



TESIS MAGÍSTER EN DERECHO, MENCIÓN DERECHO Y PROCESOS PENALES

**¿ES EL PORTE Y TENENCIA ILEGAL DE ARMAS UN DELITO
PERMANENTE?**

Autora: Diana Patricia Valdés Aguayo

Profesor guía: José Luis Guzmán Dalbora

Junio 2018

ÍNDICE

Capítulo I: Momento consumativo del delito en relación con el tiempo. Delitos instantáneos y permanentes.....	02
Título 1: Momento consumativo del delito.....	02
Título 2: Delitos instantáneos y delitos permanentes.....	10
Título 3: Concepto de delito permanente.....	14
Capítulo II: Delitos de posesión y tenencia. Crítica y momento consumativo...	24
Título 1: ¿Es una clasificación general de los delitos?.....	24
Título 2: Cuestionamiento de estos delitos.....	35
Título 3: Momento consumativo según la doctrina.....	38
Capítulo III: El momento consumativo del delito de porte y tenencia de armas.....	42
Título 1: Concepto de tenencia y porte.....	42
Título 2: Bien jurídico protegido.....	47
Título 3: Momento consumativo.....	53
Conclusiones.....	59
Bibliografía.....	61

Este trabajo consiste en analizar si los delitos de tenencia y porte ilegal de armas son clasificables dentro del concepto de delito permanente o bien de ejecución instantánea. Para establecer lo anterior, se analizarán ambos conceptos, el carácter de delitos de peligro, si se tratan de delitos de acción, de acción por omisión u omisión propiamente tal, el bien jurídico protegido y el momento consumativo del delito dentro del *iter criminis*. Establecer a qué clasificación pertenecen, tiene relevancia en cuanto a la calidad de la participación del delito conforme al *iter criminis*, la aplicación de la ley penal en el tiempo y el comienzo del cómputo de prescripción de la acción penal.

Consumación, delito permanente, posesión, armas, peligro abstracto.

CAPÍTULO I. MOMENTO CONSUMATIVO DEL DELITO EN RELACIÓN CON EL TIEMPO. DELITOS INSTANTÁNEOS Y PERMANENTES.

Para comenzar a esbozar el estudio que nos convoca, es menester y punto de partida fundamental para su desarrollo el establecer el momento del *iter criminis* que nos indicará la fase de consumación del delito, a lo que determinaremos qué debemos entender por consumación, luego se diferenciará la categoría de delitos instantáneos y permanentes y la relación con el concepto previamente establecido, para finalmente adherir a un concepto de delito permanente que estimemos correcto y en base al que se trabajará en los próximos capítulos para dar respuesta a nuestra interrogante.

1. MOMENTO CONSUMATIVO DEL DELITO.

La consumación se ubica dentro de la teoría del delito en el apartado de estudio del *iter criminis* y corresponde a la fase externa última de desarrollo de la acción (o penúltima si consideramos también el concepto de delito terminado o agotado¹). Si bien no es un concepto indiscutido dentro de la dogmática penal, podemos encontrar un estudio más desarrollado de las anteriores etapas de la fase externa del *iter criminis*, relegando generalmente a la consumación como un concepto que se da por supuesto o al que se llega por descarte de lo resuelto del análisis de la tentativa y frustración como etapas imperfectas del desarrollo del delito.

¹ Ver conceptos entregados por Jimenez de Asúa transcritos en el presente apartado, y al final de éste entregamos el concepto de Mir Puig que es el que consideramos más adecuado.

Adentrándonos en su delimitación, Von Liszt define el delito consumado como el acto mismo contrario a derecho, culpable, definido en la ley. La consumación supone, pues, que se hayan dado todos los caracteres del hecho particular constitutivo de delito y que, especialmente, se haya producido el resultado exigido por la ley en la definición de este delito (Liszt, 1929: p.2). Acto seguido, el autor aclara que el momento de la consumación sólo se determina en cada delito por el Derecho vigente, que no siempre considera como criterio regulador la producción del mal propio del delito (lesión o peligro del bien jurídico atacado), sino que frecuentemente hace que exista ya consumación con la actividad dirigida al resultado. Indica que quedan fuera del concepto de consumación las condiciones objetivas de punibilidad.

Debe recordarse que este concepto corresponde a un período anterior al descubrimiento de la noción de tipicidad de Beling y, no obstante, ya observamos luces sobre la tipicidad al entregarnos su noción de consumación y la importancia de la definición en la ley que abraza o contiene el acto contrario a Derecho y culpable que constituye el delito, para objeto de determinarla. Pues bien, desde ya podemos apreciar que el concepto de consumación no puede ser único y general, y dependerá de la estructura de cada tipo penal, se trata de un concepto relativo, como dirá más adelante Jimenez de Asúa.

Para aclarar respecto al punto del concepto entregado, en relación a que se requiere *especialmente el resultado exigido por la ley en el tipo penal*, debemos hacer presente que para Liszt todo delito necesita un resultado, pues dentro de su concepto de acto entiende que la voluntad debe manifestarse en el mundo exterior, exigiendo la aparición de un cambio en él, el que es perceptible por los sentidos. Considera errónea la clasificación entre delitos que producen un resultado y los meros delitos de actividad, sin perjuicio que admite que existen delitos que carecen de él, y ellos corresponden a los denominados delitos de policía los que, a su juicio, generalmente quedan fuera del concepto del delito² (1916: p. 288).

² En las páginas 254 y 255 del mismo tomo, al tratar los delitos de policía, Liszt indica que éstos también caen bajo el concepto de delito según el Derecho vigente, por tener asociados una pena de carácter criminal, pero en ellos no es substancial el contenido esencial de la infracción y por tanto, consiguientemente, se alejan del concepto de delito. Cita a Goldschmidt y su investigación sobre el delitos de policía, respecto del cual

En otro sentido³, Max Ernest Mayer identifica la consumación con la producción del resultado típico. El momento de la consumación es posible comprobarlo con certeza, siempre que se mantenga la atención acerca del concepto de resultado y su importancia dominante en el tipo legal (2007: p. 159). Deben considerarse como resultado los acontecimientos o sucesos descritos en los tipos legales, por tanto, en la aplicación de la ley penal lo central radica en la pregunta acerca de si el acontecimiento, tal como se lo ha previsto dentro de los límites del tipo legal, ha tenido lugar, ya que en él se encuentra contenida la lesión o puesta en peligro del bien jurídico (2007: p. 148).

Es importante mencionar el carácter relativo del concepto de resultado que le asigna el autor, explica que todo suceso es tanto causado como causal, por lo que puede ser concebido como efecto o como fundamento, y ello dependerá del punto de vista de quien lo juzga; así, un mismo suceso, en la medida en que pueda hallarse en relación con diversos tipos legales, se puede concebir, ya como actuación voluntaria, ya como resultado. Lo anterior lo determinará justamente su tipicidad. En base a este razonamiento, estima incorrecta, al igual que Liszt⁴, la clasificación entre delitos de resultado y de mera actividad o formales, explicando que la unidad temporal no debe engañar sobre la dualidad lógica; el análisis lógico revela que el delito consiste en una actuación voluntaria y un resultado, aunque ambos coincidan temporalmente.

Por su parte, Maurach nos advierte que sólo en atención al respectivo perjuicio a un bien jurídico es posible determinar cuándo un hecho ha sido consumado, por tanto, éste momento no puede establecerse de forma genérica (1995: p. 6), debiendo analizarse de

indica que no es un acto contrario al Derecho, sino un acto contrario al orden administrativo, un interés declarado por la Administración; la omisión de la asistencia debida a la Administración pública conducente a la satisfacción del bien público.

³ Recordemos que Liszt advierte que pueden existir delitos que se consuman con la actividad dirigida al resultado, por tanto no siempre coincide consumación con resultado.

⁴ No obstante, a diferencia de Von Liszt que aprovecha de hacer una crítica a los delitos de policía, Mayer niega totalmente la existencia de delitos sin resultado alguno, intentando justificar- sin ser suficientemente convincente en opinión personal- la categoría de delitos que se predicen sin resultado, como los delitos de peligro abstracto.

acuerdo al tipo penal concreto que nos invoca. Para este autor la consumación constituye el resultado típico⁵ (1995: p. 18).

Es precisamente Maurach,- aunque, como ya vimos, los anteriores autores también hacen mención a él pero de forma no expresa, ya que lo asocian tras la noción de resultado- quien nos enfatiza el elemento guía que tendremos en consideración y que probablemente será esencial hasta el final del último capítulo del presente trabajo: el respectivo perjuicio al bien jurídico correspondiente al tipo penal en cuestión.

Como hasta ahora podemos apreciar, se vincula la consumación con el resultado típico, aparejando el problema relacionado a qué es lo que precisamente debemos entender bajo este último concepto, pues su forma y alcance claramente no es unánime.

En una línea distinta a los anteriores autores, Jescheck considera también resultado típico aquel por el que pasa necesariamente la terminación del delito (*v.gr.* la producción del perjuicio patrimonial en la estafa y la producción del daño en los delitos de peligro concreto), mientras que el momento de la consumación se adelanta por razones político criminales, porque esa última parte del hecho contiene ya un punto de gravedad en cuanto al contenido del injusto del delito. Procede incluir asimismo las consecuencias del delito que se producen en el intervalo entre consumación y terminación, como sucede con el mantenimiento del resultado en el *delito permanente* (1993: pp. 161-162). Evidentemente para este autor el resultado típico no coincide con el concepto de consumación y es mucho más amplio, abarcando incluso la terminación.

En efecto, para Jescheck la consumación no se determina atendiendo a que el autor haya logrado su propósito, sino que se alcanza ya con la concurrencia de todos los elementos del tipo, por lo que es relevante la redacción del tipo (delitos de lesión, delitos de peligro o de resultado cortado) para determinar si se produce antes o después, tratándose

⁵ Entendemos que Maurach comprende bajo este concepto la lesión o puesta en peligro del bien jurídico en el tipo penal, pero referente sólo a las consecuencias captadas dentro de éste, pues señala que las posibles consecuencias ajenas al tipo que el hecho delictivo pueda acarrear son consideradas recién en el marco de la medición judicial de la pena. La lesión y el peligro se diferencian en cuanto a la intensidad del perjuicio del bien jurídico (1994: p. 283). Ver también tomo 2 (1995: pp. 231-232).

de un concepto de naturaleza puramente formal. Es así como el autor distingue la consumación de la terminación (consumación material) del delito (1993: p. 468).

Mir Puig, siguiendo el concepto de Jeschek, indica que se da lugar a la consumación cuando se realizan todos los elementos del tipo positivo del delito previsto en la Parte Especial, diferenciando la consumación con la terminación o agotamiento material de la lesión al bien jurídico protegido. Indica que la distinción reviste especial importancia en los tipos de peligro, de resultado cortado o mutilados de dos actos, en los cuales la ley adelanta la frontera de la represión penal a un momento anterior a la efectiva producción de todo aquello que quiere evitar (la lesión, el resultado o un segundo acto, respectivamente). En estos casos, la consumación se produce ya con la realización formal de los elementos del tipo, antes por consiguiente que el eventual agotamiento material del hecho. La consumación es, pues, un concepto formal: equivale a la realización formal de un tipo (Mir Puig, 2005: p. 353).

En el ámbito nacional constatamos que en el Código Penal no se indica cuándo un delito se considera consumado, no obstante, el artículo 7º establece cuándo debe entenderse un delito tentado o frustrado. Generalmente los Códigos penales no suelen definir el delito consumado, como noción genérica perteneciente a la Parte general, habiendo pocas excepciones que, además, tampoco ayudan mucho con el esclarecimiento del concepto, como ya precisa Jimenez de Asúa (1970: pp. 974-976).

Garrido Montt, al tratar el concepto de consumación se remite al entregado por Enrique Cury, este es: “el delito se consuma cuando la acción típica está completa o se obtiene la producción del resultado típico en su caso” (1984: pp. 208- 209), definición que, a su juicio, satisface la concepción del tipo –concepción finalista- a la que el mismo adscribe. Para Garrido Montt este concepto no solo debe comprender los elementos objetivos de la descripción legal, sino la descripción del tipo tanto en su parte objetiva como subjetiva, incluida la lesión del bien jurídico, o sea, el daño efectivo o potencial del interés protegido, cuando así lo requiere la ley.

Siguiendo en el ámbito de la doctrina nacional, Novoa Monreal aclara que al tratar la consumación, ésta no significa la concurrencia de todos los elementos de la

responsabilidad penal, pues no abarca la antijuridicidad y la culpabilidad, sino que nos referimos solamente a que se cumplan todas las exigencias formales del tipo descrito por la ley, sin considerar tampoco dentro de la noción de consumación las condiciones objetivas de punibilidad (2005b: pp. 105-106).

Un análisis más exhaustivo sobre el momento consumativo, lo encontramos en el Tratado de Derecho Penal de Jimenez de Asúa, quien identifica dos criterios, luego de analizar las teorías sobre la consumación que entregan los tratadistas: a) el de quienes la hacen residir en la lesión del bien jurídico protegido, y b) el de aquéllos que la hacen consistir en la adecuación al tipo legal. Luego de advertir que este último criterio reconocería la posibilidad de la carencia de tipo (*Mangel am Tatbestand*) y la consiguiente impunidad de la falta de él, y como von Hippel trata de salvar aquello haciendo una diferencia entre resultado en sentido lato y resultado en el mundo externo; indica que no deja de ser cierto que aquellas dos teorías se integran y que unas veces nos bastará el mero recurso formal y otras habrá que acudir a la materialidad de la infracción (1970: pp. 965-967).

Para Jimenez de Asúa, en conclusión, no es posible determinar un concepto genérico, pues la definición de la consumación está en cada tipo, sólo atendiendo al núcleo del tipo es posible saber cuándo un hecho penal está consumado y, en última instancia, sólo atendiendo al tipo delictivo podrá dilucidarse si hay tentativa o frustración, o si la fase externa no pasó de los actos preparatorios (1970: p. 967).

Finalmente, trata el concepto de delito agotado. Citando a Carrara, dice que existe un último momento de la consumación que se da cuando el delito “haya producido todos los efectos dañosos que eran consecuencia de la violación, y a los cuales tendía el agente, de manera que éste no puede ya impedir semejantes efectos”. Indica que Schönke-Schröder diferencia la consumación del acabamiento del acto, que tiene estrecho parentesco- sino similitud- con el agotamiento de los italianos. Ese “acabamiento” existe “cuando, después de llenarse todos los presupuestos objetivos del tipo se realizan las consecuencias que el autor había pretendido, según las leyes penales determinadas, o cuando, en caso de una especial consumación temprana, ha de contribuir esa conducta ulterior del autor al deseado acabamiento de la lesión del bien jurídico” (Jiménez, 1970: p.

981). Entendemos que “acabamiento” se refiere a lo que actualmente se utiliza como “terminación”. Jimenez de Asúa pone de manifiesto la importancia de este concepto para resolver problemas tales como concursos aparente de leyes, para la mayor pena o atenuación de ésta en algunos tipos penales, como circunstancia modificatoria de la responsabilidad penal, e incluso como excusa absolutoria.

De los diferentes conceptos enunciados, podemos identificar elementos comunes que nos permiten arribar a lo siguiente: lo primero por considerar debe ser la descripción del tipo penal contemplado en la norma el cual nos entrega los elementos del delito de la Parte especial, debiendo desmenuzar e identificar el total de los elementos que constituyen este tipo en concreto, siendo el verbo rector, naturalmente, el núcleo de la actividad delictiva sobre el cual se analizará las fases susceptibles de ser ejecutadas y, lo principal, esto debe ser interpretado en consideración al bien jurídico protegido por el tipo penal pues, como lo constatan y dilucidan la mayoría de los autores citados, bajo la noción de resultado típico encontramos la afección o perjuicio del bien jurídico protegido, ya sea como una puesta en peligro, ya como una lesión, captado dentro del mismo tipo penal; sin perjuicio de existir, como indica Liszt y podemos salvar en el concepto de consumación que nos entrega Garrido Montt, ciertos delitos que no requieren de este resultado típico en el sentido ya expresado. Pues bien, una vez que se sigan estos pasos de interpretación del tipo penal y todos estos elementos estén completos, estaremos ante un delito consumado. En base a lo anterior, es posible afirmar que aplicamos lo expuesto por Jimenez de Asúa al señalar que ambos criterios, adecuación al tipo y lesión al bien jurídico, se integran para efectos de dar una noción de consumación.

Es importante destacar qué es lo que entendemos por resultado típico. De acuerdo a las tesis expuestas nos encontramos por lo menos ante tres nociones de resultado. La primera de ellas, y la que ocuparemos para efectos de nuestro concepto de consumación, es aquella que identifica resultado con el perjuicio al bien jurídico considerado como una puesta en peligro o una lesión de éste, que está captado dentro del tipo penal, esto es el injusto típico, sin perjuicio de admitir que existen construcciones de delitos que no ponen en peligro efectivo ni lesionan bien jurídico alguno, ante los cuales sólo nos quedaremos con lo que tenemos: la adecuación meramente formal al tipo penal,

pues no hay nada más que considerar. En segundo lugar, nos encontramos ante el resultado específico y expresamente exigido dentro del tipo penal para establecer por consumado el delito, este resultado es la concretización de la puesta en peligro o lesión que todo delito apareja, por regla general, como ya expusimos en la primera noción de resultado, pero que se encuentra requerido dentro de los elementos del tipo. En último lugar contemplamos resultado típico en el concepto de Jescheck, esto es aquél que va más allá de la consumación y concluye en lo que se identifica como terminación o agotamiento del delito, es decir, aquella afección del bien jurídico que escapa a lo descrito o captado por el tipo penal.

En consecuencia, no identificamos la consumación necesariamente con el resultado típico, ya que entendemos que existen delitos que no tienen resultado, como por ejemplo los delitos de peligro abstracto; por esto tampoco estamos de acuerdo con la negación de una categoría de delitos sin resultado o formales como la que adscribe Mayer, no obstante compartir su concepto de resultado en cierta medida, en relación a que en el acontecimiento adscrito dentro del tipo legal encontramos la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, sin embargo el mismo autor señala que en los delitos de peligro abstracto el peligro es presumido por el legislador (2007: 163) - que es justamente lo que caracteriza a esta categoría- por lo que es innegable que en ellos no existe realmente una puesta en peligro, sino lo existente es la presunción de ella. En este punto encontramos correcta la aseveración de Liszt en relación a la crítica de los llamados delitos de policía.

Podemos decir entonces que de los previstos conceptos el que más se acomoda a nuestro entender – quizás al ser el más moldeable y por ello puede dar cabida a un contenido relativo- es el de Cury citado por Garrido Montt: el delito esta consumado cuando la acción típica está completa o se obtiene la producción del resultado típico, en su caso. La primera parte del concepto nos sirve para aquellos delitos sin resultado típico, la segunda para los delitos que ponen en peligro o lesionan el bien jurídico conforme a lo captado en el tipo penal. Adscribir a este concepto no significa, de manera alguna, que compartamos la noción que tienen estos autores acerca de los elementos que deben componer el tipo penal, sino que en ese caso estamos de acuerdo con lo señalado por Novoa Monreal, dejando fuera la antijuridicidad y la culpabilidad.

En relación a la diferencia entre consumación y terminación nos parece adecuada la definición que nos entrega Mir Puig, en cuanto a que el agotamiento material de la lesión al bien jurídico corresponde a la efectiva producción de todo aquello que la ley quiere evitar pero que, sin embargo, no se encuentra contemplado dentro del tipo penal.

2. DELITOS INSTANTÁNEOS Y DELITOS PERMANENTES

Una tradicional clasificación contrapone el concepto de delito instantáneo al delito permanente, aunque podemos encontrar opiniones disidentes como la de Mañalich Raffo, quien cuestiona la clásica contraposición entre estas dos categorías de delito, ya que, a su juicio, la noción de delito permanente sólo cobra sentido si se contrapone a la noción de delito de estado. El autor aclara, analizando un fallo de nuestra Excelentísima Corte Suprema donde se acoge el concepto clásico de delito permanente, que la distinción en cuanto a que el delito queda consumado en un solo instante, como caracterización distintiva de los delitos instantáneos, también puede predicarse de los delitos permanentes y de estado, pues se trata de una consecuencia necesaria de la consumación entendida como el momento en que se produce la completa realización del tipo, lo que puede constatarse en cualquier clase de delito al tratarse de un mero concepto formal (2004: p. 12). Respecto a esta postura volveremos en el próximo apartado al analizar con mayor detenimiento el concepto de delito permanente.

Esta noción de Mañalich se corresponde con la de Roxin, quien en su clasificación de los tipos penales diferencia entre delitos permanentes y de estado, sin mencionar a los llamados delitos instantáneos. Para Roxin son delitos permanentes los hechos en los que el delito no está concluido con la realización del tipo, sino que se mantiene por la voluntad delictiva del autor tanto tiempo como subsiste el estado antijurídico creado por el mismo; en cambio, en el delito de estado, los hechos están concluidos con la provocación de un determinado estado (por regla general el resultado en el sentido de los delitos de resultado), y por tanto no son susceptibles de mantenimiento por el autor, ni lo necesitan (1997: pp. 329-330).

El criterio dentro de la concepción tradicional para poder diferenciar ambas categorías no es unitario, así podemos encontrar el elemento diferencial en la duración de

la afección del bien jurídico, atendiendo a la acción en lugar del bien jurídico, o bien en la duración del momento consumativo, dependiendo de la definición de delito permanente que se tenga y dónde se ponga el acento que lo caracteriza, ya sea en el bien jurídico, en la acción o en el estado antijurídico, elemento éste que, a su vez, puede ir referido o no a la duración del comportamiento o del resultado (Lloria, 2006: pp. 13-14).

Para von Liszt el criterio de clasificación corresponde a la duración de su daño efectivo o actual (criterio trascendental), distinguiendo entre delitos permanentes y delitos transitorios o instantáneos (1916: p. 278). Jimenez de Asúa, por su parte, diferencia delitos instantáneos de delitos permanentes en el apartado en que trata el momento consumativo, constituyendo el delito permanente uno de los casos excepcionales en que la consumación se lleva a cabo de manera anómala. Dice que, en general, son instantáneos aquellos delitos que tienen como su objeto jurídico bienes destruibles; los permanentes al igual que los instantáneos también se consuman en un momento dado con todos los elementos constitutivos del delito, pero se da lugar luego a un interregno perdurable de la conducta delictiva, pues en todos los instantes sucesivos continúa la violación de los intereses protegidos y de la norma que los respalda. Es por ello que considera incorrecto hablar de un “período consumativo”, pues la consumación se da en un momento y resultado, siendo imposible alegar que se consuma lo ya consumado (1970: pp. 970-971).

Común resulta dentro de la doctrina encontrar una clasificación tripartita que adiciona el llamado delito de estado-o delito instantáneo con efecto permanente-, como lo hace Mir Puig al ubicar la clasificación a propósito de los delitos de mera actividad y de resultado, indicando que ambos a su vez pueden sub clasificarse en delitos instantáneos, permanentes y de estado. Los delitos instantáneos no darían lugar a un estado antijurídico, cuestión que sí sucedería en las otras dos categorías. Diferencia el delito permanente del delito de estado en atención a que en el primero, el estado o situación antijurídica se mantiene por voluntad del autor y es precisamente esto lo que apareja que se siga realizando el tipo por lo que el delito se sigue consumando hasta que no se abandone la situación antijurídica; en cambio, en el de estado, la consumación cesa con la aparición del estado antijurídico ya que el tipo solo describe la producción del estado y no su mantenimiento (Mir, 2005: pp. 227-228) .

En el ámbito nacional, Sergio Politoff define los delitos instantáneos como aquellos cuya entera realización es inmediata, y permanentes son aquellos cuya consumación se prolonga en el tiempo, por la creación de un estado delictivo (2001: p. 183); por lo que entendemos que su concepto coincide con el de Mir Puig. En el mismo sentido Etcheberry, para quien la diferencia radica en que los delitos instantáneos se cometen en un momento determinado y su consumación se agota allí, en los permanentes, en cambio, la consumación se prolonga en el tiempo mientras dure la situación creada (1997: p. 226). En un sentido similar Novoa Monreal, quien sitúa el criterio en la duración del delito y, en específico, en relación al tiempo que requiere la consumación del hecho típico. Si el delito queda consumado en un solo instante, esto es, si el proceso ejecutivo que culmina al completarse todas las exigencias del tipo delictivo se cierra en un momento determinado y único, nos encontramos en presencia de un delito instantáneo. En el permanente el momento consumativo perdura en el tiempo; en ellos se produce también un instante en que la conducta típica está completa, pero entonces se origina un estado o situación susceptibles de ser prolongados en el tiempo, que constituyen subsistencia de esa conducta (Novoa, 2005a: p. 249).

Estas clasificaciones se centran en el momento de la consumación, no obstante también consideran que en el delito permanente se crea una situación o estado antijurídico. Respecto del concepto de Novoa Monreal, si bien señala expresamente que lo que se prolonga en el delito permanente es la consumación, queda un punto de duda al indicar luego que en estos “también existe un instante en que la conducta está completa, pero se crea el estado antijurídico por la subsistencia de la conducta”, a lo que podría entenderse que adhiere a la tesis en relación a que la consumación se da en un solo instante en ambas categorías de delitos: instantáneos y permanentes, y la diferencia estaría en la creación del estado antijurídico, sin embargo creemos que sólo sería una confusión de términos, ya que habla expresamente de prolongación de la consumación.

Garrido Montt es de aquellos que nos entregan una clasificación tripartita. Para él la diferencia se encuentra en el instante en que se produce la consumación, pues en los instantáneos ésta se produce en un único instante, y junto con ello la ejecución del delito termina. El momento determinado de la consumación al que hace referencia, de acuerdo a

lo ya visto en el apartado primero y que, además, puede extraerse de los ejemplos dados por el autor en su concepto, pareciera ser el de la producción del resultado típico. En cambio, un delito permanente puede consumarse en cualquier momento, pero por voluntad del autor es posible mantener su ejecución en el tiempo, de modo que el delito continúe en constante estado de consumación. La diferencia con el delito de estado que hace este autor, es prácticamente la misma que señala Mir Puig, el delito se consuma en un solo instante, creando una situación que dura en el tiempo al margen de la voluntad del autor (Garrido, 1997: pp. 258-259).

Como podemos apreciar, los elementos diferenciadores en las distintas clasificaciones, si bien no son idénticos, nos llevan a constatar, tal como lo señala Lloria García, el elemento común en relación a la “duración” o “permanencia” que revisten todos ellos (2006: p.14), por tanto esta misma noción nos relaciona necesariamente con el factor tiempo a aplicar en la interpretación del respectivo tipo penal.

Asimismo, aun aquellos que no relacionan el delito permanente con la prolongación de la consumación, en el sentido de existir un período consumativo o un estado consumativo para diferenciarlo del delito instantáneo, como lo son Jiménez de Asúa y Mañalich, para quienes todos los delitos se consuman en un solo instante y la diferencia de los delitos permanentes se refiere a lo que acontece con posterioridad a la consumación, de todas formas deben referirse al momento consumativo para plantear su noción y delimitar el concepto de delito permanente. Entonces, aun centrándose en la prolongación de la conducta para determinar la permanencia o no del delito, se llega a la consumación como factor importante que considerar, a tal nivel que Jimenez de Asúa, incluso estimando que en todo el período posterior a la consumación en el delito permanente, nos encontramos ante un estado no consumativo, de él se predica que reviste la naturaleza de “estado ya consumado”, entonces esa nota quedaría adherida como parte de la característica esencial de ese nuevo estado antijurídico.

Así también, en aquellas concepciones que ponen énfasis, no en la consumación, sino en la prolongación de la voluntad delictiva como permanencia, para efectos de diferenciar el delito permanente con el delito de estado, donde ya no existe esta

persistencia de la voluntad, podemos dar cuenta de la importancia de la ejecución en relación al verbo rector para delimitar esta clasificación.

Esta clasificación tiene trascendencia para, entre otros efectos, contabilizar la prescripción de la acción penal y en la participación, como asimismo en la determinación temporal de la procedencia de circunstancias eximentes o atenuantes de la responsabilidad penal.

En cuanto al concepto de delito de estado, estimamos que éste pareciera innecesario ya que operaría del mismo modo que el delito instantáneo, y el nuevo estado que supuestamente crea, no depende de la voluntad del agente, por lo que tampoco debiese tener relevancia jurídica penal para el autor de manera distinta a lo que podría tener cualquier tipo de delito en relación al concepto de agotamiento o terminación del delito, pues cierto es que, además, todos los delitos, en general⁶, pueden crear transformaciones en el mundo externo, dando lugar a un nuevo estado de las cosas⁷.

Pues bien, así es como el momento consumativo analizado en el primer acápite de este capítulo resulta clave para la clasificación entre delitos instantáneos y permanentes, y seguirá siendo esencial para determinar el concepto de delito permanente que analizaremos a continuación. Como ya explicamos, el momento consumativo reviste importancia pues en su noción se encuentra comprendida la conducta típica y el criterio orientador del bien jurídico protegido que resulta afectado (lesionado o puesto en peligro) y cuyo resultado se encuentra captado en el tipo, por regla general, salvo casos excepcionales que, como ya vimos, von Liszt asociaba a los llamados delitos de policía.

3. CONCEPTO DE DELITO PERMANENTE

Como ya adelantamos en el acápite anterior, el concepto de delito permanente está lejos de ser uniforme en la doctrina, encontrándonos con diferencias sustanciales a la hora de definirlo, por lo que debemos explorar estas distintas nociones para luego decidir

⁶ Esto se trató someramente en el acápite primero de este trabajo, con la noción de von Liszt y Mayer respecto al resultado típico.

⁷ En esta posición, Novoa Monreal, quien considera inútil e inductiva a confusión la subespecie de “delitos instantáneos con efectos permanentes” u otras semejantes (2005a: p. 250).

cuál es el concepto de delito permanente con el que trabajaremos en la extensión de este estudio.

Antes de comenzar, debemos advertir que nuestra legislación nacional tampoco nos da muchas luces en el tema, ya que no contamos con alguna remisión expresa a este concepto, aceptándose generalmente en la jurisprudencia como una construcción doctrinal que tiene asidero a la hora de resolver problemas jurídicos reales, a pesar de que la ley no lo menciona.

Lloria García repara en el factor temporalidad para dilucidar el concepto y sistematizar en relación a lo que los autores estiman como elemento que “permanece”. Así, indica que la mayoría de los autores se refiere a la permanencia de un estado antijurídico o una situación antijurídica creada por el autor cuyo cese depende también de su voluntad, siendo habitual que la acompañen con alusiones a la duración de la acción o del comportamiento, o bien a la del resultado entendido como afectación (lesión o peligro) del bien jurídico, o al mantenimiento de la ofensa del interés protegido o bien, a la reiteración del injusto o al momento consumativo o, por último que se haga referencia a unas y otras conjuntamente (2006: p. 15). A continuación seguiremos, en forma resumida, el análisis sistemático que realiza Lloria García en razón de su estudio de las diferentes nociones de delito permanente que podemos encontrar en la doctrina.

Respecto a la primera concepción de los delitos permanentes, se refiere a aquellos que se centran en la perduración de la acción o conducta pues “es la conducta la única que puede asumir el carácter de la permanencia como ininterrumpida violación de una obligación”. La autora menciona que las consecuencias que derivan de esta postura son dos: la crítica de aquellos autores que establecen la permanencia en la continuidad de la lesión al bien jurídico porque esto les lleva a confundir delitos permanentes y delitos con efectos permanentes o de estado; y que sólo los delitos de mera actividad pueden ser permanentes, ya que si los delitos de resultado son aquellos en los que la lesión del bien jurídico pertenece al tipo, y esta característica ha sido excluida de la permanencia, no pueden ser permanentes los delitos de resultado. Su crítica personal respecto a esta concepción radica en que estaríamos ante un concepto desconectado del principio de lesividad, ya que al prescindir de la afectación del bien jurídico significaría que faltaría el

fundamento del injusto que se encuentra en el desvalor de resultado y si lo que perdura es la conducta y no la lesión, no es posible seguir hablando de delito, pues éste sólo puede existir con la verificación del menoscabo al bien jurídico que aparece como núcleo de la infracción (Lloria, 2006: pp. 20-21). Esta crítica es compartida por nosotros, sin perjuicio de advertir que efectivamente la conducta tiene gran relevancia para la determinación de la noción de delito permanente pero no es el único elemento que debe perdurar, como ya veremos.

En relación a la concepción que fija la permanencia en el resultado o como mantenimiento de la lesión al bien jurídico, se entiende el resultado como el estado de compresión del bien jurídico. Hay autores que aclaran que esta tesis también comprende la valoración de la conducta, pues necesariamente la lesión al bien jurídico debe llevarse a cabo a través de un comportamiento del sujeto que trasgrede la norma. La antijuridicidad del resultado depende de la conducta típica, es por ello que para abarcar ambos conceptos prefiere hablarse de estado antijurídico y no de resultado permanente, dando lugar así al primer paso en relación a las tesis mixtas (Lloria, 2006: pp. 25-26).

Las tesis mixtas son aquellas que denotan que lo que en realidad permanece es el *injusto típico*, esto es, la realización de la acción típica que produce un resultado dañoso o peligroso. La autora considera acertada esta solución entendiendo el tipo como tipo de injusto, pues que una conducta verifique el tipo penal significa que realiza el desvalor que la ley penal asigna al tipo, esto es, que lesiona o pone en peligro el bien jurídico tutelado por la norma. Para la existencia de la infracción punible deben darse todos los componentes típicos que configuran la antijuridicidad del hecho. Caracteriza el delito permanente citando a Sanz Morán: con su realización se produce una “persistencia de la situación típicamente antijurídica, del injusto típico en su realización, todo ello debido a la voluntad del agente que no hace cesar dicho estado de las cosas” (Lloria, 2006: pp. 26-28).

En este punto, cabe hacer un paréntesis y destacar lo señalado por Rampioni, quien sería de los autores que sustentan esta llamada tesis mixta, en relación a descartar la mera tesis formalista de la prolongación de la conducta, poniendo énfasis en la naturaleza del bien jurídico ofendido, el cual necesariamente debe ser susceptible de llegar a un estado de compresión por la realización de la conducta sin llegar a su destrucción, pues

indica que si bien el legislador es poderoso, no es omnipotente, en el sentido de poder hacer cambiar la realidad en cuanto a la naturaleza del bien protegido cuando es tal que no permite una comprensión sino solo su destrucción, entonces no es susceptible de ser afectado por una conducta de mantenimiento y, en este caso, no podríamos estar ante un delito permanente (1988: p. 10). En consecuencia son dos los requisitos que constituyen un delito permanente: uno, el carácter de la duración de la ofensa en el tiempo, derivado del comportamiento del agente; el otro, la persistente conducta voluntaria que, en cuanto tal, permite al agente mismo hacer cesar en cualquier momento la agresión al bien tutelado (1988: p. 25).

Finalmente, la autora analiza la consumación en el delito permanente en un apartado distinto, pues estima que primero debe haberse definido el elemento que integra la duración del delito que, como ya se expuso, se adopta la tesis mixta, esto es, la permanencia del injusto típico. Constata que existen tres posiciones doctrinales respecto a la consumación en esta categoría de delito: en la primera de ellas se opina que la consumación del delito permanente coincide con el momento en que cesa la situación antijurídica; la que indica que en el delito permanente se produce un “estado de consumación”; y aquella que considera que los delitos permanentes son instantáneos desde el punto de vista de la consumación, postura esta última que adopta la autora y que coincide también, como ya vimos en el acápite anterior, con la posición de Mañalich, al preferirse el concepto de consumación meramente formal que ya desechamos, por lo menos como criterio general, en el primer acápite de este capítulo, pues dijimos que la noción de lesión al bien jurídico debe ser el criterio que nos guía al momento de determinar la consumación, no bastando entonces la mera realización formal que prescinde de su aplicación en la interpretación del tipo. No obstante, reconocemos que existe cierta categoría de delitos- peligro abstracto- que no se fundamenta en la afectación a un bien jurídico y faltando ésta, entonces no nos queda más que interpretar el tipo penal sin considerarla, pudiendo hablar de una consumación meramente formal. Pues bien, analizaremos someramente cada una de ellas para concluir con nuestra propia toma de posición.

Aquella concepción que hace coincidir la consumación con el momento en que cesa la situación antijurídica creemos que no necesita mayor análisis, ya que concordamos con la autora en razón de que es susceptible de ser objeto de variadas críticas que evidencian principalmente que esta noción nos apareja problemas en torno de ese período en que se realiza la conducta típica y se afecta efectivamente el bien jurídico protegido, pero, sin embargo, aún debe considerarse en etapa de ejecución imperfecta, dejando vacíos o contradicciones en la fundamentación de los conceptos penales desarrollados en razón del iter criminis y la distinta intensidad punitiva asociada.

En segundo lugar, encontramos la concepción que fundamenta el delito permanente con la producción de un estado de consumación. La autora indica que la doctrina mayoritaria es partidaria de esta opinión y adelantamos que también es a la cual adherimos. Dentro de esta misma concepción encontramos distintos puntos de vista los cuales dicen relación con lo que entendemos por consumación. Compartimos la crítica que hace Paz Lloria a quienes basan esta segunda posición en una especie de exigencia del tipo en relación a la duración mínima de la afección del bien jurídico para hablar de perfeccionamiento de la conducta y que conlleva a la clasificación entre delitos necesaria y eventualmente permanentes, dependiendo de si el tipo exige o bien sólo permite esa mínima prolongación temporal; pues a nuestro entender esto más bien se relacionaría con el principio de insignificancia penal y no con la exigencia de prolongación de la consumación; otra cosa distinta es que comúnmente en estos delitos, al permitirse la compresión del bien jurídico afectado y su dilación en el tiempo, nos encontremos con duraciones más o menos extensas.

También compartimos la crítica que hace la autora respecto de aquellos que estiman que la conducta en el delito permanente hace “revivir” el delito en cada instante y que es aquello lo que permite hablar de un período consumativo constante; pues dicha aseveración no se condice con nuestro concepto de consumación, el cual es ininterrumpido, por tanto no podría hablarse de un “morir y revivir” de ella, pues esto nos lleva a confundir el delito permanente con el delito continuado.

Tal como señala Rampioni, “el delito permanente no está constituido de dos o más conductas, sino de una única conducta que integra el ilícito y que, prolongándose en el

tiempo, le hace asumir su carácter de permanente” (1988: p. 65), esto se debe asimismo a que es única la lesión al bien tutelado (1988: p.20).

La autora, en definitiva, critica esta postura basándose en el concepto de consumación al que adhiere, el cual es meramente formal y no permite identificarlo con una prolongación temporal, ya que considera que la consumación es por naturaleza un momento (instantáneo) y lo que se prolonga en el delito permanente es el injusto típico ya que, al igual que lo señala Jiménez de Asúa, lo que está consumado no puede seguir consumándose, produciéndose una contradicción lógica si hablamos de período o estado consumativo, o consumación continuada.

Sin perjuicio de lo anterior, admite que si se identifica período consumativo con realización sostenida del injusto típico, la permanencia supone la prolongación de la consumación. Posición ésta que es justamente la que adoptamos conforme a lo ya expuesto en el acápite primero de este capítulo, en razón de considerar tanto la actividad típica como el bien jurídico afectado captado dentro del tipo penal; esta postura además coincide con la tesis mixta adoptada por la autora, como ya vimos, pues para nosotros aquella tesis, al considerar todos los elementos típicos que configuran la antijuridicidad del hecho, es coincidente con nuestro concepto de consumación. Sin embargo, la autora insiste en su rechazo a esta concepción argumentando, otra vez, en base a que la consumación debe necesariamente darse en un único instante, y aludiendo a que otra noción de consumación podría inducir a confusión, no siendo necesario, a su juicio, empañar los conceptos ya que se dispone, dentro de la teoría del *iter criminis*, del instituto de la terminación (Lloria, 2006: p. 105).

Pues bien, pensamos que esta última razón que nos entrega para desestimar la coincidencia de consumación con la realización del injusto típico no es suficiente, pues se trata de un argumento circular y de autoridad al fundamentarse en que no puede admitirse por ser la consumación un único instante, y considerar que es de la naturaleza de la consumación esta característica, sin explicitar por qué debería considerarse de este modo y negar total cabida a la posibilidad de “un momento consumativo” que abarque tanto un único instante como también períodos consumativos, sobre todo siendo que esta noción que sostenemos de consumación no resulta difícil de imaginar ni contraría la lógica

jurídica; además, agrega que otro concepto de consumación llevaría a confusión en razón del concepto de terminación, lo que, tal como ya analizamos en el acápite primero, puede diferenciarse claramente de la consumación, en el sentido de injusto típico que plantea la autora en su tesis mixta del delito permanente, de la terminación conforme al concepto de Mir Puig, siendo justamente el elemento delimitador lo captado dentro del respectivo tipo penal, ya que la terminación o agotamiento excede de éste.

La tercera tesis que, como adelantamos, es a la que adhiere Lloria García, considera que los delitos permanentes son instantáneos desde el punto de vista de la consumación. Esta tesis parte del presupuesto, ya revisado, de entender la consumación en su concepción formal, esto es, aquél único instante en que aparecen todos los elementos del tipo. Indica que la diferencia con los delitos instantáneos radica en el *modo de ejecución típica*. Una vez que se desarrolla la conducta típica que da lugar a la afección del bien jurídico el delito queda consumado y tras esa consumación inicial, se continúa la violación jurídica perfeccionada. Este peculiar modo de desarrollo ejecutivo genera una fase post-consumativa que finaliza con la *terminación* del delito, *bien por voluntad del autor, bien por otras causas* (2006: p. 106). Esta concepción reviste similitudes con la expuesta en el acápite primero correspondiente a Jescheck, que considera como resultado típico también aquel período comprendido entre la consumación y la terminación, como, a su juicio, ocurre en los delitos permanentes.

De acuerdo a esta concepción del delito permanente, nuestra crítica recae en el hecho de que es la misma autora quien considera que para estar ante la consumación requerimos el desarrollo de la conducta típica y también que ésta dé lugar a la afección del bien jurídico, noción que en nada se diferencia a la que sostenemos en este trabajo; pero luego indica que tras esa consumación inicial se continúa con la violación jurídica perfeccionada, y es aquí donde apreciamos una cierta contradicción, ya que se admite de modo implícito que ese momento constituye el inicio de una consumación, al referirse a él como “consumación inicial”, luego, esta continuación de la violación del bien jurídico a la que hace referencia, a nuestro entender, no sería más que la prolongación de la consumación, no pudiendo tratarse de un peculiar modo de desarrollo ejecutivo, pues sería la continuación de exactamente la misma conducta típica y la misma afección del bien

jurídico que dan lugar a la consumación; no apreciamos cuál sería el elemento distinto respecto de lo que da lugar e integra aquella “consumación inicial” y que daría lugar a este “peculiar modo de ejecución del delito”. Por otra parte, la fase que ella llama “post-consumativa” que finaliza con la *terminación* del delito, no sería más que el término de la consumación, ya que, como vimos en el acápite primero, la terminación como sinónimo de agotamiento del delito y concepto distinto de la consumación, no es captada por el tipo penal quedando fuera de éste, por tanto, no coincide con el concepto de terminación que emplea la autora para referirse a la finalización de esta etapa “post-consumativa”, en tanto se está ejecutando la misma conducta típica y afectando de igual forma el mismo bien jurídico de acuerdo a lo captado en el tipo penal y en el concepto que da lugar a la “consumación inicial”.

Cabe destacar que es la propia autora quien pone el acento en lo que realmente interesa para calificar un delito como permanente, al indicar que es “la concreta figura de la parte especial la que informa de en qué momento se produce la afección del bien jurídico (y por lo tanto en qué momento se consuma) y también, de si esa afección es susceptible de perdurar en el tiempo. En este caso podremos calificar al delito como permanente” (Lloria, 2006: p. 106) y, efectivamente, esa posibilidad de dilatación de la afección del bien jurídico conforme al tipo penal específico coincide con nuestro concepto de prolongación de la consumación o lo que la autora llamaría el injusto típico, de acuerdo a su tesis mixta del delito permanente.

Consideramos innecesario el argumento para fundar su crítica respecto de aquellos que estiman que prolongación de la consumación en el delito permanente significa exigencia del tipo penal en relación a un plazo mínimo de duración del delito, pues como ya dijimos, no estamos de acuerdo con esta postura y compartimos la crítica que hace la autora en razón de que ello más bien dice relación con la relevancia penal de la conducta para ser considerada consumada y no con el concepto de delito permanente, porque, como señaló la misma autora, la calificación de permanente viene dada por la posibilidad de prolongarse la afección del bien jurídico en la forma captada en el tipo, y no en una exigencia mínima de tiempo de afectación. Un delito permanente puede considerarse consumado desde la “consumación inicial” y mientras dure todo el momento consumativo,

siendo irrelevante cuánto se dilate este período para poder calificarlo como permanente o no.

Sin perjuicio de las críticas que hemos planteado, encontramos acertada la explicación de la autora para dilucidar el concepto de delito permanente adoptado: “si el tipo lo que refleja es la posibilidad de mantenimiento de la conducta con el consiguiente sostenimiento de la afección del bien jurídico, la voluntad del sujeto de continuar con la realización del injusto adquiere carácter de elemento esencial en el diseño de los delitos permanentes (...)” (Lloria, 2006: p. 109); pues, en efecto, delito permanente coincide con la prolongación de la consumación, y para ello debe seguir ejecutándose la conducta típica la que naturalmente requiere la voluntad del autor, ya que como dice Lloria: “sin voluntad no hay *comportamiento típico*” (2006: p. 109).

Paz Lloria se encarga de la crítica que se hace a esta concepción por parte de Rodríguez Mourullo, quien la cuestiona indicando que si la perfección del delito se encuentra en el momento en que se inicia la afección del bien jurídico la prescripción debería contar desde que se produce la consumación formal. Rebate citando los preceptos legales contenidos en el Código penal español, que propugnan una regla expresa respecto de los delitos permanentes; sin embargo, en nuestra legislación, como ya mencionamos, no existe precepto alguno que haga referencia a esta categoría de delitos, por lo que este argumento no sería válido para nosotros. No obstante lo anterior, la autora argumenta que, de todos modos sería posible llegar a la misma conclusión aun aplicando el antiguo artículo 114 el cual establecía que “el término de la prescripción comenzará a correr desde el día en que se hubiere cometido el delito”, como podemos apreciar se trata de una norma similar a nuestro artículo 95 del Código penal. En relación a ello, asevera que la objeción sería plausible si se considera el término “cometido” como sinónimo de “consumado”, pero precisa que es el propio Rodríguez Mourullo el que rechaza esta equivalencia cuando establece que la consumación ha de referirse a la perfección del delito, mientras que la expresión “delito cometido” posee un significado distinto al de consumación, ya que con ella el legislador alude al lugar y al tiempo en que se realizan los actos que generan la responsabilidad criminal, por tanto, la referencia a la comisión ha de interpretarse como

una mención *al proceso ejecutivo*, dependiente de la voluntad del autor, concluyendo que este argumento no puede rechazar la tesis examinada.

Concordamos con la crítica realizada por Rodríguez Mourullo y estimamos que el argumento dado por la autora es insuficiente. Pues, en efecto, consumación y delito cometido no son sinónimos, si interpretáramos ambos conceptos como uno solo la norma que regula el comienzo de la prescripción sólo sería aplicable a los delitos consumados y no a aquellos que se cometieron en fases imperfectas de ejecución, quedando aquellos sin cómputo de prescripción y dejando así un vacío legal que nos llevaría a un grave problema de incerteza jurídica. Así pues, el proceso ejecutivo se refiere a todas las etapas del iter criminis culminando en la etapa perfecta que corresponde a la consumación; ya hemos señalado que la terminación o agotamiento del delito no está captado en el tipo penal y consecuentemente podrá ser relevante para la determinación de la pena, u otros fines, en ciertos delitos específicos o en situaciones concretas, o bien en estatutos especiales, como en el de responsabilidad penal adolescente, donde se debe considerar la extensión del mal causado, entre otros criterios, para efecto de determinar la idoneidad de la misma, pero no para efectos de la prescripción.

En conclusión, deseamos los argumentos entregados por la autora para defender su toma de posición en torno al momento de la consumación en los delitos permanentes, y estimando que ellos más bien contribuyen a afirmar la posición que se toma en este trabajo, bajo el concepto de consumación ya adoptado en el primer acápite de este capítulo, verificando que en los delitos permanentes lo que se prolonga es la consumación, entendiendo ésta conforme al sostenimiento del injusto típico, bajo el concepto de éste último dado por Lloria García.

Consideramos que el concepto de delito permanente que más se adecúa a lo analizado y a nuestra posición, pues es el más completo en recoger los elementos integradores, corresponde al que nos entrega Manuel de Rivacoba y Rivacoba, esto es, “delito permanente es aquél en que la actividad criminal se extiende ininterrumpidamente en el tiempo durante un lapso más o menos prolongado, pero siempre considerable, cuyos momentos son todos por igual de consumación, siempre y cuando el agente se halle en condiciones de hacer cesar por su parte el estado antijurídico, de comprensión del bien

jurídico, determinado por su actividad”. Rivacoba aclara que en este delito lo que existe es un período consumativo (1984: p. 3).

De este concepto que utilizaremos para desarrollar los siguientes capítulos, debemos precisar lo siguiente: el hecho de referirse a “momentos de consumación”, en plural, podría llevar a una cierta confusión, lo que queda a salvo al referirse a la forma ininterrumpida en que se debe dar esta categoría de delito y a la aclaración posterior en cuanto a lo que existe es un período consumativo, lo que deja sin lugar a dudas que no estamos ante aquella noción que considera el delito permanente como un continuo renacer del injusto, pues tal como señala Rampioni, el delito permanente está constituido de una única conducta la que se prolonga en el tiempo. También debemos mencionar que si bien el concepto recoge la característica del lapso considerable en que debe extenderse la actividad criminal, como ya hemos señalado, creemos que esto es solo una consecuencia secundaria y no esencial para calificar a un delito como permanente, pues lo importante, y que recoge muy bien el concepto al que adherimos, es la posibilidad de comprensión del bien jurídico que permite la prolongación del período de consumación.

CAPÍTULO II. DELITOS DE POSESIÓN Y TENENCIA. CRÍTICA Y MOMENTO CONSUMATIVO.

Establecido el concepto de consumación y delito permanente al que adherimos, a continuación determinaremos los contornos a los cuales adscribimos respecto de la difusa categoría de los llamados delitos de posesión a los que pertenece el que nos convoca en este trabajo; lo anterior, con el fin de delimitar las pautas sobre las que se desarrollará el capítulo final y conclusivo del mismo. Para ello, primero responderemos al cuestionamiento de si esta categoría pertenece a la Parte general de clasificación de los delitos; luego cuestionaremos desde la estructura y política criminal esta categoría y, finalmente, determinaremos en qué momento se produce su consumación.

1. ¿ES UNA CLASIFICACIÓN GENERAL DE LOS DELITOS?

Planteamos esta primera interrogante, pues es necesario saber dónde debemos posicionarnos cuando estudiamos esta clasificación de los delitos. En este sentido, Guzmán Dálbora (2017: pp. 4-5) nos advierte que “si se repasa los catálogos delictuosos de los ordenamientos occidentales, se verá cómo la historia del Derecho penal exhibe unas líneas generales, reveladoras de sendas clases de delitos. (...) las agrupaciones que la Dogmática antepone a la infracción penal –como las que forman las categorías de delitos comisivos u omisivos, de lesión o peligro, instantáneos o permanentes, monosubjetivos o plurisubjetivos, perfectos o imperfectos, etc.- se cifran en datos extraídos en la estructura de esta última (...)”.

Respecto a los llamados delitos de posesión y su vinculación con la Parte general del Derecho penal, encontramos un gran debate doctrinal (Cox, 2012: pp.60-61) consistente en establecer si la posesión y tenencia como verbos rectores de un determinado tipo penal corresponden efectivamente a una conducta o no y, en el supuesto afirmativo, si se trata de una acción o una omisión, o bien incluye ambas categorías para configurarse o en realidad nos encontramos ante una categoría distinta e independiente a las anteriores: una especial clasificación denominada *delitos de estado o estatus*, cuyo principal cuestionamiento radica en si estos verbos rectores constituyen efectivamente una conducta conforme a la concepción tradicional de ella en el Derecho penal.

Al respecto, las concepciones de los autores son variadas y disímiles dentro de sus mismas posiciones generales ya enunciadas. Pese a que la tesis central de este trabajo no consiste precisamente en determinar este punto, sí es importante clarificarlo y tomar una posición al respecto para poder continuar con la interrogante que nos convoca. Revisaremos de forma sucinta, pues, los principales postulados.

Jiménez de Asúa en su Tratado de Derecho penal (1951: pp. 379-384), al analizar las clases de delito según el acto, hace mención al cuestionamiento de si es posible que exista delito sin acto, refiriéndose a una eventual categoría especial de delitos, los cuales han sido llamados en la doctrina como delitos de sospecha y de posición. Indica que “fue Manzini el primero en hablar de los “delitos de sospecha”, (...) los cuales no son comisivos ni omisivos, en cuanto no consisten en un hecho ni positivo ni negativo, sino simplemente en un *estado* individual que por sí mismo no constituye infracción de

mandato alguno o prohibición penal, sino que se incrimina solamente por la sospecha que despierta”, cuyo “resultado consiste en una apreciación hecha por la autoridad en base a determinados elementos establecidos por la ley”. Justifica esta categoría de delitos en la disposición del artículo 708 del código penal fascista italiano⁸.

El autor está de acuerdo con las críticas realizadas a Manzini por otros penalistas de la época, en las que se alude a que existe una acción por el hecho de ponerse voluntariamente en posesión de la cosa y una omisión por no justificar su procedencia, pareciendo evidente que hay una acción que se concreta en la posesión; o como señala Petrocelli, que la conducta está constituida por el hecho de que, encontrándose en las condiciones indicadas en el precepto penal, entra el sujeto en posesión de la cosa sin estar o sin ponerse en situación de justificar la procedencia, y que contraviene el mandato de poseer tales objetos sólo si se está en posición de justificar la procedencia. Para este último, la fórmula de la ley “será todo lo elástica y peligrosa que se quiera, pero indica la necesidad de una conducta”.

Tomando esta última frase, Jiménez de Asúa considera que la concepción de Petrocelli se aproxima a la de De Marsico, quien afirma que puede haber “un delito en que en el puesto de la acción, encontramos otra cosa: un estado, una conducta”, deduciendo que “el Derecho Penal no se limita únicamente a penar acciones, sino que extiende sus fronteras hasta abarcar un momento más amplio en que la acción se inscribe: la *conducta*”.

Si bien Jiménez de Asúa no explicita a cuál de estas tesis adhiere en particular, sí manifiesta que es Grispigni quien precisa el debate, al señalar que “no se debe confundir el motivo por el que se pena el hecho con los elementos constitutivos del hecho mismo”, ya que en los llamados delitos de sospecha el motivo de su punición es la creencia de que el mismo se relaciona con un delito ya acontecido o proclive de cometerse; pero ello no significa que no sea una conducta voluntaria. En relación a esto, Jiménez de Asúa

⁸ Se castiga al individuo que, teniendo determinados antecedentes penales o estando sometido a amonestación, o a medida de seguridad personal, o a caución de buena conducta, sea encontrado en posesión de dinero u objetos de valor que no se hallan en armonía con su estado y de los cuales no justifique su procedencia.

encuentra acertado lo que ha dicho Petrocelli al identificarlos como “supervivencia de viejas leyes de policía”, pues el motivo de su incriminación no es otro que la *peligrosidad del agente*, estimando que no debiesen de figurar en leyes penales, sino preventivas.

Finalmente, indica que entre los defensores de la afirmación de la existencia de delitos sin acción, se encuentra Girolamo Bellavista, quien los denomina delitos de posición, reconociendo una tercera categoría de delitos que se sitúa al lado de la omisión y de la acción. Respecto de esta última postura, Jiménez de Asúa mantiene y enfatiza su crítica en relación a rechazar la existencia de delitos sin acción.

Siguiendo también en la misma línea de cuestionamiento, Pastor Muñoz (2005: pp. 37-43) se pregunta si puede existir un delito cuyo comportamiento típico consista en “poseer” un objeto o en “ostentar” un estatus, haciendo entonces esta diferenciación de clases de delitos; sin embargo, en la explicación realizada en el acápite de su obra, se refiere solamente al análisis del concepto de los delitos de posesión, por lo que no cabe más que entender que en aquél se encuentran comprendidos ambos delitos asilados bajo una misma categoría de estudio que constituye entonces una unidad mayor que los abarca, siendo estos delitos una especie de sub-clasificación de aquella, al poseer similares características en su estructura.

Para esta autora, esta categoría de delitos denota efectivamente un comportamiento humano, pudiendo “establecerse un paralelismo entre (la responsabilidad por la) posesión y la responsabilidad por la omisión” (Pastor, 2005: p. 39). En efecto, desecha la tesis de la acción, pues tanto la adquisición de la posesión, como su conservación y aprovechamiento, son acciones distintas a la posesión misma, no agotándola, además de no acompañarla necesariamente; concluye que serían delitos de comisión por omisión (sin especificar por qué adhiere a esta categoría omisiva y no a la pura, aunque podemos deducir de su obra que la prefiere por la naturaleza de fuente de peligrosidad que estos delitos constituirían), desechando la tesis de los llamados delitos de estado.

Nuria Pastor (2005: pp. 39-43) responde a las principales críticas que ha planteado la doctrina en relación a identificar los delitos de posesión con la variante

omisiva de la conducta típica. En primer lugar, como comisión por omisión, pues frente al argumento de que estos delitos presuponen la equivalencia entre el comportamiento omisivo y la correspondiente comisión activa del delito, indica que bajo un planteamiento normativista como el de Jakobs, es posible convertir a la posición de garante en la única cuestión esencial para afirmar o negar la responsabilidad penal; en relación a la crítica de que en esta hipótesis entonces debería probarse que el poseedor pudo deshacerse de la cosa, cuestión que en la práctica no se prueba, la autora responde que el hecho que en la práctica algo no sea, no significa que no deba serlo; finalmente, opina que la crítica que plantea que el dolo del autor no sólo debe abarcar la posesión de la cosa, sino también el comportamiento activo, carece de fuerza, pues quien es consciente de que la posee, también lo es del hecho que puede desprenderse de la cosa.

En segundo lugar, como omisión pura, el deber infringido se podría entender que sería el de solicitar autorización al Estado para poseer. Indica que una de las objeciones que se han planteado consiste en que debiese probarse que la cosa se ha adquirido ilegalmente, a lo que la autora responde que ello es evidente, en virtud del principio de presunción de inocencia; para luego indicar que el comportamiento activo que debe llevar a cabo el poseedor puede determinarse con la misma precisión con la que puede definirse el del conductor que vio a un accidentado y pasó de largo pese a poder socorrerlo, es decir, cualquier comportamiento activo dirigido a poner fin a la posesión.

Cox Leixelard, por su parte, al analizar si la posesión puede constituir una acción, como sinónimo de conducta, concluye afirmativamente. Partiendo de una postura que distingue entre el carácter y el sentido de la acción (planteamiento de su maestro Silva Sánchez, el cual expresa que el juicio de afirmación del carácter de acción es descriptivo, y sólo el de atribución de un determinado sentido de la acción es adscriptivo) indica que, respecto de los procesos reales interpretables, no puede afirmarse que lo hacen en tanto comportamiento, sino solo una vez que se les asigne sentido como tal; entonces, no se trata que la conducta (hecho; acción) sea un fenómeno susceptible de asignación de sentido, sino que más bien, *es* en la medida de esa asignación, teniendo, por tanto, una configuración adscriptiva, pues solo con la atribución de sentido surge la conducta. Agrega que entiende que Silva Sánchez últimamente plantea que la “acción” se extrae del ámbito

causal a través de la imputación, lo que, unido a que sostiene que con la consagración del carácter de acción se puede afirmar tal sustracción, dicho estadio se compone por un juicio adscriptivo. (2012: p. 108)

Aclara que los procesos sindicados como conducta cumplen un papel de sustrato para la concreta atribución de sentido. La acción es, por tanto, un sustrato dotado de significado. Entonces, cuando se define la conducta como un *hecho capaz de sentido*, no se la toma en su expresión de acción u omisión o hecho imputado- por cuanto para ser tal ya porta de sentido- sino que se referiría a una versión lata de hecho, en concordancia con la clasificación de Von Wright: *estados de cosas, sucesos y procesos* (Cox, 2012: p. 112). La capacidad de sentido requerida, dice relación con la posibilidad de interpretar el fenómeno como un acto humano y no como un mero fenómeno naturalístico; entonces, puede afirmarse que se entiende como humano el fenómeno respecto del cual una persona ejerce siquiera un mínimo de control, siendo ese control el que permitirá valorar el hecho en relación con las normas existentes, cuyo contenido está legitimado por su función de protección de bienes jurídicos. En consecuencia, todo lo anterior es predicable del *poseer* (Cox, 2012: p. 113).

También podemos encontrar un concepto tan amplio de “acción”, que estos llamados delitos de estatus no constituyen obstáculo alguno para considerarlos comprendidos en ella. Así el concepto personal de acción de Roxin (2016: pp. 148-149) quien la define como “manifestación de la personalidad” (1997: p. 252). Acción, para este autor, es todo lo que se puede atribuir a un ser humano como centro anímico espiritual de acción. Responde a la crítica de Schroeder, quien es de la opinión que tampoco esta y otras ampliaciones del concepto de acción estarían en situación de abarcar a la tenencia como estado de dominio, señalando que este parecer es erróneo, ya que la detentación voluntaria del dominio de hecho sobre una cosa es una manifestación de la voluntad del tenedor, es lo que no puede ser muy discutido, dando como ejemplo la situación de alguien que tiene muchos libros o cuadros en su casa, indicando que allí reside una manifestación característica de su personalidad (Roxin, 2016: p. 149).

Junto con la comprensión de actuar u omitir como realización o no de un movimiento corporal, aparece la detentación y el ejercicio del dominio de la cosa como

forma independiente de la acción en un sentido de manifestación de la personalidad. Hace referencia a Sinn y el desarrollo del delito combinado con una teoría del poder, para el cual las formas de aparición de comportamiento punible deben ser caracterizadas como abuso de poder; dicho planteamiento es ir demasiado lejos según Roxin. No obstante, opina que una forma de comportamiento punible puede ser el detentar el poder de poner en peligro bienes jurídicos, configurado como la tenencia de objetos determinados.

El dominio corporizado en la tenencia se expresa por regla general en la realización o no de determinadas actividades, el tenedor no sólo conservará, cuidará y utilizará la cosa, también omitirá desecharla o destruirla, pero éstos son solo momentos parciales del ejercicio de la tenencia que no se reduce a realizar o no determinados movimientos corporales.

También, continúa en su análisis Roxin, existen otros comportamientos punibles que no pueden ser atribuidos a movimientos corporales realizados u omitidos: estos son los llamados delitos de estatus, como ser miembro de una asociación terrorista, pero también el “estar listo” (se mantenga listo)⁹ a la espera de una indicación para

⁹ Conforme a la traducción realizada por la profesora Claudia López Díaz del Código penal alemán, el precepto (87, inc. 1, N° 1, StGB) al que hace mención Roxin en su análisis sería el siguiente:

Actividad de agentes con fines de sabotaje.

(1) Con pena privativa de la libertad hasta por cinco años o con multa será castigado, quien cumpla una comisión de un gobierno, asociación o institución que esté por fuera del ámbito de validez espacial de ésta ley, para la preparación de acciones de sabotaje que deban realizarse dentro de éste ámbito de validez de tal manera que él:

- 1. se mantenga listo a ejecutar tales acciones por indicación de una de las instituciones descritas,*
- 2. reconozca objetos de sabotaje,*
- 3. fabrique objetos de sabotaje, los consiga para sí o para otro, los guarde, los ceda a otro, o los introduzca en éste ámbito*
- 4. establezca, mantenga o supervise depósitos o puntos de apoyo para guardar medios de sabotaje,*
- 5. se deje entrenar para cometer hechos de sabotaje o entrene a otros o*
- 6. establezca o mantenga la conexión entre un agente de sabotaje (numerales 1 a 5) y una de las instituciones señaladas, y de éste modo intencionalmente y a sabiendas interceda a favor de los empeños contra la existencia o la seguridad de la República Federal de Alemania, o contra los principios de la Constitución.*

cometer un acto de sabotaje, el mantener relaciones peligrosas para la paz o relaciones de rufianería. Un concepto de acción como manifestación de la personalidad, sostiene el autor, abarca estos y más comportamientos punibles y por ello es apto como concepto básico para todo lo que puede ser jurídico-penalmente relevante.

En los delitos de tenencia, en tanto tienen un momento omisivo, se puede esperar que el tenedor omita entregar, informar o destruir un objeto que está bajo su ámbito de dominio de buena fe o sin su intervención, pero tenencia es algo más que la mera ausencia de abandono de tenencia. En segundo lugar, ese momento omisivo falta también en el caso del ingreso activo de objetos prohibidos a la propia tenencia, pues aquí la punibilidad de la tenencia ya está fundada antes de que exista posibilidad alguna de desprenderse de la cosa. Por último, indica que el concepto de Lampe sobre responsabilización del destinatario de la norma por estados de cosas socialmente determinados que están bajo su responsabilidad es compatible con su concepto, solo que no le parece necesario abandonar el dogma de la acción como concepto básico del derecho penal.

Ahora, en la postura de una tercera categoría de conducta, se encuentra la opinión doctrinaria que entiende la posesión como perteneciente a una categoría distinta de delito en razón de la conducta, denominándolos delitos de estado o de estatus. Kai Ambos considera que la posesión no puede ser acción ni omisión, ya que puede comenzar tanto por ambos tipos de conducta como mantenerse o finalizar por cualquiera de ellos. Al ser una relación entre persona y objeto, no puede entenderse como una actividad propiamente tal, sino como un estado (2016: pp. 255-263). Exponente de esta postura es también Schröder quien propugna que aún bajo el amplio concepto de acción que propone Roxin, no puede incluirse en él la posesión como “estado” de dominio, enfatizando en que generalmente en la legislación la punibilidad de la posesión no excluye la de las acciones que la fundamentan(2016: pp. 137-140).

Por nuestra parte, y en referencia a lo que los autores han denominado delitos de estatus, hemos identificado que dentro de las categorías estudiadas y discutidas en relación a la existencia de la conducta en ellos, no sólo encontramos la posesión, sino también otros verbos rectores como la tenencia, porte, almacenamiento, pertenencia a

organizaciones, mantener, etc. Todos los cuales pertenecen a lo que en gramática se clasifican como verbos estáticos o de estado¹⁰.

En efecto, curiosamente damos cuenta que lo que complica la percepción de esta categoría de delitos, que incluye a los de tenencia y posesión, es justamente su verbo rector, el que no denota una acción propiamente tal sino un estado, de acuerdo a la noción gramatical de los mismos. Sin embargo, dentro de estos verbos de estado, los utilizados para configurar tipos penales son de aquellos en que el estado se puede iniciar mediante una acción o movimiento corporal voluntario y que, además, es posible mantener el estado mediante una ejecución del mismo, es decir, en el sentido tradicional de acción.

Es por ello que consideramos la posición de Zaffaroni como correcta si pretendemos otorgar de algún modo legitimidad a estos delitos. Zaffaroni sostiene la imposibilidad de la existencia de delitos sin conducta y, por otra parte, en relación a los delitos de tenencia, indica que comparte con Malamud Goti la afirmación que la “tenencia” no es una conducta, sino un “estado de cosas”. Precisa que existen tipos que están contruidos defectuosamente, como el de adulterio, que no contiene el verbo típico, lo mismo ocurriría en los delitos de tenencia, siendo necesario buscarlo mediante un *criterio restrictivo extremo*, que es la única forma de salvar la legalidad, y conforme al cual el tipo de tenencia sólo abarcaría la adquisición de ella, siendo atípicas todas las demás conductas; luego será solo cuestión de aplicar los principios generales, tales como el de considerar atípica la conducta del que no hace cesar la tenencia que no adquirió típicamente, salvo que se halle en posición de garante. Los considera “tipos de mala fe”, porque el legislador sabe que al entregar un instrumento defectuoso, que en sí mismo no es inconstitucional, promueve con ello sentencias inconstitucionales que responden a sus designios ocultos de burlar la legalidad y la reserva (1981: pp. 45-47).

En el mismo sentido, entendemos que podemos comprender la posición de Guzmán Dálbora al establecer que los delitos de asociación ilícita¹¹ pertenecen a los llamados delitos de expresión, es decir, un delito que se comete “*mediante una*

¹⁰ De acuerdo a la gramática española (1931), verbo es la parte de la oración que designa estado, acción o pasión, casi siempre con expresión de tiempo y de persona. P. 44

¹¹ Clásicos delitos que han sido denominados de estatus por la doctrina en virtud de su verbo rector.

declaración provista de contenido intelectual”, entendiéndolo por declaración “una manifestación psicofísica del pensamiento que está destinada a ser percibida y comprendida por un destinatario, y por contenido intelectual, el plexo objetivo de significados que el medio de expresión traduce”. Aclara que en el delito en cuestión, la manifestación de voluntad coincide con el acuerdo de asociarse, y el resultado consiste en quedar asociados los sujetos, lo que requiere la comprensión intelectual recíproca de los sujetos involucrados. Y es así que no puede predicarse *a priori* el carácter formal de la asociación ilícita, pues el tipo legal abstracto no nos dice si estamos ante un delito de predominante actividad o de resultado, lo que dependerá de la apreciación del hecho concreto (2009: p. 171).

Por nuestra parte, como hemos manifestado, concordamos con esta última postura (sólo para efecto de otorgar posibilidad de existencia jurídica legítima a estos delitos, ya que en estricto rigor si nos quedamos únicamente con una interpretación literal del verbo rector, efectivamente nos encontramos ante un estado y no una conducta, por lo que estos delitos podrían calificarse de inconstitucionales), en cuanto a que los verbos de los delitos de posesión (como también otros ya mencionados) corresponden a estados y no a conductas propiamente tales, estimando que sí podrían comprenderse como conductas que pueden enmarcarse bajo el concepto de acción si se interpretan restrictivamente incorporando la adquisición (u otra acción, dependiendo del estado utilizado como verbo rector) de la posesión como la acción propiamente tal; nos atrevemos ahora a esbozar una variante de esta interpretación.

En efecto, si el núcleo típico corresponde a un verbo de estado, el cual necesariamente- para cumplir con los principios del derecho penal- debe comprender la acción que le da inicio, entonces ese estado sería el resultado de esa acción; en ese sentido, el verbo rector comprende a la acción y a su resultado en un estado, configurándose así la particularidad de estas figuras en el factor temporal que integra el verbo rector mismo que se utiliza en el tipo penal, pues al tratarse de un estado, se entiende que debe tener una cierta dilación temporal mínima para constituirse como tal. Importante es señalar que ese estado debió haberse iniciado mediante una acción concreta, como ya indicamos y debe mantenerse mediante la ejecución de acciones.

Pues entonces, de acuerdo con esta interpretación, el verbo rector no sólo requiere la acción misma que lo inicia, sino que además exige que esa acción haya efectivamente provocado el estado que es descrito mediante el verbo de estado y que ese estado sea la expresión de un número de acciones que lo ejecutan; en ese sentido sería un núcleo típico aún más exigente que lo planteado por Zaffaroni, pero que podemos identificar quizás con lo planteado por Guzmán Dálbora cuando señala que la acción, en los delitos de asociación ilícita, sería la manifestación de voluntad de asociarse coincidente con el acuerdo y el resultado sería el quedar asociados, que es el estado propiamente tal. Entonces, para efectos de dotar de legitimidad a esta categoría de delitos, como ya indicamos, es necesario interpretar que se ha utilizado un verbo gramaticalmente de estado para efectos de contener en él una serie de acciones que lo integran.

Se hace necesario a esta altura, precisar que el objeto de este trabajo no es determinar cuál de todas las concepciones expuestas debiese ser la correcta- no obstante haber manifestado nuestra posición e incluso haber propuesto una variante de ella-, sino que se ha hecho esta somera referencia para evidenciar que los delitos de posesión no pueden ser considerados como una clasificación perteneciente a la Parte general de la Dogmática.

En efecto, se trata de una categoría de delitos muy cuestionada, no contamos si quiera con un concepto más o menos conteste sobre ellos y el único elemento que podemos relacionar con la Parte general, constituye la discusión sobre la naturaleza de la conducta, lo que a su vez, como ya vimos, o hace referencia a la clasificación bipartita de ella en delitos de acción o de omisión, o bien hace referencia a una tercera categoría llamada delitos de estado o estatus; aun así, en esta última hipótesis, que de alguna forma podríamos calificar de “novedosa”, los llamados delitos de posesión no constituyen en sí una clasificación general dentro de la cual puedan pertenecer delitos de la Parte especial, sino que al contrario, éstos pertenecerían a aquella junto a otros delitos que no necesariamente son de posesión y que respecto de los cuales también se cuestiona el encasillarlos como de acción u omisión; por ejemplo, los delitos de organización, respecto de los cuales se ha planteado que se conforman como “un injusto por *su mera existencia*, sin que tenga que manifestarse en acción alguna. O, expresado de otro modo, que entienda

que constituye un estado de cosas antijurídico: en términos literales, que la disposición para cometer delitos que muestra un sistema organizado, su carácter “asocial”, es, *per se*, constitutiva de ilícito” (Cancio Meliá, Silva Sánchez, 2008: p. 97).

Pues bien, los llamados delitos de posesión corresponden entonces a una clasificación de la Parte especial y se refieren exclusivamente al verbo rector del respectivo tipo penal; lo que no obsta a que sí podrían estar incluidos en una especial categoría (de estatus o de verbos rectores estáticos) que utiliza acción y su resultado en un estado, como una fórmula que abraza múltiples acciones que lo mantienen.

2. CUESTIONAMIENTO DE ESTOS DELITOS

Las críticas que se han realizado a esta categoría de delitos de la Parte especial son variadas y han sido planteadas por prácticamente la totalidad de los autores que los han estudiado, sea desde la perspectiva de su estructura, conforme a lo discutido del verbo rector que ya revisamos en el acápite anterior, sea en razón de su justificación político-criminal.

En razón de su estructura, para quienes consideran que el verbo rector referido a posesión no integra acción jurídica penal alguna y que por ello necesariamente estaremos ante un delito sin conducta, derechamente nos encontramos ante un tipo penal inconstitucional y por ende ilegítimo. En este sentido, Struensee los ha descrito como un “traspie legislativo” (2016: p. 51), toda vez que la expresión “tener” no describe conducta alguna. Schroeder, a su vez, cita a Lagodny como representante de esta posición, por cuanto este último considera que los delitos de posesión son inconstitucionales por faltar la conducta humana descrita en ellos, y la penalización de una realización fáctica no es cubierta por ninguno de los fines reconocidos de la pena, de manera que se produce una impropiedad que es contraria a la Constitución (2016: p. 139).

Frente a esta concepción, sin embargo, se ha erigido como obstáculo la opinión del Tribunal Constitucional Federal alemán, como indica Roxin, el que, pronunciándose en esta materia, ha resuelto: “*Que el concepto de acción jurídico-penal exija un movimiento corporal causado por un acto voluntario y que, en consecuencia, la tenencia pueda ser considerada como “un estado vaciado de acción”, no puede ser extraído de la ley ya en el*

nivel del simple derecho penal. Se trata de la elaboración de un concepto determinado por la dogmática jurídica que por su parte es discutido desde hace mucho en la teoría del derecho penal y al cual le son enfrentados otros conceptos de acción diferentes..(...)por ello se puede amenazar con pena fundamentos no vinculados a movimientos corporales o con el mantenimiento de un estado prohibido (...)” (2016: pp. 146-147

En otra posición podemos agrupar las opiniones que consideran que estos delitos son legítimos estructuralmente, sin perjuicio de las críticas sobre su legitimidad las que recaen sobre otras consideraciones. En esta vereda, encontramos quienes opinan que se trata de un verbo rector que no denota una conducta sino un estado, pero que esto revelaría que en el Derecho penal existe una tercera categoría de conducta, distinta de la acción y la omisión; a quienes interpretan un sentido ampliado de acción- sin dar lugar al estado como una tercera categoría de conducta- de modo de comprender en ella los delitos de posesión (Roxin), mismo resultado respecto de quienes los clasifican dentro de los delitos de omisión pura o de comisión por omisión (Nuria Pastor); así también, en relación a la posición que considera necesariamente comprendida en estos delitos la conducta que da lugar al verbo rector expresado en el precepto penal, por tanto sí habría una conducta-acción en su concepto tradicional- la que no estaría manifestada expresamente y debiese inducirse en una interpretación estricta de la descripción legal (Zaffaroni). Como también nuestra posición en orden a que el verbo típico está constituido por una acción y la expresión de un resultado de aquella que constituye un estado, el que implícitamente comprende que debe ser mantenido mediante la ejecución de acciones, en el mismo sentido tradicional ya antes mencionado.

En todas aquellas, la legitimidad de los delitos se cuestiona en orden principalmente a consideraciones de carácter político-criminal relacionadas con la vulneración o exposición inmediata de bienes jurídicos individuales, o bienes jurídicos en general, y respecto de la anticipación excesiva de las barreras de punibilidad.

Así, Nestler considera que el castigo por la posesión de determinados objetos es aún más cuestionable que los delitos de peligro abstracto, los que por sí también merecen reparos en base a la distancia existente entre la conducta y el bien jurídico protegido; la posesión en sí misma no presenta peligro alguno, lo que deriva en que “la

punibilidad por la mera posesión de objetos supone un adelantamiento de las barreras de protección mediante la punición de una conducta cuyo riesgo para el bien jurídico tan solo llegará a realizarse si se lleva finalmente a cabo un delito en el que este objeto sea utilizado” (2016: p. 37). Continúa afirmando que la posesión de un objeto sería un acto preparatorio y, por ende, solo la fijación de un determinado fin por parte del poseedor permite sostener su carácter peligroso para los bienes jurídicos, con lo que la prohibición da pie a una mera pena por sospecha (Nestler, 2016: p. 39).

En un muy similar sentido se pronuncia Pastor Muñoz, para quien los casos de posesión y pertenencia son lejanos a la lesión de bienes jurídicos individuales, pudiendo ser caracterizados como casos de “anticipación” (2016: p. 113). La autora parte de la idea de que la criminalización de un comportamiento no puede legitimarse solamente con argumentos de utilidad de la intervención penal, pues es indispensable que el comportamiento afecte elementos esenciales de la sociedad (Pastor, 2005: p. 46). Para el análisis de legitimidad de esta categoría de delitos, realiza una clasificación en cinco estructuras (A, B, C, D, E) las que integran los siguientes casos: de peligrosidad objetiva (A), casos de peligro de un comportamiento futuro (B), preparación inequívoca de un delito (C y D) y los casos de pertenencia a organización criminal (E), concluyendo que en la estructura “B”, faltaría un fundamento legítimo que justificare su castigo, al tratarse únicamente de una sospecha o presunción de peligrosidad pues no concurre una manifestación inequívoca de peligrosidad subjetiva o de la disposición a delinquir (Pastor, 2016: p. 119). Luego, se encarga de la lógica post consumativa, referente a los casos de posesión de objetos provenientes de la comisión de un delito, siendo posible legitimarlo bajo los mismos argumentos de la receptación y el encubrimiento (Pastor, 2016: p. 122).

Schroeder, opina que la penalización de la posesión constituye una doble expansión y anticipación: una primera expansión se produce en la punibilidad de la mera utilización de objetos peligrosos sin tener en cuenta su resultado; la segunda ampliación consiste en que se somete a pena ya la mera posesión de determinados objetos (2016: p. 128). Por su parte, Roxin concluye que los delitos de tenencia no son del todo inadmisibles por motivos inherentes a la estructura del delito, pero sí cuestionables desde el punto de vista político-criminal, ya que solo pueden ser legitimados en parte, y en

diferentes formas, para lo cual se requieren análisis individuales de los respectivos tipos penales (2016: p. 163).

Polaino- Orts, por su parte, identifica los delitos de posesión con el llamado Derecho penal del enemigo y, en base a ello, argumenta que únicamente deberían sancionarse con un criterio estrictamente excepcional, sólo una vez que se ha pasado el filtro de la lesión de la mínima seguridad cognitiva para la vigencia de la norma. Pues bien, esta interpretación estricta no se condice con la que actualmente están empleando los Códigos penales, en los cuales todos los poseedores de un objeto peligroso son tratados y reprimidos anticipadamente como enemigos (2016: p. 207).

Claramente los delitos que contienen este peculiar verbo rector no pueden librarse de ser objeto de una multiplicidad de críticas respecto a su legitimidad, sea en su estructura, sea en el adelantamiento de las barreras punitivas, todas las cuales, de forma general, compartimos.

3. MOMENTO CONSUMATIVO SEGÚN LA DOCTRINA

En relación al momento consumativo, este dependerá de la postura adoptada respecto a la naturaleza del verbo rector: acción en su concepto tradicional, acción en un concepto ampliado, estado, o acción (tradicional) junto con un resultado de estado (conjunto de acciones en su noción tradicional), conectándolo con el concepto que se adopte de consumación, lo cual ya fue revisado en el capítulo anterior.

Para quienes sostienen un concepto meramente formal de consumación, esto es, sin considerar la lesión al bien jurídico, el momento será aquél en que se reúnan todos los elementos del tipo penal. Si conectamos esta noción con la posición sobre la conducta de la posesión, concluimos que si el verbo rector de la posesión se refiere únicamente a la acción que da inicio a la posesión, la consumación será siempre de naturaleza instantánea; al contrario, si estamos ante un concepto ampliado de acción, estado como conducta, o bien acción con resultado de estado el cual debe mantenerse por un conjunto de acciones, entonces los delitos de posesión son de carácter permanente, pues el mismo verbo rector es el que requiere esta dilación temporal propia de esta clase de delitos y las demás

características de éstos, de acuerdo al concepto de Manuel de Rivacoba adoptado en el capítulo anterior de este trabajo.

Por otra parte, si hacemos una relación con el concepto de consumación que adherimos en el capítulo primero¹², respecto de aquella noción que considera como conducta sólo la acción que da lugar a la posesión o tenencia, seguimos ante un delito instantáneo, pues el verbo rector no nos permite una dilación temporal, es un solo acto que da lugar al estado de posesión, sea o no que haya peligro o lesión del bien jurídico, pues la conducta delictiva debe ser susceptible de prolongarse en el tiempo junto con la comprensión del bien jurídico en cuestión, lo que en este caso no sería posible.

Respecto de las otras nociones de posesión que las conciben como conducta, es donde encontramos diferencias. En efecto, si estimamos a la posesión o tenencia como una acción en su sentido amplio (Roxin) o como una conducta de estado, al estar la actividad prolongándose en el tiempo, aun cuando no exista bien jurídico alguno en peligro concreto o siendo lesionado, de acuerdo al concepto de consumación que adherimos, la acción estaría completa cuando ésta acabe, es decir, cuando se ponga fin a la posesión, ese sería su momento consumativo; si no hay afectación de bien jurídico, por tanto, todo el tiempo que se ejecuta la conducta estaríamos ante una fase imperfecta de desarrollo. Ahora, si la posesión pone en peligro o lesiona un bien jurídico, entonces estaría consumándose durante todo el período en que se prolongue la misma. Lo anterior resulta sumamente complejo para efectos de determinar las fases de desarrollo de su iter criminis, pues en la primera hipótesis, estaríamos ante un delito instantáneo con posible dilatada fase de ejecución imperfecta y que finalmente siempre daría lugar a la consumación en el momento en que se ponga fin a la posesión; o bien, en el segundo caso, estaremos ante un delito permanente.

Ahora, de acuerdo a nuestra posición, esto es, que en la tenencia y posesión se configura el verbo rector por la acción que da lugar al estado de posesión y el estado, como

¹² El delito esta consumado cuando la acción típica está completa o se obtiene la producción del resultado típico, en su caso. La primera parte del concepto nos sirve para aquellos delitos sin resultado típico, la segunda para los delitos que ponen en peligro o lesionan el bien jurídico conforme a lo captado en el tipo penal.

su resultado, debe ser mantenido mediante la ejecución de acciones, todas las cuales se valoran como unidad para estos efectos, entonces la situación cambia. Así, frente a un delito de posesión sin afectación de bien jurídico alguno que, como vimos, es una de las grandes críticas que se realizan a este tipo de delitos, entonces se configura un delito instantáneo, pues se encuentra consumado con la acción que da lugar a ese estado, el cual, no importa si es mantenido a través de acciones que pueden ser valoradas en su conjunto, pues ese resultado que corresponde al estado de posesión no es en estricto rigor “antijurídico”, toda vez que no afecta bien alguno. Ahora, si esa acción da lugar a una posesión mantenida en el tiempo con la ejecución de determinadas acciones que la permiten como tal, y además ese estado que mantienen las acciones está poniendo en peligro concreto o lesionando un bien jurídico determinado, entonces, nos encontramos ante un delito permanente conforme al concepto recogido en este trabajo, pues el bien jurídico comprometido efectivamente está siendo comprimido durante toda la fase de actividad delictiva, la cual es susceptible de prolongarse en el tiempo a través de la técnica gramatical utilizada por el legislador.

La mayoría de la doctrina estima que estos delitos tienen carácter de permanentes (Struensee, 2016: p. 57), al encontrarse en una fase de ejecución prolongada en el tiempo, lo que es totalmente entendible en razón de la postura de consumación formal que se maneja y/ o bien estimar la posesión como una única e indivisible conducta. Lo anterior no parece tan rebuscado, toda vez que efectivamente la posesión y tenencia las podemos comprender gramatical y psíquicamente como estados, y estos suponen una noción de dilación temporal. Creemos que justamente este fue el objetivo del legislador al comprender el estado en el núcleo típico, esta posibilidad de revestirse con una naturaleza permanente (además de las razones político-criminales de policía y procesales que esto implica); sin embargo, estimamos que frente a la desmedida desnaturalización del concepto de acción que se ha pretendido frente a estos delitos y la nefasta realidad de que muchos de ellos corresponden a verdaderos delitos de policía (sin bien jurídico afectado), no es posible distender la interpretación de estos tipos penales a tales niveles, debiendo mantenernos firmes con un concepto racional jurídico de acción. y admitiendo que sólo cuando efectivamente hay lesión de bien jurídico pueden constituirse como delitos permanentes.

No se deben confundir estos delitos con los llamados instantáneos de efectos permanentes, aunque podrían caer dentro de esta categoría, dependiendo del delito en concreto y si no hay afectación de bien jurídico alguno. Como señalamos en el capítulo anterior, estos delitos son irrelevantes para efectos de clasificación según su consumación, pues reiteramos que toda acción trae aparejado un efecto o resultado en el mundo externo- como bien lo planteaba Liszt-, pero la consumación en relación a la ejecución de la actividad típica solo es posible cuando efectivamente existe un acción voluntaria y manifestada y un resultado típico; por ello cuando hemos hecho mención en el presente capítulo sobre los delitos de estatus, no nos referimos a ellos conforme al concepto de delito de estado analizado en el capítulo primero, es decir, aquellos en que la consumación cesa con la aparición del estado antijurídico que es independiente de la voluntad del autor, ya que si es independiente de la voluntad del autor, entonces se está fuera del injusto típico y, por tanto, no puede ser valorado dentro del tipo penal.

En razón de lo anterior, en nuestra opinión, es el propio verbo rector el que integra el factor tiempo, lo que puede haber llevado a proponer la categoría de delitos de estado que se estudió en el capítulo primero, sin embargo, la conclusión a la que se arriba en este capítulo no cambia la crítica realizada en el primero, toda vez que sigue siendo totalmente irrelevante para efectos de proponer una tercera clasificación entre delitos instantáneos y permanentes, el hecho de que se cree un estado independiente de la voluntad del autor una vez consumado el delito.

En efecto, lo que sostenemos es que el estado forma parte de la naturaleza misma del verbo rector, por tanto integra el tipo penal y necesita de una acción con un resultado dependiente de la voluntad de su autor que se sostenga por un período más o menos prolongado mediante la ejecución concreta de acciones. En esto último, podemos confundirnos y dar por sentada la correspondencia de estos delitos con el concepto de delito permanente; sin embargo, tal como determinamos en el primer capítulo, el delito permanente necesita el mantenimiento del injusto típico, el cual no contempla sólo la realización del tipo penal, sino también el sostenimiento de la afectación del bien jurídico.

Si la acción que inicia el estado de posesión da como resultado uno que carece de acciones posteriores por parte del autor, entonces estamos ante un delito instantáneo; lo

mismo si se da lugar a un estado que se mantiene mediante acciones voluntarias y manifestadas, pero que ellas en su integridad no afectan bien jurídico alguno.

Pues bien, sostenemos que la particularidad de estos delitos se encuentra en su núcleo típico, el que de por sí exige una cierta dilatación temporal; por tanto, el delito sólo podría consumarse cuando se cumplan todos los elementos del tipo penal, consistente en dar lugar al estado de posesión o tenencia, cuando no exista bien jurídico afectado (instantáneo), o cuando la afectación del bien jurídico protegido se mantenga en el tiempo junto con la actividad delictiva (permanente), pero para que ello se produzca, es necesario, pues así lo exige el mismo verbo rector, que se haya creado este estado mediante una acción del autor, y para que se configure como permanente, que se mantenga éste por su voluntad, la que debe expresarse en la ejecución de un conjunto de acciones, lo que requiere, por tanto, que haya transcurrido un cierto lapso de tiempo.

En conclusión, los delitos de posesión son de acción con resultado de estado que se mantiene en el tiempo mediante un conjunto de acciones en su sentido clásico, y pueden ser tanto permanentes como instantáneos, dependiendo de si existe afectación prolongada del bien jurídico junto con la actividad típica que integra el resultado de un estado antijurídico, o no.

CAPÍTULO III: EL MOMENTO CONSUMATIVO DEL DELITO DE PORTE Y TENENCIA DE ARMAS.

Llegando al capítulo conclusivo de este trabajo, nos abocaremos al delito objeto de estudio estableciendo, en primer lugar, un concepto de los verbos rectores “tenencia” y “porte” según los requisitos que ha determinado la doctrina, diferenciándolos de la noción civil; para luego continuar con el bien jurídico protegido de carácter colectivo que se ha planteado de forma casi unánime por la literatura en cuestión y, finalmente, responderemos a la interrogante principal que nos convoca, esclareciendo el momento consumativo de estos ilícitos.

1. CONCEPTO DE TENENCIA Y PORTE

La doctrina ha evidenciado que pese a que tenencia y posesión son conceptos utilizados usualmente en derecho civil, su contenido es distinto en materia penal, pues se amplía su noción. En efecto, Sainz Cantero indica que en lo referente al término tenencia, es menester hacer una doble consideración: la relativa a la pertenencia del arma al sujeto (situación jurídica de pertenencia) y la que afecta al modo como éste ha de tener el arma (tenencia funcional) para que su conducta sea subsumida en el tipo (1964: pp. 601-605).

En relación al primer punto, el autor, interpretando según la finalidad del precepto que es proteger la seguridad de la comunidad social, descarta que el sujeto activo deba ser propietario del arma, identificándose la tenencia con posesión, la cual, considerando siempre el bien jurídico protegido, se refiere a cualquier clase de posesión que suponga un riesgo para la comunidad social, debiendo tomarse en su sentido más amplio, sin perjuicio de que, además, debe exigirse un mínimo de *animus possidendi*, un *animus rem sibi habendi*, que es el de tener el arma para sí. De las citas realizadas en su texto respecto de Antolisei, Quintano Ripollés y jurisprudencia española, queda de manifiesto que la tenencia debe ser considerada como una situación o relación del arma respecto del agente, un poderío de hecho sobre el arma unido al ánimo de poseerla.

Pasando al segundo requisito, la tenencia funcional, ésta se refiere a la disponibilidad del arma, indicando que aquella se aprecia cuando se encuentra en una situación respecto del sujeto en que éste la pueda coger en el momento que sea su deseo para usarla según el destino apropiado de la misma, siendo entonces equivalente a decir que se está armado y, además, sentirse armado, pues el sujeto debe conocer de esta disponibilidad, adicionando la voluntad de conservarla.

Respecto al porte, cabe hacer presente que este autor lo subsume en el concepto de tenencia, pues la tenencia se puede expresar en poseer el arma dentro del domicilio (tenencia en sentido estricto), o bien en el porte, que significa llevar el arma fuera del de él (Sainz, 1964:p. 599).

En el mismo sentido, Quintano Ripollés nos recuerda la importancia de no despreocupar el concepto civil, en el sentido de dejar claro que tenencia no significa propiedad, pudiendo ser sujeto activo el mero tenedor del arma. También indica que el

concepto en materia penal es más amplio que el civil, pero la limitación de esta semántica ampliada estaría en la disponibilidad, la cual puede ser de “larga mano”. Importancia reviste el hecho excluir tenencias momentáneas o episódicas (1967: pp. 234-235); por lo que entendemos que el autor exige como requisito, además de la disponibilidad, una dilación razonable de esta conducta en el tiempo.

Un estudio bastante acabado sobre este tipo penal en la legislación española corresponde a la obra de Díaz-Maroto y Villarejo. Analiza el concepto de tenencia aplicando una interpretación teleológica del precepto penal, en la que debe considerarse, citando a Antolisei: “el hecho social que está en la base de la norma y es regulado por ella; las consecuencias que derivan de determinada interpretación, para rechazar las que no se correspondan con el fin de la disposición”; siendo decisiva la determinación del bien jurídico protegido para la fijación del contenido del injusto (1987: p. 73).

En base a lo anterior, nos entrega el siguiente concepto de tenencia: “*posesión material durante un cierto período de tiempo de armas de fuego, idóneas para ser utilizadas conforme a su función, sin las autorizaciones administrativas pertinentes*”. Este concepto lo elabora, según expresa, a partir de lo indicado por Córdoba Roda, atendiendo el vínculo que debe haber entre la persona y el arma, el que debe permitir la utilización de ella conforme a su función; lo anterior, considerando que el fin de la norma es la protección de la seguridad de la comunidad social frente al riesgo proveniente de la utilización de armas sin la debida autorización (Díaz, 1987: p. 74); destacando dos requisitos para configurarla: la disponibilidad del arma y la idoneidad de la misma para poder ser utilizada.

Finalmente, manifiesta que cierta doctrina y jurisprudencia considera que la posesión no se refiere a una mera detentación, sino que debe haber un mínimo *animus possidendi* o ánimo de tener la cosa para sí, lo que constituiría un elemento subjetivo del tipo. En efecto, el autor, citando a Rodríguez Devesa, indica que “la tenencia (de arma de fuego) implica un *animus rem sibi habendi* que constituye un elemento subjetivo del tipo y trasciende a la antijuridicidad y la culpabilidad” (Díaz, 1987: p. 142). Así, explica, existen ciertos tipos penales que contienen elementos que, por regla general, pertenecen al ámbito de la culpabilidad, pero que, en estos tipos, la presencia o ausencia de ellos determina ya la

tipicidad; constituirían especiales momentos anímicos que confieren trascendencia jurídico-penal a la actuación del agente. Pues bien, este elemento psíquico exigido en la posesión o tenencia en materia penal, significaría el ánimo de tener la cosa para sí (Díaz, 1987: p.143); lo cual se encontraría claramente conectado con el requisito de disponibilidad del arma, tal como ya revisamos.

Como podemos apreciar, Díaz-Maroto y Villarejo nos entrega un concepto más exigente de tenencia que los anteriores autores, recoge la misma idea de la equiparación de la tenencia con la posesión, en un sentido más amplio que en el ámbito civil, la disposición del arma, su relación con la necesidad de un mínimo de *animus possidendi* y el elemento de dilación temporal, a lo cual agrega la idoneidad del arma para ser utilizada y las correspondientes autorizaciones. Sin embargo, consideramos que estos dos últimos corresponden más bien a otros elementos del tipo penal independientes del verbo rector que nos convoca. En efecto, la idoneidad está referida al mismo concepto de arma, toda vez que si no es idónea entonces deja de tener el carácter de tal, aplicando la misma interpretación teleológica de la norma de acuerdo al bien jurídico protegido; y la falta de autorizaciones administrativas que configuran el ilícito, también corresponde a un elemento típico independiente del concepto de tenencia, son partes integrantes del tipo, pero no partes de la conducta en sí.

Llama la atención la dilación temporal exigida como requisito por los autores, lo que se condice con nuestra idea sobre considerar que el verbo rector contempla un resultado de estado integrado de múltiples acciones que le dan lugar y lo constituyen como tal, para lo cual necesariamente se requiere de prolongación temporal.

En la doctrina nacional, Jaime Carrasco nos introduce al tema legal de las armas señalando la primera acepción del concepto de tenencia que nos entrega la Real Academia Española: *ocupación y posesión actual y corporal de algo*. En relación a los verbos rectores de “tenencia” o “posesión” contemplados en nuestra legislación, precisa, al igual que los demás, que si bien en el Código civil ambas nociones tienen distintos significados y consecuencias jurídicas, para la Ley de Control de armas la distinción no tiene efecto alguno y la conducta transcrita se considera una sola (2008: p.260). En cuanto al “porte”, continúa el autor citando el concepto entregado por la Real Academia Española, “portar”

significa *llevar o traer una cosa* (Carrasco, 2008: p. 262). Lo que no dista mucho de los conceptos ya revisados.

Por su parte, Cea Cienfuegos y Morales Contardo en su obra sobre la materia, señalan que poseer y tener, si bien en el ámbito civil se diferencian en tanto que la posesión se ejerce a nombre propio y la tenencia es a nombre de otro, en sede penal, específicamente en control de armas, se refiere a una misma conducta, la cual implica que el sujeto tiene o posee un arma cuando la mantiene en su propia esfera de resguardo o control, es decir, la mantiene consigo y puede disponer de ella eventualmente; supone además, mantener el arma por un tiempo razonable bajo el propio control, o realizar actos que pongan de manifiesto esa tenencia, tales como la limpieza y mantenimiento del arma, esconderla para que no descubran su ubicación, etc.¹³ (2011: p. 72). En cuanto al porte, se agrega que el conducir o trasladar el arma debe conllevar un alto grado de disponibilidad de la misma, es decir, la posibilidad cierta de usarla de inmediato, de acuerdo a su propia naturaleza, debiendo entonces entenderse la expresión “portar” en un sentido amplio conforme a la disponibilidad del arma (Cea et al., 2011: pp. 98- 99).

Respecto a la diferenciación que existe en los conceptos de tenencia y porte, los autores, en la última edición de su obra actualizada con las reformas implementadas por la Ley N° 20.813 del año 2015 (Cea et al., 2018: p.112), critican la decisión adoptada por el legislador en ella, en orden a fundir en un solo artículo (el noveno, el cual equipara los verbos rectores de tenencia, posesión y porte) dos tipos penales tan diversos como la tenencia ilegal de armas y el porte ilegal de las mismas, pues ambas figuras significan un potencial atentado contra la seguridad de muy distinta entidad, ya que en el porte la conducta es mucho más grave al implicar que el autor lleva el arma consigo, dispuesta a usarse, lo que incrementa la peligrosidad. Los autores entienden que esto afecta el

¹³ Esta referencia a la realización de actos que pongan de manifiesto esa tenencia, se condice con nuestra postura en cuanto a que la tenencia es solo una forma de expresar por parte del legislador una multiplicidad de actos que la integran, los cuales constituyen en estricto rigor la conducta ilícita, entendiéndose que tener o poseer no pueden referirse por sí misma a la conducta, por su noción semántica de verbo de estado o estático y no de acción.

principio de lesividad, cuestión que revisaremos en el acápite siguiente al abordar el bien jurídico protegido.

En resumen, damos cuenta de que tenencia es equiparable al término posesión, el cual contiene un significado más amplio en el ámbito civil, pues se refiere a una situación relacional entre el sujeto y el arma, que implicaría el mantenerla consigo, dentro de su esfera de resguardo y control, debiendo conllevar siempre, al menos un mínimo de *rem sibi habendi*, lo que conectamos con la disponibilidad de la misma, en el sentido que el sujeto se encuentra armado y además se sabe como tal, requiriendo, en virtud del verbo rector que manifiesta la situación de control y disponibilidad, una serie de actos que la constituyen como tal y, por ello mismo, es necesaria una razonable dilación temporal de las acciones que integran el núcleo típico, pues éstas son múltiples. La diferencia respecto al concepto de porte, es la noción de traslado consigo por parte del sujeto, fuera de la esfera física donde destinaría el “resguardo” del arma, debiendo existir una disponibilidad aún más inmediata de ser utilizada, conforme a su naturaleza.

2. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Del repaso histórico que realizan los autores en sus respectivas obras al tratar sobre esta materia, es posible apreciar que el interés que se ha intentado proteger con esta figura delictiva ha sido principalmente la seguridad interior del Estado. En efecto, como indica Quintano Ripollés, las armas como invención propiamente humana han servido para fines de rebeldía o dominio de unos individuos o grupos contra otros, por ello se explica el cuidado por parte de los dirigentes de mantener el monopolio de ellas reservándolas a las oligarquías y prohibiéndolas a las masas sometidas.

En virtud de aquello, no es de extrañar entonces, que uno de los postulados de las revoluciones igualitarias del siglo XVIII fuera el derecho subjetivo de todos los ciudadanos consistente en su libertad de uso (Quintano, 1967: p. 218). Así, continúa ilustrándonos el autor, las etapas de extremo rigor o laxitud de la legislación sobre esta materia tienen relación con necesidades y conveniencias del momento y lugar de que se trate, que se manifiestan ante una escasa cohesión social o una inminencia de peligros bélicos, lo que dependerá si el Estado ha tenido confianza en sus ciudadanos para la

defensa de intereses comunes y no ha contado con el valor de las propias fuerzas para asumirla eficazmente, pues en este caso se favorecerá el uso de armas por los particulares (Quintano, 1967: p.220).

En el mismo sentido, Sainz Cantero nos advierte que esta finalidad se mantuvo a través de la historia hasta la época de la Codificación, momento en que se otorga una más amplia, en cuanto estos tipos penales tienden también a prevenir delitos contra las personas (1964: pp. 585-586). Además, señala que comparte la opinión de Quintano Ripollés, en cuanto a que la tenencia ilícita de armas atenta contra la comunidad social y concretamente contra la seguridad material en general, la cual es, naturalmente, un reflejo de la individual y de la propia del Estado (Sainz, 1964: p. 597).

Para Díaz-Maroto, la determinación del bien jurídico protegido no está exenta de dificultades. No obstante, concluye que, como delito de peligro, el objeto jurídicamente protegido es el valor de la seguridad en general o, si se quiere, el de la seguridad interior del Estado, por cuanto la posesión de armas de fuego por los particulares, sin el control de la Administración pública, acarrea un peligro para los bienes vida e integridad corporal de las personas, el patrimonio o el orden público (1987: pp.58-60). Sin perjuicio de la afirmación anterior, el autor estima que es necesario precisar que si bien en todo su análisis sobre este tipo penal realiza reiteradas referencias al interés de la Administración para controlar la posesión de las armas de fuego, no se ha atrevido afirmar que aquél sea el bien jurídico protegido; ello con el fin de cumplir con los principios liberales tendientes a destruir la arbitrariedad del poder estatal y así no correr el riesgo de caer en formalismo jurídico, pues el principio del bien jurídico cumple su función en la medida que se entienda con contenido sustancial de lesividad de determinados valores de la comunidad social protegidos por el Derecho (Díaz, 1987: p.62-63).

En base a lo anterior, el autor admite que se recoge en este tipo penal un supuesto que debería calificarse como simple ilícito administrativo elevado a la categoría de delito por razones de política criminal, siendo un claro adelantamiento de las barreras de punición (Díaz, 1987: p. 63). Esta última constatación, es decir, su naturaleza de ilícito administrativo, es compartida por otros autores; así, Sainz Cantero, indica que la tenencia ilícita de armas se trataría de una auténtica transgresión de policía que por razones de

política criminal y seguridad pública, muy dignas de ser tenidas en cuenta, han obligado al legislador a incriminarlas como delito (1964: p. 596).

Por su parte, en la doctrina nacional Cea y Morales llegan a la misma determinación de bien jurídico, atendiendo los antecedentes legislativos de la Ley N° 17.798, estimando que, de forma inequívoca, el bien jurídico protegido en esta ley es la seguridad de la sociedad; conectando el concepto de seguridad con aquellas conductas calificadas como atentados contra la seguridad del Estado, sus autoridades, servicios de utilidad pública, instalaciones de aeronavegación, etc., específicamente la peligrosidad manifiesta que encierra tanto la posesión como el empleo que establece la ley (2018: pp. 6-7). En razón del bien jurídico protegido, es que estos autores entienden que ciertas conductas que ordinariamente no son objeto de sanción penal tengan una pena de esta naturaleza en esta ley especial; como el caso de las figuras que sancionan, por una parte, el simple hecho de poseer las armas, incluso “tenerlas” y, por el otro, el hecho de portarlas, lo que implica penalizar acciones o conductas que en sí mismas no son lesivas, sino tan sólo de manera potencial (Cea et al., 2018: p. 111).

En fundamento de lo anterior, critican la unificación de conductas en un mismo precepto, el artículo 9 de la Ley, que realizó la ley N° 20.813, pues la entidad del peligro es distinta según la conducta (tenencia o porte) y según el elemento en cuestión (armas de fuego, explosivos, municiones, etc.) (Cea et al., 2018: pp. 112-113); como también la reforma implementada por la ley N° 20.014 del año 2005 que eliminó la facultad original del juez para que, en ciertos supuestos, pudiera incluso excluir de toda sanción penal la tenencia ilegal de armas, permitiendo la reforma sólo aplicar una multa a todo evento; situación que se agravó con la Ley N° 20.813, ya que en la actualidad no existe ninguna atribución especial que se le conceda al juez respecto de este delito y de ningún otro de los que ahora se contemplan en la reformada disposición del artículo 9, lo que es lamentable, indican, ya que la facultad original del juez tenía una necesidad político- criminal, atendida la especial naturaleza de estos ilícitos que técnicamente son delitos de peligro y no de lesión (Cea et al., 2018: p. 118).

Como ha quedado de manifiesto, en relación a la afectación del bien jurídico protegido, nos encontramos ante un delito de peligro. Antes de continuar, es menester

precisar que Díaz- Maroto advierte la extrañeza que puede causar el caracterizar este tipo penal como de *peligro* y además se hable de la *lesión* del bien jurídico protegido en la disposición analizada¹⁴, explicando, con cita de Rodríguez Mourullo, que esta posibilidad de enjuiciamiento se da en todo delito de peligro, ya que al configurarse éste la ley convierte en bien jurídico la seguridad de otro bien, de suerte que el quebranto de la seguridad de ese bien entraña ya la lesión del bien jurídico, específicamente protegido en el delito de peligro, aun cuando no suponga más que un riesgo para otro bien (1987: pp. 58-59).

Díaz- Maroto distingue entre delitos de peligro “concreto o efectivo”, los que se refieren a aquellos en los cuales se requiere la creación concreta o efectiva de un peligro, conteniendo el tipo una presunción *iuris tantum*; y los denominados “de peligro abstracto o presunto”, en donde la Ley presume *iuris et de iure* que la realización de ciertas acciones implican la creación de un peligro y no permite la prueba de que en el caso concreto no se produjo tal riesgo (1987: p. 101). Indica que además de estas distinciones, existen al menos otras dos: por un lado los delitos llamados de peligro abstracto-concreto, en los que el legislador atiende la aptitud general para causar resultado dañoso; y por otro, los que las concepciones sociales han constituido un bien jurídico intermedio espiritualizado, cuya lesión presenta un propio desvalor y que, por lo tanto, representan el puente hacia los delitos de lesión en sentido estricto (Díaz, 1987: p. 59).

Pues bien, analizando el precepto en cuestión, el autor concluye que es de aquellos adjetivados “abstracto” o “presunto”, en consideración de la perspectiva de la intensidad del ataque al bien jurídico protegido por la norma, toda vez que se requiere solo la “probabilidad” de un daño y la Ley presume *iuris et de iure* que la realización de la acción de la tenencia entraña la creación de un peligro y no permite la prueba de que en el caso en concreto no se produjo el riesgo; el delito existe, entonces, aunque se llegue a probar que la tenencia o porte no creó riesgo alguno y, por tanto, en el caso concreto, puede ser absolutamente inocua (Díaz, 1987: p. 102).

No obstante, aclara, la doctrina no es pacífica sobre este punto, ya que si bien la mayoría de los autores mantiene la distinción entre delitos de peligro concreto y

¹⁴ Artículo 254 del Código penal español de su época, referente a la tenencia y posesión de armas de fuego.

presunto en base al criterio de la presunción *iuris tantum* y *iuris et de iure*, hay quienes abogan por considerar que en los delitos de peligro abstracto se da una presunción *iuris tantum* de la existencia del peligro, y la ausencia absoluta de él debiese dar lugar a la exclusión de la tipicidad. Sin embargo, el autor desecha esta postura por cuanto, a su juicio, se contradiría el fundamento político-criminal de los delitos de peligro abstracto, pues con ello se pretende adelantar las barreras de la protección penal con la esperanza de disminuir el número de conductas lesivas, ya que el legislador estima que esa conducta es peligrosa en sí; esperando que bajo el principio de intervención mínima sólo se utilice esta figura para proteger bienes jurídicos verdaderamente importantes, tipificando aquellos comportamientos verdaderamente lesivos o peligrosos para esos bienes jurídicos (Díaz, 1987: pp. 103-104).

Pues bien, la constatación de la seguridad como bien jurídico protegido en estos delitos es prácticamente unánime¹⁵. En la misma postura, aunque con importantes matices, Sabadini (2016: p. 403) quien señala que estos tipos están dirigidos a proteger la seguridad supraindividual, donde las acciones típicas tienden a generar un peligro común, entendido como una posibilidad mediata de lesión a bienes jurídicos personales, como la vida, la integridad corporal o la propiedad, pero dirigido a la colectividad toda. De esta manera, ocasionan un peligro de gran trascendencia que afecta a la expectativa de seguridad y de conservación de los integrantes de la sociedad, es decir, poseen directa incidencia lesiva sobre componentes de la sociedad, como erosión a la seguridad cognitiva que los ciudadanos poseen sobre el derecho. En un similar sentido, Roxin, quien argumenta que si no fuera punible el tener armas, se menoscabaría sensiblemente la sensación de seguridad de los ciudadanos; recordando que la convivencia libre de miedos es tarea central del Estado y debería poder también ser realizada con los medios del Derecho penal (2016: pp. 153-154).

Sin perjuicio de que la mayoría de los autores relaciona el delito de posesión de armas con el bien jurídico seguridad, ya sea interior del Estado o colectiva, no es baladí el hecho de que las nociones entregadas sobre el contenido de este bien jurídico nos sugieren,

¹⁵ Podríamos encontrar a quienes sostienen que sería el interés de la administración del Estado en controlar las armas, como también el orden público, como veremos más adelante.

como expresamente indica Díaz Maroto, que la finalidad de la tipificación en su evolución histórica ha conculcado en la protección o seguridad de otros bienes jurídicos de carácter individual, o bien uno colectivo como el orden público.

A lo anterior, si constatamos la redacción que generalmente tienen estos tipos penales que, como vimos, se encuentran subsumidos bajo la categoría de delitos de peligro abstracto, nos hace cuestionarnos si efectivamente será la seguridad pública el bien jurídico protegido o sólo aquello se concluye debido a la redacción del tipo penal como uno de peligro. En ese orden de ideas, el cuestionamiento recae también en si la seguridad colectiva puede ser efectivamente un bien jurídico. Como el objeto de este trabajo no se centra en dilucidar este problema, solo haremos una somera referencia a este punto.

Efectivamente, tal como explica Cox Leixelard al analizar el bien jurídico protegido en los delitos de posesión y enfrentarse a la tesis que los considera delitos autónomos de lesión del bien jurídico seguridad como lo plantea Pastor Muñoz (2012: p. 195), entendemos que el autor, siguiendo el análisis de Kindhäuser, comparte la idea de que la seguridad no constituye un bien jurídico distinto en la tipificación de los delitos de peligro, sino que éstos últimos sirven para establecer “condiciones de seguridad para disponer del pleno valor del bien en función de su fin. En propiedad, en caso de infracción no puede hablarse de una lesión a la seguridad, pues la *lesión* se reserva para la modificación de la sustancia de algún bien” (Cox, 2012: p. 201).

Considerando que el Diccionario del español jurídico de la Real Academia Española define los delitos contra el orden público como aquellos que atentan contra la seguridad ciudadana (2016: p.733), de acuerdo a las nociones entregadas sobre el contenido del bien jurídico protegido por estas tipificaciones, podríamos plantear que es aquél el que sustenta el principio de lesividad pasando a sustituir la noción sobre seguridad colectiva como bien jurídico.

Guzmán Dálbora, a propósito del estudio sobre el delito de asociaciones ilícitas, indica que el bien jurídico protegido en aquél ilícito sería el orden público en su noción subjetiva, considerando que su significación valorativa “reposa en una aspiración comunitaria de carácter sentimental, que, contra lo que suele decirse, sólo es subjetiva en

su base fáctica de alarma y temor colectivos, pero se objetiviza no bien reconozcamos que la paz moral, comprometida por una subitánea sospecha de común peligro- en la elegante frase de Carrara- es un interés de la colectividad en su conjunto, cuya tutela el Derecho penal puede redoblar frente a los ataques más graves” (2009: p. 160). Luego, el autor hace referencia a que las asociaciones ilícitas, de acuerdo a su propio objetivo de cometer males constitutivos de delitos, se constituyen en una amenaza permanente para la tranquilidad pública, que suscitan inevitablemente alarma en la población, determinando una perturbación del orden público (Guzmán, 2009: pp. 160-161).

Pues bien, bajo esta noción de orden público, podríamos considerar que este es el bien jurídico protegido en los delitos de tenencia y porte de arma, al constatar que el hecho de que cualquier persona, sin la debida autorización administrativa, tenga en su poder armas, genera esta alarma pública a la que se ha hecho referencia anteriormente; lo anterior de acuerdo a la redacción que generalmente tienen estos tipos penales los que, además, al igual que en la asociación ilícita, son delitos de peligro abstracto al no exigir que efectivamente se constate un peligro o lesión al orden público, pues como bien indica Guzmán Dálbora, el tipo penal de asociación ilícita se basta con la existencia de aquella, sin que sea necesario acreditar la entidad de las infracciones que componían su itinerario colectivo o el hecho de que la población solo tuvo conocimiento de ella una vez detenidos sus integrantes, etc. (2009: p.164-166). Lo mismo sucede con los delitos de porte de armas, las cuales quizás nunca tuvieron la finalidad de ser utilizadas en la comisión de algún ilícito, aunque sí la ley diferencia según el tipo de arma para determinar la penalidad.

3. MOMENTO CONSUMATIVO

Como revisamos en el capítulo primero de este trabajo, el bien jurídico protegido por el precepto penal es esencial para efectos de determinar el momento consumativo, pues éste último es de naturaleza mixta: deben darse todos los elementos contemplados en el tipo penal, considerando especialmente el núcleo típico y, además, analizarse el injusto típico, interpretando teleológicamente la norma conforme al bien jurídico protegido.

Según lo expuesto en el segundo capítulo y en el comienzo del presente, estos delitos han sido sumamente cuestionados debido a su verbo rector que denota un estado y no una conducta propiamente tal, perteneciendo, a nuestro parecer, a la clasificación de delitos de estatus (que incluye en ella a los de posesión como sería el que nos convoca). Hemos dado solución a este problema al estimar que ellos integran tanto la acción con la cual se inicia el estado de porte o tenencia, como también dicho estado debe prolongarse en el tiempo a través de múltiples acciones que lo sostengan, ya que en una interpretación que pretende darle legitimidad a estos delitos, podemos concluir que el legislador ha utilizado el verbo de estado con el fin de contemplar esta diversidad de acciones en una sola noción de verbo rector y dar cabida a la posibilidad de una dilación temporal de la actividad típica.

En base a la posición anterior, respecto al concepto de porte y la posesión de armas, dimos cuenta de la necesidad del ánimo de tenencia de la cosa, el cual se debe manifestar con acciones que se prolonguen en el tiempo (acciones que sostienen el verbo de estado) que dan lugar a la situación de control y disponibilidad; y diferenciándose con el porte, por cuanto éste último implica el traslado del arma fuera de la esfera de resguardo habitualmente destinada para tales efectos, de manera de llevarla el autor consigo, de forma presta para ser utilizada según su naturaleza.

En cuanto al bien jurídico protegido, ha quedado de manifiesto que casi la totalidad de la doctrina considera que es la seguridad, habiendo algunas discrepancias en torno a si es la interior del Estado, colectiva o supraindividual, y qué contenido debe dársele: adelantamiento de las barreras de punibilidad por razones de resguardo de bienes jurídicos individuales de gran importancia que deben ser protegidos a través de la seguridad, o bien, la seguridad entendida como una percepción subjetiva de la colectividad, que en sí misma constituye un bien jurídico que se justifica por sí solo; no obstante la opinión mayoritaria, también planteamos los argumentos para poder considerar al orden público como el bien tutelado, lo que parece una noción más acotada y definida que la anterior.

De lo expuesto en el acápite anterior, si bien se citó el análisis de la antigua disposición del Código penal español que contemplaba la figura de posesión de armas de fuego, aquél es posible reproducirlo en la mayoría de los tipos penales que recogen la

figura del porte de armas. Así, en cuanto a la redacción del tipo penal en relación a la proximidad de afectación del bien jurídico protegido, se ha estimado que este sería de peligro abstracto, lo que es posible apreciar de manera general en las legislaciones comparadas, pues los delitos de posesión constituyen por excelencia ejemplos de delitos de peligro abstracto, y se considera que pertenecen a esta clasificación por cuanto el tipo penal mismo no exige la comprobación de la existencia de un peligro, bastando solo el supuesto de la norma, que el legislador ha estimado en sí mismo peligroso y por ello ha prescindido de requerir el peligro efectivo sobre el bien jurídico.

Entonces, es necesario revisar el tipo penal determinado para esclarecer si estamos ante un delito de peligro abstracto o concreto, de acuerdo a la redacción y elementos que lo compongan, pero de todos modos, podemos decir desde ya que si se trata de un delito de peligro abstracto, entonces la naturaleza de consumación sería de ejecución instantánea, por lo menos bajo el concepto general que se maneja doctrinal y jurisprudencialmente de esta categoría.

Lo anterior, por cuanto si el tipo penal no exige un peligro concreto o una lesión del bien jurídico y sólo contiene una presunción de peligrosidad establecida por el legislador, bastando los elementos típicos para configurarse como delito, entonces no cabe más que una ejecución instantánea; pues si bien el verbo rector es susceptible de prolongarse en el tiempo, no lo es la afectación del bien jurídico para efectos de conformar el injusto típico, toda vez que el tipo penal es redactado de tal modo que resulta imposible prolongar temporalmente una afectación, pues solo se trata de una presunción de peligrosidad y no un riesgo propiamente tal. Esto, independiente de que en el hecho en concreto que puede ser subsumido bajo el tipo penal en cuestión, efectivamente el peligro presumido por el legislador se haya desencadenado y, en consecuencia, este afectando el bien jurídico protegido seguridad pública u orden público¹⁶, pues esta circunstancia no es captada por el tipo penal, el cual se satisface por la sola presunción de él, como ya hemos referido. En estos casos, el delito se consuma de forma instantánea con la acción que da inicio a la tenencia o porte.

¹⁶ Para efectos de desarrollar y resolver la interrogante de este trabajo, ambos bienes jurídicos, por su naturaleza de bienes inmateriales y colectivos, no obstaculizan el poder llegar a una misma conclusión.

En efecto, tal como señala Francisco Maldonado al analizar los delitos de peligro en general, los de peligro concreto y de lesión serían ilícitos de resultado jurídico (desvalor de resultado), en el sentido que adoptamos en el primer capítulo de este trabajo para efectos de esclarecer la noción de injusto típico y llegar a un concepto de consumación; y los delitos de peligro abstracto pertenecen a un criterio determinado por la peligrosidad de la conducta y no por su efecto. En este orden de ideas, distingue “*la peligrosidad de la conducta*” con el “*peligro*” que ésta puede generar como efecto separado de la misma, esto es, como resultado. En el primer caso estaríamos ante los delitos de peligro abstracto o de peligrosidad, y en el segundo, delitos de resultado de peligro o peligro concreto (2006: p. 33).

La aseveración anterior, en relación a la naturaleza instantánea de los delitos de tenencia y porte de armas, naturalmente puede mutar si el tipo penal está construido de tal forma que constituya un delito de peligro concreto o lesión. En ese caso, el delito sería permanente, pues la conducta típica es idónea para su dilación temporal y a ello agregamos la efectiva afectación (peligro o lesión como “resultado jurídico”) del bien jurídico comprometido, constituyéndose así la prolongación del injusto típico, el cual es posible conforme a la naturaleza comprimible del bien que es la seguridad colectiva o el orden público.

Al mismo resultado también llegaríamos si interpretamos los delitos de peligro abstracto como ha propuesto parte minoritaria de la doctrina, esto es, como una especie de delitos de peligro concreto o de resultado de peligro, de modo que en caso de no producirse peligro alguno, entonces estaríamos ante un hecho atípico. Esto pues, claramente, si la conducta peligrosa sólo es punible en el caso específico en que efectivamente causó el peligro temido por el legislador, entonces podríamos determinar que la afectación del bien jurídico se encuentra captada por el tipo y entonces es posible la prolongación del injusto típico y la consumación. Aunque ya sabemos que esta posición es muy criticada, ya que desaparecería el concepto de delito de peligro abstracto¹⁷ y la efectividad práctica de esta técnica legislativa.

¹⁷ De esta opinión Francisco Maldonado F., 2006: p. 31 y 32.

Por otra parte, y sin ánimo de hacer una crítica en este trabajo sobre la legitimidad de los delitos de peligro abstracto o de alguna de sus sub clasificaciones, tampoco aceptamos la idea de que, en general, y menos en los delitos de tenencia y porte de armas en específico, se pretenda su naturaleza lesiva de bienes jurídicos, en este caso el bien jurídico seguridad u orden público, cuando el tipo penal ha sido redactado en términos propios de considerar solo la peligrosidad de la conducta y la gran probabilidad de que ella genere un peligro para bienes jurídicos, ya que, reiteramos, sólo contamos con la supuesta probabilidad de que aquella conducta tenga un efecto de resultado de peligro, y no con el peligro propiamente tal, el que a su vez es un anticipo de la lesión del bien jurídico. Quizás podamos abstraernos a una lesión de la seguridad pública, pero aquella llegaría hasta los delitos de peligro concreto, de otra forma sería ir contra los límites racionales del pensamiento. Menos podemos basarnos en solo supuestos de sentimientos de inseguridad por parte de la ciudadanía, especialmente cuando este sentimiento es tan abiertamente manipulable a través de los medios de comunicación que pueden ser controlados por el mismo Estado.

Ya esclarecido que el momento consumativo dependerá únicamente de la redacción del tipo penal en relación a su verbo rector de la mano de la comprensión de afectación del bien jurídico, no pudiendo ser esto posible en los delitos de peligro abstracto, pues sólo tenemos la conducta y no la afectación propiamente tal captada en el tipo, entonces no podemos decir *a priori* si la tenencia y porte de armas es un delito de ejecución instantánea o permanente. Sí podemos desechar que se trate de un delito de estado en el sentido que revisamos en el primer capítulo de este trabajo, pues dicha categoría no existe en relación a la consumación, éstos serían delitos instantáneos sin más. Por el contrario, podemos decir que se trata de delitos de estado, estatus o de verbo estático en relación a otra categoría, referente a su núcleo típico que denota un estado, el cual agrupa varias acciones en su sentido tradicional, las que deben cumplir todos los requisitos como tales (no podemos decir que estamos ante un verbo de estado cuando el autor no requiere hacer nada para sostenerlo y/o es independiente de su voluntad).

Ahora queda determinar si conforme a la redacción del tipo penal de tenencia y porte de armas en nuestra legislación, podemos calificarlo como instantáneo o permanente.

Bascur Retamal, en su análisis de los principales delitos de la Ley N° 17.798, después de la última reforma del año 2015, en los cuales también refiere al porte, tenencia y posesión de armas de fuego y otros elementos “reglamentados” y “prohibidos”, contemplados en los artículos 9, 13 y 14, afirma que corresponden a la categoría de delitos de peligro abstracto, toda vez que en ellos se pena una conducta atendiendo el desvalor de acción y por la sola relación de la conducta con los objetos regulados (2017: pp. 537-541). Como delito de peligro abstracto, el autor entiende el esfuerzo que ha hecho la doctrina y especialmente la jurisprudencia al limitarlo con el bien jurídico seguridad colectiva, rechazando una interpretación que los contemple como delitos meramente formales o de peligro presunto, pues debe haber una relación mínima de lesividad entre el acto y el objeto tutelado. Sin perjuicio de lo anterior, Bascur considera que los delitos de posesión son una variante extrema de los delitos de peligro abstracto, ya que sancionan acciones aparentemente inocuas, indiferentes o neutrales que se teñirían de antijuridicidad solo en atención al objeto ilícito sobre el que recaen (2017: p. 541-542).

De acuerdo a la constatación anterior, podemos concluir que los delitos de porte, tenencia y posesión de armas contemplados en la Ley N° 17.798 de Control de Armas, tal como se encuentran redactados actualmente, constituyen delitos de ejecución instantánea, al pertenecer a la categoría de delitos de peligro abstracto, ya que si bien su verbo típico es idóneo para prolongarse temporalmente, la afectación no es tal, pues en realidad es una probabilidad o presunción del resultado de peligro, faltando el desvalor de resultado, por lo que estos delitos se encuentran consumados desde la primera acción que da inicio al resultado de porte, tenencia o posesión del arma.

Consideramos que esta técnica legislativa tiene importantes consecuencias prácticas, ya sea de índole procesal, ya que amerita controles de identidad, detenciones por flagrancias, y otras actuaciones de policía dentro del marco de la legalidad gracias a su verbo rector que es posible dilatar temporalmente, por lo que permite apreciar un indicio del ilícito penal y dar lugar al inicio del proceso otorgando tiempo al ente persecutor para poder valerse de pruebas sobre el mismo, lo que se condice con su naturaleza propia de delito de policía, como hemos podido apreciar de lo razonado por varios de los autores citados en este trabajo; sin embargo, estimamos que esta técnica no puede sustraer la

necesidad de acreditar tanto la acción como el resultado de verbo de estado que ella da lugar, pues justamente aquél es el momento de su consumación, y por esto es que su importancia recae principalmente en materia de prescripción de la acción penal, pues a pesar de tener una primera apariencia de permanencia por su verbo de estado, en realidad el plazo de esta forma de extinción de la responsabilidad penal debe comenzar a computarse desde que se ejecuta el acto que da inicio al estado de posesión o tenencia.

Otra forma de razonamiento, que sabemos que es mayoritario actualmente, en orden a pretender que un delito de peligro abstracto además sea un delito permanente, afecta gravemente el principio de lesividad, proporcionalidad y el concepto y justificación misma de la noción de delito permanente, pues en base a él se entiende que el maleficio se perpetúa en todo momento, de forma ininterrumpida, conllevando conjuntamente entonces la afectación del bien jurídico en cuestión. En efecto, respecto a un ilícito penal redactado de tal modo que constituye una probabilidad de resultado de peligro basándose en la sola peligrosidad de la conducta, es caer en la arbitrariedad que permite el abuso de la abstracción del pensamiento humano cuando no se le dota de racionalidad práctica guiada por principios antiautoritarios, que son justamente los que deben regir para salvaguardar nuestras libertades.

CONCLUSIONES

1. Delito permanente es aquél en que la conducta y la afectación (peligro o lesión) del bien jurídico, conforme a lo captado dentro del tipo penal, son posibles de prolongarse en el tiempo, y para que ello sea posible, es necesario que el bien jurídico en cuestión sea susceptible de ser comprimido sin llegar a destruirse. Lo anterior, adhiriendo a una concepción material y mixta de consumación equivalente a injusto típico, así, lo determinante para diferenciarlo del delito instantáneo es su momento o período consumativo.
2. Los delitos de posesión no pertenecen a una clasificación de la Parte general del Derecho penal, pues su particularidad radica meramente en el verbo rector del tipo penal, el que a su vez puede recibir el mismo tratamiento dogmático que otros delitos que también comparten características gramaticales de verbos de estado.

3. Para efectos de poder darle legitimidad a estos delitos con verbo rector de estado, es necesario hacer una interpretación restrictiva de ellos en el sentido que son delitos de acción, en su concepto tradicional, que dan lugar a un resultado cual es el estado descrito en el verbo el que, a su vez, se integra por una multiplicidad de acciones –en su sentido tradicional- que lo mantienen.
4. En base al concepto anterior y el recogido en nuestra primera conclusión referente a consumación y delito permanente, entonces podemos señalar que los delitos de posesión pueden ser tanto instantáneos como permanentes. Esto, pues su verbo rector permite una prolongación temporal, pero no siempre está captado dentro del tipo penal una afectación del bien jurídico en cuestión; por ello, cuando el tipo penal no exige la afectación del bien jurídico, el delito se consuma con la acción que da resultado al estado; en cambio cuando es captado el peligro o lesión entonces su consumación se dilata, cumpliendo con los requisitos del delito permanente.
5. Los delitos de peligro abstracto no son susceptibles de ser clasificados bajo el concepto de delito permanente, toda vez que su tipo penal constituye una presunción de peligrosidad, bastando solo aquella para su configuración. Por lo anterior, faltaría la afectación del bien jurídico captado dentro del tipo penal para poder afirmar la posibilidad de dilación del injusto típico, en consecuencia, siempre serán de ejecución instantánea.
6. El delito de tenencia y porte de armas en nuestra legislación nacional (como en la mayoría de las legislaciones comparadas), está redactado como delito de peligro abstracto, por lo que, a pesar de que el núcleo típico permite dilatarse en el tiempo bajo la fórmula de verbo de estado utilizada por el legislador, al no contemplar afectación efectiva de bien jurídico alguno, no es posible prolongar su consumación y, por tanto, siempre será instantáneo.

7. Lo anterior, trae importantes consecuencias prácticas, especialmente en materia de prescripción de la acción penal en los delitos de tenencia y porte ilegal de armas.

BIBLIOGRAFÍA

Bascur, Gonzalo (2017): “Análisis de los principales delitos y su régimen de sanción previsto en la Ley 17.798 de Control de Armas”, en *Revista Política Criminal*, Vol. 12, N° 3, pp. 533-609.

Cancio, Manuel y Silva, Jesús (2008): *Delitos de organización*, Editorial B de F Ltda., Buenos Aires.

Carrasco, Jaime (2008): *Armas y delito*, Editorial Librotecnia, Santiago de Chile.

Castro Cuenca, Carlos (2007): “Algunos lineamientos sobre la legitimidad del injusto en los bienes jurídicos supraindividuales”, en *Seminario derecho penal Universidad de Salamanca: Problemas actuales de Derecho penal*, Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago de Chile, pp. 81-115.

Cea, Sergio y Morales, Patricio (2011): *Control de armas*, Editorial Thomson Reuters, Santiago de Chile.

Cea, Sergio y Morales, Patricio (2018): *Control de armas*, Editorial Thomson Reuters, Santiago de Chile.

Cox, Juan Pablo (2012): *Delitos de posesión*, Editorial B de F Ltda., Buenos Aires.

Cury Urzua, Enrique (2005): *Derecho Penal, Parte General*, Octava Edición, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile.

De Rivacoba y Rivacoba, Manuel (1984): “El Delito de Usurpación y el Problema de su Prescripción”, en *Gaceta Jurídica*, N° 48, pp. 3-6.

Díaz-Maroto y Villarejo, Julio (1987): *Delito de tenencia ilícita de armas de fuego*, Editorial Colex, Madrid.

Etcheberry, Alfredo (1997): *Derecho Penal*, Tomo I, Tercera Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile.

Garrido Montt, Mario (1984): *Etapas de Ejecución del Delito. Autoría y Participación*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile.

Garrido Montt, Mario (1997): *Derecho Penal Parte General*, Tomo II, Editorial jurídica de Chile, Santiago de Chile.

Gómez, Luis (1971): *Introducción al estudio del lenguaje*, Editorial Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile.

Guzmán, José Luis (2017): *Colectánea Criminal*, Editorial B de F Ltda., Buenos Aires

Guzmán, José Luis (2009): *Estudios y defensas penales*, 3ª Edición, Editorial LegalPublishing, Santiago de Chile

Hernández, Héctor (2016): “Sobre la legitimidad de los delitos de peligro abstracto, a propósito de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno”, en *El Derecho penal como teoría y como práctica*, Editorial Thomson Reuters, Santiago de Chile, pp. 149-188.

Jescheck, Hans-Heinrich (1993): *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Cuarta Edición, Editorial Comares, Granada.

Jiménez de Asúa, Luis (1951): *Tratado de Derecho Penal*, Tomo III, Editorial Losada, Buenos Aires.

Jimenez de Asúa (1970): *Tratado de Derecho Penal, El delito y su exteriorización*, Tomo VII, Editorial Losada S.A., Buenos Aires.

Jimenez de Asúa, Luis (1973): *La ley y el Delito. Principios de Derecho Penal*, Sexta Edición, Editorial Sudamericana, Buenos Aires.

Lloria García, Paz (2006): *Aproximación al estudio del delito permanente*, Editorial Comares, Granada.

Maldonado, Francisco (2006): “Reflexiones sobre las técnicas de tipificación de los llamados “delitos de peligro” en el moderno Derecho penal”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 7, pp. 23-63.

Mañalich, Juan Pablo (2004): “El secuestro como delito permanente frente al DL de Amnistía”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 5, pp.11-33.

Maurach, Reinhart (1995): *Derecho Penal. Parte General*, Editorial Astrea, Buenos Aires.

Mayer, Max Ernest (2007): *Derecho Penal Parte General*, Editorial B de F Ltda., Montevideo- Buenos Aires.

Mezger, Edmund (1946-1949): *Tratado de Derecho Penal*, Segunda Edición, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid.

Mir Puig, Santiago (2005): *Derecho Penal, Parte General*, Séptima Edición, Editorial B de F Ltda., Buenos Aires.

Morales Valdés, Hugo (2007): “Desvalor de acción y desvalor de resultado. Análisis en torno a su ubicación dogmático-penal. Especial énfasis al principio de ofensividad”, en *Seminario derecho penal Universidad de Salamanca: Problemas actuales de Derecho penal*, Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago de Chile, pp. 141-185.

Muñoz Conde, Francisco (1996): *Derecho Penal. Parte General*, Segunda Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España.

Muñoz, Santiago (2016): *Diccionario panhispánico del español jurídico*, Editorial Santillana Educación, S.L., Madrid.

Novoa Monreal, Eduardo (2005a): *Curso de Derecho Penal Chileno. Parte General*, Tomo I, Tercera Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile.

Novoa Monreal, Eduardo (2005b): *Curso de Derecho Penal Chileno. Parte General*, Tomo II. Tercera Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile.

Politoff, Sergio (2001): *Derecho Penal*. Tomo I. Segunda Edición Actualizada, Editorial Cono Sur, Chile.

Politoff, Sergio, Matus, Jean Pierre y Ramírez, María Cecilia (2004): *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General*. Primera Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile.

Pastor, Nuria (2005): *Los delitos de posesión y los delitos de estatus: una aproximación político-criminal y dogmática*, Editorial Atelier, Barcelona.

Quintano Ripollés, Antonio (1976): *Tratado de la Parte especial del Derecho penal*, Tomo IV, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid.

Rampioni, Roberto (1988): *Contributo alla teoría del reato permanente*, Edizioni Cedam-Padova, Verona, Italia.

Real Academia Española (1931): *Gramática de la Lengua Española*, Espasa-Calpe S.A., Madrid.

Roxin, Claus (1997): *Derecho Penal. Parte General*, Tomo I., Segunda Edición, Editorial Civitas, Madrid.

Sainz Cantero, José (1964): “El delito de tenencia ilícita de Armas”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Año CXII, Madrid, pp. 584-621.

Sánchez García, María (1999): *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, Universidad de Valladolid, Salamanca.

Schroeder, Friedrich-Christian, Eckstein, Ken, Falcone, Andrés, et al. (2016): *Delitos de posesión o tenencia*, 1ª Edición, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires.

Von Liszt, Franz (1929): *Tratado de Derecho Penal*, Tomo Tercero, Segunda Edición, Editorial Reus, Madrid.

Von Liszt, Franz (1914-1917): *Tratado de Derecho Penal*, Editorial Hijos de Reus, Madrid.

Zaffaroni, Eugenio (1981): *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Tomo III, Editorial EDIAR, Buenos Aires.