidente con la fundamentación central de CORNELIUS NESTLER³⁷ para descalificar la sentencia del Tribunal Constitucional alemán del 9 de marzo de 1994 que sostuvo la constitucionalidad del castigo de la tenencia de productos derivados del *cannabis*, porque viene a “proteger los bienes jurídicos, ante todo la salud, de los otros consumidores, que podría verse perjudicada por el propio consumo”³⁸.

ENRIQUE GARCÍA VITOR y CECILIA ANDREA GOYENCHE³⁹ -con claridad y rigor científico- sostienen que la conclusión del Tribunal Constitucional alemán es “insostenible, al menos si el concepto de bien jurídico que se admite tiene como eje la libertad individual. Y esto es así porque en la punibilidad de la tenencia existe un doble adelantamiento del castigo, se presuponen dos conductas posteriores: que el

36 Ob. cit., pp. 862 y 863.

37 Ob. cit., pp. 72 a 77.

38 Ob. cit., pp., p. 74.

39 *Régimen legal de los estupefacientes. Política criminal y dogmática. Parte I*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Santiago de Chile, 2001, p. 55.

poseedor *entregue* los estupefacientes a un tercero y que éste *decida* ponerse a sí mismo en peligro a través del consumo, conducta, ésta última, que por el principio de la no punición de la autolesión resulta penalmente irreprochable”.

Respecto de la posibilidad que el tercero consuma el estupefaciente que recibe de manos del tenedor, compartimos las atinadas reflexiones del querido profesor entrerriano y su aventajada discípula: “He aquí la diferencia con la punición de la tenencia de armas, en ésta basta con una conducta posterior para que terceras personas sean puestas en peligro: el empleo, por el mismo poseedor, del arma de fuego, lo que en definitiva permite entender plausible esta incriminación y no aquella”⁴⁰.

Sobre la tenencia de estupefacientes para el propio consumo, NESTLER⁴¹ afirma que “este objeto de protección penal es ilegítimo, tanto penalmente como desde el punto de vista constitucional”. Concluye que la punibilidad de la posesión de estupefacientes es inconciliable con una concepción liberal de la protección de los bienes jurídicos⁴².

MALAMUD GOTI⁴³ señala que la estructuración de los tipos a partir de la *tenencia* de objetos tiene origen en la idea de castigar **peligros abstractos**, es decir, prevenir situaciones en que el riesgo creado es un dato de la experiencia, pero no un elemento de la conducta prohibida en sí misma, o sea, del tipo. La tenencia de armas de guerra señalaría, conforme a los usos posibles que ha darse a los instrumentos, que puede derivarse un peligro o un daño aunque éstos no constituyan una circunstancia que deba concurrir en la realidad para que el delito se consume.

Sus serias objeciones constitucionales se concretan del siguiente modo:

1. Al prohibirse la *tenencia* **no se describe una acción –en su sentido más amplio- .sino simplemente un estado de cosas**, una relación entre una persona y un objeto, y que no puede muchas veces evitarse. En lugar de acudir al modelo de mandar realizar conductas –delitos de omisión- o de prohibir realizarlas –comisión- el legislador adscribe una pena a quien simplemente *tiene*; y *tiene*, por ejemplo, las cosas en el lugar, quien permanece en la casa cuando el dueño la abandona, aunque más no sea por unas horas. Quien repara un arma, la *tiene*. Todo parecería indicar, entonces, que aunque con estos tipos penales se haya querido señalar conductas (evitables) como hacer o no hacer algo y no una relación eminentemente física entre una persona y un objeto, la formulación es deficiente”.

40 Ob. y lug. cits., nota 63.

41 Ob. cit., p. 74.

42 Ob. cit., p. 77.

43 Ob. cit., pp. 866 y 867.

Más adelante, MALAMUD GOTI⁴⁴ analiza dos aspectos fundamentales: “el primero se refiere a la **exigencia constitucional de castigar acciones y omisiones** (la omisión resulta equiparable a la comisión desde que aparece excluida por las mismas causas: v.gr. la imposibilidad de actuar por una fuerza física irresistible). El **art. 19, C.N., alude expresamente a acciones –que no son privadas-**, de modo que el legislador puede optar por prohibir adquirir la droga, ordenar que quien caiga en posesión de ella la entregue, la destruya o denuncie su existencia. Pero no puede limitarse a prohibir *tener* por no tratarse de una acción, con las consecuencias que quedan señaladas. Los arts. 2460 y 2461 del Código Civil definen a las claras aquello que pretende prohibirse y que radica en la mera *posibilidad de ejercer actos de dominio sobre alguna cosa*”.

“La segunda cuestión se refiere a la vinculación de la estructura dogmática del delito con la idea de *norma* en el sentido de mandato o prohibición. Los autores nacionales modernos recogen implícita o explícitamente esta metodología que constituye hoy en día la forma en que se piensa del delito y el punto de partida para acuñar las categorías que lo caracterizan. **La idea del delito así concebido presupone la idea de acción**: El ciudadano debe saber qué se le manda hacer, o cuáles actos debe inhibirse de ejecutar, y resulta evidente que los tipos en cuestión no satisfacen los puntos de partida arriba indicados”.

2. “El segundo tema a observar es la característica de los delitos de tenencia. Se trata, como se dijo, de **tipos de peligro abstracto, en donde no sólo puede hallarse ausente la afectación de un bien jurídico, sino que también se desemboca en un derecho penal de autor, y no de acto**. Esta última cuestión es la consecuencia consciente o inconsciente de la interpretación que a estos tipos penales han dado los jueces. Entiendo que el criterio adoptado no resulta en forma alguna censurable dado que él evitó la aplicación de penas a casos en los cuales el peligro se hallaba ausente en forma total (contemplando la situación *ex ante*), lo que hubiese redundado en un evidente despropósito. Lo que es dable observar es que el criterio empleado conduce a valorar no a la conducta bajo la órbita del tipo, sino a la vida del agente o al autor mismo: el tipo de autor”.

Este razonamiento también es sostenido por GARCÍA VITOR y GOYENECHÉ⁴⁵ quienes afirman que del “claro corte totalitario” de fallos como el de la Corte Suprema argentina en la causa “Montalvo”⁴⁶, «puede deducirse el significado que en ellos se otorgó a la punición del tenedor de drogas, en este caso un drogadicto: la exclusión social de un sujeto “peligroso” por las imprevisibles conductas

44 Ob. cit., pp. 868 y 869.

45 Ob. cit., p. 58.

46 CSJN, 11/12/90, ED 141-469.

posteriores del consumidor (Derecho Penal de autor), vulnerándose así abiertamente los más fundamentales principios del Derecho Penal liberal».

Algunos de estos argumentos fueron expuestos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación que en la causa “Bazterrica”⁴⁷ declaró la ilegitimidad constitucional del art. 6° de la ley 20.771, “al prever una pena aplicable a un estado de cosas, y al castigar la mera creación de un riesgo, permite al intérprete hacer alusión simplemente a perjuicios potenciales y peligros abstractos y no a daños concretos a terceros y a la comunidad. El hecho de no establecer un nexo razonable entre una conducta y el daño que causa, implica no distinguir entre las acciones que ofenden a la moral pública o perjudican a un tercero, de aquéllas que pertenecen al campo estrictamente individual, haciéndose entonces caso omiso del artículo 19 de la Constitución Nacional que, como queda dicho, obliga a efectuar tal distinción. Penar la tenencia de drogas para el consumo personal sobre la base de potenciales daños que puedan ocasionarse *de acuerdo a los datos de la común experiencia* no se justifica frente a la norma del artículo 19, tanto más cuando la ley incrimina actos que presuponen la tenencia pero que trascienden la esfera de privacidad como la inducción al consumo, la utilización para preparar, facilitar, ejecutar u ocultar un delito, la difusión pública del uso, o el uso en lugares expuestos al público o aun en lugares privados mas con probable trascendencia a terceros”.

Dicha posición fue ratificada por el Alto Tribunal en “Capalbo”⁴⁸, pero fue dejada de lado en la causa “Montalvo”, que retornó al criterio expuesto en “Colavini”⁴⁹. En la sentencia dictada el 25/8/2009 en la causa “Arriola”, la Corte Suprema de Justicia de la Nación abandonó la doctrina sostenida en el mencionado caso “Montalvo” y adoptó nuevamente la posición enunciada anteriormente en el caso “Bazterrica”.

IV. CONCLUSIONES

Si bien debemos mirar la técnica legislativa de los delitos de tenencia con “ojos bien críticos”, como lo hace ROXIN⁵⁰ en concordancia con STRUENSEE, no podemos descalificar de modo genérico su validez constitucional, salvo en el caso puntual en que la posesión de estupefacientes para el propio consumo se realice de un modo que no traiga aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros, pues ello conculcaría el art. 19 C.N., al invadir la esfera de libertad personal excluida de la autoridad de los órganos estatales.

47 LL 1986-D-550.

48 LL 1986-D-582.

49 CSJN, 28/3/78, Fallos 300:254; ED 77-496.

50 *Los delitos de tenencia*, p. 176.

Esta doctrina emergente de la casi totalidad de los votos de los ministros de la Corte Suprema argentina en el precedente “Arriola”, es reforzada con la reflexión de la jueza Carmen Argibay, para quien al restringir los efectos de la tenencia de droga a la misma persona que la realiza, “... la punición de dicha conducta sólo puede explicarse como un intento de proteger al individuo contra la propia elección de su plan de vida que se reputa indeseable. Es precisamente este tipo de justificaciones paternalistas o perfeccionistas, de la interferencia gubernamental, la que es repelida por el principio sentado en el artículo 19 de la Constitución Nacional”, como enseña CARLOS NINO⁵¹.

También nos parece interesante el argumento del voto del ministro Lorenzetti en “Arriola” referido al cuestionamiento de los **delitos de peligro abstracto**, aseverando que no es admisible que el legislador presuma que se da un cierto daño o peligro para terceros, pues la norma constitucional que protege la privacidad no habilita la intervención punitiva del Estado basada exclusivamente en la mera posibilidad de que el consumidor de estupefacientes se transforme en autor o partícipe de una gama innominada de delitos.

Pero algo bien diferente es aceptar el cuestionamiento indiscriminado a los delitos de peligro abstracto, pues existen situaciones de objetos prohibidos de alta peligrosidad para la vida de las personas que justifican el recurso legislativo a dicha categoría, como sucede con la tenencia de elementos aptos para causar la destrucción masiva de personas y bienes (art. 189 bis C.P.). Similares consideraciones caben respecto de las tenencias de objetos prohibidos que exigen determinada finalidad delictiva por parte del poseedor (por ejemplo, tenencia de estupefacientes con fines de comercialización).

Tampoco nos parece plausible el razonamiento sobre la inconstitucionalidad de los delitos de tenencia que derivaría de la vigencia del **principio del hecho**, pues –como lo explica JUAN PABLO COX⁵²– éste debe entenderse como concreción del principio de respeto por la autonomía privada de los individuos, que se ve quebrado por la irrogación de un daño a terceros, precisamente en el ejercicio de esa autonomía intersubjetivamente reconocida, que es la génesis del conocido sinalagma libertad de organización/responsabilidad por las consecuencias. “Si se acepta que la producción de un daño no requiere un despliegue físico-causal del imputado, entonces no hay inconveniente en desechar la lógica mecanicista que late tras el naturalismo. ...Que tener un objeto vale socialmente como un hecho tampoco debería generar extrañeza: justamente eso define a la posesión como institución. ... La posesión de una cosa es una actividad. Por tanto, un hecho. Con esto se salva la exigencia básica del **principio de legalidad**”.

⁵¹ *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Astrea, Buenos Aires, p. 304 y ss.

⁵² Ob. cit., pp. 261 a 264.

Por último, si aceptamos un Derecho Penal de intervención mínima, con un carácter subsidiario y fragmentario, es preferible que aquellas tenencias de objetos prohibidos que carezcan de relevancia como para dar lugar a una antijuridicidad específicamente penal, se puedan resolver en el Derecho Penal administrativo sancionador, con penas no privativas de libertad.