



**UNIVERSIDAD MICHOACANA DE SAN  
NICOLÁS DE HIDALGO**

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES  
DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO**

**TESIS**

**“LA POLÍTICA CRIMINAL EN LAS ARMAS DE FUEGO”**

**QUE PARA OBTENER EL GRADO DE  
MAESTRO EN DERECHO**

**PRESENTA:  
ÁLEX CHÁVEZ ROJAS**

**ASESOR:  
MAESTRO EN DERECHO JOSÉ MARÍA CÁZAREZ SOLÓRZANO**

**Morelia, Michoacán a marzo del 2014.**



# Política Criminal en los Delitos de Armas de Fuego

## INDICE

	Pág.
INTRODUCCIÓN	I
CAPITULO PRIMERO	
ASPECTOS GENERALES DEL DERECHO PENAL Y LA POLÍTICA CRIMINOLÓGICA	
I. Definición Conceptual del Derecho Penal	1
II. Aspectos Conceptuales del Delito	8
III. Aspectos Generales de la Pena	11
IV. Los Delitos de Armas de Fuego	14
V. Aspectos Jurídicos Penales de los Delitos de Peligro	16
VI. Conceptos de Portación y Posesión de Armas de Fuego	22
1. Derecho fundamental	24
VII. Política Criminal	31
VIII.Última Ratio	38
IX. El Principio de Proporcionalidad	42
X. El Principio de Lesividad	48
XI. Principio de Subsidiaridad y el Carácter Fragmentario del Derecho Penal	52
XII. Los Fines de la Pena	55
CAPITULO SEGUNDO	
REFERENCIAS HISTÓRICAS Y CONSTITUCIONALES DE LOS DELITOS DE ARMAS DE FUEGO	
I. Antecedentes Históricos Previos a la Constitución	65
1. Bando de José de la Cruz, Brigadier de los Reales Ejércitos	65
2. Monarquía Española de 1812	67
3. Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana de 1814	73
4. Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano	75
II. Constitución de 1824	77
III. Bando del 7 de Abril de 1824	80
IV. Bando del 11 de Septiembre de 1830	82
V. Bando del 23 de Noviembre de 1835	83
VI. Constitución de 1836	85
VII. Constitución de 1857	88
VIII. Bando del 26 de Noviembre de 1857 Sobre la Portación De Armas	94
IX. Circular de la Secretaría de Guerra Sobre la Libertad	

de Poseer y Portar Armas	96	
X. Decreto del 25 de Diciembre de 1861	97	
XI. Ley del 31 de Enero de 1868		98
XII. Bando del 29 de Enero de 1870	99	
XIII. Reglamento del 3 de Octubre de 1893 Sobre la Portación de armas		100
XIV. Bando del 4 de Febrero de 1871 Sobre la Prohibición de Portar Armas Sin Licencia		103
XV. Constitución de 1917		104
XVI. Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos	110	

### CAPITULO TERCERO MARCO LEGAL DE LAS ARMAS DE FUEGO

I. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos	114
II. Tratados Internacionales	122
III. Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos y su Reglamento	131
IV. Código Penal Federal	149

### CAPITULO CUARTO DERECHO COMPARADO EN LAS ARMAS DE FUEGO

I. México	151
II. España	155
III. Argentina	177

### CAPITULO QUINTO ANÁLISIS Y POLÍTICA CRIMINAL EN LOS DELITOS DE ARMAS DE FUEGO

I. Situación Actual en los Delitos de Armas de Fuego	194
II. El Derecho Penal del Enemigo Frente a la Necesidad de Aplicar una Adecuada Política Criminal	204
III. La Política Criminal y el Derecho Penal en los Delitos de Armas de Fuego	234
IV. El Aspecto Político Criminal en las Penalidades en los Delitos de Armas de Fuego	250
V. Hacia un Derecho Penal más Democrático con Penas más Proporcionaladas y Justas	295
CONCLUSIONES	324
PROPUESTA	330
FUENTES DE INVESTIGACIÓN	332

## RESUMEN

Es necesario una debida política criminal en los delitos de armas de fuego, para lo cual se ocupa leyes más justas que ayuden a construir un derecho penal sobre datos sociales reales no falsos, en donde no solo se procure que sea utilitarista, sino funcional para crear una norma más garantista, democrática y liberal, siendo necesario que se desmantele el mercado ilícito de armas de fuego y de drogas, para lo cual se ocupan penas justas y proporcionadas que permitan una verdadera dogmática penal.

Palabras clave: política, criminal, armas, fuego

### ABSTRACT

It is necessary an owed criminal politics in the crimes of arms of fire, for which occupies laws juster that help to build a penal right on real social data no false, In where no only procure that it was utilitarista, but functional to create a norm more garantista, democratic and liberal, being necessary that dismantle the illicit market of arms of fire and of drugs, for which occupy just and proportionate penalties that allow a true dogmatic penal.

Key words: politics, criminal, arms, fire

## **CAPÍTULO PRIMERO**

### **ASPECTOS GENERALES DEL DERECHO PENAL Y LA POLÍTICA CRIMINAL**

#### **I. Definición Conceptual del Derecho Penal**

Se puede decir que el derecho penal es el conjunto de normas jurídicas que fijan el poder sancionador y preventivo del Estado, en base a los conceptos establecidos en las leyes sancionadoras, en las que se establecen la responsabilidad del sujeto y pena.<sup>1</sup>

Etimológicamente “derecho” proviene del latín *directum* el cual deriva de *dirigere* -enderezar, dirigir, encaminar-, a su vez de *regere, rexi, rectum* -conducir rectamente, bien, guiar-. El derecho penal debe de calificar o castigar conductas realmente importantes, es decir, relevantes, y que afecten bienes jurídicos, porque de no hacerlo, se observaría que lejos de establecer un orden social, se generaría un desorden social, como pudiera ser en la familia, al desahogar toda la fuerza del derecho penal, en penas indebidas o desproporcionadas, por lo que el derecho penal se aplica como una medida urgente, ya que es el arma más fuerte que tiene el Estado para controlar a la ciudadanía y esta sólo se tiene que ocupar en caso de extrema necesidad, cuando es la última alternativa.

---

<sup>1</sup> DIAZ DE LEÓN, Marco Antonio, “Diccionario de Derecho Procesal Penal”, p. 586.

“Las leyes son las condiciones con que los hombres vagos e independientes se unieron en sociedad, cansados de vivir en un continuo estado de guerra, y de gozar una libertad que les era inútil en la incertidumbre de conservarla. Sacrificaron por eso una parte de ella para gozar la restante en segura tranquilidad. El complejo de todas estas porciones de libertad, sacrificadas al bien de cada uno, forma la soberanía de una nación, y el soberano es su administrador y legítimo depositario. Pero no bastaba formar este depósito, era necesario también defenderlo de las usurpaciones privadas de cada hombre en particular. Para evitar estas usurpaciones se necesitaban motivos sensibles, que fuesen bastantes a contener el ánimo despótico de cada hombre, cuando quisiera sumergir las leyes de la sociedad en su caos antiguo. Estos motivos sensibles son las penas establecidas contra los infractores de aquellas leyes...”.<sup>2</sup>

También se dice que el derecho penal forma parte de los mecanismos sociales que tienen como fin obtener determinados comportamientos de forma particular. El derecho penal viene a marcar sus fines declarando determinadas conductas como indeseables y amenazando en caso de su realización con sanciones en cierta forma graves, ya que sus sanciones son las más rigurosas que se conocen en el sistema social, ya que se considera que los comportamientos que castiga son en teoría los más intolerables, siendo en este sentido que el derecho penal es un órgano de control social.<sup>3</sup>

En base al conocimiento podemos decir que el derecho penal es la rama del derecho público que establece los delitos, penas y medidas de seguridad y que a su vez éstos son sancionados y que por consecuencia vienen a conformar y afectar el sistema punitivo directa o indirectamente, estableciendo el marco o punto de referencia que le está obligado al juzgador, quien a su vez deberá de

---

<sup>2</sup> BECCARIA, “*Tratado de los Delitos y las Penas*”, pp 7,8.

<sup>3</sup> BACIGALUPO ZAPATERO, Enrique, “*Manual de Derecho Penal*”, pp. 1, 2.

interpretar las normas penales que ha de aplicar. Existiendo así un medio de control social por parte del Estado para crear y aplicar el derecho penal objetivo - *ius punendi*-.

El derecho tiene como finalidad encauzar la conducta humana para hacer posible la vida en común, manifestándose como un conjunto de normas que rigen la conducta externa de los hombres en sociedad, las cuales pueden imponerse a sus destinatarios mediante el empleo de la fuerza de que dispone el Estado, por estar facultado para ello. Se ha expresado que el derecho no es sino la sistematización del ejercicio del poder coactivo del Estado, más indudablemente esta es inspirada en ideas del más alto valor ético y cultural para realizar su fin primordial, de carácter mediato, que viene a ser la paz y seguridad social.<sup>4</sup>

Todos los intereses que el derecho intenta proteger tienen una importancia incalculable, sin embargo, de entre ellos existen algunos cuya tutela debe ser asegurada a toda costa, por ser fundamentales en determinado tiempo y lugar para garantizar la supervivencia misma del orden social. Para lograr tal fin, el Estado está naturalmente facultado y obligado de allegarse los medios adecuados para garantizar la tutela de dichos bienes jurídicos, originándose así la necesidad y justificación del derecho penal que por su naturaleza esencialmente punitiva, es capaz de crear y conservar el orden social.

La expresión derecho penal, como afirma Maggiore, se aplica para designar tanto el conjunto de normas penales -ordenamiento jurídico penal-, en cuanto a la ciencia del derecho penal, estimada como una rama del conocimiento humano, compuesta de un acervo de nociones jurídicas de naturaleza intelectual, definiendo al derecho penal como la rama del derecho público interno relativo a los delitos, a las penas y a las medidas de seguridad, que tiene por objetivo inmediato

---

<sup>4</sup> CASTELLANOS TENA, Fernando, “*Lineamientos Elementales del Derecho Penal*”, pp. 17,18.

la creación y conservación del orden social.<sup>5</sup>

El derecho penal para su debida aplicación debe ser científico, razón por la cual éste debe estar basado en la sistematización, la interpretación y el desarrollo del derecho nacional vigente, siendo así necesario dedicarse con especial energía además a nuevos e irresueltos problemas planteados en el derecho material por el desarrollo social, científico y tecnológico.<sup>6</sup>

“En el futuro, la ciencia penal no tendrá que limitarse, tal como lo ha hecho durante mucho tiempo y como en parte todavía lo hace hasta hoy, al Derecho positivo, a la *lex lata*, sino que tendrá que practicar una política criminal científica; esto es, independientemente del asesoramiento legislativo actual, tendrá que diseñar una y otra vez el Derecho penal del futuro y con ello poner en movimiento un continuo proceso de reformas. La ciencia penal tendrá también que proporcionar las bases científicas para un desarrollo penal supranacional; esto significa para dentro de poco: el Derecho penal europeo y el Derecho internacional penal”.<sup>7</sup>

Nos habla Claus Roxin que el derecho penal debe ser aplicado de manera científica, es decir, bajo un debido desarrollo dogmático penal y así con esto buscar la exclusiva protección de bienes jurídicos, evitando que no se dé un derecho penal irracional, yendo más allá al mencionar que la norma además debe establecer estándares internacionales, realizando así el llamado derecho penal internacional, ya que con esto ayudaría a tener un mejor derecho penal nacional y así evitar el rezago en ciertos países.

Es aquel conjunto de normas jurídicas que une ciertas y determinadas

---

<sup>5</sup>Ibídem, pp. 18-20.

<sup>6</sup> ROXIN, Claus, “*La Teoría del Delito, en la Discusión Actual*”, p. 3.



consecuencias jurídicas, en su mayoría reservadas a esta rama del derecho, a una conducta humana determinada, como es el delito. La consecuencia jurídica de mayor trascendencia es la pena; en todos los casos, ella afecta exclusivamente al autor de un delito que ha actuado culpablemente. Además de la pena, el derecho dispone de las medidas preventivas, sin carácter sancionatorio y condicionadas por la peligrosidad del autor, no por su culpabilidad; si el autor peligroso ha actuado culpablemente, el efecto de las medidas es complementario al de la pena; si, al contrario, el autor es incapaz de actuar culpablemente, las medidas reemplazan a la pena.<sup>8</sup>

El derecho penal constituye uno de los medios de control social existentes en las sociedades actuales. La familia, la escuela, la profesión, los grupos sociales, son también medios de control social, pero poseen un carácter informal que los distingue de un medio de control jurídico altamente formalizado como es el derecho penal. Como todo medio de control social, éste tiende a evitar determinados comportamientos sociales que se reputan indeseables, acudiendo para ello a la amenaza de imposición de distintas sanciones para el caso de que dichas conductas se realicen; pero el derecho penal se caracteriza por prever en principio las sanciones más graves, -las penas y las medidas de seguridad, como forma de evitar comportamientos que juzga especialmente peligrosos los delitos-. Se trata de una forma de control social tan importante que ha sido monopolizada por el Estado y por consecuencia el ejercicio de un poder por parte del Estado, el cual se encuentra limitado por el principio de legalidad.<sup>9</sup>

Es un saber que busca una intencionalidad, porque siempre que se inquiera saber se persigue algún objetivo que en, particular, no puede ser la mera curiosidad. El uso de la expresión derecho penal es equívoco: con frecuencia se

---

<sup>7</sup> ibídem, pp 3,4.

<sup>8</sup> REINHART, Maurach, “*Derecho Penal, Parte General*”, p.4.

<sup>9</sup> MIR PUIG, Santiago, “*Derecho Penal, Parte General*”, pp. 47,48.

le utiliza para emplear una parte del objeto del saber del derecho penal, que es la ley. La imprecisión no es inocua, porque confunde derecho penal -discurso de los juristas- con legislación penal -acto del poder político- y, por ende, derecho penal con poder punitivo, son conceptos necesarios de separar.<sup>10</sup>

Es casi unánime la delimitación contemporánea del horizonte de proyección del derecho penal, centrado en la explicación de complejos normativos que habilitan una forma de coacción Estatal, que es el poder punitivo, caracterizada por sanciones diferentes a las otras ramas del saber jurídico: las penas. En otro momento se sostuvo que la denominación derecho penal destacaba la priorización de la punición sobre la infracción, en tanto que derecho criminal indicaría el centro de interés opuesto.<sup>11</sup> Nos señala que el derecho penal no implica solamente lo que refiere la ley penal al sancionar los delitos, así como el poder del Estado para castigarlos, sino también implica el conocimiento de la teoría del delito, teoría de la pena, teoría de la responsabilidad y así esto en conjunto es lo que podrá llamarse como derecho penal.

Desde hace más de veinte años viene desarrollando Günter Jakobs un sugestivo sistema del Derecho penal, que, sin rechazar por completo la influencia de Welzel, su maestro, se asienta, cada vez más decididamente, sobre fundamentos metódicos totalmente diferentes a los del finalismo, pese al principio en que el derecho penal ha de asegurar la vigencia de los valores positivos de acción ético-social, sus respectivos caminos se separaron desde ese punto por completo, propugnando por una renormativización de los conceptos jurídico-penales con el propósito de orientar a la función que corresponda al derecho penal. Como consecuencia de ello, no sólo sucede que los conceptos de culpabilidad y de acción, a los que la dogmática del derecho penal ha atribuido

---

<sup>10</sup> ZAFFARONI, Raúl Eugenio, “*Derecho Penal, Parte General*”, p. 3.

<sup>11</sup> *Ibíd.*, p. 4.

siempre de forma expresa una esencia o más vagamente una estructura -lógica- objetiva, prejurídica-, se convierte en conceptos de los que no se puede decir absolutamente nada en referencia a la misma que ha de cumplir el derecho penal, sino que incluso el concepto de sujeto al que se imputa se muestra como un concepto funcional.<sup>1213</sup>

En conclusión, podemos afirmar de forma simple que el derecho tiene como finalidad primordial el guiar la conducta humana y así con esto buscar un equilibrio para la vida en común, y así lograr buscar un orden social, por consecuencia para tal función el Estado crea la tipificación de delitos, penas y medidas de seguridad, señalando la forma en que deberán de sancionarlos, buscando siempre proteger los bienes jurídicos más preciados para la sociedad, siendo esta su verdadera esencia de acuerdo a la realidad y necesidades de cada pueblo por ser considerados de valor incalculable, sin embargo, en la actualidad se observa un crecimiento irracional del derecho penal, con una creación cada día mayor de delitos concurriendo en un poder punitivo como lo menciona Zaffaroni, siendo como ya se observó, el derecho penal protege solamente bienes jurídicos de gran valor y por una lucha del legislador de cada vez protegerlos de una manera más eficaz, ha ingresado al catálogo de delitos, el crecimiento de los delitos de peligro sin realizar un debido análisis, y creando contrario a derecho un desorden social y desintegración familiar, teniendo como factor una criminalización. Ante éste creciente desmesurado del derecho penal, de igual forma ha aparecido la penalización de los delitos de peligro en abstracto y en concreto, ya que en la actualidad se considera que no solo basta de proteger la lesión de los bienes, sino también la protección de que estos sean lesionados.

---

<sup>12</sup> JAKOBS, Günter, “*Estudios de Derecho Penal*”, pp. 17,18.

<sup>13</sup> Nos habla de la teoría objetivista, la cual es la teoría más reciente en el derecho penal, utilizándose en países como Alemania, España.

## II. Aspectos Conceptuales del Delito

Es un acto sancionado por la ley con una pena, lo que es una definición errónea, ya que la punibilidad no es un elemento necesario o indispensable del delito, puesto que hay delitos que gozan de una excusa absolutoria y no por ello dejan de ser un delito, por lo que además no conviene sólo a lo definido, ya que abundan las infracciones administrativas, disciplinarias o que revisten el carácter de meras faltas, los cuales se hallan sancionados por la ley con una pena, sin ser delitos, y no señala elementos de lo definido -esenciales o descriptivos-, puesto que estar sancionado con una pena es un dato externo, usual en nuestro tiempo para la represión y por lo cual se podrá identificar el delito con más o menos aproximación; pero sin que sea inherente al mismo ni por lo tanto útil para definirlo.<sup>14</sup>

Legalmente el delito es el acto u omisión que sanciona las leyes penales, esto de conformidad con lo dispuesto por el artículo 7 del Código Penal del Estado de Michoacán, así como el diverso 7 del Código Penal Federal. La palabra delito deriva del verbo latino *delinquere*, que significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley. También se dice que es el crimen, culpa, quebrantamiento de la ley; acción u omisión voluntaria castigada por la ley como pena grave.<sup>15</sup>

Así se puede establecer que delito es un acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal.<sup>16</sup>

---

<sup>14</sup> VILLALOBOS, Ignacio, “*Derecho Penal Mexicano*”, pp. 201,202. Se está de acuerdo con esta definición, ya que en la misma no se establece a la punibilidad como elemento del delito.

<sup>15</sup> PALOMAR DE MIGUEL, Juan, “*Diccionario Para Juristas*”, p. 452.

<sup>16</sup> GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco, “*Código Penal Comentado*”, p. 207.

Los autores han tratado en vano de producir una definición del delito con validez universal para todos los tiempos y lugares, una definición filosófica esencial. Como el delito está íntimamente ligado a la manera de ser de cada pueblo y a las necesidades de cada época, los hechos que unas veces han tenido ese carácter, lo han perdido en función de situaciones diversas y, al contrario, acciones no delictuosas, han sido establecidas como delitos. A pesar de tales dificultades es posible caracterizar al delito jurídicamente, por medio de fórmulas generales determinadas de sus atributos esenciales.<sup>17</sup>

En cuanto al delito se puede afirmar que es la conducta de un hombre, pero no todas las conductas son delitos y para distinguir las que son de las que no son, se señala: que son las conductas prohibidas a las que se les asocia una pena como consecuencia. Por lo tanto no obra delito cuando la conducta de un hombre no se adecúe a alguno de esos dispositivos.<sup>18</sup>

Algunos autores han definido al delito como “la conducta, típica, antijurídica y culpable”, sin embargo, existen otros autores que no opinan lo mismo -como el caso de Gustavo Malo Camacho-, quien toma como concepto de delito a la conducta típica, antijurídica y culpable y señala que éste es el concepto que sostiene una parte importante de la doctrina penal y del que se siguen a la vez, los conceptos de atipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.<sup>19</sup> Concepto con el cual se está de acuerdo, ya que se considera al igual que éste, que la punibilidad no es elemento esencial del delito, ya que puede existir delito sin que exista penalidad, como en los casos que se aplica alguna excusa absolutoria, en los cuales efectivamente de forma indudable existe la realización de un delito, solamente que el Estado prescinde de aplicar la pena, ya que no lo considera necesario.

---

<sup>17</sup> Op. Cit, nota 3, pp. 124-127.

<sup>18</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “*Manual de Derecho Penal*”, p. 339.

<sup>19</sup> MALO CAMACHO, Gustavo, “*Derecho Penal Mexicano*”, p. 125.

La acción humana es ejercicio de actividad final. La acción es, por tanto, un acontecer final y no solamente causal. La finalidad, o el carácter final de la acción, se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de sus conductas, asignarse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad, conforme a un plan, a la consecución de estos fines. Gracias a su saber causal previo puede dirigir sus diversos actos de modo que oriente el suceder causal externo a un fin y lo domine finalmente.<sup>20 21</sup>

Efectivamente el delito tiene necesariamente que ver con las necesidades de cada pueblo y a las necesidades de cada época, ya que deben de tomarse en cuenta los usos y costumbres de cada pueblo para determinar lo que puede ser un delito, pero en muchas ocasiones no se valoran adecuadamente estos, ahora bien, de acuerdo con las necesidades de la época, señalando que de acuerdo al crecimiento de la delincuencia que existe en la actualidad, se ha tratado de frenar a ésta, ampliando cada vez más el catálogo de delitos, habiendo una proliferación cada vez más grande de los delitos de peligro, entre los que encontramos los delitos de armas de fuego.

Aparece que delito viene a ser la infracción hecha a ley del Estado, promulgada con el fin de proteger la seguridad y el orden social de los ciudadanos, el cual necesariamente resulta de un acto u omisión, es decir, un hacer o dejar de hacer, moralmente imputable y socialmente dañoso; siendo el delito un acto contrario a derecho, por lo que la pena viene a ser la consecuencia lógica del delito para preservar el orden jurídico, pero debe de mencionarse que aún y cuando la pena es la consecuencia lógica del delito, esta no constituye un elemento del delito como lo mencionan Zaffaroni e Ignacio Villalobos, ya que

---

<sup>20</sup> WELZEL, Hans, “*El Nuevo Sistema del Derecho Penal*”, pp. 41,42

<sup>21</sup> Esta teoría nos habla de la teoría finalista realizada precisamente por Hans Welzel, en la que nos habla que el delito depende de la finalidad de la acción, es decir, depende de un elemento subjetivo o la llamada intención que se tenía de cometer cierto hecho.

puede existir delito, sin que exista penalidad impuesta, cuando se aplica una causa absoluta. Es importante referir lo que es delito, ya que precisamente en el delito es menester estudiar su vida o llamado el *iter criminis*<sup>22</sup> y dentro de esta la tentativa.<sup>23</sup>

### III. Aspectos Generales de la Pena

La pena se puede definir como la sanción jurídica que se impone al declarado culpable del delito, en sentencia firme, y que tiene la particularidad de vulnerar de la manera más violenta los bienes de la vida.<sup>24</sup> Dentro del derecho penal la sanción que más daña a quien la sufre, es la pena; se le considera como la justa retribución del mal, del delito proporcionada al reo; esta idea de retribución exige que al mal del delito sobrevenga la aflicción de la pena, para la integración del orden jurídico violado.

Pena viene del latín *poena*, castigo impuesto por autoridad legítima al que ha cometido un delito o falta. Disminución de uno o más bienes jurídicos, impuesta por un órgano jurisdiccional al autor de un acto antijurídico.<sup>25</sup>

Queda fuera de su horizonte toda la coacción estatal que no responde a la función asignada y que, por arbitraria definición, no es punitiva aunque materialmente lo sea. Se confunde el poder punitivo con el poder punitivo a secas, porque no parte de un concepto básico de éste -Constitucional, Internacional o

---

<sup>22</sup> Cfr. CHÁVEZ ROJAS, Álex, “La Tentativa en los Delitos Contra la Salud”.

<sup>23</sup> Cfr. CHÁVEZ ROJAS, Álex, “El Proceso de la Tentativa en los Delitos Contra la Salud”.

<sup>24</sup> Op. Cit, nota 1, p. 1262.

<sup>25</sup> Op. Cit, nota 15, p. 1156.

prelegal- que le permita distinguir luego lo lícito de lo ilícito.<sup>26</sup> Como la función manifiesta se considera positiva, el Estado tiene el deber de extenderla cuantas veces lo considere necesario o conveniente, por lo cual la función no sólo sirve la pena y para deducir todo un derecho penal subjetivo cuyo titular sería el propio Estado.

Esta función asignada traducida en un *ius punendi*,<sup>27</sup> se emplea para indicarles a las agencias políticas hasta dónde pueden echar mano de los elementos del Estado de policía. La pena es una coerción, que impone una privación de derechos o un dolor y que no repara ni restituye, ni tampoco detiene las lesiones en curso, ni neutraliza los peligros inminentes.<sup>28</sup>

Analizando se puede decir que la pena siempre viene a ser una consecuencia necesaria del delito, es decir, en teoría si no hay delito no hay pena, teniendo siempre una naturaleza retributiva. La ley viene a prever hipótesis generales, pero siempre contiene el principio de individualización que se viene a reflejar, sobre todo, en los grados de culpabilidad, se afirma que en esta individualización -dar a cada quien lo suyo- se establece el interés del derecho penal contemporáneo, siendo así como el proyecto general de punición se transforma de un hecho personal.<sup>29</sup>

La pena es una reacción al delito; se ha dicho que entre los más grandes factores criminógenos, está la propia prisión y los sustitutivos penales, por lo tanto en su mayoría son modalidades de prisión. Se tiene la idea que el fin de la pena cambia, pero no se cree que sea así, a pesar de lo que se argumenta acerca de la multa -netamente fin retributivo- como sustitutivo, pero como la decisión de

---

<sup>26</sup> Op. Cit., nota 10, pp. 41, 42.

<sup>27</sup> Se le llama en sentido estricto a la facultad que tiene el estado para imponer las penas, y así con esto ejercer el derecho penal, es por ello que es parte del derecho público.

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 43.



imponer éste debe perseguir la readaptación del sujeto, se está seguro que no se desvirtúa ninguna finalidad.<sup>30</sup>

Aparece así la pena como una forma primitiva de castigar a quienes han causado un daño al grupo al que pertenecían; el castigo era ejemplar para el sujeto responsable que con su conducta había causado el malestar en el grupo, y la forma común de castigar era la eliminación del sujeto ya sea privándole de la vida o desterrándolo,<sup>31</sup> el fundamento de este castigo era la venganza hacía el ofensor.<sup>32</sup>

El Estado emprendió su principal acción para hacer frente a quien alteraba el orden social a través de las penas, la idea primitiva era otra, puesto que únicamente existían las penas como medios para castigar al delincuente, y con el tiempo surgen las llamadas medidas de seguridad. Para Franz Von Liszt, la pena es el mal que el juez infringe al delincuente a causa del delito, para expresar la reprobación social con respecto al acto y al autor.<sup>33</sup>

La pena es parte de ese derecho subjetivo que tiene el Estado para aplicar el derecho penal, comenzando con el poder punitivo aplicado a través de la policía de acuerdo a lo que se establece como ilícito y que puede ser penado por la ley. La pena es aplicada de manera forzosa y viene a ser una consecuencia del delito, por parte de un órgano jurisdiccional que implica la imposición de una pena de prisión o que ésta no sea de prisión, la de prisión consiste en la privación de la libertad deambulatoria, se suspenden los derechos electorales, aplicación de multa, la cual no repara ni restituye al ofendido, ni tampoco detiene las lesiones

---

<sup>29</sup> GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “*Derecho Penal*”, pp. 87, 88.

<sup>30</sup> MOLINO CAÑIZO, Elena, “*Criminalia: Derecho Penal y Pena*”, p. 53.

<sup>31</sup> La función del derecho penal, era sólo castigar, y por lo tanto esas penas, eran sólo el castigo por el castigo, por lo tanto su función era intimidatoria.

<sup>32</sup> RAMOS ARTEAGA, Elena, “*Criminalia: Las Penas y Medidas de Seguridad. El Sistema de la Doble Vía*”, p. 63.

realizadas o futuras, ya que cuando se aplica la pena, resulta que la lesión ya está hecha, se puede decir que el derecho penal normalmente llega demasiado tarde, ya que ni neutraliza los peligros inminentes y menos tratándose de peligros en abstracto, por lo que no es adecuado que se le relacione a la pena como un derecho de defensa, ya que el camino para reprimir el delito no es la pena, sino una adecuada política criminal.

#### **IV. Los Delitos de Armas de Fuego**

Según el diccionario de la lengua española, arma es el instrumento destinado a ofender o defenderse. Esta definición es muy amplia ya que puede ser un arma cualquier objeto, solo tiene el requisito que sea destinado a ofender o defenderse.

Del contenido del artículo 160 del Código Penal para el Distrito Federal, se establece que: “Arma es todo instrumento que sin tener un fin lícito se utiliza para agredir y que no tiene finalidades laborales o recreativas”.

Por su parte el artículo 13 de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, indica: “No se consideraran como armas prohibidas los utensilios, herramientas o instrumentos para labores de campo o de cualquier oficio, arte, profesión o deporte que tengan aplicación conocida como tales, pero su uso se limitará al local o sitio en que se practique el deporte.

Atendiendo lo anterior, tenemos que desde el punto de vista etimológico un

---

<sup>33</sup>Ibídem, pp. 63,64.

arma puede ser cualquier objeto que sirva para defenderse o agredir, exceptuándose aquellos que se utilicen para el trabajo, la práctica de un deporte o cualquier otra actividad lícita.

Por su parte las armas de fuego son aquéllas que funcionan mediante un mecanismo, en el que interviene un compuesto químico, denominado “pólvora”, que al combustionar produce gases cuya expansión violenta provoca la expansión de un proyectil. Dentro de las armas de fuego tenemos la pistola, fusil, escopeta, metralleta, mosquetón, etc., existen varias clasificaciones de las armas de fuego en las que se encuentran:<sup>34</sup>

- a) Pistolas: Para hacer fuego con una sola mano.
- b) Fusiles: Para su manejo con ambas manos.
- c) Cañones: Para su utilización se requieren dos o más hombres.

Tenemos delitos de portación de armas de fuego, el cual se encuentra contemplado en los artículos 81 y 83 de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, el primero de los numerales se refiere a la portación de armas de fuego sin contar con licencia y el segundo nos menciona del mismo injusto pero de las armas de fuego reservadas para el Ejército, Armada y Fuerza Aérea Nacionales.<sup>35</sup>

De igual forma encontramos los delitos de posesión y acopio de armas de fuego, el primero se encuentra previsto y sancionado por el numeral 83 ter, de la multicitada ley, y el segundo se encuentra sancionado en el 83 bis, de la misma ley; por otra parte, encontramos el ilícito de transmisión de arma de fuego el cual

---

<sup>34</sup> GARCÍA RAMÍREZ, Efraín. “Análisis Jurídico de los Delitos Contemplados en la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos”, pp. 3,4.

<sup>35</sup> *Ibidem*, pp. 195, 196.

aparece en el numeral 82. También tenemos los delitos de introducción clandestina al país de armas de fuego, la fabricación y el transporte, los que tenemos señalados en los artículos 84, 84 bis, 85 bis y 86 del mismo cuerpo de leyes.

## V. Aspectos Jurídico Penales de los Delitos de Peligro

Todo bien jurídico protegido penalmente puede ser objeto de una lesión o puesta en peligro -Gallas, Heinitz-Festschrift-, las posibles consecuencias ajenas al tipo que el hecho delictivo pueda acarrear son consideradas apenas 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.<sup>36</sup>

Haciendo mención en ese sentido, que sólo los delitos de resultado material, son los que prevén una puesta en peligro de un bien jurídico tutelado, por lo tanto a los propios delitos de peligro, no se les puede aplicar la tentativa, ya que sería como castigar el peligro del peligro, lo cual resulta imposible.<sup>37</sup>

Por su parte el peligro se puede relacionar tanto con la acción como con el resultado. Si se vincula con la primera, representa una infracción contra una prohibición de peligrosidad; en tales casos se atiende la tendencia a esta ínsita en tales acciones. A la inversa, si se considera el peligro desde la perspectiva del ilícito de resultado, el peligro producido respecto de un bien jurídico determinado se manifiesta como la “*producción de hechos constitutivos de peligro*” (Horn); en tales casos nos encontramos ante un punto de vista no idénticos.<sup>38</sup>

---

<sup>36</sup> Op. Cit, nota 8, p. 283

<sup>37</sup> No obstante esto, en nuestra legislación se castiga la tentativa en delitos de peligro, como es en el caso de los delitos de transporte y venta de drogas. Op. Cit, nota 22.

<sup>38</sup> Op. Cit, nota 8, p. 284

Por su parte, el delito de peligro, es aquel cuya realización crea la posibilidad de ocasionar una lesión a un bien jurídico tutelado. El derecho penal no sanciona solamente a los delitos que ocasionan lesiones efectivas a los bienes jurídicos tutelados, sino además se va a preocupar por las acciones que los ponen en peligro.<sup>39</sup> Cabe mencionar que el derecho penal suele aun incriminar ciertas acciones independientemente del hecho de que ellas constituyan real y efectivamente una lesión destructiva de un bien jurídico y hasta prescindiendo de que pongan en peligro en concreto ese bien. Las castiga en general porque tienen una idoneidad genérica para crear peligros y causar daños.<sup>40</sup>

Los delitos de peligro<sup>41</sup> se dividen en concreto y abstracto, los primeros requieren formalmente de la ley para una creación de una efectiva situación de peligro *-resultado de peligro-*, mientras que en los delitos de peligro abstracto no es preciso que en el caso concreto la acción cree un peligro efectivo: sólo serían delitos de peligro en el sentido de que la razón de su castigo es que por lo general suponen un peligro.<sup>42</sup>

El delito de peligro es aquel que solamente crea un riesgo para el bien jurídico cuya protección motiva el tipo legal.<sup>43</sup> Los delitos de peligro y de resultado pueden cometerse por culpa, mientras no se requiera para su realización el querer o consentir la situación típica que los caracteriza y basta una actitud mental o negligencia para llegar a ellos.<sup>44 45</sup>

---

<sup>39</sup> LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo, “*Teoría del Delito*”, p. 59.

<sup>40</sup> Se les llama a estos delitos de peligro en abstracto porque en realidad no causan ningún peligro al bien jurídico, sino sólo se castigan debido a la calidad del objeto que se tiene el cual se cree que dada su calidad, éste resulta idóneo para cometer ciertos ilícitos como en el caso de las armas de fuego, ya que estas son idóneas para cometer delitos y su propia presencia parece ser que resulta un peligro dada su naturaleza.

<sup>41</sup> La palabra peligro proviene del latín *periculum*, que es la contingencia o riesgo inminente de que ocurra algún mal.

<sup>42</sup> Op. Cit, nota 9, p. 227.

<sup>43</sup> Op. Cit, nota 14, pp. 240,241.

<sup>44</sup> Op. Cit, nota 14, p. 311.

<sup>45</sup> Por ejemplo encontramos los delitos relacionados con comunicación de noticias, secretos, planos etc., los algunos relacionados con la seguridad en las vías públicas.

Los delitos se clasifican de acuerdo a la forma en que afectan al bien jurídico: de lesión y de peligro y estas a su vez en delitos de peligro en abstracto y en concreto, los primeros son aquellos en los que basta con que la conducta importe un peligro ya de por sí, aun cuando el bien jurídico no haya sido lesionado con un resultado.<sup>46</sup> En cuanto a los delitos de peligro en concreto requieren que efectivamente se haya puesto en peligro el bien jurídico que pretende proteger la norma,<sup>47</sup> tener la certeza de que el daño se hubiere producido si no hubiere existido el factor que evitó su conclusión.<sup>48 49</sup>

Al tipo de los delitos culposos pertenece también, junto a la acción típica y como otro carácter del tipo, un resultado: la acción típica tiene que haber dado lugar a una lesión o peligro -no doloso- de un bien jurídico.

- a) Los delitos culposos están contruidos principalmente, como delitos de lesión, corresponde a la realización del tipo el que la acción que no responda al cuidado debido se haya materializado en la lesión de un bien jurídico.

Al desvalor de la acción se añade, un desvalor del resultado. Con él surge un nuevo elemento, adicional, del tipo, que no está contenido necesariamente en el desvalor de la acción. Pues una acción es inadecuada o incorrecta, es decir, no responde al cuidado- con independencia de que conduzca o no a un resultado no deseado.

El desvalor de la acción, ni puede aumentar por concurrencia del desvalor del resultado, ni disminuir por su falta. Se ha hablado del desvalor del resultado como del “elemento de azar” en los delitos

---

<sup>46</sup> Por ejemplo portación y posesión de armas de fuego, conducir vehículo en estado de ebriedad, etc.

<sup>47</sup> Esto tipo de delitos de peligro en concreto atiende a una teoría muy normativista, ya que lo único que ve es por el cumplimiento de la norma.

<sup>48</sup> Por ejemplo encontramos los delitos de disparo de arma de fuego, ataque peligroso, Contra la salud, etc.

<sup>49</sup> BUSTOS RAMÍREZ, Juan, et al., “*Lecciones de Derecho Penal*”, pp. 107-110.

culposos (Exner). La significación del resultado en tipo, fundamenta en que lleve a cabo una selección dentro de las acciones que no responden al cuidado debido: toda acción que no responde al cuidado debido infringe la norma con indiferencia de que se materialice o no en un resultado, pero sólo al materializarse en un resultado adquiere –según al derecho positivo- relevancia para el derecho penal; se convierte en el fundamento material de lo injusto penal típico. Se aclara que el resultado no es la parte esencial del delito culposo para el derecho penal.

La producción del resultado tiene que ser la consecuencia, de la falta de la observancia del cuidado.

El resultado causado tiene interés para el tipo si es realización de la falta de observancia del cuidado debido. Los resultados quedan fuera de la previsibilidad objetiva del hombre inteligente, debido a que no pertenecen al tipo de delitos culposos.

Si sólo es objetivamente previsible una lesión corporal, pero no la muerte, se habrá realizado únicamente el tipo de las lesiones corporales culposas. No basta tampoco que en lugar del curso causal no adecuado. Sino que el curso causal real es el que tiene que ser adecuado.

- b) Las leyes más modernas se conforman, cada día más, con un peligro, en lugar de una lesión, de un bien jurídico, como resultado de los tipos culposos.

El tipo se ve aquí complicado por la duplicación del concepto de peligro. La acción que infringe el cuidado debido tiene que ser ya, según su concepto, una acción que, según un juicio objetivo, cree un peligro para los bienes jurídicos.<sup>50</sup>

---

<sup>50</sup> Op. Cit., nota 20, pp. 119-123.

De acuerdo a JESCHECK, nos dice que la peligrosidad inmanente de una infracción del cuidado, él la observa de la siguiente manera. Si una lesión del deber cuidado ya contiene en sí misma el peligro de la producción de un resultado típico, entonces el aprovechamiento de una situación favorable para la realización de un hecho doloso está en el marco del riesgo jurídicamente desaprobado.<sup>51</sup>

Respecto a la doctrina del peligro del dolo, por muchos años con este, y con el eventual, se han visto como elementos más de carácter descriptivo. Esto se entiende claramente en el finalismo, debido a que el mismo se debe a datos estructurales del ser previos e indisponibles. Además de los criterios usuales del dolo tales como –conocer y querer-, y las características empleadas para el *dous eventuales* han sido nombradas como datos síquicos, sin interesar si se recurre a una representación de posibilidad o probabilidad del autor a una aprobación del posible resultado, ya sea tomar en serio esta posibilidad, o conformarse con ello, o a datos empíricos del tipo.<sup>52</sup>

Existen acciones que tienen una peligrosidad muy grande, las cuales pueden ser entendidas como que fueron realizadas bajo un dolo eventual e imprudencia consiente, la cual se llevará a cabo según criterios cognitivos o volitivos. Por qué tanto en el “peligro de dolo” como en la “decisión” incluye el resultado en sus cálculos, es decir, en última instancia, de un parámetro normativo que, en los casos de la mayor culpabilidad evidente, llevan a admitir una conducta dolosa.<sup>53</sup>

La doctrina del peligro de dolo se emplea para su delimitación, solo con un elemento de los hechos: la magnitud reconocida de la peligrosidad, esta se somete a la valoración de un juzgador razonable. Sin embargo, en la teoría de la

---

<sup>51</sup> Op. Cit, nota 6, pp. 127.

<sup>52</sup> *Ibíd*em, pp. 169.

<sup>53</sup> *Ibíd*em, pp.172



decisión toma como base para la evaluación a todo el curso de los acontecimientos y plantea la cuestión de si, al sopesar todas las circunstancias del caso particular, la conducta del autor puede ser interpretada de tal forma que el actor se ha decidido en contra del bien jurídico protegido, o si resulta plausible admitir que ha confiado en un desenlace feliz. Es por ello que juega un papel del peligro.<sup>54</sup>

Años más tarde HASSEMER, elabora una teoría de indicadores que permite explicar el contenido de culpabilidad mayor del dolo, el cual, a diferencia de la imprudencia sería –un modo destacado del “tener la culpa” (Dafür-Können)- Esto lleva admitir que el dolo no estaría permitido ya –a partir de un solo indicador en los acontecimientos exteriores, sino recién a partir de un cúmulo ordenado de indicadores y contra indicadores, los cuales pueden deducirse desde la ratio de la punibilidad del dolo: se puede entender, porque la peligrosidad objetiva de una situación no implica la correspondiente representación del actor cuando hayan indicadores a favor de percepción reducida; y se puede entender porque la representación correcta acerca de la peligrosidad de la situación no fundamenta el dolo cuando hayan indicadores de una motivación que diverge del caso normal.<sup>55</sup>

Pero resulta que existe un problema respecto del saber cuándo debe de intervenir el derecho penal, lo cual ha sido una crítica constante, así como la legitimidad de los delitos de peligro en abstracto, ya que se ha sostenido que para estos delitos, lo que se tomará en cuenta es el desvalor de la acción más no del resultado y la ausencia de causas de justificación. Ahora bien, también se pretende comprobar la potencialidad del peligro y esto ya asemeja a los delitos de peligro en concreto.<sup>56</sup>

---

<sup>54</sup> Op. Cit, nota 10, pp. 113.

<sup>55</sup> Op. Cit, nota 6, pp. 176.

<sup>56</sup> Ibídem. p. 173.

Así podemos decir que el delito de peligro es aquel que crea una posibilidad de lesionar un bien jurídico y que estos se dividen en delitos de peligro en concreto y en abstracto, siendo los primeros aquellos en los que se crea un peligro real a un bien jurídico, es decir, es necesario comprobar que el bien jurídico se le está ocasionando un peligro de ser lesionado, en cambio los segundos no se necesita comprobar que el bien jurídico corra peligro alguno, sino que bastará con que se realice la acción para que se tipifique la conducta, por lo que estos se castigan no por el peligro en que ponen al bien jurídico, sino por la idoneidad de los objetos para ponerlos en peligro, por lo que es un peligro hipotético. Este tipo de delitos ha sido duramente cuestionado en cuanto a su legitimidad, ya que se trata tal vez de un adelantamiento extremo del derecho penal en los que muchas veces se castiga ya ni siquiera por el peligro en que se ponga a un bien jurídico, sino por el peligro hipotético o con la sola presunción de que pudiera utilizarse algún objeto para en un futuro cometer algún ilícito, y los cuales además por si fuera poco renuncian definitivamente al nexo causal,<sup>57</sup> lo cual resulta una globalización cada vez mayor del derecho penal, pero esto de manera irracional y sin mediar una debida legitimación.

## **VI. Conceptos de Portación y Posesión de Armas de Fuego**

La posesión según el diccionario de la lengua española señala que es el acto de poseer o tener una cosa corporal con ánimo de conservarla para sí o para otro.<sup>58</sup>

---

<sup>57</sup> Es el que une a la conducta con el resultado, por lo tanto en teoría toda conducta debe tener nexo causal, es decir, la conducta debe traer como consecuencia el resultado.

<sup>58</sup> RALUDY POUDEVIA, Antonio, “*Diccionario Porrúa de la Lengua Española*”, p. 593.

La posesión es el poder de hecho que un individuo ejerce sobre una cosa, es decir, que la tiene bajo su control y dentro de su radio de acción de disponibilidad, se caracteriza para los efectos de la ley, en que esta debe darse en el domicilio que se habite, o bien también puede darse una posesión cuando un arma de fuego se tenga bajo su control personal, pero que no tenga una disponibilidad inmediata de esta, como en el caso de que un pasajero que viaja en un autobús y en el equipaje del transporte llevar el arma de fuego.<sup>59</sup>

En concepto de la jurisprudencia encontramos la tesis 209, 429. Materia penal. Semanario Judicial de la Federación. Tribunales Colegiados de Circuito, que a la letra dice: “Armas portación de. No se configura el ilícito de, cuando el sujeto activo no la puede utilizar de inmediato”. Para que se configure el delito de portación de arma de fuego sin licencia, es necesario que el individuo la lleve consigo de manera tal que pudiera utilizarla de inmediato, por lo que si el arma se encontró escondida en el lugar donde habita, en todo caso ello configuraría una posesión de arma de fuego.

El término portación debe entenderse como el acto de traer consigo una cosa que implique una tenencia concreta circunstancial, lo que se infiere que un individuo traiga consigo un arma de fuego, lo cual difiere de la posesión en virtud de que este se encuentra limitado en cuanto al lugar señalado en el documento que lo autoriza.

En este sentido la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, tomo IV, tesis XVII, páginas 13, 14 y 16, volúmenes 66 y 78, 2da. Parte. Séptima época, nos hace referencia a la jurisprudencia que a la letra dice:

“Armas de fuego no registradas, portación de Integración del delito y armas prohibidas, portación y posesión de”, al referirse al concepto de portación de arma

---

<sup>59</sup>Op. Cit, nota 30, p.p. 7, 8.

de fuego, ha sostenido reiteradamente el criterio de que está dentro de esa hipótesis legal, cuando se demuestra que alguien lleva consigo dentro de su esfera material inmediata el arma de fuego, esto es, de tal modo que pueda utilizarla de inmediato, en este contexto, al quedar establecido que en el caso el arma de fuego encontrada por los agentes aprehensores en la cajuela del vehículo que tripulaba el quejoso; misma que aparece estaba cerrada con llave, pues incluso los captosres tuvieron que forzar su cerradura para abrirla, es claro entonces, a la luz de las anteriores criterios que para utilizarla el quejoso, el arma, tendría que bajarse del vehículo dado que en la mayoría de los automóviles de cajuela ésta colocada en la parte trasera y además de ello necesitaría abrirla, lo cual elimina el concepto de inmediatez en su utilización, lo que en todo caso actualizaría una figura delictiva distinta a aquella por la que se condenó al quejoso, por tanto también por este motivo, resulta contrario a derecho la consideración del Magistrado responsable en el sentido de que el arma se encontraba dentro del ámbito material inmediato para su disponibilidad o utilización por parte del quejoso.

Debido a que prácticamente no existe doctrina al respecto sobre la definición de portación y posesión de arma de fuego, fue que se decidió recurrir a la jurisprudencia.

## **1. Derecho Fundamental**

Se refiere a la potestad de reclamar al Estado y sus autoridades el respeto a las prerrogativas fundamentales del hombre, teniendo la característica de un derecho subjetivo público. Dicha potestad es un derecho de carácter jurídico porque se impone al Estado y a sus autoridades, debido a que el Estado se vuelve

en un sujeto pasivo de la relación que implica la garantía individual, por lo que están obligados a respetar su contenido, el cual constituye las prerrogativas fundamentales del ser humano; la potestad que tiene el particular prevalece contra la voluntad Estatal expresada por conducto de las autoridades, la cual debe acatar las exigencias, los imperativos de aquélla, por estar sometido obligatoriamente.<sup>60</sup>

La obligación Estatal que surge de la relación jurídica en que se traduce la garantía individual puede consistir desde el punto de vista formal en un no hacer o abstención, o en un hacer positivo a favor del gobernado por parte de las autoridades del Estado. Desde el punto de vista de la naturaleza formal de la obligación estatal que surge de la relación jurídica que denota la garantía individual, ésta puede ser negativa en que le impone a sus autoridades un no hacer, una abstención, una conducta de no violar, de no vulnerar, de no prohibir, etc., o positiva en tanto que las autoridades estatales y el Estado, por la mediación representativa, éstas obligadas a realizar un beneficio del titular del derecho subjetivo público o gobernado una serie de prestaciones, hechos actos, etc., es decir, a desempeñar un comportamiento activo.

El concepto garantía en derecho público ha significado diversos tipos de seguridades o protecciones a favor de los gobernados dentro de un estado de derecho, es decir, dentro de una entidad política estructurada y organizada jurídicamente, en que la actividad del gobierno está sometida a normas preestablecidas que tienen como base de sustentación el orden constitucional.

Ley fundamental del Estado, entraña por ende, que dicha Constitución sea el ordenamiento básico de toda estructura jurídica estatal, es decir, el cimiento sobre el que se asienta el sistema normativo de derecho en su integridad; el concepto de

---

<sup>60</sup> MANCILLA OVANDO, Jorge, “*Las Garantías Individuales y su Aplicación en el Proceso Penal*”, p. 96.

fundamentalidad equivale al de primoriedad.<sup>61</sup> Este atributo además implica que el ordenamiento Constitucional expresa las decisiones fundamentales, siendo al mismo tiempo la fuente creativa de los órganos primarios del Estado, la demarcación de su competencia y la normación básica de su integración humana.

La fundamentalidad de la Constitución significa también que ésta es la fuente de validez formal, de todas las normas secundarias que componen el derecho positivo, así como la súper legalidad de sus disposiciones preceptivas en la terminología de Maurice Hauriou.<sup>62</sup> Así también podemos decir, que la Constitución además de ser la ley fundamental, también es la ley suprema, por lo que ante tales circunstancias, fundamentalidad y supremacía, son dos conceptos inseparables, por establecer dos cualidades que concurren en toda Constitución.

Por otra parte podemos decir que derecho fundamental es la facultad natural y legítima que tiene toda persona y que gozan como sujetos de derecho en un Estado, por lo que es de verse que dichos derechos están consagrados por la Constitución en su apartado correspondiente a las garantías individuales, siendo específicamente los primeros 29 artículos,<sup>63</sup> los cuales se ven relacionados con “los derechos del hombre” de la declaración Francesa de 1789, así como con la Constitución de 1857, que fue en la primer Constitución en donde se asentaron de manera formal las garantías individuales de una manera amplia y detalladamente.<sup>64</sup>

Es precisamente en el reconocimiento del auto defensa donde se encuentra el principio de legalidad sobre la que se sustenta el derecho de los individuos de poseer armas de fuego, pero también es el auto defensa la que se erige como una

---

<sup>61</sup> Se refiere a que es la ley fundamental, siendo en consecuencia esta la primaria y la de mayor relevancia, en lo que se ha llamado como supremacía constitucional de acuerdo al artículo 133 de la Constitución.

<sup>62</sup> Op. Cit, nota 34, pp. 181, 186, 189.

<sup>63</sup> Ahora llamados también derechos humanos en nuestra ley.

de las excepciones importantes al principio del monopolio de la violencia legítima por parte del Estado. Ya que como afirma Héctor Fix Fierro, no todas las formas de auto defensa están prohibidas. Hay excepciones muy limitadas y que están sometidas, eventualmente, al control y la vigilancia del Estado, ya que si no cumplen ciertos requisitos, se convierte en actos ilícitos.<sup>65</sup>

En este supuesto aun cuando el gobierno tiene a su cargo la seguridad, se faculta a los individuos a estar preparados para suplirla en caso de sufrir algún ataque o alguna agresión sin posibilidad de que la autoridad pueda acudir en su auxilio de manera inmediata, es decir, se faculta a los individuos a estar preparados a su auto defensa.<sup>66</sup>

Cabe mencionar que el artículo 15 del Código Penal Federal, establece varias excluyentes de responsabilidad, las que en su mayoría se encuentran relacionadas con el auto defensa.

Ahora bien, este derecho a poseer armas de fuego, se encuentra establecido en el artículo 10 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual se ha vinculado con la propia evolución de las instituciones constitucionales y políticas, pues es claro cómo, a menor evolución de las instituciones estatales encargadas de proveer seguridad y protección, mayor es la necesidad de los propios individuos a hacerlo por ellos mismos y de contar con los medios necesarios para este fin.<sup>67</sup>

Despierta en la mente una especie de derecho congénito a la existencia humana. En cuanto a la presunción humana de la defensa legítima otorgada para evitar, tanto penetración ilegal del domicilio, como para actuar en contra de quien ya se encuentra dentro del mismo o de un lugar destinado a la guarda de bienes,

---

<sup>64</sup> SÁNCHEZ BRINGAS, Enrique, “*Derecho Constitucional*”, pp. 250, 251.

<sup>65</sup> NORIEGA, Alfonso. “*La Naturaleza de Las Garantías Individuales*”, p. 349.

<sup>66</sup> RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Jesús, “*Constitución Comentada*”, p. 99.

tal presunción ha sido convertida en defensa privilegiada.<sup>68</sup>

Por lo que ve al derecho subjetivo otorgado por la Constitución para poseer armas de fuego en el domicilio, aun cuando pareciera una igualdad para todo gobernado de hacer uso de esa facultad, es menester señalar que en la realidad se observa que es la facultad otorgada para la auto defensa y seguridad, en algunos particulares es mayor que en otros, ya que en la actualidad aparece una privatización de la justicia, es decir, hay personas que actualmente contratan grupos de seguridad privada, siendo así de este modo como a estos particulares se les otorgan un mayor poder subjetivo y así garantizar con mayor medida su seguridad y defensa.

Ahora bien, de igual forma aparece que si la Constitución otorga como derecho fundamental la posesión de arma de fuego para la seguridad y defensa de bienes jurídicos como la vida, integridad física y bienes, por qué no de igual forma autorizar la posesión de arma de fuego en los negocios o establecimientos de los particulares, ya que se trata de lugares donde de igual forma existe la misma necesidad de salvaguardar los bienes jurídicos más preciados y tomando en consideración además de que existen particulares o familias que pasan más tiempo en su propio negocio que en su hogar, también insistiendo en que existen particulares que contratan su propia seguridad privada para cuidar sus negocios, teniendo estos un mayor poder y seguridad de sus bienes.

Siendo necesario entender el derecho de poseer armas de fuego por parte de los particulares, como un derecho eminentemente de defensa y protección en caso extremo o como dice el texto Constitucional “para su seguridad y legítima defensa” exclusivamente, que jamás puede ser utilizado de otra manera por los particulares, para lo cual se establecen requisitos o límites, como es el hecho de que sólo pueden poseerse dichas armas en el domicilio reconocido legalmente por

---

<sup>67</sup> *Ibidem*, p.100.

<sup>68</sup> GONZÁLEZ, QUINTANILLA, José Arturo, “*Derecho Penal, Mexicano*”, pp. 325, 326.



los particulares, de que no sean prohibidas por la ley, no sean armas destinadas a las funciones estatales de seguridad pública o de aquéllas que se reserven para el uso exclusivo del Ejército, Armada, Fuerza Aérea y Guardia Nacional, y finalmente que tratándose de la portación de éstas, todo Mexicano deberá acatar lo establecido en la ley secundaria respecto a los casos, condiciones, requisitos y lugares en que esta portación es permitida.<sup>69</sup>

El artículo 10 Constitucional vigente, contrariamente a lo que disponía el precepto original, no considera a la portación de arma de fuego como derecho fundamental del gobernado, ya que ese acto lo sujeta al arbitrio de la autoridad, sujeción que elimina todo derecho subjetivo, puesto que este no puede concebirse sin la obligación correlativa, la cual no la tienen los órganos del Estado en lo que a la referida portación de armas concierne.

Sin embargo, si tal obligación no surge directamente del artículo 10 Constitucional, sí se consigna en cambio en la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, expedida el 30 de diciembre de 1971 y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 11 de enero de 1970.<sup>70</sup> Así, en esta ley se obliga a la Secretaría de la Defensa Nacional a expedir licencias particulares para la portación de armas de fuego, cuando el interesado satisfaga los requisitos que el mismo ordenamiento consigna en el precepto relativo.

En base a lo anterior podemos concluir que la posesión si se trata de un derecho fundamental consagrada en el artículo 10 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, toda vez que en este numeral se reconoce el derecho subjetivo del gobernado para poseer arma de fuego, como una necesidad imperante de los individuos para protegerse y defenderse en contra de cualquier agresión en contra de su vida, integridad o bienes, señalando que si bien es cierto que la leyes, pero siempre y cuando dichas armas se posean en el domicilio del

---

<sup>69</sup> Op. Cit, nota 39, pp. 98, 99.

<sup>70</sup> BURGOA, Ignacio. “*Las Garantías Individuales*”, pp. 397, 398.

particular, que no sean de las armas prohibidas por la ley, o de las reservadas para el uso exclusivo de la armada y guardia Nacional.

En cambio debe decirse que la portación de arma de fuego a partir de la reforma que sufriera el numeral en comento en el año de 1971, dejó de ser un derecho fundamental, ya que el acto deja al arbitrio de la autoridad, situación que viene a eliminar todo derecho subjetivo.

Cabría analizar si la posesión de arma de fuego además de autorizarse en el domicilio del particular, también debiera de permitirse en el negocio o establecimiento del particular, ya que se trata de lugares que merecen una reflexión, dada su importancia donde también resulta necesaria la defensa y seguridad.

De igual forma es de señalar que si la propia Constitución faculta a los particulares a poseer cierto tipo de armas en su domicilio, el porqué de las penalidades tan altas cuando se trata de los delitos de posesión y portación de arma de fuego, ya que sólo basta que se posea un arma de fuego de las no permitidas para que se aplique una penalidad muy alta o bien que se saque el arma de fuego del domicilio y se convierta en una posesión, aun y cuando no se haya cometido o se vaya a cometer ningún otro ilícito, además debe de observarse que en México se cuenta con una tradición histórica de usos y costumbres, no siendo posible penas tan altas, al sólo cambiar algunas circunstancias del hecho o bien del objeto que se posee o se porta, para que se pongan penalidades elevadas, situación de la que no se ha preocupado el legislador.

## VII. Política Criminal

Por política general debemos entender, que es una ciencia referente al estado o el arte de gobernar o de hacer gobierno, y por Estado debemos entender el ente social compuesto por un territorio, por un gobierno y por una población, esto último como sociedad organizada para el cumplimiento de las normas más elementales de la convivencia social. Política y derecho, por lo tanto, son términos que aparecen estrechamente unidos. Los vínculos que existen entre ambos y los confines respectivos constituyen una materia de estudio que reclama preferentemente la atención de los tratadistas de derecho político.<sup>71</sup>

Para quien estudia el derecho penal, la política tiene un interés remoto y próximo, o mejor dicho, un interés genérico, mediato que se remonta a las líneas generales del conocimiento relativo a los medios más adecuados para obtener el fin del estado que en resumen no es sino el buen gobierno de la sociedad y un interés específico, inmediato, que recae sobre la forma singular en que la política ejerce su acción en la esfera de los hechos incriminables y de las sanciones correspondientes.

El estado como ente jurídico social creado por el mismo hombre, a través de sus distintas instancias implementa una serie de acciones y estrategias para garantizar el bienestar, la armonía, la convivencia y la seguridad del hombre en sociedad, a esas acciones se les denomina política. Esta política, está formada de ejercer el gobierno, tiene que dividirse en tantos campos o áreas como sean las necesidades del hombre o de la sociedad, de tal forma que podemos encontrar una política económica, educativa, jurídica, que la falla de todas estas hará necesaria la implementación de una política

---

<sup>71</sup> CERDA LUGO, Jesús, “Política Criminal, Política Criminológica o Política Contra el Criminal”, p. 15.

criminal. La aplicación a logro de los objetivos particulares de las primeras, contribuirán enormemente con uno de los pilares de la política criminal, que es la prevención, la falla de las mismas haría que entraran en acción, lo cual no es recomendable, puesto que el otro pilar es la represión.<sup>72</sup>

Verbal. Viene a ser el arte de legislar. Conjunto de principios que se basan en la investigación científica del delito y de la eficacia de la pena, por medio de los cuales se lucha contra el crimen, con el auxilio de los medios penales y de las medidas de seguridad.<sup>73</sup>

Viene a ser de igual forma el arte de imponer las penas, así como la forma de prevenir los delitos.<sup>74</sup>

Conceptual. El Estado busca reaccionar contra el crimen, a esa acción planteada de procedimientos preventivos y represivos contra el crimen es comúnmente atribuida a la noción de política criminológica. La política criminológica, como cualquier otra política, es comandada por un discurso orientado que propone un conjunto de estrategias o procedimientos por medio de los cuales el Estado y la sociedad organizan sus respuestas al problema de la criminalidad, lo que excluye una respuesta aislada, unilateral, de tendencia reactiva, en la cual sólo predomine el carácter represivo de la acción estatal.<sup>75</sup>

La expresión “política criminológica” surgió en el año de 1803, asociada al nombre del profesor alemán Juan Anselmo Von Feuerbach, como sinónimo de teoría y práctica del sistema penal designado “el conjunto de los

---

<sup>72</sup> *Ibíd.*, p. 21

<sup>73</sup> RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, “*Criminología*”, p. 113.

<sup>74</sup> *Op. Cit.*, nota 9, p. 57.

<sup>75</sup> *Op. Cit.*, nota 73, p. 114.

procedimientos represivos a través de los cuales el Estado reacciona contra el crimen.<sup>76</sup>

También se dice que es una ciencia de la observación o de estrategia metódica de la reacción anticriminal, cuya actuación consistiría en la reacción organizada y deliberada de la colectividad contra las actividades delictivas, desviadas o antisociales.<sup>77</sup>

Real. Es necesario distinguir entre la praxis de la política criminológica y una política criminológica teórica. La primera se integra del conjunto de actividades empíricas organizadas y ordenadas a la protección de individuos y sociedad en la evitación del delito. La segunda aparece constituida por un conjunto de principios teóricos que habrían de dotar de una base racional a la referida praxis de lucha contra el delito; en donde la clave radica precisamente en determinar qué significa racional y cuáles pueden ser los criterios de racionalidad.<sup>78</sup>

En todo caso, es lo cierto que tales principios de la política criminológica se concretan en la adopción de diversas formas de evitación del delito - estrictamente preventivas unas; represivo-preventivas, las otras-. En buena medida la política criminológica se manifiesta en una serie de instrumentos que deben asociarse nominal o tácticamente a la producción presente o futura del delito en orden a evitar que éste se produzca o se reitere.

De acuerdo a lo anterior se puede determinar que la política criminal, es el conjunto de acciones implementadas por el estado- gobierno, con el propósito de prevenir y reprimir, en su caso, el delito.

---

<sup>76</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “*Política Criminal en el Cambio del Siglo*”, pp. 33, 34.

<sup>77</sup> Ídem.

<sup>78</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco, “*Derecho Penal, Parte General*”, p. 53.

También se ha señalado que la política criminal se ha conceptualizado como aquellas acciones establecidas por el estado para prevenir, disuadir, combatir y reprimir las conductas antisociales, las cuales pueden convertirse en delito, y poner en peligro o dañar los bienes necesarios para la convivencia social y desestabilizar las instituciones públicas y privadas. La Política criminal también debe de alcanzar lo concerniente a la corrección o readaptación<sup>79</sup> de los transgresores de la ley.<sup>80</sup>

Las acciones que el gobierno ha realizado, sobre políticas contra conductas antisociales, han ido variando así como la sociedad evoluciona y va creando nuevas necesidades de la misma forma van desapareciendo otras conductas que en su momento fueron importantes. Lo que implica que conductas punibles han ido desapareciendo su sanción, así como en otras conductas ha aumentado esta, como también, conductas que no eran consideradas relevantes para el derecho penal, hoy lo son.<sup>81 82</sup>

El objeto de estudio de esta ciencia son los medios de prevención de las conductas antisociales, medios que le son propuestos por el resto de la enciclopedia de las ciencias penales.

Es el conjunto de principios que se basan en la investigación científica del delito y de la eficacia de la pena, por medio de los cuales se lucha contra el crimen, con el auxilio de los medios penales y de las medidas de seguridad.<sup>83</sup>

---

<sup>79</sup> Se ha demostrado que en la actualidad la readaptación y reinserción como ahora se le llama en nuestra ley, no se dan, puesto que las penas de prisión han sido un fracaso para cumplir con esta función, sino que al contrario lo que originan es una mayor criminalidad y disocialización.

<sup>80</sup> Op. Cit, nota 49, p. 24.

<sup>81</sup> Tan es así que en la antigüedad el derecho penal protegía la lesión de bienes jurídicos tutelados que se consideraban de mayor relevancia, y ahora no sólo ve sobre la lesión de bienes, sino que los protege del peligro que estos puedan tener de ser lesionados, en los llamados delitos de peligro.

<sup>82</sup> Op. Cit, nota 49, p. 28.

<sup>83</sup> Op. Cit, nota 15, p. 1206.

“La política presupone la intención de alcanzar un fin y las teorías absolutas<sup>84</sup> se caracterizan esencialmente por rechazar la idea de todo fin preventivo. Dentro del contexto histórico de su surgimiento la expresión “política criminal” expresa un programa de reforma del derecho penal dirigido fundamentalmente contra la teoría de la retribución, inspirada de los códigos entonces vigentes.”<sup>85</sup>

Franz Von Liszt creó la política criminal como disciplina científica, concibiéndola como el conjunto de criterios determinados de una lucha eficaz contra el delito, precisando esto como un reflejo de la peligrosidad del mismo. Los principios de la política criminal se concretan en la adopción de varias formas de tratar de evitar el delito, estrictamente preventivas unas, represivo-preventivas, las otras. En una buena medida, la política criminal se viene a manifestar en una serie de instrumentos que deben de asociarse nominal o fácticamente o la producción presente o futura del delito con el fin de que éste no se produzca o repita.<sup>86</sup> Por lo que puede decirse que la política criminal no se agota en medidas jurídico-penales, sin embargo, el derecho penal es expresión de una política criminal, la propia definición de cuáles son los delitos, constituye la competencia de la política criminal.

Resultaría absurdo negar a las teorías criminológicas un valor siquiera parcialmente informativo sobre la criminalidad o la conducta desviada, pero tampoco se le puede dar validez absoluta y mucho menos vincular al legislador sus decisiones sobre cuáles son las conductas merecedoras de pena. Son varios los factores que ayudan al legislador a tomar una decisión sobre el merecimiento de pena de una conducta. Unos son factores normativos o de justicia; y otros

---

<sup>84</sup> Las teorías absolutas se encuentran en contra de las teorías unificadoras en el que se constituye el marco dentro del cual debe llevarse a cabo el análisis de las relaciones entre el derecho penal y la política criminológica.

<sup>85</sup> BACIGALUPO, Enrique, “*Estudios de Derecho Penal y Política Criminal*”, pp. 31, 32.

factores empíricos o de utilidad. Juntos constituyen la política criminal, es decir, las partes a tener en cuenta por el legislador. También el concepto de utilidad se debe de tomar en cuenta de acuerdo con el moderno Estado social de Derecho, los que se justifican por los efectos y consecuencias, beneficios que producen y no sólo por la justicia intrínseca de las mismas.<sup>87</sup>

“La política criminal es un concepto complejo. No obstante la univocidad de sus fines, los instrumentos de los cuales sólo una parte se sitúa en el interior del derecho penal, permanecen indeterminadas en razón de sus definiciones negativas.<sup>88</sup> Decir que la finalidad de la política criminal es unívoca implica, por lo tanto, una aclaración: hasta un pasado reciente, ella ha sido entendida como aquella que sirve para controlar la criminalidad, o sea, reducir el número de infracciones a la ley penal. El progreso de la investigación en el campo de la victimología, la tensión volcada a las necesidades de la víctima y a su ambiente social, han ampliado el campo de acción de la política criminal, a la prevención de la delincuencia se añade hoy, por lo menos potencialmente, el objetivo de controlar sus consecuencias.<sup>89</sup>

Se señala que política criminal, es el conjunto de acciones implementadas por el Estado- gobierno con el propósito de prevenir y reprimir, en su caso el delito.<sup>90</sup> El Estado crea e implementa una serie de acciones y estrategias para garantizar el bienestar, la armonía, la convivencia y la seguridad del hombre en sociedad, a esas acciones se le denomina política, Esta forma de ejercer el

---

<sup>86</sup> Op. Cit, nota 76, pp. 13, 14, 17.

<sup>87</sup> Op. Cit, nota 78, pp. 214-216.

<sup>88</sup> Penales y no penales.

<sup>89</sup> BARROS LEAL, César Oliveira, “*Violencia, Política Criminal y Seguridad Pública*”, p. 18.

<sup>90</sup> *Ibidem*, p. 19.



gobierno tiene que dividirse en tantos campos o áreas como sean las necesidades del hombre o de la sociedad.<sup>91</sup>

Política en general implica llegar a un fin e implica una utilidad social, la política criminal presupone, una concepción utilitaria del derecho penal y fundamentalmente de la pena: el derecho penal se legitima por su utilidad para la prevención del delito y en consecuencia para la protección de los bienes jurídicos, pero en el derecho moderno se manifiesta cada vez más marcada a la prevención especial. El derecho penal y política criminal encierran contenidos bien definidos en cada uno de sus términos. Derecho penal significa -dogmática y legislativamente- de las teorías absolutas y política criminal es la expresión con la que se define el programa de un derecho penal fundado en concepciones preventivas extraídas de los conocimientos de las ciencias sociales.<sup>92</sup>

En opinión se está de acuerdo con lo que mencionaba Jeshek en el sentido que la política criminal es el arte de legislar. También se considera que efectivamente se trata de un sistema de carácter preventivo que utiliza los medios idóneos para evitar la comisión del delito, tomando en consideración los aspectos que producen delitos y que serían las líneas generales como: económicos, sociales, culturales, debiendo además observar el principio de mínima intervención, el carácter fragmentario, subsidiaria, congruencia de tipos penales y así una vez observados estos, entonces si determinar de manera segura y clara los delitos y penas que se van a contemplar en el catalogo respectivo y no nada más agregar delitos y penas sin tomar en cuenta estos aspectos, pero al menos en nuestro país pareciera que los legisladores ni siquiera tuvieran una noción de lo que es la política criminal reflejándose en las penas trascendentales, en las penas tan elevadas, rompiendo con el principio de lesividad y proporcionalidad y

---

<sup>91</sup> Op. Cit, nota 71, p. 21.

<sup>92</sup> Op. Cit, nota 79, pp. 31-35.

trayendo como consecuencia que exista cada vez más delincuencia y desintegración familiar, entre otras consecuencias.

## VIII. Última Ratio

Es común afirmar, cuando se examinan los límites al poder punitivo<sup>93</sup> del Estado, que uno de los principios más importantes es el de *última ratio*, entendido como una de las expresiones del principio de necesidad de la intervención del Derecho penal. Esencialmente, apunta a que el Derecho penal debe ser el último instrumento al que la sociedad recurre para proteger determinados bienes jurídicos, siempre y cuando no haya otras formas de control menos lesivas "formales e informales". Si se logra la misma eficacia disuasiva a través de otros medios menos gravosos, la sociedad debe inhibirse de recurrir a su instrumento más intenso.

En este mismo orden, son preferibles aquellas sanciones penales menos graves si se alcanza el mismo fin intimidatorio. Es decir, estamos frente a un principio que se construye sobre bases eminentemente utilitaristas: mayor bienestar con un menor costo social. El Derecho penal deberá intervenir sólo cuando sea estrictamente necesario en términos de utilidad social general.<sup>94</sup>

En la actualidad el derecho penal ha encontrado como *última ratio* o mejor *extrema ratio*. Esto nos indica que el Estado sólo puede recurrir a él una vez que haya agotado todos los demás controles, ya sean formales o informales. La

---

<sup>93</sup> Se le llama *ius punendi*, ya que es la facultad que tiene el Estado para aplicar el derecho pena, esto en sentido dogmático, pero en el sentido criminológico también se le llama a la actividad que realiza el Estado para crear el crimen y criminalizar, ya sea mediante leyes indebidas, mediante la estigma social o bien, con la aplicación indebida de penas.

<sup>94</sup> CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl, “*Derecho Penal Como Última Ratio*”, p. 6.

gravedad de la reacción penal aconseja que la norma penal sólo sea considerada, en última instancia, como un recurso excepcionalísimo frente al conflicto social.<sup>95</sup>

La subsidiariedad solicita que siempre se recurra a otros controles menos gravosos existentes dentro del sistema estatal antes de utilizar el sistema penal.<sup>96</sup>

97

En este sentido, el derecho penal deja de ser indispensable para proteger a la Sociedad, debido a que puede hacerse a través de otros medios, que serán una mejor opción cuanto sean menos lesivos para los derechos individuales. Esto responde a las necesidades de una economía social coherente con la lógica del Estado social, que buscar obtener el mayor bien social con el menor costo social posible. Por su parte, el “*principio de subsidiariedad*”, de acuerdo al derecho penal, debe de ser la *última ratio*, es decir, el último recurso a utilizar a falta de otros menos lesivos. En tanto que el “*carácter fragmentario del Derecho penal*” constituye una exigencia relacionada con la anterior. Ambos postulados integran el llamado “*principio de intervención mínima*”.<sup>98</sup>

Como se mencionó, en Derecho Penal el *principio de intervención mínima* también es conocido como principio de *última ratio* o *principio de subsidiariedad*, el cual nos indica que el Derecho penal sólo debe ser utilizado como recurso de *última ratio*, cuando otros medios resultan ineficaces; impone la necesidad de agotar anticipadamente recursos no penales, cuyas consecuencias sean menos fuertes, pero que pueden resultar más eficaces que las penales para la protección de bienes jurídicos. Esta teoría vincula tanto al legislador en la creación de las

---

<sup>95</sup> Op. Cit, nota 49, p.66.

<sup>96</sup> Ídem.

<sup>97</sup> Por ejemplo en algunos delitos de posesión y portación de armas de fuego, podría acudir de manera subsidiaria al derecho administrativo, para que aplique multas administrativa y decomise las armas, como medida de política criminal y ya sólo en casos de que éste derecho no pueda, entonces entrara el derecho penal como última opción, encontrándose ahora si justificada su intervención, y así evitar criminalización

<sup>98</sup> Op. Cit, nota 9, p. 122.

normas penales, como al juzgador, al aplicar la ley; pero también alcanza órgano ejecutivo, en la actuación del Ministerio Público y la ejecución penal.<sup>99</sup>

Con este principio de última ratio, nos indica que el derecho penal sólo y exclusivamente debemos utilizarla una vez que se han agotado todos los medios e instancias posibles y no al revés, porque esto implica una responsabilidad tanto del defensor, como de las instancias ejecutivas del derecho.

A través de este principio, la legislación penal ha tomado medidas al respecto, se puede observar de la legislación de 1984 a 1994 se tomó en cuenta un proceso de descriminalización y despenalización a ciertas conductas, como el disparo de arma de fuego, por considerar que esta conducta o situación puede ser atendida adecuadamente por otras áreas del derecho, atendiendo a su trascendencia y a la importancia de los bienes jurídicos, es por ello que a ciertos tipos penales se les establecieron mayores exigencias, esto para que la conducta pueda ser penalmente relevante; como sucede con las sanciones por delitos culposos, que sólo se impondrán en algunos casos -señalados en el artículo 60 del Código Penal-; también se incrementó el número de delitos perseguibles por querrela de la parte ofendida; el de establecer sustitutivos a la pena de prisión; el ampliar las posibilidades para obtener la libertad provisional bajo caución y, consecuentemente, limitar el uso de la prisión preventiva -como se derivó de la forma de 1993 a la fracción I del artículo 20 Constitucional-; entre otras medidas, que incuestionablemente responden a exigencias político-criminales modernas.<sup>100</sup>

Las reformas a la legislación penal son contrarias al principio de intervención mínima, ya que cada vez más se observa una intervención mayor del Derecho Penal y, en lugar de ser el *último ratio*, se ha convertido contrariamente en el primer y único recurso que el Estado ha impuesto para lograr sus objetivos

---

<sup>99</sup> MORENO HERNÁNDEZ, Moisés, “Principios Rectores en el Derecho Penal Mexicano”, p. 171.

del bien social. Es por ello que el proceso de “*criminalización*” ha aumentado más rápidamente que el de la “*destipificación*”, entre ellos se aumentaron los delitos de: trata de personas, (art. 205), delitos cometidos por servidores públicos (art. 212-224), los delitos cometidos contra la administración de justicia (art. 225), ejercicio indebido del derecho (art. 226), retención indebida de parientes, recién nacidos y cadáveres (art. 230), incumplimiento de deberes alimentarios (art. 236 bis); tráfico de menores (art. 336 bis); fraudes mediante el libramiento de cheques (art. 387 frac. XXI); administración fraudulenta (art. 388); extorsión (art. 390); lavado de dinero (art. 400 bis); delitos electorales (art. 401-413), entre otros. Las penas se han incrementado cada día más, lo que endurece al derecho penal, el volver a utilizar la prisión preventiva.<sup>101</sup>

Pareciera que todos los problemas sociales, los queremos solucionar con el derecho penal y lo que es aún peor, en algunas ocasiones se cree erróneamente que también resulta una solución no sólo el aplicar el derecho penal, sino al aumento de las penas, volviéndose el derecho penal como si fuera la primer ratio y no la última, a ese paso, con el problema ambiental, no sorprendería que en algunos años aparezca algún delito que castigue el tirar basura en la vía pública, siendo que ese tipo de conductas le corresponden al derecho administrativo.

El Estado por su naturaleza siempre buscará mantener el bien social como ente democrático del derecho, a través del bien jurídico del derecho penal, en el que impone que en ningún caso deberá imponerse pena alguna si no es por la realización de una conducta que haya lesionado o, por lo menos, puesto en peligro un determinado bien jurídico; el Estado rige tanto a la actividad del juzgador como del legislador, en sus regulaciones penales no deberá prohibir u ordenar conductas si no existe de por medio un bien jurídico que proteger.<sup>102</sup>

---

<sup>100</sup> Ídem.

<sup>101</sup> Ibídem, p. 172, 173.

<sup>102</sup> Ibídem.

Cabe señalar que la principal dificultad no la observamos a la hora de comprender teóricamente el alcance de este principio, el problema se presenta a la hora de materializarlo, utilizarlo como un criterio orientador que legitime al Derecho penal.

En materia de Derecho penal, la masividad en delitos provoca un cambio cualitativo: a través de las leyes penales en blanco, el legislador penal cada vez más está renunciando a su función programadora de criminalización primaria, la cual transfiere a funcionarios y órganos del poder ejecutivo y, al mismo tiempo, está incurriendo en el abandono de la cláusula de la *última ratio*, propia del estado de derecho.<sup>103</sup>

La ley penal en blanco se consideró todo el tiempo como sospechosa de lesividad con respecto al principio de legalidad formal y, por otro lado, abrió la puerta a la analogía y la aplicación retroactiva, con esto se puede observar motivos por los que bastaría considerarla inconstitucional. Así se agrega que configura hoy una clara vía de delegación de la potestad punitiva por parte del poder legislativo, y que fractura la cláusula de la *última ratio*.<sup>104</sup>

En la actualidad todos los problemas sociales el Estado los han querido resolver a través del derecho penal y a medida que aumentan nuevos delitos, con ello aumentan la contrariedad del principio del *último ratio*, lejos de ir descargando las penas y los delitos, cada día observamos un mayor crecimiento poblacional de los centros penitenciarios como consecuencia del sistema penal que vivimos.

## **IX. El Principio de Proporcionalidad**

Por lo que ve al principio de proporcionalidad, debe de mencionarse que resulta irrazonable la criminalización e intolerable, cuando el conflicto sobre el

---

<sup>103</sup> Op. Cit, nota 10, p. 109.

<sup>104</sup> *Ibíd.*

cual cuya base opera, es de mínima lesividad,<sup>105</sup> o cuando no siéndola, la afectación de derechos que protege, es groseramente desproporcionado de conformidad con la lesividad del conflicto. Puesto que resulta imposible demostrar la racionalidad de la pena, por lo que las agencias jurídicas deben constatar al menos, que el costo de derechos de la suspensión del conflicto guarda un mínimo de proporcionalidad con el costo de derechos de la suspensión del conflicto guarda un mínimo de la pena con la magnitud de la lesión.<sup>106</sup>

No sólo debe culparse al autor de aquello que motive la pena, sino también la gravedad de ésta, resulte proporcionada a la del hecho cometido, criterio este que debe de servir para la graduación de las penas. El principio de culpabilidad no basta, entendido en sus justos términos, para asegurar la necesaria proporcionalidad entre delito y pena. Aquel principio sólo existe para que pueda castigarse al sujeto culpable de la lesión por la que se le castiga. Nada dice esto de la gravedad de la lesión ni, por tanto, de que deba de ajustarse a ésta la cuantía de la pena.<sup>107</sup>

Este principio deriva en primer término de la necesidad de la intervención penal, que implica la proporción que debe de existir entre la lesión realizada a los bienes jurídicos por el delito y la afectación a los bienes jurídicos del autor culpable. La desproporción entre la afectación de la pena y la ocasionada por el delito podría ser origen de una mayor intranquilidad y alarma social que la derivada de la afectación misma causada por el delito. No pueden existir comportamientos previstos en la ley penal como delitos, que no impliquen una

---

<sup>105</sup> Se observa cómo el derecho penal actual impone castigos draconianos en los casos en donde el peligro es solo hipotético, resultando así una globalización irracional del derecho, siendo estas conductas castigadas pues se trata de delitos burdos en donde es más fácil castigar a la persona y así tratar de justificar la función del estado cuando este no cumple su papel y por consecuencia llevando a personas inocentes a ser enjuiciadas en las que no se justificaba la intervención del derecho penal, resultando así un etiquetamiento de este tipo de conductas y apareciendo un derecho penal del enemigo, en donde se hace parecer que este tipo de sujetos son los delincuentes y por lo tanto se justifica el que se le vulneren sus derechos fundamentales.

<sup>106</sup> Op. Cit, nota 10, pp. 123,124.

<sup>107</sup> Op Cit, nota 9, p. 132.

afectación –lesión- o puesta en peligro a un bien jurídico.<sup>108</sup>

Dos aspectos o exigencias hay que distinguir en el principio de proporcionalidad de las penas. Por una parte que, la necesidad de que la pena sea proporcionada al delito. Por otra parte, la exigencia de que la medida de proporcionalidad se establezca basándose en la importancia social del hecho -a su nocividad social-. La necesidad misma de la proporción se funda ya en la convivencia de una prevención general no sólo intimidadora, sino capaz de afirmar positivamente la vigencia de las mismas en la conciencia colectiva.<sup>109</sup> Observando como en los delitos de portación y posesión de arma de fuego las penas son demasiado elevadas, siendo que se trata de peligros en abstracto, y no siendo la pena acorde con la importancia social del hecho, ya que en muchos de los casos dicha posesión o portación no se derivaran posteriormente en un peligro en concreto y mucho menos en una afectación de un bien jurídico, ya que existen muchas personas que toda su vida han tenido algún arma de fuego y no obstante esto jamás la llegaron a utilizar, siendo así pues que dicho adelantamiento extremo del derecho en muchas de las ocasiones no se encuentra justificado, y mucho menos si tomamos en consideración las penas, ya que no es posible que en los casos que se lesiona a una persona con arma de fuego, la pena resulta mucho mayor por la portación de arma de fuego que por la misma lesión, resultando una total incongruencia en su aplicación.

La culpabilidad se haya íntimamente relacionada, puesto que no basta, entendido en sus justos términos, para asegurar la necesaria proporcionalidad entre el delito y la pena. Aquel principio sólo exige que pueda culparse al sujeto de la lesión por la que se le castiga, lo cual requiere sólo ciertas condiciones que permitan imputarle la lesión -como suya, como dolosa o imprudente, y como producto de una motivación normal-. Nada dice esto de la gravedad de la lesión ni,

---

<sup>108</sup> Op Cit, nota 19, p. 101.

<sup>109</sup> Op. Cit, nota 9, p. 132.



por tanto, de que deba ajustarse a ésta la cuantía de la pena.<sup>110</sup>

Las valoraciones sociales deben orientar la proporcionalidad de las **medidas de seguridad**. Hay que añadir que éstas deben guardar proporción no sólo con los beneficios sociales que puedan aportar,<sup>111</sup> sino más en concreto, con el grado de la peligrosidad criminal del sujeto y con la gravedad del hecho cometido y de los que sea probable que pueda cometer. Sería conveniente, además, que sólo se admitiesen medidas de internamiento cuando concurriera peligro de comisión de delitos considerablemente graves.<sup>112</sup>

El principio implica al establecer la pena en abstracto, la obligación de que el legislador, de considerar el fin de protección de la norma penal, dicho en otras palabras el tomar en cuenta al bien jurídico de que se trata, pues en esta medida será la punición.

La pena se determinará normativamente en abstracto conforme a una jerarquización de los bienes jurídicos. En un estado social y democrático de derecho están sin duda en un primer plano los bienes jurídicos básicos del sistema: la libertad, la vida, la salud, etc.<sup>113 114</sup>

Entra en consideración a efectos de la proporcionalidad en abstracto el principio de respeto a la dignidad de la persona humana. La amenaza penal ha de mantenerse dentro de los límites de la racionalidad, que no suponga un instrumento de manipulación a través del amedrentamiento de la persona.<sup>115 116</sup>

---

<sup>110</sup> *Ibidem*, p. 133.

<sup>111</sup> Siendo así por ejemplo en México que con el fin de asegurar armas de fuego, el gobierno ha sacado a las calles al ejército mexicano, quienes al tratar de justificar la medida de seguridad con el aseguramiento de armas y la prevención del delito, ingresan a las casas de los habitantes sin órdenes de cateo y realizando múltiples violaciones a los derechos humanos en lo que se ha convertido en un derecho penal de emergencia.

<sup>112</sup> *Ídem*.

<sup>113</sup> *Op cit*, nota 49, p. 67.

<sup>114</sup> En la actualidad se viola éste principio considerablemente, ya que se imponen penas mayores por delitos de peligro que por los delitos de resultado.

<sup>115</sup> *Op. Cit*, nota 49, p. 67.

Las leyes son tan antiguas como la misma sociedad, y de la cuales, depende la justa libertad del ciudadano, y por consecuencia su verdadera felicidad. Mas para que estas leyes consigan tan saludable fin, es necesario que las penas impuestas por ellas se deriven de la naturaleza de los delitos: que sean proporcionadas a ellos; lo menos rigurosa que fuese posible, atendidas las circunstancias; finalmente que sean dictadas por la misma ley.<sup>117</sup>

Esta afirmación de las normas aconseja apoyar con mayor pena las más importantes que lo son menos, con objeto de evitar que aquéllas se devalúen. Un derecho penal democrático debe ajustar la gravedad de las penas a la trascendencia que para la sociedad tienen los hechos a que se asignan, según el grado de la nocividad social del ataque al bien jurídico. Siendo así en el caso de que existen penalidades más graves en algunos delitos de peligro que en los propios de resultado, violando con esto el principio de proporcionalidad, pudiendo ocasionar una intranquilidad social, no obstante, de no ser conductas al establecerse las penas parecieran serlo y lo que resulta peor esto trae como consecuencia una tremenda corrupción en donde se ven involucrados todos los cuerpos policíacos, ya que sabedoras de las penas tan altas que implica este tipo de delitos, tratan de extorsionar a las personas sorprendidas en este tipo de ilícitos, ya que además también saben que las multas aplicables en estos casos son demasiados altas, lo que trae como consecuencia que saben que para que puedan obtener su libertad provisional bajo caución ocupan por la cantidad de entre cinco mil y quince mil pesos, cantidades que al saber los cuerpos policíacos que se ocupan, son en proporción las que pidan y trayendo además como

---

<sup>116</sup> El tribunal Constitucional Chileno se pronunció en éste sentido (STC 4-7-1991), señalando que la medida de la pena prevista por la ley para un caso general es competencia del legislador en función de sus objetivos de política criminal, siempre y cuando no exista una desproporción de tal entidad que vulnere el principio del estado de derecho, el valor de la justicia, la dignidad de la persona humana y el principio de culpabilidad derivado de ella...

<sup>117</sup> LARDIZABAL Y URIBE, Manuel, “*Discurso Sobre las Penas*”, p. 15.

<sup>118</sup> Op. Cit, nota 9, pp. 101, 102.

consecuencia que sean únicamente las personas que no cuentan con dinero o que son las más desprotegidas, las que se lleven detenidas, lo que se le puede llamar como selectividad de los desprotegidos y más vulnerables.

Decidir que el bien jurídico tiene mayor relevancia dentro de aquellos que se encuentran en juego no decide la justificación por estado de necesidad. Es un dato muy importante, pero no suficiente para configurar la eximente. Resulta que el estado de necesidad requiere de una ponderación de todas las circunstancias en juego y no sólo de los bienes expuestos en peligro. La fórmula, entonces, se sustenta en una ponderación de intereses, que evalúa, pondera y decide, por ejemplo, con base a los bienes, las circunstancias de la víctima y las razones de la generación de peligro, de tal manera que la solución se sustenta no sólo en la calidad del bien jurídico, sino de todas las circunstancias del entorno peligroso por el mismo.<sup>119</sup>

Las valoraciones sociales deben guardar proporción no sólo con los beneficios sociales que pueden aportar, sino más concreto, con el grado de peligrosidad criminal del sujeto y con la gravedad del hecho cometido y de los que sea probable que pueda cometer. Sería conveniente, además, que sólo se admitiesen medidas de internamiento cuando concurriera peligro de comisión de delitos considerablemente graves.<sup>120</sup> Estando de acuerdo con esta opinión, ya que como en el caso de la posesión y portación de arma de fuego, que no es una conducta considerablemente grave, en algunos casos pudiera proceder incluso nada más el decomiso del artefacto bélico y una multa.

---

<sup>119</sup>ONTIVEROS ALONSO, Miguel, “Evolución y Modernas Tendencias de la Teoría del Delito en Alemania” p. 77

<sup>120</sup>Op Cit, nota 9, p. 133.

## X. El Principio de Lesividad

Señala que las penas no deban de recaer sobre conductas, las cuales son el ejercicio de la autonomía ética que el Estado debiera de garantizar, si no lo que afecta a ésta. La potestad del Estado tiene que necesariamente reducirse a proteger derechos, por lo que resulta admisible que se pretenda aplicar penas cuando no existe un derecho afectado, ya que con esto no solamente lesiona al derecho del penado, sino que también al resto de los habitantes, trayendo como consecuencia una globalización del derecho penal.<sup>121</sup>

Ya que una ley que pretenda imponer pautas morales, penando un hecho que no lesiona o pelagra en derecho ajeno, es ilícita y la antijuridicidad que deriva de esta, afecta a todos los que se benefician de la autonomía moral, lesionando el molde de estado de derecho; por lo anterior, es claro que para que aparezca y se justifique la intervención del poder punitivo, es necesario que exista un conflicto jurídico, entendido como la afectación de un bien jurídico total o parcialmente ajeno, individual o colectivo.

El derecho penal sólo puede proteger bienes jurídicos, la expresión bien jurídico se utiliza en su sentido político criminal de objeto que puede reclamar protección jurídico penal, en contraposición a su sentido dogmático, que alude a los objetos que de hecho protege el derecho penal vigente. La exclusiva protección de bienes jurídicos, implica que no pueden ser amparados por el derecho penal intereses meramente morales.<sup>122</sup>

La dogmática sostiene que los Códigos Penales se hacen menciones sistemáticas a distintos bienes jurídicos. Más que eso incluso se sostiene que es

---

<sup>121</sup> Op. Cit, nota 10, p. 120.

la legislación penal la que configura los bienes jurídicos. Para la dogmática penal todo tipo lesiona un bien jurídico. No es concebible un delito que no lesione un bien jurídicamente protegido. De este modo, la lesión a un bien pareciera ser definitorio del concepto de delito.<sup>123</sup> Observando que en la práctica tal vez es lejana esta consideración para la configuración de bienes jurídicos protegidos por el derecho penal, ya que cada vez es más frecuente la aparición de delitos de peligro<sup>124</sup> y aún más de delitos de peligro en abstracto, siendo así un adelantamiento extremo del derecho penal.

Observando así el principio de que todo delito y el bien jurídico, el cual al resultar lesionado necesariamente tiene que estar tutelado por el delito. Pasando así la ofensividad a segundo plano, ya que es opacada por la tutela, la cual no se verifica, se acaba delimitando el ideal del bien jurídico, teniendo así como consecuencia que el derecho penal se reduzca a garantizar la validez de lo señalado por la norma, quedando así solamente un bien, que viene a ser la voluntad del Estado, esto nos permite penar afectaciones muy lejanas o hipotéticas -peligros abstractos remotos, etc.-, pero también permite aplicar penas muy desproporcionadas con la afectación. La legislación contemporánea tiende cada vez a minimizar el bien jurídico, mediante la proliferación de tipos del llamado peligro abstracto y demás en la sociedad de riesgos.<sup>125</sup>

Siendo por lo anterior que el derecho penal sirva y exista para salvaguardar bienes jurídicos, en relación con los objetivos de seguridad jurídica para la convivencia, es por ello que dicha seguridad viene a ser un límite fundamental de la potestad punitiva del Estado. No puede haber comportamientos previstos en la

---

<sup>122</sup> Op. Cit, nota 9, p. 124.

<sup>123</sup> Op. Cit, nota 68, pp. 310, 311.

<sup>124</sup> Siendo así por ejemplo los delitos de portación y posesión de arma de fuego, los cuales son delitos de peligro en abstracto en los que el bien jurídico no se pone en peligro con la conducta, sino lo que se castiga es por la idoneidad del objeto para crear lesiones a bienes jurídicos en el futuro.

<sup>125</sup> Op. Cit, nota 10, pp. 121, 122.

ley como delitos, si los mismos no implican la lesión o puesta en peligro a un bien jurídico. Por lo mismo no puede ser impuesta una pena a una conducta, si la misma no ha supuesto la afectación de un bien jurídico, o su puesta en peligro.<sup>126</sup>

Se encuentra el último fundamento en la exigencia de que sean los propios ciudadanos quienes decidan qué objetos reúnen las condiciones requeridas para constituir bienes jurídicos penales. El estado de derecho, y el principio de legalidad material que imponen aconsejan que los distintos objetos cuya lesión pueda determinar la intervención penal se concretan en forma bien diferenciada en un catálogo de bienes jurídicos específicos correspondientes a los distintos tipos de delito, sin que baste una referencia a cláusulas generales como perturbación del orden social y perjuicio social.<sup>127</sup>

Es aquí donde entra en conflicto la punibilidad de los delitos de peligro en abstracto, como en el caso del delito de portación y posesión de arma de fuego, ya que estos ilícitos no causan ningún daño o lesión a ningún bien jurídico, sino en cierta medida pueden ocasionar un peligro, esto de acuerdo al uso que se haga de alguna arma de fuego, ya que mientras tanto no se puede decir que exista algún peligro, ya que la posesión y portación son neutrales.

También nuestras categorías dogmáticas se ven expuestas a muchas cuestiones nuevas cuando entran en acción nuevos riesgos grandes. ¿Qué tan lejos debe ir la abstracción de los delitos de peligro abstracto y la generalización de bienes jurídicos colectivos -(como el de la seguridad general o de la previsión estatal de peligros-, y a partir de cuándo ya no pueda legitimarse la sanción penal de una prohibición? ¿Constituye en éste ámbito el principio de culpabilidad, hecho a la medida de una conducta individual desviada, todavía un medio razonable para limitar el poder de la intervención estatal? Todas estas cuestiones están ya ahora

---

<sup>126</sup> Op. Cit, nota 19, pp. 101, 102.

<sup>127</sup> Op. Cit, nota 9, pp. 125, 126.

en el horizonte de nuestra ciencia, y su elaboración ha comenzado. Pero su respuesta satisfactoria todavía está en un futuro lejano.<sup>128 129</sup>

El derecho penal comparte con las demás ramas del derecho la tarea de protección de la paz jurídica, sin embargo, la especial función de protección del derecho penal deriva de la tarea de defensa represiva que sobre él recae, frente a las perturbaciones especialmente graves de la paz. Estas perturbaciones son las que, conforme a la dirección y a la clase de la acción, afectan intereses que para la convicción general de la comunidad, al menos para la de sus capas dominantes aparecen como particularmente valiosos y, por lo mismo, especialmente necesitados de protección. Por consiguiente, incluso en consideración al principio de economía penal ellos no pueden prescindir de la protección jurídico penal. Se ha hecho costumbre describir tales intereses jurídicos penalmente protegidos como bienes jurídicos y, asimismo, definir la tarea del derecho penal como la protección de bienes jurídicos en virtud de medios específicos.<sup>130</sup>

En este sentido se puede apreciar que la lesividad es atendiendo al daño o al peligro en que es puesto el bien jurídico tutelado o protegido y, en medida de la lesión o el peligro, es que se establecerá el tipo penal así como la penalidad, acorde a este principio resulta en muchos casos poco justificante la punición de delitos de mera conducta en los cuales se da sólo un peligro en abstracto en el que la conducta ni pone en peligro al bien jurídico, ni mucho menos lo lesione y lo que resulta peor, que en muchas ocasiones no obstante la idoneidad del objeto, ni lo pondrá en peligro, así que resulta muy cuestionable y a veces hasta insostenible, desde un punto de vista político criminológico la punición y aún más las penas tan altas en este tipo de ilícitos.

---

<sup>128</sup> Op. Cit, nota 6, pp. 10, 11.

<sup>129</sup> En este sentido y ante la globalización de los delitos y la necesidad de un derecho más justo, ha propuesto la creación de un derecho no solo internacional, sino supra nacional, es decir, por ejemplo un código penal para toda la comunidad europea.

## XI. Principio de Subsidiaridad y el Carácter Fragmentario del Derecho Penal

Es el que se recurre en defecto del principal<sup>131</sup> y así cuando una ley sólo demanda aplicación de modo auxiliar y en el caso de que la otra –primaria- ya se haya desechado. Se caracteriza además, porque siempre la figura secundaria es de menor importancia, es decir, menos grave que el tipo primario.<sup>132</sup>

El derecho penal deja de ser necesario para proteger a la sociedad cuando esto puede conseguirse por otros medios,<sup>133</sup> que serán preferibles en cuanto sean menos lesivos para los derechos individuales. Se trata de una exigencia de economía social coherente con la lógica del Estado social. El principio de la - máxima utilidad posible- para las posibles víctimas debe combinarse con el de - mínimo sufrimiento necesario- para los delincuentes.<sup>134</sup> Ello conduce a una fundamentación utilitarista del derecho penal no tendente a la mayor prevención posible, sino al mínimo de la prevención imprescindible.<sup>135</sup>

Para proteger los intereses sociales del Estado debe agotar los medios menos lesivos que el derecho antes de acudir a éste, que en este sentido debe constituir un arma subsidiaria.<sup>136</sup> Deberá preferirse ante todo la utilización de medios desprovistos del carácter de sanción, como una adecuada política social.<sup>137</sup>

Siendo claro la aplicación de programas sociales y aunado a esto debe seguirse con medidas administrativas, civiles, familiares, laborales, así por ejemplo

---

<sup>130</sup> Op. Cit, nota 8, p. 333.

<sup>131</sup> En estos existe un mecanismo de distinción, determinándose primeramente el más directo y sólo de manera excepcional o a falta de este se aplicara de manera subsidiaria.

<sup>132</sup> Op. Cit, nota 68, p. 458.

<sup>133</sup> Por ejemplo con el derecho administrativo se puede sancionar, sin necesidad de acudir al derecho penal.

<sup>134</sup> Así podremos decir que se trata de un derecho penal integral que busque ser democrático, liberal y social.

<sup>135</sup> Op. Cit, nota 9, p. 123.

<sup>136</sup> En este sentido el derecho penal debe constituir la última opción para resolver el problema –ultima ratio- y no la primera ni la única opción, pues así con esto se estará realizando una gran criminalización y un ejercicio indebido del poder punitivo.



en los delitos de armas de fuego, primeramente debe de tomarse en cuenta una política social, seguido de medidas preventivas como el registro de armas de fuego, para así posteriormente aplicar sanciones administrativas cuando se trate de posesiones o portaciones de armas de fuego en donde se trata de peligros muy difusos en el que se demuestre que no existía ninguna intención de realizar alguna conducta delictiva y así poder justificar la intervención del derecho penal y sólo cuando estos medios no sean suficientes para resolver el problema entonces se justificara la intervención del derecho penal.

El derecho penal ha de entenderse como ultima ratio o mejor extrema ratio. Esto significa que el Estado sólo puede recurrir a él cuando hayan fallado todos los demás controles, ya sean formales o informales. La gravedad de la reacción penal aconseja que la norma penal solo sea considerada, en última instancia,<sup>138</sup> como un recurso excepcionalísimo frente al conflicto social.<sup>139</sup>

Así que sólo es dable recurrir al ámbito de la regulación penal cuando no sean suficientemente eficaces otras formas de regulación del orden jurídico, fundadas principalmente en la solución reparatoria. La regulación jurídica penal implica coercibilidad penal, cuya imposición representa la intervención más directa y personal del Estado en los bienes jurídicos, incluso personalísimos, de aquel a quien se aplica, de aquí la necesidad de recurrir a esta vía sólo como un último recurso.<sup>140</sup>

Se ha dicho con frecuencia, que lo caracteriza el contenido de las normas penales es que en las mismas representan la afectación a valores, a bienes, de la mayor jerarquía para la persona en la convivencia social. De aquí que, a su vez, la

---

<sup>137</sup> Op. Cit, nota 9, p. 123.

<sup>138</sup> Por lo tanto en este sentido siempre se debe acudir a otros medios menos gravosos y dañinos para la persona, sin que se aplica de forma inmediata el derecho penal.

<sup>139</sup> Op. Cit, nota 49, p. 66.

<sup>140</sup> Op. Cit, nota 19, p. 100.

afectación punitiva suponga una respuesta igualmente grave en la jerarquía de los bienes que se afectan al sentenciado condenatoriamente.<sup>141</sup>

Es necesario trazar una cuidadosa distinción entre las sanciones conforme a su naturaleza: la coacción directa es impuesta por la necesidad de interrumpir una actividad o una omisión –la clausura para interrumpir un peligro en curso o como medio coercitivo para que se cumpla un deber y hasta que se lo haga-; la multa como coacción administrativa, o sea, un incentivo que coerciona al cumplimiento –como la amenaza de intereses punitivos lo hace en el derecho privado, no confundiéndola con la multa penal. No existe inconveniente en englobar todas estas sanciones en una planificación legislativa común y coherente en cuanto a que la obtención de ciertos resultados por vía del funcionamiento armónico de los mecanismos de solución y decisión de los conflictos, pero siempre que la legislación con función penal –manifiesta o tácita- reserve la decisión punitiva a las agencias jurídicas y que estas ejerzan un control permanente sobre la legislación con función eventualmente penal, a efecto de evitar violaciones al principio de judicialidad y a la prohibición del doble juzgamiento y de la doble punición.<sup>142</sup>

Es por ello que es vital utilizar esta medida fragmentaria y así por ejemplo al sujeto que se encuentre en una cerranía alejado de la ciudad y se encuentre portando un arma de fuego, será suficiente aplicarle una multa administrativa y el decomiso del arma de fuego, siendo así la aplicación de otra área del derecho y sin que sea necesario la aplicación del derecho penal, pues castigar un ese escenario un peligro totalmente hipotético será criminalizante e injustificado.

En estrecha relación con el principio de la extrema ratio, aparece asimismo, la característica de la fragmentariedad del derecho penal vinculado con el principio

---

<sup>141</sup> Esto no siempre es así puesto que cuando una pena es adecuada obedeciendo a los principios de proporcionalidad y lesividad, puede ser incluso menos gravosa que por ejemplo la sanción administrativa, así por ejemplo en el delito de evasión fiscal, a la mejor pena pecuniaria resulta menor que la administrativa, es por ello que todos los ámbitos integradores del derecho deben ser justos. Op. Cit, nota 19, p. 101.

de la reserva de la ley penal. En materia penal sólo pueden ser constitutivas de delito aquellas conductas previstas como tales en los tipos delictivos de la ley penal.<sup>143</sup>

## **XII. Los Fines de la Pena**

Para algunas posiciones doctrinales, la punibilidad es parte del contenido de la norma, en tanto que para otros, es su consecuencia lógico jurídica, pero independiente de ella. Indistintamente de la posición que se adopte, la punibilidad, como la pena misma, es el ámbito que convalida la vigencia de la norma y del derecho mismo, ya que de ella depende su carácter vinculante. La sanción, en su binomio punibilidad-pena, implica el segundo ámbito fundamental de la ley penal.<sup>144</sup>

Es necesario que exista una congruencia en el derecho exige la debida orientación político criminal en los contenidos de la norma y de la pena. Debe existir correspondencia, siendo así como es necesario para el entendimiento del derecho penal, conceptuar y precisar el contenido y sentido de la pena de la misma manera como ha sido necesario precisar el contenido de la norma, pues si estas no encontraría justificación alguna, ni se podría establecer sus límites.

Al entender del estudio del contenido de la norma, observamos que solo se puede entenderá partir de los fines del derecho. De aquí la importancia de vincularla con su contenido ético social en función de la protección a los bienes jurídicos de los miembros de la sociedad,<sup>145</sup> como base de la seguridad jurídica, a su vez vinculado con los objetivos de la convivencia. Lo mismo acontece respecto a la pena. Es necesario conocer la orientación político penal que fundamenta la

---

<sup>142</sup> Op. Cit, nota 10, p. 206.

<sup>143</sup> Op. Cit, nota 19, p. 100.

<sup>144</sup> Op. Cit, nota 14, p. 55.

pena,<sup>146</sup> naturalmente a partir del contenido de los fines del derecho, lo que a su vez, naturalmente, está vinculado con las características del estado de derecho dentro del cual el orden jurídico se manifiesta.<sup>147</sup>

Es por ello que la pena debe establecerse de manera proporcional al hecho y a la lesividad que presenta al bien jurídico tutelado, buscando además buscando resolver los conflictos que las otras ramas del derecho y así buscar su carácter fragmentario, para que con ello entonces se busque cumplir con los fines acorde a una debida política criminal.

Si se parte de que el Derecho penal debe garantizar una libre y segura convivencia en la sociedad -algo que a nadie puede negar seriamente-, entonces, las teorías de la pena determinan las vías por las cuales puede alcanzarse este objetivo:<sup>148</sup> influyendo en los propios delincuentes -prevención especial- o en todos los miembros de la sociedad -prevención general-, o mejor, a través de ambas al mismo tiempo. De esto resulta una teoría penal de la prevención que pone en relación la magnitud en la cual pueda perseguirse ambas posibilidades de influjo - muy diferentes por sus resultados-, de una manera que, según los parámetros del Estado social de Derecho, sea útil o al menos aceptable, por igual, para la sociedad, la eventual víctima y el autor.<sup>149</sup>

Es claro que tal teoría preventiva de la unión tiene su esencia en el Derecho sancionador y de ejecución penal.

Pero las teorías de la pena tampoco dejan de tener consecuencias en los presupuestos de la punibilidad, es decir, en el terreno de la dogmática penal. Y es que si la pena tiene una finalidad preventiva, para imponerla no puede ser

---

<sup>145</sup> Si la norma no protege bienes jurídicos de la lesión que puedan sufrir o del peligro de ser lesionados, entonces no se justifica la intervención del derecho penal, pues este tiene que ser significativo.

<sup>146</sup> Puesto con esto se puede determinar cuál es el verdadero fin de la pena, y si con esto cumple un verdadero fin preventivo y si la pena es justa o por el contrario sólo busca la aplicación de un poder punitivo irracional.

<sup>147</sup> Op. Cit, nota 19, p. 56.

<sup>148</sup> Esto es así, puesto que con ello el estado se vuelve garante de la sana convivencia, acorde a una debida aplicación del derecho penal, evitando injusticias.

suficiente la culpabilidad del autor por si sola. Una pena también tiene que ser preventivamente necesaria. Por cierto que la necesidad preventiva de punición, que según el juicio del juzgador debe ser admitida, se deriva, por regla general, y de una manera vinculante para el intérprete, de la ubicación de los tipos, aunque aquí también la interpretación teológica debe considerar siempre el punto de vista de la necesidad de la pena. Pero, sobre todo, la cuestión de la necesidad preventiva de punición también debe plantearse siempre en las causas de exculpación -de manera más exacta: en las causas de exclusión de la responsabilidad penal- junto con la cuestión de la culpabilidad. Cuando no exista una necesidad de pena, sea bajo puntos de vista de prevención general, la pena carecerá de una justificación penal. En tal caso, no tendría una legitimación social y no deberá ser impuesta.<sup>150</sup>

A través de los siglos se han ido dando respuestas diferentes a la cuestión de cómo solucionar el problema de la criminalidad. En unas épocas han sido favorecidas determinadas concepciones que en otras han sido abandonadas y consideradas como falsas, no habiéndose llegado todavía a una solución plenamente satisfactoria. Las diversas soluciones propuestas a lo largo de la Historia se denominan *teorías de la pena*, es decir, opiniones científicas sobre la pena y la reacción social frente a la criminalidad también son un complemento o continuación de las teorías criminológicas analizadas sobre los protagonistas del conflicto penal, el delincuente y la víctima, y los procesos de criminalización.<sup>151</sup>

Fue Seneca, el filósofo hispano-romano del siglo I d. C., quien siguiendo la tesis de Platón en el “Protagoras” formulo una teoría de la pena que actualmente sigue estando vigente y es la referencia obligada cuando se habla de las teorías de la pena. Decía así Seneca: “ninguna persona razonable castiga por el pecado cometido, sino para que no se peque”. Sustitúyase la palabra “pecado” por la de

---

<sup>149</sup> Op. Cit, nota 5, p. 42.

<sup>150</sup> Ibídem, p. 43.

<sup>151</sup> HASSEMAR, Winfried, “Introducción a la Criminología y a la Política Criminal”, p. 164.

delito e inmediatamente tenemos toda una concepción del sentido que debe atribuirse al castigo, bien sea en el plano moral o religioso, del pecado, bien sea en el plano jurídico, del delito. De ahí que las palabras de Seneca o de Platón se utilicen hoy todavía para defender las llamadas “teorías preventivas de la pena”, es decir, aquellas teorías que atribuyen a la pena la capacidad y la misión de evitar que en el futuro se cometan delitos, es decir, de prevenirlos. Estas teorías tienen a su vez una doble variante: una, “preventiva especial”, que dirige su atención al delincuente concreto castigado con una pena, esperando que la pena tenga en el un “resocializador”, o por lo menos de “aseguramiento”. Otra, “preventiva general”, que se dirige a la generalidad de los ciudadanos, esperando que la amenaza de una pena y, en su caso, la imposición y ejecución de la misma sirvan, por una lado, para intimidar a los delincuentes potenciales -concepción estricta o negativa de la prevención general- y, por otro, para robustecer la conciencia jurídica de los ciudadanos y su confianza y fe en el Derecho -concepción amplia o positiva de la prevención general-.<sup>152</sup>

En la teoría actual se dice que la prevención general –con restricciones- constituye una importante finalidad de la pena; y es que al Estado le debe interesar no solo impedir a condenados por nuevos delitos, sino impedir, desde el principio e influyendo en la totalidad de los ciudadanos, que se cometan los delitos.<sup>153</sup> Anteriormente la prevención general, solo buscaba la intimidación y por ende se cometía el error de pensar que las penas entre más severas serían más eficaces para prevenir el delito, tal como ocurre con los delitos de armas de fuego en donde la penal por si misma ha venido a pensarse que tiene un carácter intrínseco y que por ello esta previene el delito por si sola, pero en si solo ha venido argumentando la intimidación de personas que corren el peligro de caer en la criminalidad. En la actualidad de acuerdo a la ciencia alemana esta prevención general negativa, ya no resulta operante, puesto que ahora se observa la

---

<sup>152</sup>Ibídem, p. 165.

prevención general positiva, en donde la pena tiene la tarea de demostrar frente a la sociedad jurídica la eficacia del ordenamiento jurídico y, así con ello la población tenga plena confianza y lealtad jurídica.<sup>154</sup>

La denominación derecho penal, que es la más usual, indica que la pena delimita el horizonte de proyección. Pero la pena está muy lejos de ser un concepto dotado de cierta precisión. Por el contrario: pareciera que la sociedad industrial oculta hasta su propia etimología, pues proviene de la pena latina, que tiene por origen la voz griega *ponē*, que corresponda a venganza, sentido que lentamente se fue acercando a dolor, del *pain* inglés, a través de la doble valencia -activa: castigar, pasiva: sufrir-,<sup>155</sup> hasta que, en alemán, se abandonó *Pein*, y con ello la denominación de *peinliches Recht*, y se paso a *Strafe* y a *Strafrecht*, para mencionar la pena y el derecho penal respectivamente. *Strafe* apareció apenas con la pena pública, alrededor del siglo XIII, y el cambio no obsta a que en Alemán sigan teniendo un sonido casi idéntico vengado y justo. Aunque más lejanamente, no puede ignorarse la cercanía con la palabra pluma, a través de la raíz sanscrita *pet-*, que da idea de volar, pero también de precipitarse. Parece que los griegos llamaban *pharmakos* a las víctimas humanas que eran sacrificadas-precipitadas- en momento de crisis para absorber las impurezas del ambiente, lo que provocaba un efecto farmacéutico, la metáfora del *pharmakon* se emplea en términos dialecticos para señalar la ambivalencia de veneno y antídoto.<sup>156</sup>

---

<sup>153</sup> Op. Cit, nota 8, p. 73.

<sup>154</sup> En este aspecto la pena no busca la intimidación, ni castigo, sino establecer el cumplimiento de la ley por parte de la sociedad, y en aras de esto las penalidades no se aumentan para intimidar, puesto que no es siquiera su fin, sino en cambio buscar que estas sean adecuadas para que así se cumpla con la norma establecida.

<sup>155</sup> En esas discursiva nos hemos enlazado sin que salgamos de ese derrotero, puesto que la pena sigue teniendo el fin del mero castigo y la intimidación, pero sin justificaciones acorde a una prevención general positiva.

<sup>156</sup> Op. Cit, nota 8, p. 74.

Este singular destino etimológico, muy poco claro, es solo el comienzo de las dificultades que acarrea la pena como delimitadora del horizonte del saber jurídico-penal. Por ello, se impone distinguir la pena de otras formas de coacción, sin lo cual no existe ámbito o universo delimitado. Todo saber es particular, porque es un conjunto de conocimientos parciales: no hay ciencia que pretenda ocuparse de todos los entes. La ontología es filosofía y se ocupa del ser de los entes, pero no de estos en particular, sino de lo que les es común. Si bien la realidad es continua y dinámica, el saber humano no puede hacer otra cosa que parcializar para conocer, elegir un conjunto de entes y centrar su atención solo en ellos, porque cualquier otra aspiración totalizante es irrealizable.<sup>157</sup>

La confirmación de que el horizonte de proyección del derecho penal es proporcionado por la pena y de que su universo debe abarcar la legislación manifiesta, latente y eventualmente penal, se indica su forma de delimitación, pero no la delimitación misma, que se precisa con el concepto de pena. Para establecer que es la pena se han enunciado numerosas teorías, que le asignan una función manifiesta que la diferencia de otras formas de coacción Estatal. Para todas esas teorías la pena cumple una función positiva,<sup>158</sup> o sea, que es un bien para alguien. La compleja lista de funciones diferenciadoras positivas se integra con tesis entre si contradictorias e incompatibles. Cada teoría positiva de la pena le asigna una función manifiesta diferente. Prácticamente se han agotado todos los caminos lógicos para argumentar que la pena tiene función racional: la función manifiesta más difundida en los últimos años es la simbólica. Cada uno de ellos ha podido producir un horizonte y un sistema de comprensión de derecho penal: cada teoría

---

<sup>157</sup> Dado que son producto de una parcialización, los conocimientos científicos son provisionales y abiertos y presuponen la parcialidad proveniente de su origen. Por eso siempre es necesario establecer el horizonte de proyección antes de ensayar el sistema de comprensión; es menester saber acerca de que se interrogara, antes de comenzar a hacerlo.

<sup>158</sup> En el campo de la prevención general positiva pueden diferenciarse varios efectos: el de un aprendizaje significativo que alcanza el Derecho punitivo poniendo a la vista, de manera ejemplificativa, para evitar impunidad; el que los ciudadanos tenga plena seguridad en la norma aplicable; y, el de pacificar cuando existe el quebranto a la ley penal y el conflicto es resuelto a través de la intervención estatal y se restablece la paz jurídica.



de la pena proporciona un paradigma al saber penal; pretender que lo único que interesa es la disuasión normativa con prescindencia de la pena, no tiene sentido. De toda teoría positiva de la pena -y de la consiguiente legitimación del poder punitivo a través de ella- se puede derivar una teoría del derecho penal. Se trata de una consecuencia lógica: de cada discurso legítimamente se deriva una función y un horizonte. Por ende, las omisiones deductivas y las contradicciones de los autores en particular no lo invalidan, siendo solo pruebas de su incoherencia. Tampoco lo invalidan los ensayos de yuxtaponer elementos teóricos incompatibles para superar un callejón sin salida.<sup>159</sup>

Desde otra perspectiva respecto a la prevención general, es cuando tiene una vinculación relación menos precisa con la pena que la prevención especial. Y es que la segunda—al menos se encuentra vinculada a un delito ya cometido y a una persona en concreto. Siendo una reacción que hace el Estado ante la comisión de un hecho delincuencia. En contrario, la prevención general pretende quiere ser positiva antes de la comisión de un injusto y que con esto se impida su realización.<sup>160</sup>

No es posible precisar el concepto de pena sin examinar más cercanamente la función política del derecho penal, lo que no es factible sin profundizar la idea de estado de policía y de estado de derecho. Por su etimología, policía significa administración o gobierno, de modo que el estado de policía es el que se rige por las decisiones del gobernante. Con cierto simplismo se pretende establecer una separación tajante entre el estado de policía y el de derecho, o sea, entre el modelo de estado en que un grupo, clase o segmento dirigente encarna el saber acerca de los que es bueno y lo posible lo decide la mayoría,

---

<sup>159</sup> Op. Cit, nota 10, p. 38.

<sup>160</sup> Ello ocurre con los delitos de armas de fuego donde la pretensión positiva se pretende de manera automática con el establecimiento de la punibilidad de un delito, situación poco razonable y en nada aplicable a través de los tiempo, pues se a comprobado que la pena por si misma en nada reprime el delito.

respetando derechos de las minorías, para lo cual ambas necesitan someterse a reglas que son más permanentes que las decisiones transitorias.<sup>161</sup>

El arte de castigar debe apoyarse, por lo tanto, en toda una tecnología de la representación. La empresa no puede lograrse más que si se inscribe en una mecánica natural. “Semejante a la gravitación de los cuerpos, una fuerza secreta nos impulsa constantemente hacia nuestro bienestar.<sup>162</sup> Este impulso no sufre otra influencia que la de los obstáculos que las leyes le oponen. Todas las acciones diversas del hombre son los efectos de esta tendencia interna”. Encontrar para un delito el castigo que conviene es encontrar la desventaja cuya idea sea tal que anule el atractivo de la idea de una acción reprobable.<sup>163</sup>

Ser lo menos arbitrarios posible. Es cierto que la sociedad es la que define, en función de sus propios intereses, lo que debe ser considerado como delito: este no es, por lo tanto, natural. Pero si se busca que el castigo pueda presentarse sin dificultad al espíritu no bien se piensa en el delito, es preciso que el vínculo entre uno y otro sea lo más inmediato posible: de semejanza, de analogía, de proximidad. Hay que dar “a la pena toda la conformidad posible con la índole del delito, a fin de que el temor de un castigo aleje el espíritu del camino a donde lo conducía la perspectiva de un crimen ventajoso. El castigo ideal será transparente al crimen que sanciona; así, para el que lo contempla, será infaliblemente el signo del delito que castiga y, para aquel que piensa en el crimen, la sola idea del acto punible despertara el signo punitivo. Ventaja en cuanto a la estabilidad de la

---

<sup>161</sup> Op. Cit, nota 10, p. 39. Esto es así por que se aprecia que en los estados como el nuestro en donde se llegan aplicar los estados de policía, la democracia queda sumida en la demagogia y las penas se ven dirigidas de manera política hacía un mero estado gendarmería, en las que las puniciones son más por mero control social que por un aspecto deontológico y mucho menos justificable.

<sup>162</sup> Para que se aplique ese bienestar se ocupa una carga preventiva que radique en el control social efectuado no solo por el código penal, sino además con una debida seguridad pública, el cual se realiza, mediante la lucha preventiva de la criminalidad, en parte, en el marco de investigaciones procesales contra autores desconocidos. Puesto que cuando este control no se hace adecuadamente se le llama como el control de policía en el que se provoca gran criminalización de las personas al hacer una selectividad en el que existen violaciones a los derechos humanos, lo cual se observa de forma clara en los delitos de armas de fuego y contra la salud.

<sup>163</sup> FOUCAULT, Michel, “*Vigilar y Castigar, Nacimiento de la Prisión*”, p. 121.

relación, ventaja en cuanto al cálculo de las proporciones entre delito y castigo y en cuanto a la lectura cuantitativa de los intereses; ventaja, también, puesto que, al tomar la forma de una serie natural, el castigo no aparece como efecto arbitrario de un poder humano: deducir el delito del castigo es la mejor manera de proporcionar el castigo al crimen. Si aquí reside el triunfo de la justicia, reside igualmente el triunfo de la libertad, ya que no procediendo las penas de la voluntad del legislador, sino de la naturaleza de las cosas, se deja ver al hombre violentado al hombre.<sup>164</sup>

Este juego de signos debe apoyarse en el mecanismo de las fuerzas: disminuir el deseo que hace atractivo el delito, aumentar el interés que convierte la pena en algo temible; invertir la relación de las intensidades, obrar de modo que la representación de la pena y de sus desventajas sea más viva que la del delito y sus placeres. Todo un mecanismo, pues, del interés, de su movimiento, de la manera en que se representa y de la vivacidad de esta representación. “El legislador debe ser un arquitecto hábil que sepa a la vez emplear todas las fuerzas que pueden contribuir a la solidez del edificio y amortiguar todas aquellas que podrían arruinarlo”.<sup>165</sup>

En lagunas ocasiones gran parte de la población están dispuestas a tolerar el control y poder punitivo que ejerce el estado, puesto que tiene una imagen ficticia de seguridad que es prometida por el estado, además que sabedores de que no son delincuentes, se piensa que nada tienen que temer.<sup>166</sup>

De acuerdo a la constitución la ejecución de la pena, según esta nueva concepción, debería buscar solo la resocialización, pues sólo busca efectos

---

<sup>164</sup> *Ibíd*em, p. 122.

<sup>165</sup> *Ibíd*em, p. 124.

<sup>166</sup> En tanto que los delitos leves o de mediana gravedad, son más tolerantes cuando sea necesario por razones de prevención especial.

preventivos, mediante un rigor escalonado según la gravedad del delito, rigor que llegaba a la crueldad de la ejecución penal.<sup>167</sup>

En las teorías con carácter preventivo de la pena y del Derecho penal, específicamente en la asignación a la pena y en los fines preventivos generales del derecho penal, es lo que hemos llamado como derecho penal simbólico.<sup>168</sup>

En consecuencia es claro que la teoría moderna nos deja demostrado que la finalidad de la pena en la actualidad debe buscar una prevención general positiva, y la cual se sustenta en la debida punibilidad del delito y en la justa aplicación de la pena, buscando además su debida aplicación y en esa medida tendrá efectos de aplicabilidad, ya que de ningún otra forma funciona y al contrario como se establece en los delitos de armas de fuego, en dónde únicamente se aprecia un aumento de las penas pero solo de forma simbólica y despótica, lo que trae como consecuencia un crecimiento de los delitos, una mayor inseguridad y una mayor criminalización.

---

<sup>167</sup> Puesto que la imposición de la pena en aquella vieja discursiva de la retribución al aplicar un mal por otro mal que se ha cometido ha quedado atrás, puesto que se puede renunciar a la resocialización, pues esto solo lleva al sujeto a una disocialización, puesto que no existe motivación alguna extrínseca hacia formas de conductas que permitan su socialización.

<sup>168</sup> El derecho penal simbólico y el despótico nada más traen promesas falsas de la seguridad, el cual es vendido incluso como campaña política, y con está buscando un aumento de las penas para con esto prometer la disminución de los delitos y la desaparición de la inseguridad.

## **CAPÍTULO SEGUNDO**

### **REFERENCIAS HISTÓRICAS y CONSTITUCIONALES DE LOS DELITOS DE ARMAS DE FUEGO**

#### **I. Antecedentes Históricos Previos a la Constitución**

##### **1. Bando de José de la Cruz, Brigadier de los reales Ejércitos**

A esta ley le sirvió como antecedente la Real Ordenanza de Intendentes de 1786, que era aplicado a los elementos del Ejército de la Nueva España, de hecho la organización de los Guadalupes de la ciudad de México envió un tomo de esta obra al campamento de Morelos en septiembre de 1812, cuyo jefe le empleará posteriormente para mostrar a todos sus hombres lo importante que era guardar la disciplina antes, durante y después de librar una batalla.<sup>169 170</sup>

Era raro que en documentos expedidos por el virrey o por los jefes de la oficialidad no aparecieran algunos artículos sacados de dicho Código, aunque no siempre se mencionara la fuente. Sirva de ejemplo el de Brigadier de los reales ejércitos José de la Cruz, quien había sido designado Comandante General de las tropas de la derecha. Luego de que ocupara el pueblo de Huichapan, en el actual Estado de Hidalgo. En noviembre de 1810 publicó un bando<sup>171</sup> en trece artículos, en el que impuso el toque de queda en la población, prohibió las asambleas secretas en los hogares, ordenó hacer fuego, prohibió las reuniones superiores a seis personas, declaró sospechoso a todo individuo que fuese prendido fuera de su domicilio y serían retenidos de cómplices todos aquellos que no avisaran oportunamente a los justicias y autoridades a los que inducían a la rebelión.

---

<sup>169</sup> TORRE VILLAR, Ernesto, “*Los Guadalupes y la Independencia*”, p. 3.

<sup>170</sup> Dicha ley fue aplicada sobre todo para estrategias de la guerra y disciplina militar y de esta fueron realizados muchos bandos los cuales tenían el mismo fin.

Aumentando en este texto a diferencia de las ordenanzas la pena de muerte.<sup>172</sup>

Como primer antecedente aparecen los artículos 2 y 9 del Bando de José de la Cruz, Brigadier de los reales Ejércitos, encargado interinamente de la Comandancia General de Nueva Galicia, de la presidencia de su real audiencia y del Gobierno e Intendencia de la provincia, realizado en Guadalajara el 23 de febrero de 1811, siendo el contenido de los artículos el siguiente:<sup>173</sup>

Artículo 2. Que todas las Municiones, armas de fuego y blancas, incluso machetes y cuchillos que existieran en poder de cualquier persona, sea de la clase o condición que fuere, se entreguen en el término de 24 horas a los jueces o encargados de justicia de los pueblos respectivos, y el que así no lo ejecutare sufrirá la pena de muerte.<sup>174</sup>

Se observa lo que se castigaba desde entonces era la portación y la posesión de cualquier arma de fuego y de cualquier tipo de arma blanca - machetes, cuchillos-, es decir, lo único que se ocupaba la simple detención del arma, por lo tanto se trató de un delito de mera conducta, siendo un delito instantáneo, ya que la consumación del mismo se realizaba en el mismo momento de su ejecución, era unisubjetivo, ya que bastaba con la sola intervención de una persona y cualquier tipo de persona podía realizarlo, ya que el tipo no era cualificado. Pidiendo que se entreguen todas las armas de fuego en un plazo de veinticuatro horas, pues lo que procuraba era el desarme de las personas que contaran con armas de fuego en su poder.

Artículo 9. Toda persona que se aprenda dentro o fuera de los pueblos con armas de cualquier especie, no teniendo permiso de la autoridad competente para llevarlas, sufrirá la pena de muerte a todo el que camine sin pasaporte, en la

---

<sup>171</sup> Los bandos eran reglamentos que se hacían, pero sin que estos tuviesen un proceso legislativo, sino que sólo los realizaban y estos a su vez hacían el papel de ley.

<sup>172</sup> GÚZMAN PÉREZ, Moisés “*Lecturas Militares, Libros y Manuales de Guerra en la Independencia, 1810-1821*”, pp. 102, 103.

<sup>173</sup> XLVI Legislatura de la Cámara de Diputados. “*Derechos del Pueblo Mexicano*”. Tomo III, p. 662.

<sup>174</sup> Ídem.

inteligencia de que en él se ha de expresar, a más del nombre y señas del portador, adónde va; el camino o ruta que debe llevar, y por cuántos días vale.<sup>175</sup>

En este artículo se aprecia que lo que se castiga es la posesión, portación y el traslado de armas de fuego fuera de los pueblos, siendo los únicos que tenían permiso para poseerlas y portarlas era el ejército, así que prácticamente cualquier poblador que tuviese armas de fuego era delito, siendo como se mencionó al igual que el diverso delito, un ilícito de mera actividad.

Observándose que no hubo proceso, ni mucho menos ninguna técnica legislativa, ni dogmática alguna y de igual forma no se realizó política criminológica alguna, ya que como se observó, primeramente ese tipo de bandos se basó en gran parte en la Real Ordenanza, misma que tenía como fin las estrategias de guerra y la disciplina militar, pero no tenía en fin de tener un orden social, ni tomar medida alguna para prevenir el delito, sino que además este tipo de bandos eran creados sobre todo al antojo de militares, es decir, no intervenía ni siquiera ningún experto en la ley, por consecuencia éstas tenían el fin de acabar con los enemigos, pues se estaba en la guerra de independencia, así que su única finalidad era el desarme pero con fines bélicos, en consecuencia encontramos penas inusitadas y draconianas como la pena de muerte.

## **2. Monarquía Española de 1812**

Alrededor de las 09:00 am, del 24 de septiembre de 1810, dieron inicio las primeras Cortes de Cádiz con la presencia de 104 diputados, comenzando también todo un paradigma en la historia universal del parlamentarismo, al albergar a representantes de los territorios que conformaban el antiguo imperio, por su parte la diputación Americana se representó por 29 integrantes, además de

---

<sup>175</sup> *Ibíd.*, p. 163.

7 suplentes novohispanos.<sup>176</sup>

Los orígenes de la Constitución Política de la Monarquía Española, promulgada en Cádiz el 19 de marzo de 1812, se convirtió en la primera Constitución moderna del mundo hispánico, como una medida que sirvió para enfrentar el problema de gobernar un reino y su imperio en ausencia de legítimo soberano. Con ella se inició un proceso de reorganización del gobierno sobre bases liberales, convirtiendo a España en una monarquía hereditaria limitada, en donde las Cortes y el rey constituían el gobierno de la nación.

Se trató de un texto de naturaleza jurídica encargada de establecer las bases a partir de las cuales se desarrollará su legislación y la organización del Estado siendo la primera en la historia constitucional y con ella se introducían en España los principios de liberalismo, un proceso que iniciado con la Revolución Francesa se extendería por toda Europa a lo largo del siglo XIX.

En el artículo 56 de la Constitución Política de la Monarquía Española - Cádiz, 19 de Marzo de 1812- establecía: “En la junta parroquial, ningún ciudadano se presentará con armas” encontramos antecedentes similar en el artículo 81 del Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana -Apatzingán, 22 de Octubre de 1814- “Ningún ciudadano podrá excusarse del encargo de elector de parroquia ni se presentará con armas a la junta”.<sup>177</sup>

Ernesto Lemoine escribe, en esos momentos el país vivía desdoblado: área realista y áreas insurgentes; grandes contingentes de patriotas luchaban armas al hombro por la independencia; en el territorio fidelista se imponía la opresión y represión del gobierno a contrapelo de una tendencia generalizada en pro de la libertad y una actitud de insurgencia vergonzante. Por lo tanto, Cádiz caía como anillo al dedo, para hacer aflorar ideas precavidamente soterradas para soltarse el

---

<sup>176</sup> Así fue como quedo asentado en el Diario de las sesiones del Congreso de los Diputados de 110-1813

<sup>177</sup> CASTRO MARTÍNEZ, José Luis, “*Crítica a la Ley Federal Sobre Armas de Fuego y Explosivos*”, pp 5, 6.



pelo liberal y para tender un puente de unión salpicado de sutilezas, reservas y equívocos, pero puente al fin y al cabo entre el ámbito veneguista y el morelista y también, no faltaba más, entre el mundo real y el utópico.<sup>178</sup>

Cabe señalar que a los poderes del Rey logró que se introdujeran modificaciones sustanciales. Debido a que en Antiguo Régimen el Rey había ostentado su condición en virtud de un título divino, ahora lo hacía por la gracia de Dios y la Constitución. Su poder se vio limitado, conservando una participación en el Poder legislativo, con una tímida iniciativa y un veto suspensivo así como la titularidad del Poder ejecutivo, aunque sus actos debían ser refrendados por los Secretarios de despacho. Podemos destacar dentro de la Comisión Constitucional las figuras de D. Diego Muñoz Torrero, Presidente de la misma, y a D. Agustín Argüelles, como el encargado de redactar el Proyecto de la Constitución y su discurso preliminar.

La Constitución de 1812 tuvo una vigencia efímera. Para Fernando VII derogó a su vuelta a España en 1814, llevando a cabo el más férreo absolutismo por un periodo de 6 años. Pero con el pronunciamiento de Riego en 1820, con las tropas que viajarían a América para parar con la emancipación, el Rey se vio obligado a jurar la Constitución de 1812, iniciándose así el Trienio liberal. Fue así que se terminó la vigencia de la Constitución de Cádiz, pero no su influjo, que gravitó sobre la política nacional, hasta el año de 1868, e indirectamente, durante el resto del ciclo liberal. También tuvo gran influencia fuera de España y América, en las constituciones de las viejas colonias españolas al independizarse, así como en Europa, en la que durante años operó como un auténtico mito, influyendo en las ideas constitucionales portuguesas, en el surgimiento del Estado italiano e incluso en la Rusia zarista.<sup>179</sup>

---

<sup>178</sup> CARMONA, Doralicia, “*Memoria Política de México*”, p. 3.

<sup>179</sup> *Ibíd.*, p. 4.

El decreto fue reproducido por la Audiencia de México –a pesar de sus reservas- el 18 de mayo siguiente. Las ciudades novohispanas que participaron en el primer proceso electoral fueron las capitales de las diecisiete provincias en las que estaba dividido entonces el reino de la Nueva España -luego de las disposiciones borbónicas de mediados del siglo XVIII-, que organizaron al reino de independencias, de las cuales tres eran provincias internas fueron: México, Guadalajara, Valladolid -de Michoacán-, Puebla, Veracruz, Mérida de Yucatán, Guanajuato, San Luis Potosí, Zacatecas, Tabasco, Querétaro, Tlaxcala, Nuevo Reino de León y Oaxaca, así como las internas de Sonora, Durango y Coahuila.<sup>180</sup>

A consecuencia de la marcha de Fernando VII y la presencia invasora francesa, trajeron como consecuencia un gran vacío del poder en 1808. La guerra había empezado y las abdicaciones de los monarcas ante Napoleón acrecentaron la sensación de vacío de poder. Frente al derrumbamiento de la Administración, la resistencia se estructura a través de Juntas provinciales y locales que representan un auténtico poder paralelo.

El 24 de septiembre de 1810 se constituían las Cortes de Cádiz y el mismo día se aprueba un decreto en el que aparecen los principios básicos del futuro texto constitucional: la soberanía nacional y la división de poderes.

Estaban formadas por una amalgama de intereses, pese al marcado sello liberal de las Cortes, existía una presencia de corrientes absolutistas y reaccionarias junto a diputados reformistas o radicales. En cuanto a sus ideas políticas se podían diferenciar una serie de grupos. Entre ellos:<sup>181</sup>

- Los conservadores, no querían ningún tipo de reforma
- Conservadores flexibles, no se oponían a los cambios pero no consideraban oportuno hacerlos en plena Guerra de la Independencia.

---

<sup>180</sup> GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel, et. al. “*Constitución Política de la Monarquía Española: Cádiz 1812*”, *Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, p. 83.

<sup>181</sup> Ídem.

- Renovadores foralistas, querían cambios pero basados en la restitución de los fueros abolidos por los Borbones -catalanes y valencianos-.
- Renovadores abiertos, dispuestos a emprender un programa muy amplio de reformas, incluyendo una Constitución pero manteniendo las tradiciones españolas.
- Innovadores moderados, querían reformas similares a las introducidas por la Revolución Francesa, es decir un nuevo Régimen.
- Innovadores exaltados, querían reformas sin límite.

Una de las principales aportaciones de la Constitución de Cádiz de 1812 fue:

- Los tratamientos en materia de derechos.- La Constitución está conformada en materia de derecho, la cual toma como punto de partida: la libertad - libertad civil- y la propiedad. Además, reconoce los “derechos legítimos de todos los individuos que la componen”, regula los derechos de nacionalidad, tratamiento de derechos en materia penal, tratamiento de derechos de privacidad, derechos de educación. La obligación de explicar la Constitución política de la Monarquía en todas las universidades y establecimientos literarios, donde se enseñen las ciencias eclesiásticas y políticas. Las Cortes tienen la competencia para regular los planes de instrucción pública; derechos de libertad de pensamiento, imprenta con limitaciones establecidas por ley.<sup>182</sup>
- Separación de poderes.- La Constitución establece una forma de gobierno a la que denomina “Monarquía moderada hereditaria”. Constituye un Ejecutivo compuesto por el Rey, un Legislativo en el que integra a las Cortes con el Rey, y un Judicial que aplica las leyes en las causas civiles y criminales compuesto por los tribunales establecidos por la ley.

---

<sup>182</sup> GARCÍA PALACIOS, Omar, “Aportes de las Cortes Generales y Extraordinarias de Cádiz y la Constitución de 1812 al Constitucionalismo Nicaragüense”, p. 2.

- Tratamiento del órgano legislativo.- Es unicameral, elige a sus miembros mediante sufragio con las características particulares de la época; destaca un procedimiento de elección, un Reglamento Interno para el gobierno de las Cámaras. se reconocen competencias para las Cortes. Se constituye un procedimiento para la formación de las leyes y de la sanción real: Iniciativa, trámite, aprobación, sanción y publicación.
- Tratamiento de los Tribunales y de la Administración de justicia en materia civil y criminal.- La Constitución dedica un apartado completo al tema. Los tribunales deben ser creados por ley, corresponde a los tribunales aplicar la ley. Existe una exclusividad de jurisdicción -monopolio de lo jurisdiccional- a los tribunales (art. 242, 245) en las materias civiles y criminales. Corresponde juzgar y ejecutar lo juzgado. Fuero único para toda clase de personas en los negocios comunes, civiles y criminales. Se reconoce un fuero militar particular (art. 250). La existencia de un Código Civil, criminal y de comercio único para toda la Monarquía. Existencia de un Supremo Tribunal de Justicia, los requisitos para ser magistrado y juez son reservados a la ley -Constitución introduce ciertos requisitos art. 251-. Se reconoce el derecho de acceder a la justicia formal pero también a otros mecanismos como el arbitraje (art. 280).
- Observancia de la Constitución.- Se encuentra en el artículo 372, en el que las competencias de la Corte dan cumplimiento de la misma; hay una prohibición de reforma hasta después de 8 años de vigencia.
- Elementos varios.- La Constitución trata sobre la organización territorial. Tratamiento sobre el ayuntamiento, el alcalde, etc. Además, la regulación sobre las fuerzas armadas también está presente en la Constitución (art. 356-365).<sup>183</sup>

El texto normativo tuvo bastante relevancia, pues se trata de un antecedente constitucional que no sólo tuvo una gran influencia legal en el país,

---

<sup>183</sup> *Ibíd.*, pp. 2-4.

sino una gran influencia europea. Por lo que ve a lo relativo a los delitos de armas de fuego, no se encontraba regulado delito alguno, pero si señalaba un aspecto legal, al prohibir que los electores acudiesen armados a las juntas parroquiales, en las que se establece el buscar un orden y paz en dichas juntas, pero no había reglamento alguno que diera seguimiento a dicho numeral, pero si resulta un antecedente de prevención del delito, que más adelante en la constitución de Apatzingán se retomara.

### **3. Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana de 1814**

Dicho decreto fue mejor conocido como la Constitución de Apatzingán de 1814, realizado por José María Morelos y Pavón en la ciudad de Apatzingán, Michoacán, el 22 de octubre de 1814, ya que todo movimiento revolucionario requería dar un fundamento a su lucha; dentro de los planes de los caudillos y de los dirigentes, se visualizó la creación de organismos que lograron estructurar y acomodar, el pensar y el sentir de su movimiento, además de dejar en claro las propuestas de cómo se desarrollarían los nuevos gobiernos, una vez que terminara la guerra.

Las naciones americanas, al lograr su Independencia, optaron por establecer un sistema representativo -con la excepción de Brasil- por el que los habitantes de cada región tuvieran la posibilidad de ostentar un cargo en la administración pública, así como en la promulgación de leyes y en impartición de justicia.<sup>184</sup>

El 22 de octubre de 1814, el Congreso, reunido en la ciudad de Apatzingán a causa de la persecución de las tropas de Calleja, promulgó la primera

Constitución de México, titulada Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana. Se basaba en los principios de la Constitución de Cádiz, aunque un tanto modificados, pues, a diferencia de la española, la de Apatzingán preveía la instauración del régimen republicano de gobierno y no sólo defendía el principio de la soberanía popular, sino también el derecho del pueblo a cambiar al gobierno según su voluntad. Se proclamaba la división de poderes: ejecutivo, legislativo y judicial, considerando como órgano supremo al Congreso, compuesto por 17 diputados de las provincias, con facultades legislativas, políticas y administrativas, entre las cuales estaba la de nombrar a los miembros del Gobierno –ejecutivo- que debía estar formado por tres personas, alternándose éstas en la Presidencia cada cuatro meses, y del Supremo Tribunal de Justicia –judicial- constituido por cinco personas. Se decretaba a la religión católica como única y proclamaba la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, la libertad de palabra y de prensa y la inviolabilidad del domicilio. La Constitución de Apatzingán se inspiró más en el modelo liberal-democrático de las Constituciones Francesa y española que en las ideas sociales y políticas de Morelos formuladas en el documento "Sentimientos de la Nación". Además de no proponer medidas para moderar la opulencia de los ricos y la indigencia de los pobres, punto central del pensamiento de Morelos, al depositar el poder ejecutivo en tres personas en vez de una, la Constitución de 1814 propiciaba la anarquía del movimiento insurgente que Morelos había tratado de evitar, y limitaba su papel como líder revolucionario, entorpeciendo su acción militar y política.<sup>185</sup>

Artículo 81 que a la letra dice: Ningún ciudadano podrá excusarse del encargo de elector de parroquia, ni se presentará con armas en la junta.

Dicho artículo venía en el capítulo cinco denominado “de las juntas electorales de parroquia”. En el capítulo en sí lo que se contiene es la elección de electores de las iglesias, no obstante que dicho artículo no cuenta con un proceso

---

<sup>184</sup> TORRE VILLAR, Ernesto, “*La Constitución de Apatzingán y los Creadores del Estado Mexicano*”, p.2

legislativo, pues de hecho esta ley nunca entró en vigor, si se demuestra someramente que busca la prevención del delito y el orden social, pues contiene la prohibición de que los electores se presenten con armas de fuego a las juntas parroquiales, lo cual viene a ser en las armas de fuego al menos un antecedente de prevención del delito, pues se buscaba que las juntas se realizaran en orden y en paz, para establecer una forma de gobierno en donde la religión católica fuera la oficial. El numeral es claro que fue prácticamente traspolado de la Constitución de Cádiz de 1812, pues la redacción es parecida y su fin es idéntico en el sentido subjetivo.<sup>186</sup>

#### **4. Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano**

En el reglamento se mencionaba en el motivo de su creación el siguiente: porque la constitución española es un código peculiar de la nación de que nos hemos emancipado; porque aun respecto de ella ha sido el origen y fomento de las horribles turbulencias y agitaciones políticas en que de presente se halla envuelta; porque la experiencia ha demostrado que sus disposiciones en general son inadaptables a nuestros intereses y costumbres, y especialmente, a nuestras circunstancias; y porque con tan sólidos fundamentos, el Emperador ha manifestado la urgentísima necesidad que tenemos de un reglamento propio para la administración, buen orden y seguridad interna y externa del Estado, mientras que se forma y sanciona la constitución política que ha de ser la base fundamental de nuestra felicidad y la suma de nuestros derechos sociales, la junta nacional instituyente acuerda sustituir a la expresada constitución al reglamento político.<sup>187</sup>

Dicho reglamento se le llamó Reglamento Provisional Político del Imperio

---

<sup>185</sup> *Ibidem*, p. 66.

<sup>186</sup> Se refiere a la intención de la ley, siendo en claro que era el mismo sentido el que tenían en lo relativo a las armas de fuego que era el prohibir que los electores acudieran armados a las juntas parroquiales.

<sup>187</sup> *Op. Cit.*, nota 178, p. 134.

Mexicano, expedido el 8 de diciembre de 1822 en la ciudad de México.

En el capítulo sexto de dicho reglamento y que se denominaba: “Del gobierno con la relación a las provincias y a los pueblos”; aparece el artículo 54: los jefes políticos exigirán de los ayuntamientos el cumplimiento exacto de sus obligaciones, detalladas en la instrucción de 23 de junio de 1813 para el gobierno económico político de las provincias, y vigilarán muy particularmente sobre el porte de armas prohibidas, embriaguez, riñas y tumultos.<sup>188</sup>

En algunas provincias donde se suscitaron enfrentamientos entre el intendente y el comandante militar por motivos de jurisdicción, casi siempre salían a relucir este tipo de textos legales.

Se aprecia que uno de los motivos de la ley era el buen orden y la seguridad interna y externa del país. Señalándonos que los jefes políticos vigilaran particularmente sobre el porte de armas prohibidas, tratándose de un numeral que procuraba el orden y la seguridad, pero sin que fuera delito y tratándose de una figura en blanco, puesto que no señala cuales son las armas prohibidas, aunque resulta claro que al menos en estas sí se encuentran las armas de fuego y las armas blancas.

---

<sup>188</sup>Op. Cit, nota 184, p.122.



## II. Constitución de 1824

El primer texto constitucional del Estado Mexicano, es la Constitución Federal de 1824, al carecer de una parte dogmática que incluyera una declaración de derechos fundamentales, no cuenta con ningún antecedente del artículo 10. Sin embargo, las necesidades determinaban que la legislación secundaria se encargara de reglamentar situaciones y actividades relacionadas con la seguridad y el orden, teniendo así algunos antecedentes.

Lo que comúnmente conocemos como “Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824”, no es precisamente un documento Constitucional”. Porque en ella el “Acta Constitutiva” y “Constitución” son semejantes, casi iguales de sus partes, difiriendo sólo por algunas, pero por su interrelación y similitud se han nombrado “Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824”. Quedando como la primer Constitución Federal Mexicana, con aspectos importantes como el de representar el *take off* despegue de México como país independiente en contraposición a las demás naciones soberanas, dejando atrás el pasado colonial que logró rendir por más de 300 años al imperio español, por ello el tránsito del *status* de colonia al de país independiente es uno de los mejores logros de la época de insurgente y revolucionaria del siglo XIX en México.<sup>189</sup>

En su momento, Hidalgo llegó al convencimiento de que no hay más alternativa que la violencia de las armas, cuando en la noche del 15 de septiembre de 1810, se dirige a Aldama y Allende, quitándose las ropas de dormir y vistiéndose ya para la guerra, exclama: “Caballeros, somos perdidos; aquí no hay

---

<sup>189</sup>TORRES MALDONADO, Eduardo José, et al, “Revolución y Constitución. Estudio Crítico de la Ingeniería Constitucional de las Cartas Magnas de 1824, 1857 y 1917 de México”, Revista alegatos número 75, p. 459.

más remedio que ir a coger gachupines”.<sup>190</sup>

En la Constitución Federal de octubre de 1824, y hasta cierto punto, en el Acta Constitutiva de la Federación de enero del mismo año. Quizá, como entiende Fix-Zamudio, la adopción de esta mezcla o combinación de instituciones para la tutela de las normas constitucionales responda a la falta de una clara comprensión de su alcance. El influjo norteamericano tañe al Poder Judicial Federal. El art. 18 del Acta Constitutiva disponía que la Federación, depositaba el ejercicio del Poder Judicial en una Corte Suprema de Justicia y en los Tribunales que se establecerán en cada Estado. El art. 123 de la Constitución, decía: “El poder judicial de la Federación residirá en una Corte Suprema de Justicia, en los tribunales de circuito y en los juzgados de distrito”. Es decir, que esta organización judicial federal se inspiraba en la organización judicial norteamericana que en desarrollo del art. 3º de la Constitución de 1787 estableciese la *Judiciary Act* de 1789, norma legal que fue fruto de prolongados y arduos debates en el verano de ese mismo año, entre los federalistas, que buscaban un sistema fuerte y completo de tribunales federales, y los anti federalistas, querían un sistema antagónico, que circunscribiera el sistema judicial federal a los márgenes más estrechos, como dice Pritchett, se saldó con una victoria limitada de los federalistas, optando la Ley por establecer dos niveles judiciales inferiores al Tribunal Supremo, los tribunales de distrito y los de circuito.<sup>191</sup>

El influjo español de la Constitución de Cádiz tiene presencia en la Carta Federal de 1824. Es paradigmático al efecto su art. 164, a cuyo tenor: “El Congreso dictará todas las leyes y decretos que crea conducentes, a fin de que se haga efectiva la responsabilidad de los que quebranten esta Constitución o la Acta constitutiva”. Así se establecería el papel del Congreso de dictar las leyes.

---

<sup>190</sup> *Ibidem*, p. 461

Tanto en la carta de 1814 –Apatzingán-, como en la constitución de 1824, se fundan capítulos correspondientes a la integración y facultades del Supremo Tribunal de Judicial, cuyas atribuciones fueron perfilándose paulatinamente.<sup>192</sup>

Por su parte, se dice que la recepción de modelos tan divergentes no condujo a una mixtura sino, lisa y llanamente, al predominio del modelo político de control, pues fue el Congreso de la Unión el órgano que, con apoyo en el mencionado art. 165 de la Carta Federal, terminó asumiendo todo el protagonismo, anulando, como recuerda la doctrina, 29 entre los años de 1827 y 1829, varias leyes expedidas por los órganos legislativos de las entidades federativas, esto principalmente por considerarlas contrarias a la Constitución federal.<sup>193</sup>

Finalmente podemos decir, que no obstante la Constitución Política y Jurídica constitucional de la independencia de México ante otras naciones, en el nivel nacional y de política interna, los avances son muy controvertibles toda vez que México se enfrascó, desde inicios del siglo XIX hasta 1857, en una primera brutal guerra civil fratricida que demostraba la incapacidad de unidad política para poder conformar y consolidar un verdadero proyecto nacional de, para y por los mexicanos. Las luchas civiles, despiadadas y sin clemencia entre los liberales -los cuales promulgaban una república federal, soberana, democrática, representativa y popular- y los conservadores -los que luchaban por un proyecto monárquico, oligárquico, elitista, centralista y no soberano-, impidieron la conformación de un gran Estado- Nación similar a los casos de Inglaterra, Francia y Estados Unidos.<sup>194</sup>

Algunos de los rubros más originales de la Constitución de 1824, es que no fue una copia literal de otras constituciones, se realizaron modificaciones creativas

---

<sup>191</sup> FERNÁNDEZ SEGRADO, Francisco, “*Los Orígenes del Control de la Constitucionalidad y del Juicio de Amparo en el Constitucionalismo Mexicano de la Primera Mitad del Siglo XIX. El impacto del voto particular de don Mariano Otero*”, pp. 72-74.

<sup>192</sup> LOZANO TOVAR, Eduardo, “*Centralismo, Federalismo y Política Criminológica Integral en México*”, p. 291.

<sup>193</sup> Op. Cit, nota 189, p. 75.

en los siguientes apartados: a) forma de gobierno; b) regulación de la división de poderes legislativo, ejecutivo y judicial; c) particularidades de los gobiernos de los Estados; d) articulación y reconocimiento de los derechos del hombre; vigencia del gobierno.<sup>195</sup>

Observándose así que en esta constitución no se observa artículo alguno que de motivo a la reglamentación de alguna ley de armas de fuego, así que no encontramos normatividad alguna, pero sí es importante su creación para las futuras leyes, ya que por primera vez se establece una constitución con la instauración del poder ejecutivo, judicial y legislativo, siendo este último quien se encargaría de crear las leyes y así teniendo un poder judicial para poder tener juicios justos, así que esta Constitución creó mayores garantías.

### **III. Bando del 7 de abril de 1824**

Nota a la declaración del gobierno que antecede: males y trastornos que sufre la tranquilidad pública con los abusos que se cometen "Excitado por el ministro de relaciones para remediar los graves males y trastornos que sufre la tranquilidad pública con los abusos que se cometen en la portación de armas, principalmente en los caminos, he resuelto, de conformidad con lo que sobre este punto me consultó el Consejo de Estado, se observen inviolablemente los artículos siguientes:<sup>196</sup>

"*Artículo 1.-* Si en la correspondiente licencia nadie puede aportar ninguna clase de armas, sean las que fueren, a excepción de las que deben usar algunos por razón de empleo o destino que ejerzan."<sup>197</sup>

---

<sup>194</sup> *Ibíd.*, pp. 459, 460.

<sup>195</sup> *Ídem.*

<sup>196</sup> VILLANUEVA, Ernesto et al, “*Seguridad, Armas de Fuego y Transparencia*”, p.126.

<sup>197</sup> *Ibíd.*, p. 127

"*Artículo 2.-* Esta prohibición debe entenderse para dentro y fuera de las ciudades y pueblos del distrito de este Estado.

"*Artículo 3.-* Los alcaldes de los Ayuntamientos de las respectivas poblaciones, podrán expedir estas licencias, haciéndolo precisamente por escrito, previo a la calificación que hagan de la buena conducta y honradez del que la solicitare.

"*Artículo 4.-* A los contraventores se les aplicará irreversiblemente la pena de cien pesos de multa o seis meses de obras públicas por la primera vez; doble cantidad o tiempo por la segunda, y por tercera además de aplicarles ésta, se les formará el correspondiente proceso por la autoridad competente, perdiendo todas las armas que portaren.<sup>198</sup>

"*Artículo 5.-* Los alcaldes y regidores, por sí y por medio de todos sus subalternos, celarán escrupulosamente el cumplimiento de estos artículos, en el seguro concepto de que exigiré a los apáticos la más severa cuenta por su omisión."<sup>199</sup>

Como se ha mencionado, estos bandos se dictaban sin proceso legislativo alguno, y en este caso lo que se trataba de observar era la seguridad de la población ante el abuso sobre todo de portación de armas de fuego, ya que se cometían muchos asaltos en los caminos, siendo este el principal motivo por el cual se hiciera esta reglamentación y así realizar la prevención de delitos no sólo el de asalto, el de robo, homicidio y lesiones.

---

<sup>198</sup> Ídem.

<sup>199</sup> Ídem.

#### IV. Bando del 11 de Septiembre de 1830

**Señalaba el mencionado bando: para que se recojan las armas y prendas de munición y se prohíba comprarlas o retomarlas:**

"Acreditando la experiencia que a pesar de las providencias que se han dictado para recoger las armas y otras prendas de munición, muchas personas las compran y conservan indebidamente, sin embargo, de las disposiciones que lo prohíben, es de absoluta necesidad tomar nuevas y más eficaces medidas para recogerlas con el doble objeto de reparar en lo posible la pérdida que ha sufrido la nación, y de evitar la perpetración de delitos y otros desórdenes.<sup>200</sup>

"Por lo mismo se observarán las prevenciones siguientes: "1a. Todas las personas que por razón de compra, empeño u otro motivo conserven indebidamente en su poder armas u otras prendas de munición, las entregarán sin falta dentro de tercero día en el gobierno del Distrito, bajo la multa de diez hasta cien pesos según las circunstancias.<sup>201</sup>

"2a. Se renueva la prohibición de comprar y recibir empeñadas armas u otras prendas de munición bajo la pena que señala el artículo anterior, y sin perjuicio de las demás a que hubiere lugar.<sup>202</sup>

"3a. Los armeros no podrán recibir las armas expresadas para componerlas, si no es la de los cuerpos del ejército, por conducto de sus respectivos jefes o comisionados para este efecto.<sup>203</sup>

"4a. Todas las personas que tuvieren noticia de que en contravención de los anteriores artículos se reciben y conservan armas y otras prendas de munición,

---

<sup>200</sup> Cámara de Diputados-Instituto Federal Electoral- Poder Judicial de la Federación, *"Derechos del Pueblo Mexicano, México, a través de sus Constituciones"*, p. 429.

<sup>201</sup> *Ibidem*, p. 430.

<sup>202</sup> *Op. Cit*, nota 196, p. 129.

<sup>203</sup> *Ídem*.

estarán obligadas a ponerlo en conocimiento del gobierno del Distrito para las providencias correspondientes:<sup>204</sup>

Es posible observar que se trata de una política de desarme que viene a ser netamente administrativa, ya que sólo se daba la multa en estos supuestos. Y así con esto resulta claro que lo que buscaba era la prevención del delito y de los abusos sociales, ante la incertidumbre política de aquellos días.

## **V. Bando del 23 de noviembre de 1835**

Este bando refiere sobre licencias para portar armas en el Distrito Federal y prohibición de portar lazo:

"Artículo 1.- Cesan de ser válidas todas las licencias concedidas hasta ahora en el Distrito para portar armas.<sup>205</sup>

"Artículo 2.- El que en lo sucesivo solicite licencia de esta especie, deberá presentar en este gobierno un papel de fianza firmada por dos o más personas conocidas y arraigadas en esta capital, que se obliguen a quedar responsables del uso que podrán hacer de las armas el que pretenda la licencia.<sup>206</sup>

"Artículo 3.- No se admitirá fianza ni responsabilidad de persona alguna que disfrute de fuero privilegiado de cualquier especie que sea.<sup>207</sup>

"Artículo 4.- El papel de fianza deberá, además, llevar el visto bueno de uno de los alcaldes constitucionales.

---

<sup>204</sup> Ídem.

<sup>205</sup> Op. Cit, nota 200, p. 431.

<sup>206</sup> Ídem.

<sup>207</sup> Op. Cit, nota 196, p. 130.

"Artículo 5.- Las licencias expresarán terminantemente las armas que se permiten.<sup>208</sup>

"Artículo 6.- No se dará ninguna licencia por encargo sino que deberá acudir a recogerla el mismo interesado, anotándose en ella la filiación de la persona.

"Artículo 7.- En la misma licencia constarán los nombres del alcalde que la hubiere visado y de las personas responsables.<sup>209</sup>

"Artículo 8.- No es válida ninguna licencia que tenga adiciones, correcciones o enmiendas, sean las que fueren.

"Artículo 9.- En caso de que la persona que obtenga la licencia haga mal uso de sus armas, cada uno de los que firmaron la fianza pagarán cien pesos de multa por la primera vez, doble cantidad por la segunda, y no volverá a admitírsele su responsabilidad: todo esto no obstante las demás penas a que por las leyes puedan haberse hecho acreedores.<sup>210</sup>

"Artículo 10.- La persona que usare armas sin licencia o diferentes de las permitidas o expresadas en ella, será aprehendida inmediatamente y juzgada como sospechosa; y si no resultare contra ella otro cargo que la portación ilícita de armas, perderá éstas y pagará, además, una multa de veinticinco pesos o sufrirá un mes de cárcel en caso de no poder pagarla.

"Artículo 11.- El producto de todas las multas mencionadas se destinará por ahora al pago de las tropas que compongan la guarnición de esta capital.

"Artículo 12.- A cualquier hora y en cualquier punto donde se perciba una persona con armas, podrá ser requerida por la autoridad, o por sus agentes, a fin de que manifieste la licencia necesaria para usarlas; y en caso de resistencia, sufrirá la pena que imponen las leyes al que resiste a la autoridad.

---

<sup>208</sup> Ídem.

<sup>209</sup> Ídem.

<sup>210</sup> *Ibidem*, p. 131.



"Artículo 13.- Queda absolutamente prohibida la portación de lazo dentro de la capital, y el que contravenga a esta disposición sufrirá las mismas penas establecidas en el artículo 10 anterior."<sup>211</sup>

El bando de igual forma viene a ser administrativo, no obstante que nos habla de que las personas que porten armas de fuego, serán sancionados por las leyes, recordemos que no hay alguna ley que tipifique éste tipo de conductas. Pone énfasis en las licencias de armas de fuego, así que lo que procuraba era un mayor control de las armas de fuego para un control y orden social.

## VI. Constitución de 1836

Por presión de los centralistas y sin fundamento legal, para convertirse en Congreso Constituyente fue que se emitió las llamadas Bases para la nueva Constitución que dan fin a la de 1824 y fundamentan la Constitución “dispersa”, fragmentada en “Siete Leyes Constitucionales” de 1836.

**En la primera ley**, integrada por quince artículos, se hace una completa declaración de derechos humanos, como el proceso judicial, debido al talento del principal autor de las leyes: Francisco Manuel Sánchez de Tagle. Muy cercanos a los consignados en la Constitución de Cádiz, con limitaciones concretas al Legislativo y al Ejecutivo y reglas específicas de administración de justicia. El derecho de ciudadanía se otorga sólo a quienes alcanzan un determinado ingreso anual.<sup>212</sup>

**La segunda ley**, se conforma de veintitrés artículos, crea la figura más controversial y emblemática de las Siete Leyes: el Supremo Poder Conservador,

---

<sup>211</sup> *Ibíd.*, p. 131.

<sup>212</sup> *Op. Cit.*, nota 189, p. 75.

inspirado en el Senado Conservador francés de la Constitución del Año VIII. Se le atribuyeron facultades que en su conjunto resultaron exorbitantes: declarar la nulidad de los actos de cualquiera de los otros tres Poderes cuando fueran contrarios a la Constitución, suspender a los mismos si amenazaban la paz pública y ordenar al Presidente la remoción de sus ministros. Se le erigió como intérprete de la voluntad popular por su simple declaratoria. Ejercía sus facultades a su criterio y sólo debía responsabilidad “a Dios y a la opinión pública”.<sup>213</sup>

**La tercera ley**, consta de cincuenta y ocho preceptos, deposita el Poder Legislativo en un Congreso integrado por dos Cámaras: la de diputados y la de senadores.

**La cuarta ley**, se compone de 34 artículos, estableció el Poder Ejecutivo presidencial. Dura ocho años en su cargo y puede ser reelecto. Es designado por los poderes establecidos. Tiene el veto suspensivo frente al Congreso.

**La quinta ley**, con 51 artículos, forma el Poder Judicial con una Corte central y tribunales departamentales a semejanza de la última organización de las audiencias coloniales. Constituye previsiones sobre administración de justicia que son en realidad derechos humanos en los procesos.

**La sexta ley** forma departamentos en lugar de los estados a cargo de gobernadores propuestos por las juntas departamentales. Las facultades de las juntas locales son considerables, lo que muestra el arraigo que, desde su creación por la Constitución de Cádiz, habían alcanzado las instituciones locales que el federalismo reconocía.

**La séptima ley** con sólo 6 artículos. Permitió al Congreso la posibilidad de resolver las dudas que suscitara la interpretación de normas constitucionales.

Las Siete Leyes no hacen referencia explícita sobre la portación o posesión

---

<sup>213</sup> Op. Cit, nota 191, p.134.

de armas de fuego y explosivos.<sup>214</sup> Ya que como se observará es hasta la Constitución de 1857 que aparece el artículo 10, donde por primera vez nos menciona en los derechos del hombre, sobre la portación y posesión de armas de fuego.

Esta Constitución tampoco hacía referencia al igual que la de 1824, respecto de la posesión o portación de armas de fuego, razón por la cual no se hace referencia alguna en este punto.

Durante el año de 1835 el Poder Legislativo desconoció al entonces Presidente de la República mexicana y se declaró investido de facultades de Poder Constituyente, mismo que tenía una mayoría de tendencia conservadora y que expidió las llamadas “Siete Leyes Constitucionales de 1836”, distinguiéndose esta Constitución por su carácter meramente centralista.

El sistema centralista de la Constitución Política de 1836 incomodaba a los partidarios del federalismo, es así, que en un movimiento armado sube Santa Anna al poder y pugna por la elaboración de las llamadas Bases Orgánicas de Tacubaya de 1843, por las cuales se reforma la Constitución vigente desde 1836, dándole al Presidente facultades casi absolutas para gobernar dentro de otro movimiento armado de los liberales, se consigue la abrogación de las Siete Leyes Constitucionales, poniéndose en vigor de nuevo a la Constitución de 1824: se convoca a un nuevo Congreso Constituyente, que se encarga de introducir reformas a dicha Constitución.

En el periodo de 1836 Santa Anna, elegido presidente tres años antes, promulgó una nueva Constitución que eliminaba todo vestigio de federalismo y el estado mexicano de Texas, que albergaba a 30,000 ciudadanos estadounidenses, solicitó el apoyo y protección de Estados Unidos. Santa Anna, al comando de su

---

<sup>214</sup> MIJANGOS Y GONZÁLEZ, Pablo, “*El Primer Constitucionalismo Conservador. La Siete Leyes de 1836*” Anuario Mexicano de Historia del Derecho por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, p. 50.

ejército, venció a los texanos ese año en el Álamo, pero fue vencido por fuerzas estadounidenses que lo apresaron y posteriormente liberaron a cambio de un rescate.

La Cuarta Constitución, aprobada el 2 de octubre de 1836, está constituida por las Siete Leyes que surgieron a causa de la pugna entre dos corrientes mayoritarias existentes en aquel tiempo: los liberales y los conservadores. Ambas corrientes ideológicas buscaban asumir el poder para conducir la república, al final se impuso la tendencia conservadora.<sup>215</sup>

La ley se dio más por una lucha de poderes que por un verdadero sentido dogmático y jurídico, siendo una de las razones por las cuales la normatividad se encuentra bastante dispersa y desarticulada, ya que no existió una sistematización para su creación.

## **VII. Constitución de 1857**

Los hombres que participaron en el gobierno emanado de la revolución de Ayutla pertenecían a una nueva generación que buscaba cortar de tajo con cualquier indicio del viejo régimen colonial. Anhelaban implantar instituciones modernas, representadas en un sistema republicano y democrático en donde la libertad y el derecho a la propiedad, al trabajo y a la empresa fueran las vías que llevaran al progreso, esto fue el resultado de una cruel y sangrienta guerra.<sup>216</sup>

La Constitución Política de la República Mexicana del 5 de febrero de 1857, es el primer documento político en México que reconoce y amplía una completa y detallada declaración de derechos fundamentales, por lo que se estableció en su artículo 10 que los hombres tienen derecho a poseer y portar armas para su

---

<sup>215</sup>Cfr. MARTÍNEZ CANTÚ, Héctor, “*La Seguridad Pública en México*”, p. 10,

<sup>216</sup> Se le llamo la guerra de los tres años.

seguridad y legítima defensa, así como también que sería la ley que señalaría cuáles son las armas prohibidas y las penas en que incurrirían los que las porten.<sup>217</sup> Este artículo fue tomado del artículo 6 del proyecto de la Constitución Política, fechado en la ciudad de México el 16 de junio de 1856.

Su aprobación provocó un largo debate, expresando sus impugnadores su temor de que se abusara de este derecho concedido de una manera absoluta y querían que el pueblo estuviese armado en defensa de sus derechos, pero en la Guardia Nacional.

Observamos que en la exposición de motivos del artículo 10 constitucional mencionó el diputado Zarco<sup>218</sup> sin oponerse a que todos los hombres anden armados en los caminos y a que en las fronteras todos puedan defenderse de los bárbaros, cree indigno que una nación civilizada que la Constitución declare que el poder público no puede amparar a los hombres y que éstos necesitan defenderse por sí mismos; y teme que en adelante ya no haya reyertas de palabras, sino que la menor disputa se decida en estocadas y a balazos y teme también que las fracciones que quieran extraviar al vulgo puedan hacer uso de este derecho.<sup>219</sup>

Se observa en la exposición de motivos cómo el diputado Zarco se oponía a dicho derecho, pues temía porque las personas no fueran civilizadas y optaran por las armas para arreglar los problemas, siendo un problema visto desde el punto de vista actual de política criminológica, puesto que se vería en peligro la prevención del delito.

En cuanto a los demás argumentos de los congresistas se observó lo siguiente:

---

<sup>217</sup> Op. Cit, nota 214, p. 103.

<sup>218</sup> Información obtenida en página web: [www.diputados.gob.mx](http://www.diputados.gob.mx). 12:00 hrs. 28-01-13.

<sup>219</sup> FERNÁNDEZ RUÍZ, Jorge, “*La Constitución de 1857*”, p. 159.

“El Sr. GARCIA GRANADOS no teme ningun (sic) mal, puesto que los ladrones ya están armados, y que se trata de armar á (sic) los que tienen que defenderse de ellos”.<sup>220</sup>

El Sr. PRIETO cree que los temores nacen de pura imaginacion (sic), que se trata del derecho natural, y que reglamentado este derecho por la ley, no hay que temer ningun (sic) abuso.<sup>221</sup>

El SR. CERQYEDA no se tranquiliza con estas explicaciones(sic)<sup>222</sup>.

El SR. RAMIREZ (sic) definiendo al hombre como un animal imperfecto, cree que las armas remedian el defecto de su debilidad, como las ciencias el de su ignorancia, como la moral el de su inclinacion(sic) á (sic) lo malo. Se opone á (sic) que se monopolice la fuerza, como se opone á (sic) que se monopolice la ciencia y la virtud, y propone como adición (sic) que se diga que todos los hombres tienen obligación de tener sus armas para el servicio público.<sup>223</sup>

El SR. MORENO acepta esta idea, pero no está por restricciones que puedan nulificar el derecho.

El SR. ARRIAGA comenta estensamente (sic) el artículo, nota que el proyecto da á (sic) los ciudadanos el derecho de pertenecer á la guardia nacional, no teme que las restricciones nulifiquen la ley, porque esta debe ser espedida (sic) por el congreso Cree conveniente que se declare cuáles son las armas prohibidas.

Sostiene el derecho de legítima defensa, y es por fin, el orador que con mejores razones y menos ecsageraciones (sic) defiende el artículo.<sup>224</sup>

---

<sup>220</sup> Ídem.

<sup>221</sup> Op. Cit, nota 196, p. 133.

<sup>222</sup> Ídem.

<sup>223</sup> ZARCO, Francisco, “*Historia del Congreso 1856-1857*”, p. 558.

<sup>224</sup> Ídem.

El SR. VILLALOBOS refuta los argumentos del Sr. Ramirez (sic), y observa que concebido el derecho con tanta latitud, el derecho de reunion (sic) y el electoral se ejercerán con las armas en la mano<sup>225</sup>.

El SR. CENDEJAS pronunció un estensísimo (sic) discurso, en que se mostró muy poco indulgente, no solo (sic) con los impugnadores, sino tambien (sic) con los defensores del artículo. Los primeros que hablan de policía y de leyes secundarias, desnaturalizan la cuestion (sic), la ven bajo un aspecto que no tiene, y no se remontan á (sic) lo que el orador llama filosofia (sic) del derecho constitucional. Entre los segundos el Sr. Ramirez (sic) no queda muy bien parado, pues aunque inició bien la cuestion (sic), como se permitió una que otra ironía, el Sr. Cendejas le echa en cara su falta de circunspeccion (sic) y el haberse apartado de la verdadera filosofia (sic). El orador se encumbra poco á (sic) poco á (sic) la region (sic) de las abstracciones, donde humildemente confesamos que no puede seguirlo ni nuestra inteligencia, ni nuestra pobre pluma de cronistas. Cree que se trata de la emancipacion (sic) del género humano, y en su entusiasmo compara el artículo 5.0 del proyecto en sus resultados morales, con los que en el mundo físico (sic) tuvo el descubrimiento de la América.<sup>226</sup>

Sostiene que en las sociedades modernas el hombre debe estar armado, se detiene en consideraciones filosóficas sobre lo que es un fusil, sobre las armas primitivas, que debieron ser las uñas y los dientes, y por fin llega á (sic) decir que los pueblos serán felices cuando no necesiten soldados que los protejan, un médicos que los curen, ni abogados que los defiendan, ni sacerdotes que los encomienden á (sic) Dios. El artículo se divide en partes y todavía (sic) sigue un debate muy reñido, en que fulgura el entusiasmo del Sr. Prieto, presentando notable contraste con las tranquilas objeciones del Sr. Ruiz. El Sr. Cendejas vuelve á (sic) la liza; se opone á toda restriccion (sic), quiere el derecho enteramente absoluto, y al fin entre su señoría y el Sr. Villalobos se entabla un

---

<sup>225</sup> Op. Cit, nota 196, p. 134.

vivo diálogo sobre si hay contradicciones en dar el derecho absoluto y en restringirlo para los actos electorales.<sup>227</sup>

Debemos añadir que en muchos discursos hubo el tecnicismo de las circunstancias, esto es, que se habló de puñales, dagas, espadas, sables, trabucos, tranchetes, verdugillos, rifles, pistolas, escopetas de viento, piedras, reatas, culebrinas, alabardas, tijeras, corta-plumas, navajas, estiletes y cuanto ha inventado la industria humana para destruir á (sic) los hombres ó para defenderlos, que es de lo que ayer se trataba.<sup>228</sup>

La primera parte del artículo fue (sic) aprobada por 67 votos contra 21, y la segunda por 58 contra 21. (Es el arto 10 de la constitución (sic)).<sup>229</sup>

La mesa anunció que el señor presidente nombraba para formar la cimision (sic) especial, que ha de revisar el Estatuto, a los Sres. Diaz (sic) Barriga, Zarco y Ramirez (sic) (D. Ignacio).<sup>230</sup>

"Por lo que se ve la reforma propuesta al artículo 10 constitucional coincide en el fondo con su antecedente de la Constitución de 1857, ya que ambas dejan a la ley federal y no a los reglamentos de policía como en la Constitución actual determinar los casos, condiciones, requisitos y lugares en que se podrá autorizar a los habitantes la portación de armas".<sup>231</sup>

"El aspecto concreto más trascendente en el proyecto del Ejecutivo, consiste en dejar vigente el derecho de los individuos a poseer armas en sus domicilios y dejar a una ley reglamentaria federal determinar los casos,

---

<sup>226</sup> Ídem.

<sup>227</sup> Ídem.

<sup>228</sup> Ídem.

<sup>229</sup> Ídem.

<sup>230</sup> *Ibidem*, p. 131.

<sup>231</sup> TENA RAMÍREZ, Felipe, “*Leyes Fundamentales de México*”, p. 480.



condiciones, requisitos y lugares en que se podrá autorizar la portación de armas.

...<sup>232</sup>

Cabe mencionar que aun contrariando lo establecido en dicha Constitución, nueve meses más tarde, en noviembre de 1857, el gobernador interino del Distrito Federal, general de brigada, Agustín C. Alcérrea, promulgó un bando de gobierno a través del cual se prohibía la portación de armas de fuego sin licencia.<sup>233</sup> Por lo tanto se puede decir que esa norma era anticonstitucional, pero no obstante lo anterior ese bando estuvo operando, pues recordemos que recién apenas comenzaba el orden legal, ante los órdenes de antaño en donde la ley era una lucha de poder.

El Congreso que elaborará la Constitución, tenía contradicción sobre facultar a los particulares para poseer y portar armas de fuego, ya que algunos mencionaban que la defensa correspondía a la guardia Nacional y que el poder público era capaz de amparar a los hombres y que éstos no necesitaban defenderse por sí mismos, también existía temor de que se hiciera mal uso de las armas,<sup>234</sup> sin embargo, fue más fuerte la postura de que los gobernados necesitaban de armas para su defensa.<sup>235</sup>

El 25 de diciembre de 1861 el presidente Benito Juárez promulgó un decreto a través del cual ordenaba a los habitantes de la República entregar, en un plazo máximo de tres días, todas las armas que tuvieran en su poder.<sup>236</sup> Dicho decreto se expidió en un momento crítico de la historia del país, ya que sólo unos días antes, el 31 de octubre, en la Convención de Londres se formó la alianza tripartita, entre los gobiernos de Inglaterra, Francia y España para exigir a México

---

<sup>232</sup> Op. Cit, nota 218, p. 89.

<sup>233</sup> Op. Cit, nota 173, p. 661.

<sup>234</sup> El diputado zarco fue el que más se opuso al derecho a poseer y portar armas de fuego, por el temor que se hiciera mal uso de ese derecho y hubiese crecimiento de los delitos.

<sup>235</sup> Op. Cit, nota 173, p. 663.

<sup>236</sup> Habiendo un problema de interpretación porque no se sabía cuales tipos de armas se podía poseer y portar y por otro lado el presidente lo que trataba era de aplicar una política de desarme para la prevención del delito.

el pago de sus deudas. El 23 de noviembre de ese mismo año, el congreso otorga a Juárez facultades extraordinarias para gobernar y preparase para la posible invasión extranjera.<sup>237</sup>

Al observar el contenido del artículo 10 Constitucional, es claro que se trata de una ley en blanco, ya que autoriza a los habitantes a portar y poseer armas de fuego, para su seguridad y legítima defensa, pero no establecía los lugares, los tipos de armas que podrían tenerse, dejando la reglamentación respectiva a la policía, lo cual nunca aconteció pues no hubo reglamento alguno en ese sentido, luego entonces al ser una ley en blanco y no preverse deja en duda qué armas pueden portarse y poseerse. En este ordenamiento se observa en cuanto a la política de prevención del delito se establece que los ciudadanos tengan el derecho de poseer y portar armas de fuego, para su propia seguridad y su defensa, es decir, para que no sean objetos del delito y así con esto evitar que sean víctimas del delito, por lo tanto en cierta forma la ley da al ciudadano cierta facultad para hacer las veces de policía ante la imposibilidad material que tiene el gobierno de vigilancia y garante de todos y cada uno de los domicilios.

### **VIII. Bando del 26 de Noviembre de 1857 Sobre la Portación de Armas**

"El C. Agustín Alcérreca, general de la brigada en jefe de la de su mando, y gobernador interino del Distrito, a sus habitantes, sabed: "Considerando que una de las primeras necesidades para la conservación de la tranquilidad pública, y seguridad individual es corregir el abuso que se ha notado por este gobierno de la portación de toda clase de armas sin la licencia respectiva, no obstante la multitud de privaciones que se han expedido, renovando la prohibición, y que no han sido

---

<sup>237</sup> Op. Cit, nota 219, p. 331.

derogadas ni por la costumbre ni por otras leyes en contrario, he tenido a bien decretar lo siguiente:<sup>238 239</sup>

"1. Ningún ciudadano podrá portar armas para su defensa sino previa licencia expedida por este gobierno con arreglo a lo prevenido en el bando del 24 de agosto de 1856.<sup>240</sup>

"2. Queda renovada la prohibición del uso del lazo dentro de las poblaciones, permitiéndoseles únicamente a los que por su ejercicio tengan necesidad de portarlo y esto previa la licencia de que habla el artículo anterior.<sup>241</sup>

"3. El que infringiere estas disposiciones, pagará el cuádruplo del importe de la licencia que debía de haber sacado, conforme a lo prevenido en la ley del 13 de febrero de 1857, publicada el 18 del mismo, o sufrirá un mes de prisión. "Y para que llegue a noticia de todos, mando se imprime y publique por mando fijándose en los parajes de costumbre y circulándose a quienes corresponda. México, noviembre 26 de 1857. Agustín Alcérreca. Manuel Romero, secretario."<sup>242</sup>

Se trata uno más de los bandos que fueron publicados y al igual tenía como fin el orden y la prevención del delito, por el abuso que se hacía tanto de la portación como del uso de armas de fuego en esas fechas, pero sólo se trataba de una medida administrativa que buscaba más el control, registro y prevención de la portación de armas de fuego, puesto que no había código penal alguno que tipificara este tipo de conductas.

---

<sup>238</sup> Op. Cit, nota 196, p. 136.

<sup>239</sup> Op. Cit, nota 200, p. 435.

<sup>240</sup> Op. Cit, nota 219, p.113.

<sup>241</sup> Ídem.

<sup>242</sup> Op. Cit, nota 196, p. 137.

## **IX. Circular de la Secretaría de Guerra Sobre la Libertad de Poseer y Portar Armas**

La circular se realizó en la ciudad de México el 14 de noviembre de 1861, la que mencionaba:

"El excelentísimo señor Presidente, que desea hacer efectivas todas las garantías y derechos que la Constitución da a los ciudadanos me manda prevenir a usted, para que a su vez lo haga con todas las autoridades y empleados que le están subordinados, se dé eficaz cumplimiento al artículo 10, sección primera de la expresada Carta Fundamental, que deja libertad a todo individuo de poseer y portar armas para su seguridad y legítima defensa."<sup>243</sup>

"En consecuencia, y sin que pueda por motivo alguno desarmarse a los ciudadanos pacíficos, y entregados a ocupación legal, sólo cuidará de recoger el armamento que conocidamente pertenece al ejército, y que siendo de la nación, no debe ni puede estar en poder de sus tropas o en sus almacenes."<sup>244</sup>

"Dios y Libertad, México, etc., Ortega."<sup>245</sup>

Esta circular procuraba dar cumplimiento a la Constitución para que sobre todo los bandos no prohibiesen ese derecho fundamental, siempre y cuando se tratase de las armas no reservadas a las fuerzas armadas del país. Esto ocurrió ya que los bandos regularmente prohibían la portación de cualquier arma de fuego y en ese sentido estos bandos eran anticonstitucionales.

---

<sup>243</sup> *Ibidem*, p. 138.

<sup>244</sup> *Ídem*.

## X. Decreto del 25 de Diciembre de 1861

En este decreto se ordena que se entreguen por los particulares las armas de munición que tuvieren "I: "El C. Benito Juárez, Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, a sus habitantes, hago saber:<sup>246</sup> "En uso de las amplias facultades con que me hallo investido, he tenido a bien decretar lo siguiente:<sup>247</sup>

*"Artículo 1.-* Todo habitante de la República que no esté legalmente empleado en el servicio militar, entregará en el perentorio término de tres días, después de publicado este decreto, al comandante militar del lugar donde resida, o en su falta a la primera civil, todas las armas que tenga en su poder y que puedan aplicarse al servicio del Ejército, conocidas con el nombre de munición".<sup>248</sup>

*"Artículo 2.-* Las armas de la clase referida que no pertenezcan a la nación y que existan para especular en poder de cualquier armero o comerciante nacional o extranjero, se entregarán en el propio término y en calidad de depósito, hasta que el interesado las enajene o se arregle con la autoridad para que se le satisfaga su importe.<sup>249</sup>

*"Artículo 3.-* Los particulares o comerciantes que tengan cualquier existencia de armas de uso particular, ya sean de fuego o blancas, de lujo o corrientes, presentarán en el mismo término una relación de su número, calidad y objeto con que las tengan.<sup>250</sup>

*"Artículo 4.-* El infractor de cualquiera de los artículos anteriores, si fuere mexicano, será considerado como traidor a la Patria y castigado con sujeción a las

---

<sup>245</sup> Ídem.

<sup>246</sup> Ídem.

<sup>247</sup> Op. Cit, nota 200, p. 145.

<sup>248</sup> Ídem.

<sup>249</sup> Ídem.

<sup>250</sup> Ibídem, p. 146

leyes militares: y si fuere extranjero, será expulsado inmediatamente del territorio nacional como pernicioso.<sup>251</sup>

"*Artículo 5.-* La autoridad civil o militar dará a la superioridad noticia pormenorizada de las armas que recoja y providencias que tome para la puntual ejecución de este decreto."<sup>252</sup>

"Por tanto, mando se imprima, publique, circule y se le dé el debido cumplimiento. Dado en el Palacio Nacional de México, a 28 de diciembre de 1861. Benito Juárez. Al C. general Pedro Hinojosa, Ministro de Guerra y Marina."<sup>253</sup>

"Y lo comunico a usted para su cumplimiento y fines consiguientes. "Libertad y Reforma, México, etcétera, Hinojosa."<sup>254</sup>

Este decreto a diferencia de los bandos, fue realizado por el presidente de la república, e igual que los bandos era totalmente una política de desarme para buscar un orden social, por los tantos delitos que se cometían y el desorden y abuso que existía de las armas de fuego, pero en este si se castiga como delito y se pide se apliquen las leyes militares, solo que al no encontrarse debidamente reglamentado en una ley y al existir el artículo 10 Constitucional no se dio el castigo de delito, al menos de manera formal y legal, puesto que en aquellos tiempos operaba la ilegalidad y el abuso de las autoridades al no haber un control legal.

## **XI. Ley del 31 de Enero de 1868**

:"*Artículo 10.-* Todo hombre tiene derecho de poseer y portar armas para su seguridad y legítima defensa. La ley señalará cuáles son las prohibidas y la pena en que incurrir los que las portaren".<sup>255 256</sup>

---

<sup>251</sup> Ídem.

<sup>252</sup> Ídem.

<sup>253</sup> Ídem.

<sup>254</sup> Ídem.

<sup>255</sup> Op. Cit, nota 196, p. 139.

En el numeral nuevamente se menciona el derecho fundamental a poseer y portar armas de fuego, para efectos de la defensa de los bienes particulares, ante la imposibilidad de que el gobierno ponga un policía a cada ciudadano para cuidarlo. Señalando que la ley señalaría cuales eran las armas prohibidas y la pena por portar las armas de fuego prohibidas, sin embargo, no existía ley alguna que reglamentara este artículo, por lo tanto no había sanción alguna, sólo había multas de carácter administrativo a lo mucho, pues en todo caso las conductas resultaban atípicas, al no ajustarse a ningún tipo penal.

## **XII. Bando de 29 de Enero de 1870**

"El C. Francisco A. Vélez, gobernador del Distrito Federal, a sus habitantes hace saber: "en cumplimiento de lo prevenido en el artículo 4° de la ley de 15 del corriente, publicada en 22 del mismo, he dispuesto expedir el siguiente reglamento sobre portación de armas.<sup>257</sup>

*"Artículo 1.-* Es prohibido el uso de las armas blancas, conocidas con el nombre de cortas.<sup>258</sup>

*"Artículo 2.-* Para la portación de las armas de uso lícito., se requiere la licencia de este gobierno, la cual se expedirá con el retrato del que la solicite, y previa la fianza de dos personas abonadas, a juicio del mismo gobierno.<sup>259</sup>

"Y para que llegue a noticia de todos, mando se imprima, publique y circule a quienes corresponda. México, enero 29 de 1870.<sup>260</sup>

---

<sup>256</sup> Op. Cit, nota 200, p. 246.

<sup>257</sup> Ídem.

<sup>258</sup> Op. Cit, nota 196, p. 139.

Francisco A. Vélez. Joaquín O. Pérez, secretario.<sup>261</sup>

Este reglamento sólo era aplicado en el distrito federal y básicamente tenía como fin el desarme, pero sobre todo el registro y control de las armas de fuego, ya que éste gobierno establecía un registro de armas de fuego y también buscaba el control de las armas blancas, para con este tener una prevención del delito y un orden.

### **XIII. Reglamento del 3 de Octubre de 1893 Sobre la Portación de Armas**

"Siendo necesario reprimir a todo trance los delitos contra las personas, especialmente los que se verifican debido al abuso del ejército del derecho que garantiza a los ciudadanos la libertad de poseer y portar armas para su seguridad y legítima defensa, he dispuesto, previa la aprobación superior: que entretanto se expide a la ley respectiva, se observen las siguientes disposiciones de policía y buen gobierno.<sup>262</sup>

*"Artículo 1.-* En el Distrito Federal todo hombre tiene derecho de poseer y portar armas para su seguridad y legítima defensa.<sup>263</sup>

*"Artículo 2.-* Para hacer uso de este derecho, se requiere: ser mayor de dieciocho años, autorización escrita expedida por la autoridad política del lugar del domicilio del interesado, con las estampillas a que se refiere la fracción uno de la tarifa de la Ley Federal del Timbre vigente, y llevar el arma a la vista.<sup>264</sup>

---

<sup>259</sup> Ídem.

<sup>260</sup> *Ibidem*, p. 140.

<sup>261</sup> Ídem.

<sup>262</sup> Ídem.

<sup>263</sup> *Op. Cit.*, nota 200, p. 429.

<sup>264</sup> Ídem.



"*Artículo 3.-* Esta autorización o licencia será válida tan sólo por un año, contando desde la fecha de su expedición.<sup>265</sup>

"*Artículo 4.-* Quedan exceptuados de esta obligación los individuos pertenecientes al Ejército y la Armada Nacional, así como los de la fuerza de seguridad y de policía en servicio activo, y los que desempeñen algún empleo o comisión fiscal o de interés público, si por razón de ellos tienen necesidad de portar armas.<sup>266</sup>

"*Artículo 5.-* Los que sin estar comprendidos en el artículo anterior, portasen alguna arma sin autorización o habiendo colocado ésta, incurrirán en la multa de uno a cien pesos o sufrirán, en caso de insolvencia, el arresto equivalente, y en todo caso se decomisarán las armas que se aprehendan.<sup>267</sup>

"*Artículo 6.-* Se considerarán como armas prohibidas, para los efectos de estas prevenciones, las envenenadas, las que arrojen proyectiles corrosivos o explosivos o sin producir detonación, y en general, todo instrumento punzante, cortante o contundente, que no pueda tener más objeto que la ofensa y sea de fácil ocultación por su forma o tamaño.<sup>268</sup>

"*Artículo 7.-* Las autoridades políticas a quienes se encomienda la expedición de las autorizaciones o licencias a que se refiere el artículo 2, tomarán razón pormenorizada de cada una de ellas en el registro que llevarán al efecto, asentando la filiación del interesado, quien dejará por duplicado su retrato fotográfico y satisfará la cuota de dos pesos por el permiso citado, así como para su renovación cuando ésta sea solicitada.<sup>269</sup>

---

<sup>265</sup> Ídem.

<sup>266</sup> Ídem.

<sup>267</sup> *Ibidem*, p. 230.

<sup>268</sup> *Op. Cit*, nota 196, p. 140.

<sup>269</sup> Ídem.

"Artículo 8.- No incurre en pena alguna el que porta algún instrumento de su oficio, aunque pueda emplearse como arma, siempre que lo lleve a la vista y precisamente para ejercer aquél.<sup>270</sup>

"Artículo 9.- Los prefectos políticos de los distritos impondrán las penas a que se refiere el artículo 5", con arreglo a la facultad que les concede el artículo 6° del reglamento del 25 de marzo de 1862, consignando a este gobierno al responsable, cuando en su concepto sea acreedor a mayor castigo.<sup>271</sup>

"Artículo 10.- Las demás infracciones serán penadas por el gobernador del Distrito, conforme a las circunstancias y con arreglo a sus facultades.<sup>272</sup>

"México, octubre 3 de 1893. Pedro Rincón Gallardo, Nicolás Islas y Bustamante, secretario."<sup>273</sup>

Este reglamento expedido por el gobierno del Distrito Federal, busca además del control, registro y sobre todo la expedición de las licencias para la portación de armas de fuego; una reglamentación al tan entonces controversial artículo 10 de la Constitución, en el cual al ser un derecho constitucional la portación y posesión de armas de fuego, ya que al no haber reglamentación a dicho numeral, se creaba un gran descontrol y abuso de éste artículo, al fin no había falta administrativa y por consecuencia multa, y mucho menos pena ni delito alguno.

---

<sup>270</sup> Ídem.

<sup>271</sup> *Ibidem*, p. 141.

<sup>272</sup> Ídem.

<sup>273</sup> Ídem.

#### **XIV. Bando del 4 de Febrero de 1871 Sobre la Prohibición de Portar Armas Sin Licencias**

"La facilidad con que en los tiempos anteriores se han conseguido licencias para portar armas,<sup>274</sup> ha hecho que éstas se hallen en manos de muchas personas que, lejos de inspirar confianza sobre la moderación y buen uso que deberían hacer de aquélla, la experiencia de las desgracias ocurridas dentro y fuera de esta capital, acredita de una manera indudable, cuando menos, la ligereza y poca discreción con que se han conseguido todos los permisos".<sup>275 276</sup>

Para remediar, pues, este abuso de tan funestas consecuencias, y que sólo puede llevar armas el ciudadano honrado y pacífico, que no hará otro uso de ellas que el que aconsejan la moderación y prudencia en el caso de una inevitable e innecesaria defensa, he creído conveniente acordar y mandar observar las prevenciones que siguen:<sup>277</sup>

1a. Quedan sin valor ni efecto las licencias de armas concedidas hasta aquí.<sup>278</sup>

2a. El gobernador del Distrito y los alcaldes del Excelentísimo Ayuntamiento de esta capital, podrán únicamente expedir licencias para portar armas, haciéndolo precisamente a personas conocidas y de notoria honradez, o bajo la responsabilidad de individuos de estas mismas circunstancias.<sup>279</sup>

3a. Las personas que portaren armas sin las correspondientes licencias, sufrirán las penas que señalan las disposiciones vigentes.<sup>280</sup>

---

<sup>274</sup> Era sumamente fácil tener licencia para portar armas de fuego, pues bastaba con registrarla, llevar dos testigos y dejar una fianza, sin más requisito alguno.

<sup>275</sup> Op. Cit, nota 200, p. 425.

<sup>276</sup> Op. Cit, nota 196, p. 129.

<sup>277</sup> Ídem.

<sup>278</sup> Ídem.

<sup>279</sup> Op. Cit, nota 196, p. 130.

<sup>280</sup> Ídem.

Los señores Alcaldes y Regidores, por sí y por medio de sus auxiliares y demás agentes de policía, velarán sobre el puntual cumplimiento de las prevenciones anteriores, sin permitir el menor disimulo.”<sup>281</sup>

Con este reglamento se procura un control de las armas de fuego, ante los múltiples accidentes y delitos cometidos por armas de fuego, y ante la facilidad de contar con su tenencia legítima es que se decide dejar sin efectos las licencias, para dejarle esta labor al gobernador y al alcalde, con el control de los regidores, pero sin embargo, se observa que además de esto, el único requisito que variaba es que la personas fueran conocidas y contaran con notoria honradez o bajo individuos de estas mismas circunstancias, así que esta política de prevención del delito tampoco funcionaría.

## **XV. Constitución de 1917**

Durante el periodo de 1910-1917, previo a la promulgación de la Constitución de 1917, existe en el país una interesante producción legislativa, esencialmente de normatividades de los Estados, donde comienza la discusión política y se expide y regula en la obra legislativa una serie de derechos sociales, gérmenes proactivos de lo que posteriormente configuraría el conjunto de derechos sociales de la Constitución de 1917, debatidos y aprobados por el Congreso constituyente de 1916-1917.<sup>282</sup>

Entre ellos el Artículo 10 de la Constitución de 1917, el cual se reprodujo del artículo 10 de la Constitución de 1857, con las adiciones propuestas en el artículo 10 del proyecto de Venustiano Carranza, cuyo texto fue el siguiente: Los habitantes de los Estados Unidos Mexicanos tienen libertad de poseer armas de

---

<sup>281</sup> Ídem.

<sup>282</sup> Op. Cit, nota 189, p. 474.

cualquier clase, para su seguridad y legítima defensa, hecha excepción de las prohibidas expresamente por la ley y de las que la Nación reserve para el uso exclusivo del Ejército, Armada y Guardia Nacional, pero no podrán portarlas en las poblaciones sin sujetarse a los reglamentos de policía.<sup>283</sup>

El numeral citado tiene preceptos correspondientes en las Constituciones de los países que a continuación se citan:

Colombia. Artículo 48. Sólo el Gobierno puede introducir, fabricar y poseer armas y municiones de guerra. Nadie podrá dentro del poblado llevar armas consigo sin permiso de la autoridad, este permiso no podrá extenderse a los casos de concurrencia a reuniones políticas, a elecciones o a sesiones de asambleas o corporaciones públicas, ya sea para actuar en ellas o para presentarlas.

Guatemala. Artículo 76. El derecho de portación de arma está regulado por la ley. No constituye delito o falta, la simple tenencia en el domicilio, de armas de uso personal, no comprendidas en las prohibiciones legales.

Honduras. Artículo 94. Nadie podrá tener o portar armas sin el permiso de la autoridad competente. La ley reglamentará esta disposición.

Artículo 7. Bill of Rigths. Los Lores espirituales y temporales, hoy reunidos en virtud de sus cartas y elecciones, que constituyen en conjunto la representación plena y libre de la nación y considerando seriamente los mejores medios declaran ante todo para asegurar sus antiguos derechos y libertades: que los súbditos protestantes pueden tener para su defensa armas, conforme a su condición y permitidas por la ley.<sup>284</sup>

El artículo 10 de la Constitución de 1917 concede a todos los habitantes de la república la libertad de poseer armas de cualquier clase, para su seguridad y legítima defensa. El precepto reserva a la ley secundaria determinar

---

<sup>283</sup> *Ibíd.*, p. 661.

expresamente las armas cuya posesión queda prohibida a los particulares, quienes también podrán detentar las que sean de uso exclusivo del Ejército, Armada y Guardia Nacional. La portación de armas en las poblaciones debe sujetarse a lo que dispongan los reglamentos de policía. Apreciándose dos garantías individuales distintas. La que concierne a la libertad de posesión de armas y la que atañe a la libertad de portación de las mismas.<sup>285</sup>

El artículo en mención sufrió posteriormente tan sólo una reforma, que fue publicada el 21 de octubre de 1971, la cual fue acompañada tres meses después, el 11 de enero de 1972, por la promulgación de la su ley reglamentaria, la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, y por su reglamento, el 4 de mayo de ese mismo año.<sup>286 287</sup>

Todo este cuerpo legislativo relativo a las armas de fuego, empezando por la reforma al artículo 10 Constitucional se debió a la necesidad que percibió la administración del presidente Luis Echeverría, de controlar de manera estricta la posesión y portación de armas, pues durante los primeros años de la década de los setenta surgieron distintos movimientos armados en el país, especialmente en algunos estados del sur.<sup>288</sup>

Así surgieron dos variantes fundamentales al texto constitucional original. La primera de estas consistió en constreñir el derecho de poseer armas en el domicilio de quien las posea. La segunda consistió en la modificación hecha al requisito para la portación de armas. De acuerdo con el texto original la única restricción consistía en que no podían portarse armas en las poblaciones sin sujetarse a los reglamentos de policía, el cambio como puede observarse fue el ampliar la condicionante para todo tipo de portación de armas y sujetarlo además,

---

<sup>284</sup> Op. Cit, nota 177, pp. 666, 667.

<sup>285</sup> Op. Cit, nota 70, p. 394.

<sup>286</sup> Op. Cit, nota 231, pp. 608. 933.

<sup>287</sup> Op. Cit, nota 196, p. 47.

<sup>288</sup> Tuvo gran relevancia el siniestro evento estudiantil de 1968, que resultara con un gran genocidio en la historia de México, pues se buscaba controlar las armas y que ni hubiese movimientos armados.

a la ley reglamentaria, y tan sólo a los reglamentos de policía.

Este segundo cambio tuvo una significación importante, puesto que gracias a él, la portación de armas sin licencia está tipificada y sancionada en el Código Penal para el Distrito Federal por los artículos 161 y 162, así como también se le menciona en la ley de la materia. De esta manera la portación de armas dejó de constituir una simple falta administrativa,<sup>289</sup> perfeccionando los mecanismos de control de esta actividad.<sup>290</sup>

El reglamento de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, aparece el 6 de mayo de 1972.<sup>291</sup> Las actividades deportivas de tiro o cacería están reguladas por las disposiciones citadas, aunque también tratándose de la cinegética, por la reglamentación expedida por la Secretaría del Medio Ambiente, Recursos Naturales y Pesca, de conformidad con el decreto de reformas de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal del 28 de diciembre de 1994.<sup>292</sup>

La reforma de 1971 fue de vital trascendencia para poder encuadrar el delito de portación de armas, previsto en la ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos,<sup>293</sup> así como para el entonces Código Penal para el Distrito Federal en materia del Fuero Común y para toda la República en materia del Fuero Federal, pues durante muchos años la Suprema Corte debatió el punto a través de numerosas tesis, por considerar que dicho delito era anticonstitucional,<sup>294</sup> pues la propia garantía del artículo 10 consagraba el derecho de portar armas con la única salvedad de tener que ajustarse a los reglamentos de policía en las poblaciones, y por ende, aun cuando se contrariara dicha disposición se estaba en presencia de

---

<sup>289</sup> Hasta ahora en todos los reglamentos, circulares y bandos no se establecía delito alguno, por lo tanto el incumplimiento de estos al portar de manera ilícita un arma de fuego, sólo tenía como consecuencia una multa administrativa, por lo tanto a los pobladores no les importaba mucho su incumplimiento y más al no establecer cultura alguna ni políticas sociales sobre armas de fuego.

<sup>290</sup> Op. Cit, nota 214, p. 102.

<sup>291</sup> Op. Cit, nota 215, p. 667.

<sup>292</sup> Op. Cit, nota 34, p. 11.

<sup>293</sup> Ídem.

<sup>294</sup> Op. Cit, nota 200, p. 104.

una falta administrativa, pero no de una conducta delictiva.<sup>295</sup>

Sirvieron para la realización de las garantías individuales la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789. Declaración Universal de los Derechos del Hombre, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, 10 de diciembre de 1948. Convención Europea para la salvaguarda de los Derechos del Hombre y las Libertades Fundamentales, suscrito en Roma, Italia el 4 de noviembre de 1950 y el protocolo adicional de este convenio firmado en París, Francia en marzo de 1952.<sup>296 297</sup>

Siendo la última reforma que se dio al artículo 10 Constitucional en el año de 1971, prevaleciendo hasta la fecha el texto de esa reforma.

Artículo 10 en la Constitución de 1917.

"Artículo 10. Los habitantes de los Estados Unidos Mexicanos tienen libertad de poseer armas de cualquiera clase para su seguridad y legítima defensa, hecha excepción de las prohibidas expresamente por la ley y de las que la nación reserve para el uso exclusivo del Ejército, Armada y Guardia Nacional; pero no podrán portarlas en las poblaciones sin sujetarse a los reglamentos de policía."

Artículo 10 en la Constitución actual:

“Artículo 10. Los habitantes de los Estados Unidos Mexicanos tienen derecho a poseer armas en su domicilio, para su seguridad y legítima defensa, con excepción de las prohibidas por la ley federal y de las reservadas para el uso exclusivo del Ejército, Armada, Fuerza Aérea y Guardia Nacional. La Ley Federal determinara los casos, condiciones, requisitos y lugares en que se podrá autorizar a los habitantes la portación de armas”. -Reformado en su integridad mediante

---

<sup>295</sup> Op. Cit, nota 135, p. 231.

<sup>296</sup> Op. Cit, nota 70, p. 395.



infausto decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 22 de octubre de 1971-.

Por lo que se observa que el "poseer y portar", tienen naturaleza y consecuencias diferentes, por ello se dio la reforma al artículo 10 constitucional, dando origen a la funesta Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, que se publicó en el Diario Oficial de la Federación, el 11 de enero de 1972,<sup>298</sup> en cuya Exposición de Motivos se reiteró el propósito del Constituyente Permanente de: **Sujetar la posesión y portación de armas en el país a las limitaciones exigidas por la paz y la tranquilidad de sus habitantes; evitar en lo posible los hechos de sangre y prevenir el pistoleroismo, el mal uso de las armas y asegurar el respeto a la vida y derechos de los demás.**

**Esta reforma logró establecer las condiciones y requisitos para autorizar la portación de armas; con la cual se pretendía proteger el temor a la inseguridad y a los abusos de quienes ponen en peligro a la sociedad; además de evitar el uso de armas con el ilícito de atentar contra la vida o el patrimonio de las personas.**

Durante el mandato del expresidente conocido como genocida Luis Echeverría Álvarez, tenía muchas más intenciones que las señaladas para imponer la reforma al artículo 10 Constitucional, algunas de ellas, podrían ser el temor a las influencias marxistas leninistas que aun bullían en México durante las décadas de los 60's y 70's.

Uno de los principales problemas sociales en la actualidad, son los de la inseguridad, lo que justifica una reconsideración y reforma al artículo 10 constitucional, además de justificar que se cuente con una Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos que refleje las necesidades actuales.

---

<sup>297</sup> Op. Cit, nota 214, p. 231.

<sup>298</sup> Ídem.

## XVI. Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos

Como ha quedado asentado la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos apareció por primera vez el 11 de enero de 1972 y su reglamento el 4 de mayo de ese mismo año,<sup>299</sup> eso primordialmente con la finalidad de especificar cuáles serían las conductas típicas respecto de los delitos relacionados con armas de fuego, ya que como se mencionó anteriormente no era posible que se diera el delito de portación y posesión de arma de fuego, ya que inclusive el artículo en el que se mencionaba el delito de portación de arma de fuego, después que la suprema corte debatió el punto a través de numerosas tesis, considerando que *dicho delito era anticonstitucional*. Sufriendo así la ley reformas posteriores en los años de 1974, 1985, 1989, 1993, 1994, 1995, 1998 y la última en el año 2003,<sup>300</sup> en todas estas únicas reformas lo único que se ha hecho es ampliar el catálogo de delitos, así como ampliar las penas con excepción de la última reforma, la cual trajo como consecuencia la disminución en las penas de los delitos de portación y posesión de armas de fuego del Uso Exclusivo del Ejército, Armada y Fuerza Aérea Nacionales, ya que anteriormente la pena en delito de portación de arma de fuego de las previstas en el artículo 11, incisos a), y b, de la ley, la pena menor era de cinco años, siendo ahora disminuida a sólo a tres años, dicha reforma se dio debido a que en sentencia definitiva ninguno de los sentenciados podía gozar de ningún beneficio en virtud que la pena menor para poder obtener algún beneficio era de cuatro años, lo que venía trayendo como consecuencia que todos los sentenciados o bien los procesados se sustrajeran de la acción de la justicia, en virtud de que paradójicamente este delito no era considerado como grave por el Código de Procedimientos Penales Federal y por consecuencia en su mayoría estos se encontraban gozando de su libertad provisional bajo caución, siendo actualmente aun así las penas demasiado elevadas y sin que en muchos casos se justifiquen sus penas por parte del derecho penal. Siendo las penas hasta antes

---

<sup>299</sup> Op. Cit, nota 34, p. 10.

<sup>300</sup> MADRIGAL, PEREYRA, Luis A. “Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos”, pp. 3-38.

de la reforma del 24 de diciembre del año de 1998, por lo que ve a los delitos de portación y posesión de armas de fuego, las siguientes:

Artículo 81.- Se sancionará con penas de dos a siete años de prisión y de cincuenta a doscientos días multa, a quien porte un arma de las comprendidas en los artículos 9 y 10 de esta Ley sin tener expedida la licencia correspondiente. En caso de que se porten dos o más armas, la pena correspondiente se aumentará hasta en dos terceras partes.

Artículo 83.- Al que sin el permiso correspondiente porte un arma de uso exclusivo del Ejército, Armada o Fuerza Aérea, se le sancionará:

I. Con prisión de tres meses a un año y de uno a diez días multa, cuando se trate de las armas comprendidas en el inciso i) del artículo 11 de esta Ley;

II. Con prisión de cinco a diez años y de cincuenta a doscientos días multa, cuando se trate de las armas comprendidas en los incisos a) y b) del artículo 11 de esta Ley, y

III. Con prisión de diez a quince años y de cien a quinientos días multa, cuando se trate de cualquiera de las otras armas comprendidas en el artículo 11 de esta Ley.

En caso de que se porten dos o más armas, la pena correspondiente se aumentará hasta en dos terceras partes.

Cuando tres o más personas, integrantes de un grupo, porten armas de las comprendidas en la fracción III del presente artículo, la pena correspondiente a cada una de ellas se aumentará al doble.

Artículo 83 Ter.- Al que sin el permiso correspondiente posea un arma de uso exclusivo del Ejército, Armada o Fuerza Aérea, se le sancionará:

I. Con prisión de tres meses a un año y de uno a diez días multa, cuando se trate de las armas comprendidas en el inciso i) del artículo 11 de esta Ley;

II. Con prisión de dos a siete años y de veinte a cien días multa, cuando se trate de las armas comprendidas en los incisos a) y b) del artículo 11 de esta Ley, y

III. Con prisión de cuatro a doce años y de cincuenta a doscientos días multa, cuando se trate de cualquiera de las otras armas comprendidas en el artículo 11 de esta Ley.<sup>301</sup>

A partir de 1972 como probable consecuencia de los movimientos estudiantiles de 1968, de 1971 y de la emergencia de focos de guerrilla en algunas zonas del país, el gobierno priista de Luis Echeverría Álvarez promovió y logró la aprobación de la actual Ley Federal de Armas de fuego y Explosivos, que restringe este derecho y lo hace sólo como una prerrogativa sólo ilusoria. Hoy paradójicamente para abrir boca se puede afirmar que la Ley Federal sólo permite poseer armas de fuego de calibres ineficaces para la contención de intrusos en los domicilios de las personas. Por el contrario, la policía, el ejército y los delincuentes sí cuentan con acceso a armas de fuego de calibres a partir de 9 milímetros que tienen, entre otras características, la capacidad de inmovilizar a un objetivo o intruso.<sup>302</sup> De manera absurda, suponiendo que se haya podido sortear el viacrucis burocrático, la persona de a pie que pudiera contar con el permiso de poseer un arma de fuego se va a encontrar con el hecho de que en México ni la PGR, la SEDENA o empresas privadas no imparten cursos de capacitación para el eficaz y adecuado uso de armas de fuego. Esto genera un estado de indefensión del ciudadano frente a las fuerzas del orden, del crimen organizado y del crimen común. Siendo preferible tener un arma de fuego y no necesitarla que necesitarla y no tenerla. En todo caso, se trata de un derecho, no de una obligación.

Por cuanto hace a las interrogantes comunes, por ejemplo, hay una que afirma que la educación es un problema y que los niveles de instrucción de los

---

<sup>301</sup> *Ibíd.*, pp. 24, 25.

<sup>302</sup> *Op. Cit.*, nota 196, pp. 110-123.

mexicanos harían que el ejercicio del derecho de posesión -y de portación que es igual de importante- generara un clima de violencia tal que haría que la anarquía se apoderara del país. En Estados Unidos, en 1950, con niveles de instrucción más bajos que el de los mexicanos del 2011, había mil por ciento más de armas de fuego legalmente obtenidas y no pasó absolutamente nada. El tema, pues, ha estado fuera del radar de la opinión pública y de la academia -entre el siglo XIX y el siglo XX sólo se han generado dos libros sobre el tema, con mayores descripciones legales de México que análisis y menos comparados- hoy el uso de las armas de fuego debe formar parte de la agenda de la discusión pública. Si no se asegura la vida, lo demás sería lo de menos.<sup>303</sup>

En cuanto a la última reforma que existió a finales del año 2003 y la cual fuera publicada en el diario oficial de la Federación el día 5 de noviembre de ese mismo año, donde se modificaron las penas previstas y sancionadas en los artículos 83, Fracciones II, y III y 83 Ter, Fracciones II, y III, de la ley, para quedar de la siguiente forma:

Artículo 83, Fracción I.- Con prisión de tres a diez años y cincuenta a doscientos días multa, cuando se trate de armas comprendidas en los incisos a) y b) de esta ley, y

III.- Con prisión de cuatro a quince años y de cien a quinientos días multa, cuando se trate de cualquiera de las armas comprendidas en el artículo 11 de esta ley.

Artículo 83 Ter, Fracción II.- Con prisión de uno a siete años y de veinte a cien días multa, cuando se trate de las armas comprendidas en el inciso a) y b) del artículo 11 de esta ley, y

III.- Con prisión de dos a doce años y de cincuenta a doscientos días multa, cuando se trate de cualquiera de las otras armas comprendidas en el artículo 11 de esta ley.

---

<sup>303</sup> Ídem.

Si observamos con estas últimas reformas lo que disminuyó fue la pena mínima en los delitos de portación y posesión de armas de fuego del uso exclusivo del ejército, pero la pena máxima sigue siendo la misma, las cuales de cualquier forma siguen siendo muy elevadas y sin que tengan justificación alguna, además que no se tocó por lo que ve a las penas respecto de la portación de armas de fuego sin licencia, las cuales resultan elevadas y en mucho de los casos ni siquiera se justifica la aplicación de la pena.

La experiencia demostró que el enfoque que orientó la creación de la Ley de Armas de Fuego y Explosivos de 1972, resultó ineficaz para frenar los índices de delincuencia con armas de fuego, pues el problema no radica en la cantidad de armas en posesión de particulares, sino en la ausencia de medidas legales y de políticas gubernamentales para prever y prevenir el uso indebido de las armas de fuego. En cambio, la posesión de armas debidamente autorizadas y, en consecuencia, registradas de modo fehaciente, contribuye a inhibir algunas de las prácticas delictivas relacionada con el uso de aquellas.

## **CAPÍTULO TERCERO**

### **MARCO LEGAL DE LAS ARMAS DE FUEGO**

#### **I. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos**

Bajo el supuesto de que toda carta local goza del principio de unicidad y permanencia y que a pesar de todas las modificaciones que se realicen, siempre se tratará del documento original expedido por la primer Asamblea Legislativa que se reunieran para la promulgación de la constitución de 1917, la cual estará

vigente mientras no se sustituya mediante una modificación total en el artículo que prevé el sistema de reformas,<sup>304</sup> en este caso nos referimos al artículo 10 Constitucional. Con respecto a este artículo, podemos encontrar que consagra a favor de toda persona la libertad de poseer armas para su seguridad y legítima defensa, esta consagración le da a la legítima defensa, una jerarquía excepcionalmente elevada, por el hecho de estar tutelada en el derecho primario;<sup>305</sup> también se puede decir que en México pertenece a un derecho humano protegido que corresponde al derecho de posesión y portación de armas de fuego. Este derecho fundamental al mismo tiempo está relacionado con los derechos humanos en México. En realidad el derecho de posesión y portación de armas de fuego para la legítima defensa proviene de los primeros años del siglo XIX en el país y su fundamento legal se puede encontrar en diversos instrumentos legales y claramente estipulados desde la Constitución de 1857. Durante el siglo XIX la portación de armas de fuego estuvo regulada a nivel municipal y estatal. No era una normativa federal, acaso por la influencia de los Estados Unidos y de los usos y costumbres de los mexicanos.<sup>306</sup>

La Constitución tiene el atributo de ser fundamental y lo es en verdad, debido a que es la base de todo el sistema normativo que rige en el país, pues establece los principios que regulan el pacto federal,<sup>307</sup> en este caso la Carta Magna, hace referencia de la portación y posesión de arma de fuego en su artículo 10, cuya narración es la siguiente: “*Los habitantes de los Estados Unidos Mexicanos tienen derecho a poseer armas en su domicilio, para su seguridad y legítima defensa, con excepción de las prohibidas por la Ley Federal y de las reservadas para el uso exclusivo del Ejército, Armada y Fuerza Aérea y Guardia Nacional. La Ley Federal determinará los casos, condiciones, requisitos y lugares*

---

<sup>304</sup> ARTEAGA NAVA, Elisur, “*Derecho Constitucional*”, p. 473.

<sup>305</sup> Op. Cit, nota 177, p. 35.

<sup>306</sup> Op. Cit, nota 196, p. 229.

<sup>307</sup> Op. Cit, nota 304, p.42

*en que podrá autorizar a los habitantes la portación de armas”.*<sup>308</sup>

Para Jellinek, las Constitución abarca principios jurídicos que ayudan a designar los órganos supremos del Estado, los modos de su creación, sus relaciones mutuas, fijan el círculo de su acción, y la situación de cada uno de ellos respecto del poder del Estado.<sup>309</sup> Es por ello que en noviembre de 1967 se presentó una iniciativa presidencial ante el Congreso de la Unión para modificar el artículo 10 Constitucional en el sentido de Federalizar el otorgamiento de autorizaciones para portar armas, pretendiéndose que la legislación Federal determinara los casos, condiciones, requisitos y lugares en que la portación pudiera ejercerse por los particulares.

La posesión de armas para que sea un derecho público subjetivo de todo gobernado, debe ejercerse en el domicilio de éste y tener por objeto su seguridad y legítima defensa, por ende la posesión de cualquier arma no prohibida que no pretenda el mencionado objeto, no es materia del derecho público subjetivo correspondiente; pero aunque en los términos estrictos del artículo 10 Constitucional la posesión de un arma en el domicilio del gobernado que no persiga el objeto mencionado, rebase los límites del derecho público subjetivo derivado de tal precepto, no por ello tal posesión deja de estar protegida constitucionalmente.<sup>310</sup>

Por otro lado, el artículo 10, también excluye del derecho público subjetivo posesorio sobre armas, a aquellas que se reserven para el uso exclusivo del *Ejército, Armada, Fuerza Aérea y Guardia Nacional*. No establece el propio precepto que esa reserva se consigne legalmente, por lo que no existe posibilidad de que los jefes de dichas corporaciones o el presidente de la República, en decretos o acuerdos, señalen las armas como materia de tal reserva, para que a

---

<sup>308</sup> Artículo vigente en la Constitución Política Federal de los Estados Unidos Mexicanos, con su última reforma publicado en el Diario Oficial de Federación el 22 de octubre de 1971.

<sup>309</sup> TENA RAMÍREZ, Felipe, “*Derecho Constitucional Mexicano*”, p. 22.

<sup>310</sup> Op. Cit, nota 70, p. 395.



virtud de éste señalamiento queden excluidas de la posesión jurídica particular, haciendo nugatorio el derecho subjetivo correspondiente.

Dicho numeral se considera a la portación de armas como derecho del gobernado, ya que este acto se encuentra sujeto al arbitrio de la autoridad, sujeción que elimina todo derecho subjetivo, puesto que éste no puede concebirse sin la obligación correlativa, la cual no la tienen los órganos del Estado en lo que a la portación de armas concierne. Sin embargo, si tal obligación no surge directamente del artículo 10 Constitucional, sí se consigna en cambio en la Ley Federal de Fuego y Explosivos.<sup>311</sup>

Es por ello, que esta ley obliga a la Secretaría de la Defensa Nacional a expedir licencias particulares para la portación de armas, cuando el interesado satisfaga los requisitos que el mismo ordenamiento consigna en los preceptos relativos.

Es por ello, que en México el artículo 10 Constitucional, recoge el derecho de poseer y portar armas, pero en realidad parte de tres supuestos: el primero relativo al reconocimiento del derecho subjetivo de los mexicanos para poseer armas, se refiere como resultado evidente, a la necesidad de los individuos para protegerse y defenderse en contra de cualquier agresión en contra de su vida, integridad o sus posesiones. Este supuesto cuenta dentro del Estado con un valor relativo, puesto que la seguridad de los individuos de una sociedad, corresponde a las instituciones de gobierno, debido a ello los individuos no tendrían que protegerse a ellos mismos.<sup>312</sup>

Hay que recordar que el propio artículo 17 de nuestra Constitución establece el principio de que ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho. Por lo anterior se debe de entender el derecho de poseer armas de fuego como un derecho de defensa y protección

---

<sup>311</sup> *Ibíd.*, p. 397.

<sup>312</sup> *Op. Cit.*, nota 66, pp. 98,99.

en caso extremo, pero jamás puede ser utilizado de otra manera, siendo el motivo por el cual se establecen requisitos límites, por ejemplo el hecho de que sólo pueden poseerse armas en el domicilio reconocido legalmente por los particulares, de que no sean las armas destinadas a la función estatal de seguridad pública y finalmente tratándose de la portación de éstas, se debe de acatar lo establecido en la ley respectiva a los casos, condiciones, requisitos y lugares en que esta portación es permitida.

Un segundo supuesto, es el reconocimiento, hasta cierto punto también obvio de que el Estado Constitucional moderno, como único detentador legítimo del uso de la fuerza, cuenta con el derecho absoluto de poseer armas, para el uso de sus instituciones de seguridad pública, refiriéndose al *Ejército, Armada, Fuerzas Aéreas y Guardia Nacional*. Cabe sin embargo mencionar que la Constitución a partir de las reformas hechas el 31 de diciembre de 1994, ya que incorporó el concepto de sistema de seguridad pública en el artículo 21, detallando qué instituciones forman parte de él y los mecanismos de coordinación que deben crearse entre autoridades Federales, Estatales y Municipales.<sup>313</sup>

El tercer caso se refiere a las excepciones, es decir, a portarlas, como sucede, por ejemplo con actividades deportivas, sea tiro o caza, o inclusive como necesariamente sucede con aquellos que profesionalmente se dedican a funciones relacionadas con la seguridad y el orden.<sup>314</sup>

Así en términos generales es posible afirmar que si este derecho subsiste a finales del presente siglo, no sólo se debe a que los gobiernos no sean capaces de brindar dicha seguridad de manera absoluta, sino también porque en ciertos Estados se ha optado por tener esquemas de participación del gobierno y de la sociedad, más aun tratándose de situaciones como pasa en la seguridad pública, en donde la imprevisibilidad y la incertidumbre impiden que la autoridad esté

---

<sup>313</sup> *Ibidem*, p. 100.

<sup>314</sup> *Ídem*.

siempre presente de manera oportuna.

En este supuesto, aun cuando el gobierno tiene a su cargo dicha función de protección, se faculta a los individuos a estar preparados para suplirse en caso de sufrir algún ataque o alguna agresión sin posibilidad de que la autoridad pueda acudir a su auxilio de manera inmediata, es decir, se faculta a los individuos a estar preparados para su autodefensa.<sup>315</sup>

A cualquier Estado le corresponde ver por la seguridad de sus habitantes, pero también debe de observar que la presencia y tráfico de armas no se convierta en un factor que propicie las actividades delictivas ni violencia, como ocurre en el caso de los Estados Unidos de Norteamérica. A partir de esta dualidad de intereses que el Estado debe resguardar, se entiende el uso que el Estado debe dar a las armas, ya que cierto tipo de estas serán las que se destinen para el uso de sus cuerpos armados y de seguridad y tan sólo las más sencillas podrán ser las utilizadas para que los particulares las tengan en su domicilio, o para que las utilicen de acuerdo con lo que estipula la ley, por ejemplo tratándose de actividades deportivas.

La posesión de armas también hace referencia al domicilio, en este sentido nos dice la constitución que *aquellas armas que no sean reservadas del Ejército, Armada, Fuerza Aérea y Guardia Nacional*, siendo por poder subjetivo otorgado por el Estado a sus gobernados, de igual forma se establece que la portación de armas se determinará conforme a la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, en la que se establecerá los casos, condiciones, requisitos y lugares en que la portación pudiera realizarse por los particulares.

Se puede argumentar, que la educación es un problema y que los niveles de instrucción de los mexicanos harían que el ejercicio del derecho de posesión -y de portación que es igual de importante- generara un clima de violencia tal que

---

<sup>315</sup> Ídem.

haría que la anarquía se apoderara del país. En Estados Unidos, en el año de 1950, con niveles de instrucción más bajos que el de los mexicanos en el año 2011, existían mil por ciento más de armas de fuego legalmente obtenidas y no pasó nada. Hoy el uso de las armas de fuego debe formar parte de la agenda de la discusión pública, ya que si no se asegura la vida, lo demás sería lo de menos.<sup>316</sup>

El reconocimiento del mencionado derecho subjetivo, se establece debido a la necesidad que el gobernado pueda protegerse y defenderse de cualquier agresión, ya que resulta claro que el Estado se encuentra incapaz de proteger a todos los particulares, ya que necesitaría ponerle un policía a cada uno para que cuidara de este, razón por la cual queda por demás justificada la posesión de armas, además de darse por política criminal.<sup>317</sup>

Pero es importante que tenga candados, porque por ejemplo, supongamos que se diera la apertura para que cualquier ciudadano pudiera conseguir un permiso para portar un arma de fuego, se encontraría con el hecho de que en México ni la PGR, ni la SEDENA o cualquier otra empresa privada, se dedican o imparten cursos de capacitación para el eficaz y adecuado uso de armas de fuego. Por otro lado, genera un estado de indefensión del ciudadano frente a las fuerzas del orden, del crimen organizado y del crimen común.

Por su parte, refiriéndonos a la parte de “*poseer un arma en su domicilio*” encontramos que existe el concepto de domicilio constitucionalmente no define bien lo que debe entenderse por *domicilio*, ni tampoco los requisitos que deben reunirse para el efecto de que los gobernados puedan ejercer el derecho de poseer armas para su defensa.<sup>318</sup>

---

<sup>316</sup> Op. Cit, nota 196, p. 308.

<sup>317</sup> *Ibidem*, pp. 301, 302.

<sup>318</sup> COSSIO DÍAZ, José Ramón, “*El Derecho de Usar Armas en México: Un Problema de Interpretación Constitucional*”, p. 298.

En la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, en los artículos 15 y 16, se asienta como domicilio, para efectos de la posesión de armas, aquel donde se encuentran los moradores -los que habitan o residen de asiento en un lugar-; donde las personas físicas tienen su lugar de residencia permanente para sí y sus familiares; donde se habite. Y más específicamente en el artículo 9 se refiere al lugar de residencia permanente o donde se habite, cuando define el concepto de domicilio. Es decir que el término de domicilio expuesto en el artículo 10 constitucional, es donde se encuentran las personas físicas donde habitan, en el que tienen su lugar de residencia permanente para sí y sus familiares.<sup>319</sup>

En una negociación de carácter mercantil no debe considerarse domicilio en términos del artículo 10 Constitucional. En este supuesto se debe partir de que los derechos fundamentales tienen un núcleo esencial que representa el ámbito intangible del derecho cuyo respeto se impone a las autoridades y a los particulares. Además existen técnicas jurídicas que auxilian al juzgador que constituye el núcleo esencial de un derecho fundamental. La jurisprudencia de intereses sostendría que el núcleo esencial del derecho fundamental es aquella parte de su contenido que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos.<sup>320</sup>

Se pretende conocer cuál es el contenido del derecho de los habitantes del país a poseer armas en su domicilio para su seguridad y legítima defensa. El interés protegido del mismo, es la posibilidad material de que los ciudadanos puedan velar, mediante determinadas armas de fuego, por su verdadera seguridad y legítima defensa; mientras que la Ley Federal de Armas y Explosivos y su Reglamento, es muy limitada en su definición de domicilio (artículo 9,15, 16 y 21).

---

<sup>319</sup> Ídem.

<sup>320</sup> *Ibidem*, p. 300.

La importancia de definir claramente el domicilio en este contexto, poniendo énfasis en los otros conceptos que constituyen los bienes e intereses tutelados en el artículo 10 constitucional son: la seguridad y la legítima defensa.<sup>321</sup>

## II. Tratados Internacionales

"Según la Consultoría Jurídica de la Secretaría de relaciones Exteriores, México ha firmado 20 tratados internacionales relativos a las armas hasta agosto de 2011. Sin embargo, dichos tratados versan principalmente sobre armas convencionales como artillería de alto calibre y armas láser cegadoras, así como armas de destrucción masiva."<sup>322</sup>

En relación con armas de fuego que pueden ser utilizadas para la legítima defensa, únicamente existen dos instrumentos: La Convención Interamericana Contra La Fabricación y El Tráfico Ilícitos De Armas De Fuego, Municiones, Explosivos y Otros Materiales Relacionados (CIFTA); y el Protocolo Contra La Fabricación y El Tráfico Ilícitos De Armas De Fuego, Sus Piezas Y Componentes Y Municiones se Complementa La Convención De Las Naciones Unidas Contra La Delincuencia Organizada Transnacional -Protocolos de Palermo-. De igual forma, México participa en el Programa de Acción para Prevenir, Combatir y Eliminar el Tráfico Ilícito de armas Pequeñas y Ligeras en todos sus aspectos.<sup>323 324</sup>

Actualmente la Asamblea General de la ONU se encuentra en los trabajos preparatorios para la implementación de un tratado sobre el comercio de armas convencionales.

Observándose que los tratados internacionales, no señalan nada con respecto a la posesión y portación de armas de fuego en cuanto derecho constitucional, ni

---

<sup>321</sup> *Ibidem*, p. 301.

<sup>322</sup> *Op. Cit*, nota 196, p. 97.

<sup>323</sup> *Ídem*.

<sup>324</sup> SÁNCHEZ, Georgina, “*Las Armas en México en la Cúspide del Volcán*”, p. 226.

sobre la legítima defensa, ni tampoco menciona nada sobre las penas en éste tipo de injustos penales.

Debido a nuestra cercanía con Estados Unidos, primer productor de armas de fuego a nivel internacional, existe gran movimiento ilícito de armas a través de nuestra frontera norte, lugar donde están ubicados múltiples negocios de venta de armas de fuego. Datos de la Agencia Federal de Alcohol, Tabaco, Armas de Fuego y Explosivos, indican que más del 90% de armas de fuego aseguradas en México provienen de Estados Unidos. Además, dicha agencia proporciona entrenamiento sobre el tráfico de armas a la policía de nuestro país, y de otros países como El Salvador.<sup>325</sup>

El 56% de Mexicanos declara que en sus comunidades circulan armas de fuego clandestinamente, y el 17% considera que el tráfico de armas es la principal amenaza a México proveniente del exterior. “La delincuencia organizada es la principal beneficiaria del tráfico de armas a nuestro país, aprovechándose de los cruces fronterizos informales para el transporte clandestino de las armas de fuego, normalmente adquiridas por ciudadanos norteamericanos o residentes permanentes a cambio de grandes sumas de dinero”.<sup>326 327</sup>

En 2010, se firmó un acuerdo entre el Centro de Investigación y Seguridad Nacional y la Oficina de Control de Alcohol, Tabaco, Armas de Fuego y Explosivos de EUA para elaborar un análisis de tráfico de armas hacia México. Los fallidos esfuerzos por regular el tráfico ilegal de armas de Estados Unidos hacia nuestro país se comprobaron con la fracasada operación Rápido y Furioso, implementada por la división en Phoenix de la Agencia Federal de Alcohol, Tabaco, Armas de Fuego y Explosivos. Esta operación permitió la compra ilegal de alrededor de 2000 armas de fuego y el tráfico de la mayoría de éstas hacia México con el objetivo de rastrear dichas armas y poder identificar y detener a sus compradores que se

---

<sup>325</sup> Op. Cit, nota 196, p. 64.

<sup>326</sup> Ídem.

presumía eran miembros de cárteles mexicanos. El rastreo de las armas resultó inefectivo y una gran cantidad fueron encontradas en escenas de homicidios en nuestra frontera norte.<sup>328</sup> Esta operación también resultó en la renuncia de dos importantes servidores públicos de la Agencia y demostró la corrupción de algunos otros empleados. Como consecuencia del descontento de la sociedad estadounidense por el manejo de la Agencia, se creó una organización civil llamada Clean Up ATF con la intención de mejorar el manejo de la Agencia y de denunciar los casos de corrupción.<sup>329 330</sup>

En cuanto a los instrumentos internacionales, observamos que todos ellos van dirigidos hacia el control de las armas y las amenazas que estas constituyen y buscando la prevención, así por ejemplo encontramos el tratado INTERAMERICANA CONTRA LA FABRICACIÓN Y EL TRÁFICO ILÍCITOS DE ARMAS DE FUEGO, MUNICIONES, EXPLOSIVOS Y OTROS MATERIALES RELACIONADOS, -Aprobada en la primera sesión plenaria celebrada el 13 de noviembre de 1997-, en el que se menciona que los estados partes consientes de la necesidad urgente de impedir, combatir y erradicar la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, municiones, explosivos y otros materiales relacionados, debido a los efectos nocivos de estas actividades para la seguridad de cada Estado y de la región en su conjunto, que ponen en riesgo el bienestar de los pueblos, su desarrollo social y económico y su derecho a vivir en paz.<sup>331</sup>

PREOCUPADOS por el incremento, a nivel internacional, de la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, municiones, explosivos y otros materiales relacionados y por la gravedad de los problemas que éstos ocasionan;<sup>332</sup>

---

<sup>327</sup> FLORES RICO, Carlos, “¿Es Posible Detener el Tráfico de Armas?”, p. 37.

<sup>328</sup> Ídem.

<sup>329</sup> Ídem.

<sup>330</sup> Op. Cit, nota 196, p. 64.

<sup>331</sup> ZINGERMAN, Gleb, “El Tráfico de Armas”, p. 120.

<sup>332</sup> Ídem.



REAFIRMANDO la prioridad para los Estados Partes de impedir, combatir y erradicar la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, municiones, explosivos y otros materiales relacionados, dada su vinculación con el narcotráfico, el terrorismo, la delincuencia transnacional organizada, las actividades mercenarias y otras conductas criminales;<sup>333</sup>

Por otra parte encontramos el **PROTOCOLO SOBRE ARMAS DE FUEGO**, en el que encontramos los siguientes Antecedentes:

La Asamblea General, en su resolución 53/111 de 9 de diciembre de 1998, estableció un Comité especial intergubernamental de composición abierta con la finalidad de elaborar una convención internacional amplia contra la delincuencia organizada transnacional y de desarrollar instrumentos internacionales que abordaran las múltiples dimensiones de la delincuencia organizada (A/55/383/Add.2 ).<sup>334</sup>

El Protocolo de la ONU contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones (Protocolo sobre armas de fuego), fue aprobado en la resolución 55/255 de la Asamblea General en 2001 y entró en vigor el 3 de junio de 2005. El Protocolo sobre armas de fuego constituye, hasta la fecha, el único instrumento mundial jurídicamente vinculante que aborda el problema de las armas pequeñas.<sup>335</sup>

Poco después de la aprobación del Protocolo sobre armas de fuego, el principal marco normativo de las Naciones Unidas para abordar la cuestión de las armas pequeñas y las armas ligeras se estableció con el Programa de Acción de las Naciones Unidas para prevenir, combatir y erradicar el tráfico ilícito de armas pequeñas y ligeras en todos sus aspectos. Este importante documento es

---

<sup>333</sup> Ídem.

<sup>334</sup> Información obtenida en página web: [www.oas.org/juridico/spanish/tratados](http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados). 12:00 hrs, 31-01-2013.

<sup>335</sup> Ídem.

resultado de un amplio estudio, realizado por un Grupo de Expertos Gubernamentales de las Naciones Unidas, que comenzó a finales de la década de 1990 después de la publicación del documento Suplemento de un Programa de Paz y culminó en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el tráfico ilícito de armas pequeñas y armas ligeras en todos sus aspectos de 2001. La aplicación del marco de políticas prevista por el Programa de Acción ha propiciado la negociación de otros acuerdos tanto a nivel regional como mundial.<sup>336 337</sup>

También encontramos el CENTRO REGIONAL DE LAS NACIONES UNIDAS, PARA LA PAZ, EL DESARME Y EL DESARROLLO EN AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE, el cual se encuentra conformado con el fin de dar asistencia para el diseño de políticas y la implementación de instrumentos internacionales

En estos instrumentos internacionales y regionales se incluyen : Programa de Acción de las Naciones Unidas para prevenir, combatir y erradicar el tráfico ilícito de armas pequeñas y ligeras en todos sus aspectos, el Protocolo contra la Fabricación y el tráfico ilícito de armas de fuego, sus piezas, componentes y municiones complementando la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y otros instrumentos relacionados - Protocolo de las Naciones Unidas relativo a las armas de fuego-, el Instrumento Internacional de Rastreo (IIR), y la Convención interamericana contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, municiones, explosivos y otros materiales relacionados (CIFTA), bien como otros instrumentos sub- regionales.

Por otra parte encontramos la CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EXAMINAR LOS PROGRESOS ALCANZADOS EN LA

---

<sup>336</sup> Ídem.

<sup>337</sup> Un ejemplo significativo es el Instrumento internacional de localización, un instrumento político aprobado por la Asamblea General el 8 de diciembre de 2005 que permite a los Estados identificar y rastrear, de forma oportuna y fidedigna, las armas pequeñas y las armas ligeras ilícitas.

EJECUCIÓN DEL PROGRAMA DE ACCIÓN PARA COMBATIR, PREVENIR Y ERRADICAR EL TRAFICO ILÍCITO DE ARMAS PEQUEÑAS Y LIGERAS EN TODOS SUS ASPECTOS (2006), en esta conferencia se observa cuál es la situación actual, de los países para crear programas futuros y afrontar los problemas planteados.

### **Situación en América Latina**

La creencia de que un arma puede servir para protección genera en **Argentina** dos muertes por día en hechos no policiales, accidentales o en peleas entre conocidos. Que resulte fácil obtenerlas revela que rige un paradigma equivocado en la legislación: debe avanzarse desde una normativa del “derecho” a poseer una indefinida cantidad de armas a otra que lo establezca claramente como el “privilegio” de tenerlas, frente una sociedad construida para vivir y dejar vivir y no para matar y dejar matar. La campaña de recolección y destrucción de armas del gobierno en Mendoza del año 2000 -3.000 armas y 8 mil municiones entregadas-, con apoyo de diversas organizaciones de la sociedad civil y la consecuente política de control integral de armas y municiones y de gestión de arsenales y depósitos, son ejemplos del camino a seguir. Las armas recolectadas fueron destruidas y convertidas en objetos de arte. Se conformaron redes de ONG por el desarme en el interior de Argentina y la Red Argentina para el Desarme; se creó la Coalición Latinoamericana para la Prevención de la Violencia Armada (CLAVE), como consecuencia de dos situaciones: el trabajo de las organizaciones sociales en cada rincón del continente y la respuesta a la realidad violenta de América Latina, al tope del ranking mundial de muertes por armas de fuego.<sup>338</sup>

**Bolivia** está convencida de que el problema es complejo y que requiere de acuerdos internacionales para dirigir el comercio ilícito de armas pequeñas y ligeras. Bolivia ha adoptado la iniciativa de una ley respecto a las municiones y explosivos, los principios de esta ley ahora son parte de la política estatal. Esta ley

---

<sup>338</sup> Centro de Información de Naciones Unidas de Buenos Aires.

mejorará mucho el control estatal sobre la operación, adquisición, posesión y uso de armas por los civiles. Bolivia es parte de la convención para la prohibición y restricción del uso de ciertas armas. Bolivia tiene planes para la ratificación del Protocolo Internacional de Armas de Fuego y Municiones, que complementa la Convención de la ONU contra el Crimen Organizado Transnacional.<sup>339</sup>

El Código Penal de **Cuba**, así como otras leyes, regulaciones y procedimientos, tienen elementos que aseguran los medios adecuados para enfrentar el crimen, la fabricación, la posesión, el apilamiento y el comercio ilícito de las armas pequeñas. El Código Penal también impone sanciones severas para quienes infrinjan en estos delitos, enfatizó que no existen intermediarios del comercio de armas en Cuba y el Estado controla todas las actividades trascendentes.

En Cuba no existe un exceso de armas así que el país no cuenta con un programa de destrucción, las únicas armas que se destruyen son aquellas ligeras que están en una condición pobre. En cuanto a la cooperación internacional, Cuba es un país miembro de la Policía Criminal Internacional –Interpol- y, entre otras cosas, ha albergado reuniones conjuntas de esta organización mundial. Cuba también ha participado en acontecimientos patrocinados por el Centro Regional de la ONU para la Paz, el desarme y el desarrollo en América Latina y el Caribe. Sobre todo, Cuba considera que mientras las armas pequeñas son una forma de defensa para la mayoría de los países, para otros pocos representan sólo una categoría de armas según arsenales militares vastos, que incluyen armas de destrucción masiva (ADM), así entonces, las decisiones de la Conferencia de Revisión se deben basar en los principios de la Carta, en especial aquéllos que se refieren a la soberanía, la no intervención y la autodeterminación.<sup>340</sup>

---

<sup>339</sup> Ídem.

<sup>340</sup> Ídem.

**México** enfrenta a nivel interno el problema del tráfico ilícito de las armas pequeñas y ligeras, y está plenamente consciente de la amenaza que representan a nivel regional y global. En este sentido, reiteramos nuestro total apoyo al proceso, y a su continuidad. Por ello, México insta a los Estados a acordar los mecanismos de seguimiento necesarios para revisar en forma periódica los avances y reunirse nuevamente a más tardar en 2011, en una Segunda Conferencia de Examen. No menos importante será impulsar el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional en la materia. Los controles en la posesión civil son un factor clave ya que la mayoría de las armas que circulan ilícitamente fueron alguna vez producto del comercio legal.

Para México, como para otros países que lo han referido en sus informes nacionales, estas armas caen en manos de la delincuencia común, delincuencia organizada e incluso de grupos terroristas, lo cual constituye una grave amenaza a la seguridad nacional, regional e internacional. Este trabajo ha incluido acciones legislativas y administrativas, la integración de un grupo intersecretarial para la atención del tema, la elaboración de estrategias de recolección de armas, la adopción de acuerdos bilaterales y una intensa participación en negociaciones multilaterales de instrumentos relativos a las armas pequeñas y ligeras. En el esfuerzo se han sumado distintos actores gubernamentales y se han emprendido acciones conjuntas con organizaciones de la sociedad civil, con buenos resultados.<sup>341</sup>

**Uruguay** ha ratificado, entre otros instrumentos regionales, la Convención Interamericana contra la Fabricación y Tráfico Ilegal de Armas Pequeñas. A nivel subregional, ha participado en los grupos de trabajo del MERCOSUR sobre armas de fuego, que llevaron a la aprobación de un Memorando Regional para el entendimiento del intercambio de información del tráfico ilegal de armas de fuego, municiones, explosivos y otros materiales relacionados.

---

<sup>341</sup> Ídem.

**Venezuela** ha aprobado varias leyes para controlar el comercio ilícito, incluyendo las leyes sobre armas, explosivos y las regulaciones pertinentes, la legislación jurídica de desarme para proteger y controlar los arsenales, los depósitos de armas y las municiones. En el 2005 el gobierno venezolano lanzó una campaña pública para evitar, combatir y eliminar el comercio ilícito de armas pequeñas. Venezuela también ha estado cumpliendo con los lineamientos establecidos en la Convención Interamericana contra la Fabricación Ilegal de Armas de Fuego, municiones, explosivos y otros materiales relacionados y ha participado en el Grupo de Trabajo de armas de fuego y municiones de MERCOSUR y los Estados Asociados.<sup>342</sup>

Encontramos que existe un gran problema mundial con el tráfico de armas de fuego, lo que ha motivado a la creación de diversos instrumentos internacionales, para evitarlo y básicamente en ese sentido son sus contenidos, apareciendo una gran problemática en México, como se mencionó en la conferencia; pero por otro lado lo cierto es que ningún tratado nos prohíbe la posesión y la portación de armas de fuego, lo que conlleva a un respecto hacia éste derecho fundamental que existe en el artículo 10 de la carta magna y tampoco hay lineamientos algunos a nivel internacional sobre la punibilidad de los delitos de portación y posesión de armas de fuego, sino sólo estrategias de desarme y control de armas de fuego.

---

<sup>342</sup> Ídem.

### **III. Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos y su Reglamento**

La Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, publicada por primera vez el 11 de enero de 1972 y reformada por última vez en el Diario Oficial de la Federación el 23 de enero del año 2004.<sup>343</sup>

Las cartas locales, en teoría, están para establecer un sistema normativo acorde con la constitución general, deben establecer un sistema cierto y claro, que permita un ejercicio legal del poder, un goce seguro de los derechos del hombre y del ciudadano.<sup>344</sup>

Después del año de 1972 como una posible consecuencia de los movimientos estudiantiles de 1968, de 1971 y de la emergencia de focos de guerrilla en algunas zonas del país, el gobierno priista de Luis Echeverría Álvarez promovió y logró la aprobación de la actual Ley Federal de Armas de fuego y Explosivos, publicada el 6 de mayo de 1972 y su última reforma fue publicada en el Diario Oficial de la Federación en enero de 2004.<sup>345</sup>

Esta Ley, menciona los casos, condiciones y requisitos que se deben cumplir para poseer un arma de fuego, a excepción de aquellas que se encuentren reservadas para el uso exclusivo del Ejército, Armada y Fuerza Aérea, sujetándose exclusivamente al lugar que se tenga señalado como domicilio; sin embargo, para preservar el Estado de Derecho y evitar la proliferación de las armas, el control de la posesión estará a cargo de la Secretaría de la Defensa Nacional.

---

<sup>343</sup> Documento vigente publicado también por la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión en México, por parte de la Secretaría General a través de la Secretaría de Servicios Parlamentarios, en su departamento Centro de Documentación, Información y Análisis.

<sup>344</sup> Op. Cit, nota 304, p. 472.

<sup>345</sup> Op. Cit, nota 34, p. 11.

Refiriéndonos a la posesión y portación de armas de fuego, podemos hacer referencia de las disposiciones, señaladas en su título segundo, capítulo primero en los artículos siguientes:

**Artículo 7o.-** *La posesión de toda arma de fuego deberá manifestarse a la Secretaría de la Defensa Nacional, para el efecto de su inscripción en el Registro Federal de Armas.*

**Artículo 9o.-** *Pueden poseerse o portarse, en los términos y con las limitaciones establecidas por esta Ley, armas de las características siguientes:*

*I.- Pistolas de funcionamiento semi-automático de calibre no superior al .380 (9mm.), quedando exceptuadas las pistolas calibres .38 Super y .38 Comando, y también en calibres 9 mm. las Mausser, Luger, Parabellum y Comando, así como los modelos similares del mismo calibre de las exceptuadas, de otras marcas.*

*II.- Revólveres en calibres no superiores al .38 Especial, quedando exceptuado el calibre .357 Magnum.*

*Los ejidatarios, comuneros y jornaleros del campo, fuera de las zonas urbanas, podrán poseer y portar con la sola manifestación, un arma de las ya mencionadas, o un rifle de calibre .22, o una escopeta de cualquier calibre, excepto de las de cañón de longitud inferior a 635 mm. (25), y las de calibre superior al 12 (.729 ó 18.5 mm.).*

*III.- Las que menciona el artículo 10 de esta Ley.*

*IV.- Las que integren colecciones de armas, en los términos de los artículos 21 y 22.*

El artículo 7 nos habla del registro de las armas de fuego, mismo que debe realizarse ante la SEDENA y los requisitos que se requieren para registrar un arma de fuego son: nombre, dirección, localidad, código postal, teléfono, lugar y fecha de nacimiento. Especificar tipo de arma, calibre, marca, modelo y número de



cartuchos. Presentar fotocopia de la cartilla liberada. En caso de ser extranjero, documentos que acrediten su estancia en el país, carta de trabajo especificando puesto, antigüedad y salario. Se pide la carta de no antecedentes penales. El solicitante deberá comprometerse a tener el arma en su domicilio y no portarla.<sup>346</sup>

347

Por otro lado el artículo 9 menciona claramente cuáles son los tipos de armas de fuego que no son reservadas para el uso exclusivo de las fuerzas armadas del país por lo tanto son estas las que de acuerdo a la constitución podrán poseerse en el domicilio.

Por su parte, el **artículo 10** de la legislación cita, *Las armas que podrán autorizarse a los deportistas de tiro o cacería, para poseer en su domicilio y portar con licencia, son las siguientes:*

*I.- Pistolas, revólveres y rifles calibre .22, de fuego circular.*

*II.- Pistolas de calibre .38 con fines de tiro olímpico o de competencia.*

*III.- Escopetas en todos sus calibres y modelos, excepto las de cañón de longitud inferior a 635 mm. (25), y las de calibre superior al 12 (.729 o 18. 5 mm.).*

*IV.- Escopetas de 3 cañones en los calibres autorizados en la fracción anterior, con un cañón para cartuchos metálicos de distinto calibre.*

*V.- Rifles de alto poder, de repetición o de funcionamiento semi-automático, no convertibles en automáticos, con la excepción de carabinas calibre, 30, fusil, mosquetones y carabinas calibre .223, 7 y 7. 62 mm. y fusiles Garand calibre .30.*

---

<sup>346</sup> *Ibíd*em, p. 153.

<sup>347</sup> Ya que lo que se autoriza de acuerdo a la constitución es la posesión de armas de fuego, por ser un derecho fundamental, más no la portación.

*VI.- Rifles de alto poder de calibres superiores a los señalados en el inciso anterior, con permiso especial para su empleo en el extranjero, en cacería de piezas mayores no existentes en la fauna nacional.*

*VII.- Las demás armas de características deportivas de acuerdo con las normas legales de cacería, aplicables por las Secretarías de Estado u Organismos que tengan injerencia, así como los reglamentos nacionales e internacionales para tiro de competencia.*

A las personas que practiquen el deporte de la charrería podrá autorizárseles revólveres de mayor calibre que el de los señalados en el artículo 9o. de ésta Ley, únicamente como complemento del atuendo charro, debiendo llevarlos descargados.

**Artículo 10 Bis.-** La posesión de cartuchos correspondientes a las armas que pueden poseerse o portarse se limitará a las cantidades que se establecen en el artículo 50 de esta Ley, por cada arma manifestada en el Registro Federal de Armas.

El numeral 10 nos habla de excluyentes del delito, ya que se excluye del delito a los deportistas de tiro o cacería y en la actividad de la charrería, por lo tanto estas actividades no son antijurídicas, especificándose además el tipo de armas que podrán portar o poseer para sus actividades.

**Artículo 11.-** Las armas, municiones y materia para el uso exclusivo del Ejército, Armada y Fuerza Aérea, son las siguientes:

- a).- Revólveres calibre .357 Magnum y los superiores a .38 Especial.
- b).- Pistolas calibre 9 mm. Parabellum, Luger y similares, las .38 Super y Comando, y las de calibres superiores.
- c).- Fusiles, mosquetones, carabinas y tercerolas en calibre .223, 7 mm., 7.62 mm. y carabinas calibre .30 en todos sus modelos.

**d).**- Pistolas, carabinas y fusiles con sistema de ráfaga, sub-ametralladoras, metralletas y ametralladoras en todos sus calibres.

**e).**- Escopetas con cañón de longitud inferior a 635 mm. (25), las de calibre superior al 12 (.729 ó 18. 5 mm) y las lanzagases, con excepción de las de uso industrial.

**f).**- Municiones para las armas anteriores y cartuchos con artificios especiales como trazadores, incendiarios, perforantes, fumígenos, expansivos de gases y los cargados con postas superiores al 00 (.84 cms. de diámetro) para escopeta.

**g).**- Cañones, piezas de artillería, morteros y carros de combate con sus aditamentos, accesorios, proyectiles y municiones.

**h).**- Proyectiles-cohete, torpedos, granadas, bombas, minas, cargas de profundidad, lanzallamas y similares, así como los aparatos, artificios y máquinas para su lanzamiento.

**i).**- Bayonetas, sables y lanzas.

**j).**- Navíos, submarinos, embarcaciones e hidroaviones para la guerra naval y su armamento.

**k).**- Aeronaves de guerra y su armamento.

**l).**- Artificios de guerra, gases y substancias químicas de aplicación exclusivamente militar, y los ingenios diversos para su uso por las fuerzas armadas.

En general, todas las armas, municiones y materiales destinados exclusivamente para la guerra.

Las de este destino, mediante la justificación de la necesidad, podrán autorizarse por la Secretaría de la Defensa Nacional, individualmente o como

corporación, a quienes desempeñen empleos o cargos de la Federación, del Distrito Federal, de los Estados o de los Municipios.

El numeral 11 nos menciona las armas de fuego que son del uso exclusivo del ejército, armada y fuerza aérea nacionales y de las cuales por lo tanto se excluyen de su posesión como derecho fundamental, por ser reservadas a las fuerzas armadas del país.

En cuanto a la posesión de armas de fuego en el domicilio, se encuentra en los siguientes artículos:

**Artículo 15.-** *En el domicilio se podrán poseer armas para la seguridad y defensa legítima de sus moradores. Su posesión impone el deber de manifestarlas a la Secretaría de la Defensa Nacional, para su registro.*

*Por cada arma se extenderá constancia de su registro.*

**Artículo 16.-** *Para los efectos del control de la posesión de armas, las personas físicas deben manifestar, un único domicilio de residencia permanente para sí y sus familiares.*

**Artículo 17.-** Toda persona que adquiriera una o más armas, está obligada a manifestarlo a la Secretaría de la Defensa Nacional en un plazo de treinta días. La manifestación se hará por escrito, indicando, marca, calibre, modelo y matrícula si la tuviera.

Los artículos 18, 19, 20 y 21 se refieren a la posesión de armas, la cual puede realizarse por servidores públicos federales, los clubes, asociaciones de deportistas de tiro y cacería, así como los museos, los coleccionistas, pero de todas deberá forzosamente constar un registro.

Lamentablemente hoy día la delincuencia organizada ha hecho mal uso de este artículo, ya que no se cuenta con los registros de las armas de fuego que circulan de manera ilícita en el país, además de que la sedena no cuenta con una

base de datos confiable de registro de armas de fuego, lo que permite un mal uso y abuso de las armas de fuego.

En cuanto a los casos, condiciones, requisitos y lugares para la portación de armas, se localizan en el capítulo tercero de esta ley, la cual se describe en los artículos que a continuación se mencionan:

**Artículo 24.-** Para portar armas se requiere la licencia respectiva.

Los miembros del Ejército, Armada y Fuerza Aérea quedan exceptuados de lo anterior, en los casos y condiciones que señalen las leyes y reglamentos aplicables.

Los integrantes de las instituciones policiales, federales, estatales, del Distrito Federal y municipales, así como de los servicios privados de seguridad, podrán portar armas en los casos, condiciones y requisitos que establecen la presente ley y las demás disposiciones legales aplicables.

**Artículo 25.-** Las licencias para la portación de armas serán de dos clases:

- I.- Particulares; que deberán revalidarse cada dos años, y
- II.- Oficiales, que tendrán validez mientras se desempeñe el cargo o empleo que las motivó.

**Artículo 26.-** Las licencias particulares para la portación de armas serán individuales para personas físicas, o colectivas para las morales, y podrán expedirse cuando se cumplan los requisitos siguientes:

- I. En el caso de personas físicas:
  - A. Tener un modo honesto de vivir;
  - B. Haber cumplido, los obligados, con el Servicio Militar Nacional;
  - C. No tener impedimento físico o mental para el manejo de las armas;
  - D. No haber sido condenado por delito cometido con el empleo de armas;
  - E. No consumir drogas, enervantes o psicotrópicos, y

**F.** Acreditar, a criterio de la Secretaría de la Defensa Nacional, la necesidad de portar armas por:

- a)** La naturaleza de su ocupación o empleo; o
- b)** Las circunstancias especiales del lugar en que viva, o
- c)** Cualquier otro motivo justificado.

También podrán expedirse licencias particulares, por una o varias armas, para actividades deportivas, de tiro o cacería, sólo si los interesados son miembros de algún club o asociación registrados y cumplan con los requisitos señalados en los primeros cinco incisos de esta fracción.

**II.** En el caso de personas morales:

**A.** Estar constituidas conforme a las leyes mexicanas.

**B.** Tratándose de servicios privados de seguridad:

- a)** Contar con la autorización para funcionar como servicio privado de seguridad, y
- b)** Contar con la opinión favorable de la Secretaría de Gobernación sobre la justificación de la necesidad de la portación del armamento, y los límites en número y características de las armas, así como lugares de utilización.

**C.** Tratándose de otras personas morales, cuando por sus circunstancias especiales lo ameriten, a juicio de la Secretaría de la Defensa Nacional, para servicios internos de seguridad y protección de sus instalaciones; ajustándose a las prescripciones, controles y supervisión que determine la propia Secretaría.

**D.** Acreditar que quienes portarán armas cumplen con lo previsto en los primeros cinco incisos de la fracción I anterior.

Previa autorización de la Secretaría de la Defensa Nacional, los titulares de las licencias colectivas, expedirán credenciales foliadas de identificación

personal, que contendrán los datos de la licencia colectiva y se renovarán semestralmente.

El término para expedir las licencias particulares y colectivas será de cincuenta días hábiles, contados a partir de que se presenta la solicitud correspondiente.

Se pueden observar algunos problemas en las denominaciones que hace la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, existe una casuística muy excesiva, ya que por momentos al ser tan detallada provoca muchos problemas que pretende resolver, por ejemplo: Para iniciar vemos que se hace una clara diferenciación entre una PISTOLA y un REVÓLVER. En efecto se trata de tipos de armas de fuego que si bien sirven para lo mismo –lanzar proyectiles aprovechando la fuerza de los gases que se generan durante la deflagración de la pólvora- cada una lo hace de manera distinta, la diferencia específica consiste en que la pistola cuenta con un cargador para alojar los cartuchos, que comúnmente se sitúan dentro de la cacha, una corredera y un carro, accionados por un resorte recuperador, permiten el funcionamiento, pues de lo que se trata es que el arma se prepare una sola vez y luego baste con accionar el disparador para producir los disparos hasta terminar con la carga; mientras que la diferencia específica de un revólver consiste en que el arma no tiene una recámara sino varias, las cuales se localizan en un tambor o cilindro colocado de tal manera que al accionar el llamador -mal llamado gatillo-, el cilindro gira y alinea una recámara con el cañón preparado, así el arma para efectuar el disparo.<sup>348</sup>

También se puede observar que nuestro concepto de delito no contiene armas de fuego ni explosivos debidos a que ninguna de las armas que contiene utiliza

---

<sup>348</sup> ORTIZ YÁÑEZ, Baltazar, “*Un Análisis de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos en cuanto a las armas permitidas a los ciudadanos y las reservadas para uso exclusivo de las fuerzas armadas del país*”, pp. 7, 8.

algún tipo de detonador y mucho menos son explosivos. Esto lo podemos explicar mejor a través de un mapa conceptual que nos ayude a identificar el porqué de cada elemento, como se describe enseguida:

**1. Por la Conducta: De Acción.-** Esto debido a que el tipo requiere que el sujeto activo realice una conducta que es portar el arma.<sup>349</sup>

**2. Por su resultado: Formal.-** Esto porque la conducta que exige el tipo no requiere que exista un cambio en el mundo exterior de manera real.

**3. Por el daño que causan: Peligro.-** Porque pone en riesgo el Bien Jurídico tutelado no lo daña ni disminuye, siendo de peligro en abstracto.

**4. Por su duración: Instantáneo.-** Se consuma en un sólo momento, y en el mismo momento de su realización.

**5. Por el Elemento Interno: Doloso.-** Porque la portación de un arma no puede desconocerse.<sup>350</sup>

**6. Por su estructura: Simple.-** Porque solamente pone en riesgo un bien jurídico.

**7. Por el número de actos: Unisubsistente.-** Sólo requiere de un acto para consumarse.

**8. Por el número de sujetos: Unisubjetivo.-** No requiere que el delito se realice por más de una persona, uno solo puede configurarlo.

**9. Por su forma de Persecución: De Oficio.-** Ya que el delito no menciona ser de querrela, en ese caso se trata de un delito de oficio.

**10. Por su materia: Federal.-** Es Federal debido a que el delito se encuentra en una Ley Especial de tipo Federal.

**11. Objeto Material: Armas.-** Debido a que el delito recae sobre la portación de las Armas, pensando en estas como un ente abstracto que reciente el delito.

---

<sup>349</sup> Por lo tanto el delito no admite la omisión ya que solamente puede realizarse mediante la acción.

<sup>350</sup> Se tiene que tener la intención de traer consigo el arma de fuego, ya que el delito no puede ser de manera culposa.



**12. Bien Jurídico Tutelado: La Seguridad Pública.-** Esto porque al portar un arma prohibida se está poniendo en riesgo la Seguridad de toda la Sociedad, siendo esto en abstracto.

**13. Sujetos: Activo: Cualquier Persona.-** Esto porque el tipo no exige una calidad especial al sujeto.

**14. Sujetos: Pasivo: El Estado y la Sociedad.-** El estado porque se estarían violando las normas de orden público que establecen la prohibición de portar un arma de este tipo, y la sociedad porque es su seguridad la que está en riesgo.

**15. Nexo Causal: Conducta y Resultado.-** Debido a que la conducta de la portación debe ser la causante de poner en riesgo el Bien Jurídico.<sup>351</sup>

**16. Elemento Normativo: "Porte" y Armas del inciso i) art. 11.-** La portación porque no la encontramos delimitada, ni definida dentro del tipo, ni dentro de la misma ley sino en la Jurisprudencia; y Las armas prohibidas a que se refiere porque nos remite al artículo 11 inciso i) para conocerlas.

**17. Elemento Objetivo: Armas.-** Debido a que las armas es aquella parte del delito que podemos apreciar con los sentidos.

Por otro lado, el Artículo 26 inciso F de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos establece que se permitirá según la naturaleza de su ocupación o empleo, es decir, que será indispensable que el peticionario desempeñe labores en las que necesariamente requiera de la portación de armas y que en el desarrollo de las mismas se encuentre en inminente peligro; por su parte las circunstancias especiales del lugar en que viva, este requisito se refiere a los lugares en los cuales no se presta ningún tipo de seguridad por parte del Estado; en el concepto de que no se puede otorgar licencia particular individual de portación de arma de fuego a los ciudadanos que habitan en lugares de alto índice delictivo, toda vez que el Estado, a través de sus direcciones de seguridad pública, es el único facultado en términos de lo dispuesto por el 5º, párrafo del Artículo 21

---

<sup>351</sup> En los delitos de peligro hay prácticamente una renuncia al nexo causal, ya que en realidad éste es difícil que se compruebe o bien en ocasiones imposible que se llegue a comprobar o a realizar siquiera.

de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos para garantizar la seguridad pública;<sup>352</sup> cualquier otro motivo justificado, este se da cuando el interesado justifique plenamente que su integridad física y/o la de su familia se encuentra en inminente peligro, por amenazas recibidas por el empleo que desempeña, por haber actuado conforme a sus facultades legales y resulte una parte afectada; esto se podrá comprobar con copias certificadas de actas de averiguación previa, levantadas ante el agente del ministerio público.<sup>353</sup>

Respecto a las penalidades por los delitos de portación y posesión de armas de fuego, encontramos los siguientes artículos:

Artículo 81.- Se sancionará con penas de dos a siete años de prisión y de cincuenta a doscientos días multa, a quien porte un arma de las comprendidas en los artículos 9 y 10 de esta Ley sin tener expedida la licencia correspondiente. En caso de que se porten dos o más armas, la pena correspondiente se aumentará hasta en dos terceras partes.

Artículo 83.- Al que sin el permiso correspondiente porte un arma de uso exclusivo del Ejército, Armada o Fuerza Aérea, se le sancionará:

I. Con prisión de tres meses a un año y de uno a diez días multa, cuando se trate de las armas comprendidas en el inciso i) del artículo 11 de esta Ley;

II. Con prisión de **TRES**<sup>354</sup> a diez años y de cincuenta a doscientos días multa, cuando se trate de las armas comprendidas en los incisos a) y b) del artículo 11 de esta Ley, y,

III. Con prisión de diez a quince años y de cien a quinientos días multa, cuando se trate de cualquiera de las otras armas comprendidas en el artículo 11 de esta Ley.

En caso de que se porten dos o más armas, la pena correspondiente se aumentará hasta en dos terceras partes.

---

<sup>352</sup> Op. Cit, nota 348, pp. 15-20.

<sup>353</sup> COSS NOGUEDA, Magda, “*Armas Pequeñas y Ligeras: Caso México*”, p. 9.

<sup>354</sup> Esta es la penalidad de la última reforma en el 2004, ya que antes la penalidad mínima era de cinco años de prisión, siendo ahora de tres años.

Cuando tres o más personas, integrantes de un grupo, porten armas de las comprendidas en la fracción III del presente artículo, la pena correspondiente a cada una de ellas se aumentará al doble.

Artículo 83 Ter.- Al que sin el permiso correspondiente posea un arma de uso exclusivo del Ejército, Armada o Fuerza Aérea, se le sancionará:

I. Con prisión de tres meses a un año y de uno a diez días multa, cuando se trate de las armas comprendidas en el inciso i) del artículo 11 de esta Ley;

II. Con prisión de dos a siete años y de veinte a cien días multa, cuando se trate de las armas comprendidas en los incisos a) y b) del artículo 11 de esta Ley, y

III. Con prisión de cuatro a doce años y de cincuenta a doscientos días multa, cuando se trate de cualquiera de las otras armas comprendidas en el artículo 11 de esta Ley.<sup>355</sup>

A veces la falta de publicidad de campañas educativas que ilustre al ciudadano a cumplir con todos los requisitos de posesión y portación de armas de fuego, al que hace referencia el artículo 5° de esta Ley, puede ser un factor condicionante. Sin embargo, las reformas a esta Ley, publicados en el Diario Oficial de la Federación en diciembre de 1998, se hizo con el propósito de desmotivar la posesión y portación de las armas de fuego, a través de la imposición de penas más severas para quienes con voluntad o simple omisión, no cumplan con los requisitos que establece dicha ley, de lo cual se ha suscitado gran controversia.<sup>356</sup>

Observando que en el aumento de las penas de la reforma de 1998 en ningún momento se realizó tomando en cuenta los principios de proporcionalidad y lesividad, sino se aumentaron las penas únicamente con un fin intimidatorio, pero sin una debida política criminológica.

---

<sup>355</sup> Op. Cit, nota 300, pp. 24, 25.

<sup>356</sup> ZAMORA MUÑOZ, Jesús, “Análisis del Delito de Portación de Arma de Fuego, Según la Calidad del Sujeto Activo”, p. 115.

EL REGLAMENTO DE LA LEY FEDERAL DE ARMAS DE FUEGO Y EXPLOSIVOS es una serie de normas que existen para poder aplicar la ley, este reglamento es el que deben de acatar las autoridades que hagan cumplir dicha ley. Se compone de 12 capítulos que suman 99 artículos y sus respectivos transitorios.

En el apartado de Licencias, autorizaciones especiales y tarjetas de armas, en la sección I que hace referencia a las Licencias en general y tarjetas, nos dice en su apartado 6 que para llevar “y” usar armas de la categoría 4 se necesita obtener tarjeta de armas, es decir, que se necesita tarjeta de armas para llevar y usar el arma, por lo tanto no se necesitaría solo para llevar “o” solo para usar el arma, es decir solo llevarla o solo usarla no precisaría de tarjeta, en caso de llevarla para usar sí. Por lo que debería cambiarse la “y” por la “o”.<sup>357</sup>

Por lo que ve a la posesión de armas de fuego encontramos los numerales 9, 11, 13, 14, 17, 18, 19, 21; y en cuanto a la portación los diversos 22, 23, 25 y 29.

**Artículo. 9.** El domicilio de residencia permanente que declaren las personas físicas para los efectos de posesión de armas con fines de seguridad y legítima defensa, será en el que se habite. La falsedad del informe, implica posesión injustificada de armas.

**Artículo. 11.** Las personas físicas y morales, públicas o privadas, dentro de los 30 días siguientes a su adquisición, manifestarán las armas de fuego de que se trate, expresando sus características así como los datos de identificación personal. Igual obligación tendrán los jefes de corporación armada del país, a excepción del Ejército, Fuerza Aérea y Armada de México, respecto de las armas con que sean dotados sus miembros para el cumplimiento de sus misiones.

**Artículo. 13.** La manifestación de armas contendrá los siguientes datos:

- a). Nombre y apellidos paterno y materno del interesado.
- b). Fecha de nacimiento, sexo, si sabe leer y escribir, profesión, oficio u ocupación.
- c). Nacionalidad.
- d). Lugar de residencia y domicilio particular.
- e). Características del arma, y
- f). Los demás señalados en el modelo de manifestación que expida la Secretaría.

**Artículo. 14.** Los ejidatarios y comuneros entregarán el certificado que los acredite con tal carácter, expedido por el Presidente del Comisariado respectivo. La naturaleza de jornalero del campo se probará mediante certificación de la primera autoridad administrativa local, y en el Distrito Federal, por los Delegados correspondientes.

**Artículo. 17.** Las autorizaciones para que los miembros de clubes o asociaciones deportivas de caza y tiro, posean armas, así como para colecciones o museos, serán expedidas si los interesados aceptan expresamente que permitirán inspecciones por representantes debidamente acreditados, cuando la Secretaría lo considere necesario.

Estas inspecciones se practicarán previa orden escrita de la Secretaría, en días y horas hábiles, y concretándose la diligencia estrictamente a la inspección de las armas, debiéndose levantar acta circunstanciada de lo anterior.

**Artículo.18.** Quienes manifiesten poseer armas pretendiendo tener la calidad de coleccionistas, acompañarán a la manifestación respectiva, que se presentará a la Secretaría o a la Comandancia de Zona Militar, solicitud del permiso y la referencia de que admiten las inspecciones anotadas en la norma que precede.

---

<sup>357</sup> SÁNCHEZ, Diego, “Recopilación de Artículos Aplicables a las Armas de Aire Comprimido”, p. 5.

Si la Secretaría no concede el permiso, fijará un término para deshacerse de esas armas en cualquiera de las formas señaladas en este Reglamento, transcurrido el cual se tendrá como acopio indebido si el interesado las conserva.

**Artículo. 19.** Para los efectos del artículo 20 de la Ley, los clubes y asociaciones de deportistas de tiro y cacería, y de charros, iniciarán sus trámites presentando ante la Secretaría, una solicitud con los documentos siguientes:

- I. Copia de acta constitutiva, certificada por Notario Público.
- II. Opinión favorable de la Secretaría de Gobernación, del Gobierno de la Entidad y de la primera autoridad administrativa local. En el Distrito Federal, del Jefe del Departamento y del Delegado correspondiente.
- III. Constancia de que el club o asociación se encuentra registrado en la Federación que corresponda.
- IV. Constancia de que los clubes o asociaciones de cacería, están registrados ante la Secretaría de Agricultura y Ganadería.
- V. Compromiso por escrito de:
  - a). Permitir el uso de las armas autorizadas, solamente a sus socios o invitados.
  - b). Usar las armas, únicamente en los lugares autorizados para ello y en las condiciones que fija la Ley.
  - c). Dar aviso por escrito sobre los ingresos y bajas de sus miembros.
  - d). Remitir mensualmente a la Secretaría, una relación de las armas en uso.
  - e). Cumplir con los demás requisitos que señale la Secretaría.

Si la Secretaría resuelve favorablemente, realizará el registro que corresponda y lo comunicará a la de Gobernación para los efectos del propio artículo 20 de la Ley.

**Artículo. 21.** Si se manifiestan más de dos armas para seguridad y legítima defensa de los moradores de un solo domicilio los interesados deberán justificar esa necesidad.

Se puede observar cómo en estos numerales nos especifican los requisitos y las formas para la posesión de armas de fuego como garantía constitucional.

#### **De la portación:**

**Artículo. 22.** Las licencias particulares y las oficiales colectivas para la portación de armas, serán expedidas exclusivamente por la Secretaría.

Para las licencias particulares se cubrirán anticipadamente los derechos que procedan.

Los Generales, Jefes y Oficiales del Ejército, Fuerza Aérea y Armada de México, que vestidos de civil porten armas, deberán identificarse con su credencial, cuantas veces sean requeridos para ello por autoridad competente.

Los individuos de tropa en actos fuera del servicio, sólo podrán portar armas cuando tengan autorización escrita de la Secretaría de la Defensa Nacional o de Marina, en su caso.

**Artículo 23.** Las licencias oficiales individuales serán expedidas exclusivamente por la Secretaría de Gobernación, a quienes desempeñen cargos o empleos de la Federación o del Distrito y Territorios Federales y que requieran portar armas para el ejercicio de sus funciones. Las peticiones serán formuladas por los Oficiales Mayores de las Secretarías, Departamentos de Estado, de los Gobiernos de los Territorios y, en su caso, por los Subprocuradores de la República y del Distrito y Territorios Federales, respectivamente.

En estas licencias se asentarán los datos que fije la Secretaría de Gobernación.

**Artículo 25.** Los requisitos para la expedición de las licencias particulares a que se refiere el artículo 26 de la Ley deberán comprobarse en la siguiente forma:

1. El modo honesto de vivir, con certificado de la primera autoridad administrativa del lugar, y en el Distrito Federal, con; el certificado del Delegado respectivo.
2. El cumplimiento del Servicio Militar Nacional, con la Cartilla oficial correspondiente.
3. La capacidad física y mental para el manejo de armas, con certificado expedido por un médico con título legalmente registrado.
4. El no haber sido condenado por delitos cometidos con el empleo de armas, con certificado expedido por la autoridad que corresponda.
5. La necesidad de portar el arma, con las constancias que en cada caso señale la Secretaría.

Cuando se trate de licencias para actividades deportivas de tiro cacería o charrería, se requerirá, además, la comprobación de que se pertenece a un club o asociación registrado.

**Artículo. 29.** Las licencias a que se contrae el presente capítulo, facultan la portación de la arma, exclusivamente a las personas a quienes se conceda, las que podrán llevar en tránsito, dentro de su vehículo, el arma amparada.

Observando los requisitos para la portación de arma de fuego, mencionando las formalidades y autoridades encargadas de otorgar las licencias y los lineamientos establecidos para esto.



## IV. Código Penal Federal

Por su parte el Código Penal Federal, en su artículo 160 establece: *“A quien porte, fabrique, importe o acopie sin un fin ilícito, instrumentos que solo puedan ser utilizados para agredir y que no tengan aplicación en actividades laborales o creativas, se le impondrá de tres meses a tres años o de 180 a 360 días de multa y decomiso. Los servidores públicos podrán portar las armas necesarias para el ejercicio de su cargo, sujetándose a la reglamentación de las leyes respectivas. Estos delitos, cuyo conocimiento compete el fuero común, se sancionará sin perjuicio de lo previsto por la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, de aplicación federal en lo que concierne a estos objetos”*.

El artículo sufrió varias reformas, ya que apareció por primera vez en 1951 y se reformó en 1984, para tener su última reforma en 1991 y así fué como quedo redactado.<sup>358</sup>

Por su parte el diverso 161 señala: se necesita licencia especial o portación de las pistolas o revólveres.

El artículo 162 menciona: se aplicará de seis meses a tres años de prisión o de 180 a 360 días de multa y decomiso:

III. Al que porte un arma de las prohibidas en el artículo 160.

V. Al que, sin licencia, porte arma de las señaladas en el artículo 161.

Los códigos de 1871 y 1928, bajo la denominación de “armas prohibidas”, consideraron como delitos contra la seguridad pública diversas actividades relacionadas con las armas, fabricación, venta, distribución y portación en el código Martínez de Castro y, además importación y acopio en el código de Almaraz por considerar certeramente que dichas actividades encierran un

peligro para la seguridad pública, pues en mayor o menor escala, los comportamientos citados por dichos códigos y por la legislación vigente encierran un abstracto o presunto peligro para la paz, tranquilidad y seguridad pública,<sup>359</sup> como se pone bien en relieve en el ámbito internacional, por los intentos de limitar los armamentos, siempre frustrados por los más bastardos intereses hegemónicos, imperialistas y comerciales de las grandes potencias, insensibles y sordas, con brutal egoísmo, el peligro que crean en forma permanente para el género humano por la fabricación de las más terribles armas y por el creciente tráfico de dichos medios destructivos con las demás naciones y pueblos del consorcio universal.<sup>360</sup>

El tipo penal, son de los que vulneran la seguridad pública, y ameritan pena de tres meses a tres años de prisión o multa, la portación, fabricación, importación o acopio sin un fin lícito.<sup>361</sup> El concepto legal se contrae prácticamente, a las llamadas armas blancas, pues las de fuego se hallan consideradas en el ordenamiento reglamentario del artículo 1º Constitucional. En el párrafo final, el artículo 160 fija el ámbito de validez, en cuanto al fuero para excluir el federal,<sup>362</sup> señalando que en los delitos de armas de fuego, se aplicara la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, así que el Código Penal Federal sólo se aplicará para los delitos de portación de arma blanca.

El delito apareció por primera vez en el código en el año de 1951, siendo claro que aquel entonces no existía la ley federal de armas de fuego y explosivos, siendo por esa razón que se mencionaba a las armas de fuego, pero al aparecer la ley en 1972, ya es ésta la que se encarga de ese tipo de ilícitos.

---

<sup>358</sup> RUÍZ HARRELL, Rafael, “Código Penal Histórico”, p. 126.

<sup>359</sup> Es lo que se le llama delitos de peligro en abstracto, ya que sólo es un peligro hipotético, pero no real, lo que entraña que sea un delito de mera actividad.

<sup>360</sup> JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, “*Derecho Penal Mexicano, Tomo II*”, p. 125.

<sup>361</sup> Se refiere a aquellos que sólo tengan como finalidad el de agredir a otra persona y que por lo tanto no tenga el fin de actividades laborales o recreativas.

<sup>362</sup> Op. Cit, nota 180, p. 147.

## **CAPÍTULO CUARTO**

### **DERECHO COMPARADO EN LAS ARMAS DE FUEGO**

#### **I. México**

En México encontramos el artículo 10 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, presenta el supuesto relativo al reconocimiento del derecho subjetivo de los Mexicanos para poseer armas de fuego, se refiere como resultado evidente a la necesidad de los individuos para protegerse y defenderse en contra de cualquier agresión en contra de su vida, integridad o sus posesiones.

Siendo necesario entender el derecho de poseer armas de fuego por parte de los particulares, como un derecho eminentemente de defensa y protección en caso extremo o como dice el texto Constitucional “para su seguridad y legítima defensa” exclusivamente, que jamás puede ser utilizado de otra manera por los particulares, para lo cual se establecen requisitos o límites, como es el hecho de que sólo pueden poseerse dichas armas en el domicilio reconocido legalmente por los particulares, de que no sean prohibidas por la ley, no sean armas destinadas a las funciones estatales de seguridad pública o de aquellas que se reserven para el uso exclusivo del Ejército, Armada, Fuerza Aérea y Guardia Nacional, y finalmente que tratándose de la portación de estas, todo Mexicano deberá acatar lo establecido en la ley secundaria respecto a los casos, condiciones, requisitos y lugares en que esta portación es permitida.<sup>363</sup>

El artículo 10 Constitucional vigente, contrariamente a lo que disponía el precepto original, no considera a la portación de arma de fuego como derecho fundamental del gobernado, ya que ese acto lo sujeta al arbitrio de la autoridad, sujeción que elimina todo derecho subjetivo, puesto que este no puede concebirse

---

<sup>363</sup> Op, Cit, nota 173, p.p. 98, 99.

sin la obligación correlativa, la cual no la tienen los órganos del Estado en lo que a la referida portación de armas concierne.

Sin embargo, si tal obligación no surge directamente del artículo 10 Constitucional, sí se consigna en cambio en la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, expedida el 30 de diciembre de 1971 y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 11 de enero de 1970.<sup>364</sup> Así, en esta ley se obliga a la Secretaría de la Defensa Nacional a expedir licencias particulares para la portación de armas de fuego, cuando el interesado satisfaga los requisitos que el mismo ordenamiento consigna en el precepto relativo.

En base a lo anterior, podemos concluir que la posesión sí se trata de un derecho fundamental consagrada en el artículo 10 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,<sup>365</sup> toda vez que en este numeral se reconoce el derecho subjetivo del gobernado para poseer arma de fuego, como una necesidad imperante de los individuos para protegerse y defenderse en contra de cualquier agresión en contra de su vida, integridad o bienes, señalando que si bien es cierto que es un derecho fundamental, pero siempre y cuando dichas armas se posean en el domicilio del particular, que no sean de las armas prohibidas por la ley, o de las reservadas para el uso exclusivo de la armada y guardia Nacional.

En cambio debe decirse que la portación de arma de fuego a partir de la reforma que sufriera el numeral en comento en el año de 1971, dejó de ser un derecho fundamental, ya que el acto deja al arbitrio de la autoridad, situación que viene a eliminar todo derecho subjetivo.

De igual forma es de señalar que si la propia Constitución faculta a los particulares a poseer cierto tipo de armas en su domicilio, el porqué de las penalidades tan altas cuando se trata de los delitos de posesión y portación de

---

<sup>364</sup> Op. Cit, nota 70, pp. 397, 398.

<sup>365</sup> Op. Cit, nota 196, p. 25.

armas de fuego, ya que sólo basta que se posea un arma de fuego de las no permitidas para que se aplique una penalidad muy alta o bien que se saque el arma de fuego del domicilio y se convierta en una posesión, aun y cuando no se haya cometido o se vaya a cometer ningún otro ilícito, además debe de observarse que en México se cuenta con una tradición histórica de usos y costumbres, no siendo posible penas tan altas, al sólo cambiar algunas circunstancias del hecho o bien del objeto que se posee o se porta, para que se pongan penalidades elevadas, situación de la que no se ha preocupado el legislador.

Encontramos la ley federal de armas de fuego y explosivos, siendo la ley reglamentaria del artículo 10 Constitucional, en la que se señalan las armas de fuego que son del uso exclusivo de las fuerzas armadas y las que no lo son<sup>366</sup>, también se señalan las penalidades en artículo 81 se menciona: que se sancionara con pena de dos a siete años de prisión y de cincuenta a doscientos días de multa, a quien porte un arma de fuego en las comprendidas en los artículos 9 y 10 de la referida ley, sin tener expedida la licencia correspondiente.<sup>367</sup>

<sup>368</sup>

En caso que se porten dos o más armas, la pena correspondiente se aumentará hasta en dos terceras partes.<sup>369</sup>

Por lo que ve a las armas de fuego del uso exclusivo del ejército, armada y fuerza aérea nacionales se sancionan en el diverso 83 de la ley en el que se señala: al que sin permiso correspondiente porte un arma de fuego de las comprendidas en la fracción segunda, la penalidad será de tres a diez años de

---

<sup>366</sup> Cfr. Capítulo tres, en el tema relativo a la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos.

<sup>367</sup> Op. Cit, nota 34, p. 164.

<sup>368</sup> Op. Cit, nota 348, p. 138.

<sup>369</sup> Ídem.

prisión y por lo que ve a la fracción tercera, las penalidades serán de cuatro a quince años de prisión.<sup>370</sup>

En caso de que se porten dos o más armas, la pena correspondiente se aumentara hasta en dos terceras partes.<sup>371</sup>

Cuando tres o más personas, integrantes de un grupo, porten armas de las comprendidas en la fracción tercera, la correspondiente a cada una de ella se aumentará el doble.<sup>372</sup>

Se observa que las penalidades por portar arma de fuego en México son muy elevadas, ya que primeramente se debe observar que se trata de delitos de peligro en abstracto y que lo que buscan es evitar que los bienes jurídicos tutelados no se lesionan, luego entonces, a partir de ese principio, no es concebible que el delito de peligro y más si se trata en abstracto, supere la penalidad en los delitos de resultado, tratándose en relación con el bien jurídico que se intenta proteger como lo es la salud y la vida, ya que si por ejemplo le disparo una persona con la intención de privarle de la vida, resulta que puede ser más alta la penalidad por portar el arma de fuego que las de las propias lesiones, siendo inconcebible. Observando que históricamente la punibilidad en estos delitos, obedece más a una prevención desde el punto de vista restrictivo e intimidatorio donde se busca endurecer el derecho penal y aumentar las penas con el fin de que las personas se intimiden desde un punto de vista de función de la pena social y particular.

---

<sup>370</sup> Ídem.

<sup>371</sup> Op. Cit, nota 34, p. 165.

<sup>372</sup> Ídem.

## II. España

Con respecto a las armas de fuego, hubo un aumento evidente en el número de países de origen de las importaciones. De acuerdo a la Conatraf registraba a España como el principal importador de armas de fuego del 2006-2007, para el periodo 2010 se posiciono Argentina -con 34,811 unidades de armas-. Con respecto a la munición, en el 2008-2009, el principal país de las importaciones “tradicionales” fue España, en los últimos tres años de la década crece el número de proveedores de origen de armas y Argentina se pone a la cabeza -cuando en la lista de mediados de la década no existía-.<sup>373</sup>

Derivado del incremento de los delitos por portación de armas de fuego, en el Código Penal Español el 23 de noviembre de 1995 dedica la sección primera del capítulo V del título XXIII -Delitos contra el orden público- a la tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos. El primero de sus artículos, el 563, que va a ser objeto de estudio en estas páginas se refiere a la tenencia de armas prohibidas en los precedentes de la Ley del 2 de Agosto de 1921 y el Real Decreto del 13 de abril de 1924. También la II República tuvo una severa legislación al respecto que culmino en la Ley del 22 de Noviembre de 1934. Tras la Guerra Civil, la Ley de Seguridad del Estado en esta materia también fue incorporada en el Código de 1944.<sup>374</sup>

Este panorama normativo pone dificultad a la hora de la intervención policial dado el carácter insalvable de la dicción literal arma prohibida a que se refiere el artículo 563 del Código Penal Español vigente. Ya que trata de un término de clara significación jurídico-administrativa, resultaría obligado integrar el juicio de tipicidad con lo dispuesto por el *Reglamento de Armas, cuyo artículo 4 reputa*

---

<sup>373</sup> MÚJICA, Jaris, “*Armas Pequeñas en el Crimen Urbano. Delitos, Acceso y Mercados Ilegales de Armas de Fuego en Lima*”, p. 39.

<sup>374</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco, “*Derecho Penal, Parte Especial*”, p. 856.

*como tales las navajas automáticas, los puñales de cualquier clase, las defensas de alambre o plomo, los rompecabezas, los tiragomas y cerbatanas perfeccionadas o los munchacos.* Se concluye el razonamiento afirmando que reputar que la tenencia de estas armas constituye el tipo penal previsto en el artículo 563 del Código Penal, nos llevaría al absurdo de considerar delincuentes a personas que detentan tales armas para usos meramente domésticos, deportivos, profesionales o coleccionistas. Artículo 563. Código Penal Español señala la tenencia de armas prohibidas y la de aquellas que sean resultado de la modificación sustancial de las características de fabricación de armas reglamentadas, será castigada con la pena de prisión de uno a tres años.<sup>375</sup>

“En esta evolución legislativa se refleja una creciente severidad que continúa en el Código de 1995. El interés represivo del Estado en esta materia tiene origen político, en cuanto se priva al ciudadano de un medio eficaz para atacar al poder y resistirlo y en cuanto le permite control de medios peligrosos y violentos como son las armas de fuego; es una manera de reducir la criminalidad de grandes proporciones y asegurar la tranquilidad pública. Frente a este interés estatal está el del ciudadano de servirse de las armas de fuego como medio de defensa personal, derecho que se encuentra consagrado en algunos países incluso a nivel Constitucional.<sup>376</sup> En nuestro ordenamiento jurídico prima el interés Estatal o político sobre los particulares como lo demuestran el hecho de la colocación sistemática de este delito entre los delitos contra el orden público, la severidad de las penas<sup>377</sup> y el que el art. 565 sólo **autorice a rebajar estas penas en un grado siempre que por las circunstancias del hecho y del culpable se evidencie la falta de intención de usar las armas con fines ilícitos.**”<sup>378</sup>

---

<sup>375</sup> AGUERRI ALADRÉN, Santiago, “Intervención Policial: Armas Prohibidas y de Imitación” (*Tenencia y Comercialización*), p. 5.

<sup>376</sup> Como en el caso de México que se trata de un derecho fundamental, contrario a lo que pasa en España en donde no se trata de un derecho fundamental la posesión de armas de fuego.

<sup>377</sup> Circunstancia idéntica ocurre en México en donde los delitos de armas de fuego son severamente castigados.

<sup>378</sup> Op. Cit, nota 374, p. 856.



Su naturaleza es a fin a la de los delitos de peligro abstracto, por cuanto, aun siendo los intereses citados los que han motivado su tipificación como delito, no es necesaria ni su lesión efectiva ni su puesta en peligro en el caso concreto.<sup>379</sup>

La legislación española ha limitado a lo largo de su historia, ya sea penal o administrativamente la tenencia y porte de armas, a diferencia de otros países como los Estados Unidos Mexicanos o los Estados Unidos de América del Norte, donde esta tenencia y porte se configura como un derecho fundamental amparado por la constitución.<sup>380</sup>

Dos son las notas que cabe destacar de entrada: en primer lugar que el artículo 563 no tiene precedente en el Código Penal de 1973, puesto que el artículo 2544 del mencionado texto legal no distinguía entre armas prohibidas y armas reglamentadas, sancionando con igual pena unas y otras. Y en segundo lugar que desaparece ahora también la distinción entre la tenencia fuera del propio domicilio -necesitada de guía y licencia-<sup>381</sup> y la posesión de arma en propio domicilio sin la correspondiente guía de pertenencia.

La conducta típica de *tenencia*, puede realizarse tanto cuando se posee dentro del mismo -*tenencia en sentido estricto*-. Tanto en un caso como en otro se trata de un delito de acción o comisión activa, pues su esencia consiste en el acto positivo de tener o portar el arma y no en la omisión del acto de sacar la guía o licencia oportunas cuando se posee un arma de fuego (SAINZ CANTERO). No es necesario, que se llegue a ocupar el arma por parte de la autoridad, bastando que se acredite la tenencia o porte ilícitos -véase STS 9 julio 1956; cfr. DEL ROSAL, p. 516-.<sup>382</sup>

---

<sup>379</sup> Ídem.

<sup>380</sup> Op. Cit, nota 373, p. 1.

<sup>381</sup> GANZENMULLER, C. et al, '*Delitos Contra el Orden Público, Terrorismo Contra el Estado o la Comunidad Internacional*', p. 113.

<sup>382</sup> Op. Cit, nota 373, p. 857.

El objeto material es el arma prohibida y la que sea el resultado de la modificación sustancial de las características de fabricación de armas reglamentadas. Entendiéndose como armas prohibidas, las que cuya tenencia en ningún caso puede ser autorizada; mientras que armas reglamentadas son las que pueden tenerse, cumpliendo ciertos requisitos. De acuerdo al Real Decreto 540/1994, del 25 de marzo, y por el RD 316/2000, del 3 de marzo, y demás legislación complementaría: nos señala un extenso catálogo de las armas cuya tenencia se prohíbe o requiere de permisos especiales: determinadas armas de fuego, las armas blancas -puñales, navajas automáticas-, defensas de plomo, etcétera. De acuerdo a esta normativa extrapenal, que se refiere a las armas de fuego, el Tribunal Supremo ha ido elaborando una jurisprudencia respecto a las armas blancas; así, por ejemplo, la STS del 22 de enero de 2001 absuelve a quién portaba una espada japonesa de samurái o catana. La distinta peligrosidad del arma detenida, distinta penalidad para su tenencia -CFR. Artículo 564-. También se constituye como delito la tenencia de armas reglamentadas cuando se ha modificado sustancialmente sus características -sobre las escopetas con cañones recortados cfr. SSTS 5 y 15 febrero 1982: CORDOA III, p. 641-. En deportiva cuyo poseedor se halle provisto de autorización especial -véase STS 16 abril 1974). Tampoco son subsumibles en el artículo 563 bombas de mano, etc.-, aun cuando se trate de una sola arma, su tenencia constituye depósito -artículo 567, 1; cfr. Infra-. En caso de arma de fuego, lo importante es que el arma sea idónea para disparar, aunque momentáneamente esté descargada o desmontada. La tenencia de un arma constituye ya el delito previsto en el artículo 563.<sup>383</sup>

Pero sin lugar a dudas la cuestión fundamental es que se ha configurado como una norma penal en blanco<sup>384</sup> que conlleva en los términos expuestos una

---

<sup>383</sup> *Ibidem*, pp. 857, 858.

<sup>384</sup> Se le llama así a aquellos delitos en donde no hay una especificación, lo que permite que todo lo que se le parezca encuadre en esa conducta típica.

deslegalización de la materia, por lo que pudiera llegar a ser considerada inconstitucional por la infracción de la reserva de ley orgánica.<sup>385</sup>

Examinando los antecedentes históricos del artículo 563 y el debate parlamentario previo a la aprobación del Código Penal de 1995 que llevó a su tipificación tal y como ha quedado finalmente redactada y cuyo estudio resulta útil sobre todo para determinar si el artículo 563 se refiere también o no a armas que no sean de fuego, si se refiere solo a la tenencia y no a su uso y si este uso es simple exhibición o además supone el manejo del arma.<sup>386</sup>

En cuanto a su evolución histórica, se señala que ha venido prohibiendo la tenencia de armas por particulares. Sin embargo, el artículo 563 del Código Penal de 1995 es relativamente novedoso en la medida en que los diferentes códigos penales -a excepción, tal y como recogeremos a continuación, del mismo cuerpo legal de 1822- no habían considerado delito la tenencia de armas prohibidas.<sup>387</sup>

Por ello, los antecedentes históricos de este artículo es necesario buscarlos en la Real Orden de Carlos III de 1 de septiembre de 1760 y en la Real Pragmática de 29 de abril de 1761 -conocida como la Pragmática de Armas Prohibidas-, la cual consideraba prohibidas las 'pistolas, trabucos y toda arma que no llegue a vara' así como determinadas armas blancas.<sup>388</sup>

A partir del Código Penal de 1848 no hubo ya había tenencia de armas ilícitas. Pero tampoco tenencia ilícita de armas. Lo mismo ocurrió con el Código Penal de 1850, copia del anterior.<sup>389</sup>

En el Código Penal de 1870 se retomó la tenencia de armas, pero no se habla de armas prohibidas. Empieza a considerarse delito la tenencia ilícita de armas,

---

<sup>385</sup> CONDE PUMPIDO. Ferreiro “*Código Penal: Doctrina y Jurisprudencia*”, p. 875.

<sup>386</sup> Ídem.

<sup>387</sup> Op. Cit, nota 373, p. 2.

<sup>388</sup> Ídem.

<sup>389</sup> Ídem.

pero sin prohibir las armas en sí mismas. Y ello es así en los Códigos de 1870, 1928, 1932, 1944 y 1973.<sup>390</sup>

Refiriéndonos al sujeto activo, este puede ser cualquiera, incluso aquellas personas pertenecientes a Fuerzas Armadas o autorizadas para llevar armas que las tengan o utilicen sin cumplir los pertinentes requisitos administrativos -respecto al personal del Ejército, el artículo 88 del Reglamento de Armas y Explosivos exige la guía de pertenencia-.<sup>391</sup>

El Código Penal de 1822, aunque de vigencia breve, resulta muy interesante la regulación de las armas prohibidas. El Capítulo IX del título III trata 'De la fabricación, venta, introducción y uso de armas prohibidas'.

Art. 358. 'El que fabricare, introdujere, vendiere o de cualquier otro modo suministrare en España alguna de las armas generalmente prohibidas por los reglamentos especiales de la materia, perderá todas las que se le aprehendieren de esta clase para los efectos expresados en el artículo 90 del título preliminar, pagará una multa equivalente al valor de las mismas, y sufrirá un arresto de ocho días a cuatro meses'.<sup>392</sup>

Art. 359. “El que contra alguna persona hiciere uso de cualquiera de las armas sobredichas, o la amenazare con ellas, o las descubriere en público, perderá también para su propio efecto las que le fueren aprehendidas, y sufrirá un arresto de cuatro días a dos meses sin perjuicio de la pena que merezca por la amenaza o por el daño que causare”.

Los artículos 360 y 361 recogen dos agravantes genéricas por el uso de arma prohibida en algún delito y el artículo 362 una 'excusa absolutoria' por el uso de estas armas en determinados casos.

---

<sup>390</sup> GARCÍA ALBERO, Ramón, “De la Tenencia Tráfico y Depósito de Armas o Explosivos' en *Comentarios al nuevo Código Penal*”, p. 456.

<sup>391</sup> Op. Cit, nota 373, p. 857.

<sup>392</sup> Ídem.

Son unas normas penales en blanco que se remiten a la legislación especial, en concreto, a la Real Pragmática de 29 de abril de 1761, a la que nos hemos referido anteriormente.

Hay que hacer especial mención del Proyecto de Código Penal de 1830, porque, aunque se haya quedado en Proyecto y no haya llegado a aprobarse nunca, se trata del único texto punitivo que recoge un listado de las armas prohibidas en su mismo articulado. En concreto, el Título 11º trata De las armas prohibidas y su artículo 159 establece que: El que fabricare, introdujere, vendiere, comprare armas cortas blancas o de fuego, a saber, dagas, puñales, rejonos, navajas de virola o muelle, pistoletos y cachorrillos, pistolas que no sean de arzón, trabucos, carabinas y arcabuces cuyo cañón no llegue a una vara, incurrirá en la multa de doscientos ducados y las armas serán confiscadas. A los que usaren estas armas prohibidas se les impondrá un año de reclusión.

Además el artículo 160 señala que: “Los que lleven consigo palos de remate o cabeza que no lleguen a una vara, incurrirán en la multa de cincuenta ducados”.

Por si esta regulación no fuera lo suficientemente detallada aclara el artículo 161 que: “En estas prohibiciones no se comprenden las espadas o espadines de vestir, ni las espadas que pasen de vara, ni las pistolas de arzón concedidas a los nobles o hijosdalgo, ni los cuchillos de monte o bayonetas cuando se llevan con escopeta, y no pudiéndose llevar de otra manera”.

Incorporaba de esta manera el Proyecto de 1830 las Pragmáticas y Reales Ordenes de Carlos III, prescindiendo de esta manera de la técnica de ley penal en blanco del Código Penal de 1822, lo que dota al proyecto de una mayor seguridad jurídica y certeza, pero lo hace, a su vez, más farragoso y reglamentista.

El Código Penal de 1870 recoge únicamente en su artículo 591 una referencia a las armas, y como constitutiva de falta: “Serán castigados con la pena de 5 a 25 pesetas de multa: (...) 3º. Los que usaren armas sin licencia.”<sup>393</sup>

El Código Penal de 1928 implanta por vez primera la tenencia de armas: artículo 542: “El uso o tenencia de armas de fuego sin la debida autorización será castigado con la pena de dos meses y un día a tres años de prisión y multa de 1.000 a 2.500 pesetas”.

Además, en su artículo 802, considera falta el uso ilícito de armas siempre que el hecho no constituya delito.

Sin embargo, el Código Penal de 1932 suaviza la regulación anterior castigando únicamente como falta contra el Orden Público, en su artículo 563 “con la pena de uno a cinco días de arresto y multa de cinco a cien pesetas los que dentro de población o en sitio público o frecuentado dispararen armas de fuego, cohetes, petardos u otro proyectil cualquiera que produzca alarma o peligro”. Destipifica, la tenencia de armas y su uso, en lugares públicos únicamente lo considera constitutivo de una falta.

La configuración que da el Código Penal de 1944 del delito de tenencia de armas es ya muy parecida a la actual:

Artículo 254 “La tenencia de armas de fuego fuera del propio domicilio sin poseer la guía y la licencia oportunas, o en el propio domicilio sin la guía de pertenencia, se castigará con la pena de prisión menor”. Puesto que el artículo 254<sup>394</sup> del mencionado texto legal no distinguía entre armas prohibidas y armas reglamentadas, sancionando con igual pena unas y otras. Es decir, la misma redacción se da al artículo 254 del Código Penal de 1973.

---

<sup>393</sup> GROIZARD, “*El Código Penal de 1870, Concentrado y Comentado, Tomo IV, Salamanca, 1891*”.

Por su parte el análisis del debate parlamentario sobre este artículo<sup>395</sup> es importante para la interpretación auténtica del mismo y muy especialmente para delimitar el alcance de la remisión que el texto del artículo 563 hace a la legislación especial. Resulta fundamental saber si el legislador cuando redactó la ley se refería únicamente a la tenencia de armas de fuego prohibidas o a todo tipo de armas prohibidas sean de fuego o blancas o incluso de artes marciales.

Por otro lado, también el error de prohibición del artículo 6 bis a), 3°, actuaría como causa de exclusión del dolo, eximiendo al reo de tal delito. En este sentido, las Sentencias del Tribunal Supremo del 29 de noviembre y del 15 de diciembre de 1975. En este sentido, al igual que en cualquier otro delito es necesario que el sujeto tenga un conocimiento, siquiera potencial, de la antijuricidad o ilicitud de la tenencia. Por eso el error de prohibición invencible excluye la culpabilidad, pero a veces el error sobre extremo puramente administrativo, como la clase de licencia que requiere una determinada arma, la ignorancia de que una vieja pistola familiar requiera de esa licencia, etc., incide de lleno en la configuración de la tipicidad del hecho y debe ser tratada como error del tipo,<sup>396</sup> conforme a lo dispuesto en el artículo 14, I. La diferencia es importante, porque de tratarse de este último supuesto el error vencible determina la impunidad, al no ser punible la comisión imprudente de este delito.<sup>397</sup>

El Real Decreto 2.179/1981, del 24 de Julio, por el que se aprueba el Reglamento de Armas, establece en su articulado, todo lo relativo a la adquisición y permisos de armas y licencias en sus diferentes categorías y funciones. Contempla, todo lo relacionado a la tenencia y uso de armas de fuego de forma

---

<sup>394</sup> Art. 254 CP de 1973: "La tenencia de armas de fuego dentro del propio domicilio, sin poseer la guía o la licencia oportunas, o en el propio domicilio, sin la guía de pertenencia, se castigará con la pena de prisión menor".

<sup>395</sup> FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, "*Acerca de Algunas Cuestiones Relativas al Alcance Típico del Delito de Tenencia de Armas*", Consulta 14/1997, p. 1.

<sup>396</sup> Es cuando se desconoce los elementos típicos del delito, pero no porque el sujeto activo no quiera conocerlos, sino porque materialmente le es imposible conocerlos.

<sup>397</sup> Op. Cit, nota 373, p. 859.

lícita. La inobservancia de tales preceptos será susceptible de reputarse como delito de tenencia ilícita de armas de fuego, señalado en los artículos 254 y siguientes del Código Penal Español. Si las circunstancias del caso lo demuestran, se podrá incurrir en el delito de pertenencia a banda armada, según preceptúa el artículo 1.2 i) de la Ley Orgánica 9/1984 de 26 de diciembre. Cabe recordar que en el Código Penal español de 1870 estas conductas eran tan sólo constitutivas de falta, o sea, ilícito penal leve, aunque nunca llegó tan lejos como para desprenderse de la esfera penal.<sup>398</sup>

En septiembre de 1994 se presentó en el Congreso de los Diputados el proyecto de Ley Orgánica de Código Penal. En su artículo 552 se establecía que “La tenencia de armas prohibidas y la de aquellas que sean resultado de la modificación sustancial de las armas reglamentadas será castigada con la pena de prisión de uno a tres años”. Es exactamente la misma redacción que ha acabado teniendo el Art. 563 del Código Penal Español de 1995.

Durante su tramitación parlamentaria en el Congreso se presentó una enmienda, que pretendía que el mencionado artículo se refiriera únicamente a las armas de fuego. Según el defensor de la enmienda no concurren circunstancias de peligrosidad suficientes para la consideración de la conducta como delictiva por la mera posesión de armas que no sean de fuego prohibidas. No concurren esas circunstancias objetivas de peligrosidad, y no merece un reproche punitivo tan intenso como el que aquí se consigna, la posesión de armas prohibidas que no sean de fuego.<sup>399</sup> Es una argumentación fácil de aceptar, entre otras cosas por la abundancia de posesión. **¿Quién no tiene en su casa un arma de fuego que pueda estar reglamentariamente prohibida, Señor Presidente? Hay que andar con mucho cuidado cuando se tipifica este tipo de conductas, cuando estadísticamente son tan abundantes en la población.**

---

<sup>398</sup> SAN MARTÍN, Luis Fernando, “*Algunas Reflexiones en Torno al Delito de Tenencia Ilícita de Armas de Fuego en España*”, p. 88.

<sup>399</sup> Ídem.



A esto, el defensor de la Ponencia manifestó: “no compartimos el criterio de que no merezca reproche penal la tenencia de otro tipo de armas que no sean las de fuego. Es verdad que hay armas prohibidas que no son de fuego cuyo peligro potencial es mayor, si cabe, que el de la tenencia de armas de fuego”.<sup>400</sup>

Así fue rechazada la enmienda en comisión y no se mantuvo en el Pleno.

Sin embargo, en el Senado se planteó de nuevo, sin llegar a ser defendida.

No se mantuvo en el pleno.

En definitiva que el artículo 552 no se modificó en nada durante su tramitación parlamentaria, tan sólo en su numeración, que pasó a ser 563.

De este debate extraemos las siguientes conclusiones:

Que la expresión armas prohibidas no es casual y por tanto el legislador ha dispuesto que también debiera considerarse constitutivo de delito la tenencia de armas prohibidas que no sean de fuego.

Nada se ha hablado de la remisión reglamentaria del artículo 563. No se han ofrecido ni a título de ejemplo las armas no de fuego cuya tenencia sería constitutiva de delito y por tanto es posible, incluso, que el legislador no haya tenido presente el verdadero alcance del Art. 563.

Se ha rescatado una legislación de armas de la época de Carlos III, tal y como se ha visto en la evolución histórica, sin prácticamente ningún antecedente en nuestros Códigos Penales a excepción del de 1822, que bien poca vigencia tuvo. De esta manera podemos referirnos a la legislación actual de armas prohibidas como el título del artículo de ENRIQUE DE BENITO: “Antiguallas penales

---

<sup>400</sup> Ídem.

desenterradas del polvo de los archivos, redimidas del olvido del tiempo y añadidas y remozadas ahora con glosas diversas”.<sup>401</sup>

Se puede decir, que en España ha prevalecido una tendencia represiva encaminada a considerar el tema, más que un derecho a la autodefensa, como un medio factible y eficaz de atacar o resistir el poder establecido, al tiempo que ello puede dificultar e incluso conculcar la tranquilidad pública.<sup>402</sup>

La Administración desecha casi de raíz el interés y el derecho legítimo de los ciudadanos a defenderse "pistola en mano". Prueba de ello es que las Oficinas de Intervención de Armas de la Guardia Civil, que son los órganos que tienen asumida la competencia en todo lo relativo a la concesión, tenencia y uso de armas de fuego de carácter civil, han concedido tan sólo el "privilegio" del permiso tipo "B" a 16000 ciudadanos.<sup>403</sup>

La infracción penal de Armas Prohibidas, pretende que la tenencia de armas prohibidas a que se refiere el art. 563 sólo es integrable, tratándose de armas que no son de fuego, por aquellas conductas en que la tenencia tiene una traducción dinámica consistente en comerciar, portarlas en establecimientos públicos y lugares de reunión, concentración, recreo o esparcimiento o utilizarlas sin adoptar las medidas necesarias para no causar peligro o daños a personas o cosas. *Nunca la simple y nuda posesión de los objetos descritos en el art. 4.1 f) y h), podrán colmar las exigencias del tipo de injusto que acoge el art. 563 del Código Penal.* -Resumen Consulta 14/1997. Fiscalía General Del Estado.- Real Decreto 137/1993 de 29 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Armas.<sup>404</sup>

En este sentido, el análisis del bien jurídico protegido y la delimitación del mismo pueden ayudar a concretar el tipo de conductas que se consideran prohibidas por el artículo 563 del Código Penal. Y saber si basta la tenencia o se

---

<sup>401</sup> Op, Cit, nota 373, p. 859.

<sup>402</sup> *Ibidem*, 360. 89

<sup>403</sup> *Ídem*.

exige que pueda ser peligrosa o se porte con la intención de causar lesiones o daños, o en lugares públicos, o se use efectivamente.

Para el caso del bien jurídico en el delito de tenencia de armas prohibidas, en primer lugar se debe plantear si podemos trasplantar la construcción doctrinal realizada para el delito de tenencia ilícita de armas, si no debemos considerar que este delito proteja bienes jurídicos diferentes, al tratarse de delitos diferentes.

“Para SEGRELLES DE ARENAZA en el delito de tenencia ilícita de armas la doctrina se divide entre aquellos (DÍAZ-MAROTO) que consideran que el bien jurídico es la seguridad general, entendida como seguridad de otros bienes jurídicos que se ponen en peligro y que son la vida y la integridad personal, el patrimonio y el orden público y aquellos otros que consideran como bien jurídico la seguridad de la comunidad frente a los riesgos de la libre circulación de las armas, que daría lugar a un uso más frecuente (CARBONELL, VIVES), y la seguridad de las personas ante el riesgo que para la vida implica su tenencia ilícita (SERRANO GÓMEZ)”.<sup>405</sup>

Protege entonces el artículo 563 -seguramente sin pretenderlo- un doble bien jurídico: la seguridad pública en abstracto cuando se usan armas de fuego y la seguridad individual concreta cuando se usan armas que no son de fuego.<sup>406</sup>

En cuanto a la sección de armas prohibidas en el artículo 4. 1. Se prohíbe la fabricación, importación, circulación, publicidad, compraventa, tenencia y uso de las siguientes armas o de sus imitaciones:

a) Las armas de fuego que sean resultado de modificar sustancialmente las características de fabricación u origen de otras armas, sin la reglamentaria autorización de modelo o prototipo.

---

<sup>404</sup> Op. Cit, nota 374, p. 5.

<sup>405</sup> BELESTÁ SEGURA, Luis, “Aproximación al Estudio del Delito de Tenencia de Armas Prohibidas”, p. 5.

<sup>406</sup> En el mismo sentido la Consulta 14/97 de la Fiscalía General del Estado, acerca de algunas cuestiones relativas al alcance típico del delito de tenencia de armas

- b) Las armas largas que contengan dispositivos especiales, en su culata o mecanismos, para alojar pistolas u otras armas.
- c) Las pistolas y revólveres que lleven adaptado un culatín.
- d) Las armas de fuego para alojar o alojadas en el interior de bastones u otros objetos.
- e) Las armas de fuego simuladas bajo apariencia de cualquier otro objeto.
- f) Los bastones-estoque, los puñales de cualquier clase y las navajas llamadas automáticas. Se considerarán puñales a estos efectos las armas blancas de hoja menor de 11 centímetros, de dos filos y puntiaguda.
- g) Las armas de fuego, de aire u otro gas comprimido, real o simulado, combinadas con armas blancas.
- h) Las defensas de alambre o plomo; los rompecabezas; las llaves de pugilato, con o sin púas; los tiragomas y cerbatanas perfeccionados; los munchacos y xiriquetes, así como cualesquiera otros instrumentos especialmente peligrosos para la integridad física de las personas.<sup>407</sup>

No se considerará prohibida la tenencia de las armas relacionadas en el presente artículo por los museos, coleccionistas u organismos a que se refiere el artículo 107, con los requisitos y condiciones determinados en él.<sup>408</sup>

## **Artículo 5.**

2. Queda prohibida la tenencia, salvo en el propio domicilio como objeto de adorno o de coleccionismo, con arreglo a lo dispuesto en el apartado b) del artículo 107 de este Reglamento, de imitaciones de armas de fuego que por sus características externas puedan inducir a confusión sobre su auténtica naturaleza, aunque no puedan ser transformadas en armas de fuego.

Artículo 155. Si no constituyeren delitos, serán consideradas infracciones muy graves por la entidad del riesgo producido y sancionadas:

---

<sup>407</sup> Este apartado queda excluido del concepto de arma prohibida de acuerdo con la STS 163/2001 de fecha 9 de febrero de 2001. Ponente Sr. Prego de Oliver Tolivar.

a. La fabricación, reparación, almacenamiento y comercio:

1. De armas de fuego prohibidas...

**Artículo 156.** Si no constituyeren delito, serán consideradas infracciones graves, y sancionadas:

a) Cuando se trate de armas blancas, de aire comprimido o de las demás comprendidas en las categorías 4 a 7 del presente Reglamento, la fabricación, reparación, almacenamiento, distribución y comercio de armas prohibidas o de armas reglamentadas sin autorización, con multas de cincuenta mil una a cinco millones de pesetas.

i) Portar armas de fuego o de cualesquiera otra clase en establecimientos públicos y lugares de reunión, concentración, recreo o esparcimiento, salvo en los lugares habilitados para su uso, con multas de cincuenta mil una a setenta y cinco mil pesetas, incautación de las armas y, en su caso, retirada de las licencias o permisos correspondientes.

#### **Artículo 157**

a) Las demás contravenciones del presente Reglamento no tipificadas como infracciones muy graves o graves, con multas de hasta cincuenta mil pesetas, conjunta o alternativamente con incautación de los instrumentos o efectos utilizados o retirada de las armas o de sus documentaciones.

#### **Artículo 148.**

1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, de Protección de la Seguridad Ciudadana, los agentes de la autoridad podrán realizar, en todo caso, las comprobaciones necesarias para

---

<sup>408</sup> Op. Cit, nota 405, p. 5.

impedir que en las vías, lugares y establecimientos públicos se porten o utilicen ilegalmente armas.

2. Dichos agentes podrán proceder a la ocupación temporal de las mismas, depositándolas en una Intervención de Armas de la Guardia Civil, incluso de las que se lleven con licencia, con objeto de prevenir la comisión de cualquier delito o garantizar la seguridad de las personas o de las cosas, pudiendo quedar depositadas en las correspondientes dependencias policiales por el tiempo imprescindible para la instrucción de las diligencias o atestados procedentes, dando cuenta inmediata a la Intervención de Armas de la Guardia Civil.

3. Los asistentes a reuniones en lugares de tránsito público o manifestaciones, portando cualquier clase de armas, serán denunciados a la autoridad judicial competente a los efectos prevenidos en el artículo correspondiente del Código Penal.

Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana.

**Artículo 23.** A los efectos de la presente Ley, constituyen infracciones graves: a) La fabricación, reparación, almacenamiento, comercio, adquisición o enajenación, tenencia o utilización de armas prohibidas o explosivos no catalogados; de armas reglamentarias o explosivos catalogados careciendo de la documentación o autorización requeridos o excediéndose de los límites permitidos, cuando tales conductas no sean constitutivas de infracción penal.

**Artículo 36.** 1. Iniciado el expediente sancionador, se podrán adoptar las medidas cautelares imprescindibles para el normal desarrollo del procedimiento, evitar la comisión de nuevas infracciones o asegurar el cumplimiento de la sanción que pudiera imponerse. 2. Dichas medidas, que deberán ser proporcionadas a la naturaleza y gravedad de la infracción, podrán consistir en la adopción de medidas de acción preventiva y en la realización de actuaciones para el mantenimiento o

restablecimiento de la seguridad ciudadana, de acuerdo con lo dispuesto en esta Ley y especialmente en:

a. El depósito en lugar seguro de los instrumentos o efectos utilizados para la comisión de las infracciones y, en particular, de las armas, explosivos, embarcaciones de alta velocidad, o drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.

**Artículo 32.** 1. No se podrán imponer sanciones penales y administrativas por unos mismos hechos. 2. Cuando las conductas a que se refiere la presente Ley pudieran revestir caracteres de infracción penal, se remitirán al Ministerio Fiscal los antecedentes necesarios de las actuaciones practicadas, aunque ello no impedirá la tramitación de expedientes sancionadores por los mismos hechos. No obstante, la resolución definitiva del expediente solo podrá producirse cuando sea firme la resolución recaída en el ámbito penal, quedando hasta entonces interrumpido el plazo de prescripción.<sup>409</sup>

El 6 de octubre de 2010 se llegó a la sentencia recurrida cita jurisprudencia de esta Sala en la que pretende hallar una interpretación que parece excluir de la remisión normativa al artículo 5, quedando reducidas las armas prohibidas a las contenidas en el artículo 4 del Reglamento, a cuyo precepto debe entenderse referida la complementación exigida por el artículo 563 Código Penal, con las matizaciones sobre la inconstitucionalidad de la cláusula final del apartado f), que no superaría el filtro a que nos acabamos de referir y precisamente por la amplitud e incorrección de la expresión "cualesquiera otros instrumentos especialmente peligrosos para la integridad física de las personas".<sup>410</sup> La línea jurisprudencial

---

<sup>409</sup> *Ibidem*, pp. 6-9.

<sup>410</sup> Ya que el precepto legal, sigue siendo una ley en blanco al señalar “cualesquiera otros instrumentos”, sin mencionar a cuáles se refiere y dejando abierta cualquier posibilidad analógica.

sentada por esta Sala no excluye de forma expresa la relación de armas contenida en el artículo 5º.<sup>411</sup>

Nadie dudaría del carácter de arma prohibida que se atribuye a "las armas de fuego largas de cañones recortados" a que se contrae el apartado g) del mentado artículo 5º del Reglamento de armas. Lo que significa que la doctrina en aquellas resoluciones, es que las únicas armas que deben considerarse prohibidas, por la simple remisión normativa directa, son las del artículo 4, ya que las contenidas en el siguiente, su carácter prohibitivo debe concretarse "de acuerdo con lo que dispongan las respectivas normas reglamentarias", como preceptúa en su apartado primero.<sup>412</sup>

No obstante, la condición de prohibido del instrumento poseído por los procesados viene impuesto desde perspectivas hermenéuticas formales y materiales. Desde el punto de vista formal, la remisión a las armas prohibidas, nos conduce a la Sección 4ª del Capítulo preliminar del Reglamento intitulado "Armas prohibidas", en el que se establece una relación de los que se consideran tales en los artículos 4º y 5º, que son los integrantes de tal sección. Ambos preceptos se introducen a través de conductas nucleares similares: "Se prohíbe la fabricación, importación, circulación, publicidad, compraventa, tenencia y uso de las siguientes armas y sus imitaciones".<sup>413</sup>

Por su parte el artículo 5 nos dice: "Queda prohibida la publicidad, compraventa, tenencia y uso....." y en el apartado c) se mencionan a las "defensas eléctricas, de goma, tonfas o similares". Sólo habría que estar a lo que dispongan las respectivas normas reglamentarias y respecto a dichas defensas eléctricas no se autoriza el uso o tenencia de las mismas, a cualquier persona.<sup>414</sup>

---

<sup>411</sup> GÓMEZ DE LA TORRE, Berdugo, "Tenencia Ilícita de Armas. Diferencias entre el Ilícito Penal y la Mera Infracción Administrativa", pp. 359, 360.

<sup>412</sup> Ídem.

<sup>413</sup> Ibídem, p. 360.

<sup>414</sup> Ídem.



Desde el punto de vista material, el instrumento intervenido lleva implícita una acusada peligrosidad en su uso ofensivo o defensivo, dada la virtualidad para ocasionar un quebranto grave en la integridad corporal de terceros.<sup>415</sup>

Ahora bien en el caso presente, aun reconociendo el motivado, extenso, fundamentado recurso del Ministerio Fiscal que recoge la doctrina jurisprudencial, su aplicación se ve obstaculizado por las carencias y deficiencias de la instrucción de la causa, en la que solo consta al folio 25 una diligencia de intervención de “una defensa eléctrica, rectangular, de color negro, STUN MAX de 600 Voltios”, sin que se haya practicado prueba pericial o informe de los equipos especializados de la Policía judicial sobre sus características técnicas, funcionamiento y potencialidad lesiva, al contrario de los otros casos analizados en la jurisprudencia en las sentencias transcritas por el Ministerio Fiscal.<sup>416</sup>

Varios supuestos sólo constan el voltaje de la defensa, 600 voltios, notablemente inferior al de otro tipo de defensas eléctricas –y no su virtualidad para ocasionar un quebranto grave en la integridad física de terceros-. No acreditada la situación objetiva de riesgo y de lesión del bien jurídico, la tenencia de la referida defensa eléctrica no debe caer dentro del injusto típico previsto en el artículo 563 Código Penal.<sup>417</sup>

Por otra parte, el motivo cuarto, por la vía del error iuris del art. 849-1º la ley criminal denuncia como indebidamente aplicado el subtipo agravado del delito de tenencia ilícita de armas por tener borrado el número de serie de la pistola hallada en su domicilio -artículo 564-.<sup>418</sup>

Para ello, el Ministerio Fiscal prestó su apoyo de los hechos probados, diciendo solo que la pistola tenía borrados los números de serie pero nada se dice

---

<sup>415</sup> Ídem.

<sup>416</sup> *Ibidem*, pp. 360, 361.

<sup>417</sup> *Ibidem*, p. 361.

<sup>418</sup> GIMÉNEZ GARCÍA, “Tenencia Ilícita de Armas. Subtipo Agravado. Comunicabilidad Dolosa a Terceros: Culpabilidad”, pp. 361.

sobre que este hecho fuese conocido por el recurrente. La jurisprudencia de esta Sala, de acuerdo con el principio de culpabilidad no ha aceptado aplicaciones automáticas de tipos agravados como el que nos ocupa, sin previa acreditación de que el autor era conocedor de dicha circunstancia o él mismo era el autor de la eliminación de la numeración.<sup>419</sup>

Hay que recordar que la culpabilidad es la base de la punibilidad, y por eso, como se dice en la STS 1071/2006 de 9 de Noviembre"....el dolo del tenedor del arma debe alcanzar los elementos objetivos de todas las agravaciones como se desprende del artículo 65 Código Penal....".<sup>420</sup>

En las armas que no son de fuego, al ser el bien jurídico protegido -según esta línea jurisprudencial- no sólo la seguridad pública en abstracto sino también la vida y la integridad física de las personas, será necesario, entonces un plus de peligrosidad.<sup>421</sup>

La tenencia de armas no de fuego prohibidas, y puesto que el bien jurídico se considera la vida y la integridad física de las personas, la traducción dinámica no debería ser más que el uso efectivo de esas armas. El uso no ha de consistir necesariamente en su empleo contra los bienes jurídicos protegidos, sino que basta la proximidad del riesgo para estos bienes jurídicos.<sup>422</sup>

La tenencia de armas de fuego prohibidas se configuraría como un delito de peligro abstracto, donde el legislador considera punible la “mera tenencia” de una serie de armas aun a pesar de evidenciarse la falta de intención de usar éstas con fines ilícitos (art. 565 CP) en atención a las características y peligro –abstracto- del arma poseída. Desde esta perspectiva se pretende un control de las armas de fuego reglamentadas, a partir de las correspondientes licencias, así como un control de las armas no reglamentadas, cuya mera tenencia se considera

---

<sup>419</sup> *Ibidem*, pp. 361, 362.

<sup>420</sup> *Ibidem*, p. 362.

<sup>421</sup> *Op. Cit*, nota 405, p. 7.

peligrosa, aun a pesar de no haberse concretado, ni en uno ni en otro caso, peligro alguno. Así el bien jurídico protegido sería tanto la seguridad pública en abstracto como el monopolio del Estado en el control de las armas.<sup>423</sup>

Finalmente podemos decir que el legislador de 1995 no previó el alcance que podría tener el artículo 563. Este desajuste de la previsión legislativa ocurre además al pretender sancionar conductas que resultan impunes, por un uso incorrecto de la ley en blanco.<sup>424</sup> También falta adecuar socialmente la norma o mediante técnicas interpretativas que clarifiquen como conductas delictivas la tenencia de armas de fuego prohibidas y el uso de aquellas armas prohibidas -no la simple tenencia- que realmente pueda suponer una puesta en peligro de la seguridad general.<sup>425</sup>

En comparación con México primeramente observamos que en España la posesión de armas de fuego no se trata de un derecho fundamental, siendo que en México si lo es, observando que en España no obstante que al igual que México se trata de un delito de peligro en abstracto la portación de armas de fuego ya sea sin licencia o del uso Exclusivo del Ejército, Armada y Fuerza Aérea Nacionales,<sup>426</sup> en España se busca que el tipo penal sea más garantista y justificable, ya que en la ley penal se contempla rebajar las penas en un grado, siempre que por las circunstancias del hecho y del culpable, se evidencie la falta de intención de usar las armas con fines ilícitos, circunstancia que en nuestro país no ocurre, ya que basta con que se porte el arma de fuego para que se configure el tipo penal.

Analizando la ley penal aparece en España que se contempla el error de prohibición, en los delitos de armas de fuego, y que la pena es de 1 a 3 años de

---

<sup>422</sup> Ídem.

<sup>423</sup> Op. Cit, nota 405, p. 34.

<sup>424</sup> Circunstancia idéntica ocurre en México con los delitos de portación de arma prohibida en donde el tipo penal esta en blanco.

<sup>425</sup> Op. Cit, nota 405, p. 16.

<sup>426</sup> Cfr. Capítulo primero -delitos de peligro-.

prisión sea cual fuere el arma de fuego, en cambio en México la penalidad por portar armas de fuego del uso exclusivo de las fuerzas armadas del país es de 4 a 10 años y de 4 a 15 años de prisión y cuando se trata de armas de fuego sin licencia la pena es de 2 a 7 años de prisión, así que existe un abismo entre las penalidades de un país y otro, esto ocurre ya que no se obedece a los principios de lesividad y proporcionalidad y el tratar de tener como respuesta a los delitos el endurecimiento de las penas. Observando que por ejemplo en España tienen como política de prevención del delito, una debida reglamentación para el control de las armas y un debido control de registro de armas de fuego, lo que y trae como consecuencia una transparencia en su posesión y portación y una manera más afectiva de prevenir el delito y no con respuestas equivocadas como el aumento irracional de las penas.

Se establece la medida administrativa en España como control del delito y atendiendo al principio de la última ratio y al carácter fragmentario del derecho penal al establecer que si la conducta no constituye el delito de tenencia<sup>427</sup> de armas prohibidas, serán consideradas infracciones graves,<sup>428</sup> en donde además se pueden adoptar medidas cautelares, medidas de acción preventiva y actuaciones para el establecimiento de la seguridad ciudadana. En México no vemos estas medidas, ya que muy pocos ciudadanos cuentan con permisos y al no existir un debido registro lo más fácil es aplicar el derecho penal, en cambio, como se observa se busca tener un debido control de las armas y el incumplimiento administrativo no constituye delito, así que se auxilia el derecho penal de otras áreas del derecho como el administrativo para buscar solucionar el conflicto, o bien, evitar criminalizar y castigar conductas inocuas.<sup>429</sup>

---

<sup>427</sup> En España en el delito de tenencia de armas se contempla la portación y posesión de armas de fuego.

<sup>428</sup> Multas altas como medida administrativa penal.

<sup>429</sup> Se les llama a las conductas no dañinas para la sociedad.

En el apartado de armas prohibidas en la legislación española se establecen las armas de fuego y la que no son armas de fuego,<sup>430</sup> apareciendo que en las armas de fuego el bien jurídico tutelado es la seguridad pública en abstracto y en las armas prohibidas el bien jurídico tutelado el bien jurídico tutelado es la vida y la integridad de las personas, siendo en consecuencia el primero de los injustos un delito de peligro en concreto y el segundo un delito de peligro en concreto. En nuestro país el bien jurídico es la seguridad pública y se trata de un delito de peligro en abstracto, pero a diferencia de España, sin ninguna posibilidad de aproximarse a un delito de peligro en concreto para su debida justificación penal.

### III. Argentina

La evolución legislativa en Argentina respecto a las armas de fuego, ha sufrido varias reformas desde su redacción original que inició con la Ley 11.179 vigente desde el 29 de Abril de 1922, en ese entonces, el artículo 21 nada establecía acerca de la tenencia ilegal de armas de fuego que ya se encontraba prevista por aquella época como contravención, únicamente reprimía conductas ilícitas vinculadas a explosivos o instrumentos susceptibles de causar estragos. Posteriormente aparece tipificada esta conducta con la sanción de la Ley 13945 en 1950, en el artículo 35 decía:<sup>431</sup>

Será reprimido:

- 1) Con prisión de un mes a cuatro años el que fuera de los casos autorizados por la ley o sin permiso de la autoridad competente, introduzca al país o

---

<sup>430</sup> Llamadas en México como armas prohibidas, como son los cuchillos, navajas, sables, puntas, etc.

<sup>431</sup> AMERISE, Daniel Gustavo, “*La Tenencia y Portación de Armas de Fuego, texto según la Ley 25.886. Posibles Interpretaciones*”, p. 2.

exporte, fabrique, transporte, venda, transmita por cualquier título, tenga o porte.<sup>432</sup>

a)...b) Armas, municiones y demás material clasificado como de guerra,

2) Con prisión de quince días a un año al que introduzca al país o exporte, fabrique, transporte, o verifique cualquier otra actividad interjurisdiccional con armas, municiones y demás material clasificado como arma de uso civil.<sup>433</sup>

3) Con prisión de 15 días a seis meses el que mediante actividad local...venda o transmita por cualquier título, tenga o porte armas, municiones y demás material calificado como arma de uso civil.<sup>434</sup>

Ya se distinguía en armas de uso civil y de guerra por su importancia, mientras que la acción se definió como: “*quien transporte, tenga, o porte*”. Por otro lado, la ley, dejaba sujeta la clasificación de armas a una disposición reglamentaria que se efectuó a través del Decreto 3198 de 1960.<sup>435</sup>

Le sigue luego la reforma introducida por la Ley 15.726/60, esta norma eliminó el supuesto de tenencia ilegal de armas de uso civil, pero aumentó la pena respecto de la tenencia de armas de guerra. Dice: Será reprimido: 1) Con prisión de seis meses a cinco años...b) El que, fuera de los casos legalmente previstos o sin la debida autorización, introdujera al país, exportare, fabricare, transportare, vendiere, transmitiere por cualquier otro título, empleare o tuviere en su poder, explosivos, agresivos químicos o materiales afines, sustancias o instrumentos destinados a su fabricación, **armas, municiones, elementos nucleares** y demás elementos considerados como de guerra.<sup>436</sup>

---

<sup>432</sup> Ídem.

<sup>433</sup> Ídem.

<sup>434</sup> Mientras que en México actualmente por portar ese tipo de armas de fuego -sin licencia-, se castiga de dos a siete años de prisión y en la historia se llegó hasta castigar con pena de muerte.

<sup>435</sup> Ibídem, p. 3.

<sup>436</sup> Ídem.

En este caso, la conducta típica, consistía en transportar -se entendía que éste accionar no era parte de la tenencia-, emplear o tener.

El Decreto Ley 17567/687 deroga el artículo 212 e introduce el 189 bis, tipificando en el tercer párrafo, el delito de tenencia de armas de guerra, sin contemplar las municiones.<sup>437</sup>

- La simple tenencia de armas de guerra o de los materiales a que se refiere el primer párrafo de este artículo, sin la debida autorización legal, cuando esta sea legalmente requerida, será reprimida con prisión de tres meses a tres años
- La pena será de tres meses a seis años en caso de acopio de armas.
- Si se tratare de armas de guerra la pena será de dos a seis años de prisión.

Con esta reforma que logró derogar el artículo 212 del Código Penal Argentino, modificó la derivación que efectuó la ley 15.276 a la reglamentación por el Poder Ejecutivo y trajo como consecuencia el planteo acerca de si se había derogado implícitamente el Decreto 3189/60 de clasificación de armas de fuego, cuestión que fue resuelta jurisprudencialmente por la Cámara Federal de La Plata, que mantuvo la vigencia de la normativa reglamentaria.<sup>438</sup>

El Decreto Ley 18.593 incorporó al tipo penal la tenencia y acopio de munición de guerra, pero las normas perdieron vigencia en 1973 cuando la Ley 20509 derogó las disposiciones originadas en el gobierno de facto.<sup>439</sup>

En 1974, recuperaron vigencia con las modificaciones de la Ley 20642 que incorporaría la pena de “prisión” y “reclusión”, aumentando su monto.<sup>440</sup>

---

<sup>437</sup> *Ibidem*, p. 4.

<sup>438</sup> *Ídem*.

<sup>439</sup> *Ídem*.

<sup>440</sup> *Ídem*.

La simple tenencia de armas de guerra o de los materiales a que se refiere el primer párrafo de este artículo, sin la debida autorización legal, será reprimida con prisión de tres a seis años.

La pena será de tres a ocho años de prisión o reclusión, en caso de acopio de armas. Si se tratare de armas de guerra, la pena será de tres a diez años de prisión o reclusión.

Las mismas penas se aplicarán, respectivamente, al que tuviere o acopiare municiones correspondientes a armas de guerra, piezas de éstas o instrumental para producirlas.

Se incorpora el quinto párrafo que equipara las municiones a las armas (tenencia de munición), ello en razón de haberse entendido muchas veces por la jurisprudencia como no comprensivo del término armas de guerra, aunque la ley de armas y explosivos así lo decía, mientras que el término transporte pasa a integrar el concepto de tenencia, todo lo que surge de la nota de elevación de la ley 20642/74, que puede verse en la cita renglones antes efectuada.<sup>441</sup>

La ley 25.08612 introdujo, no sin menos discusiones, una nueva reforma al tercer párrafo del artículo 189 bis sobre las armas de uso civil y uso civil condicionado:

En la parte pertinente dice:

La simple portación de arma de fuego de uso civil o de uso civil condicionado, sin la debida autorización, será reprimida con prisión de 6 meses a 3 años. La simple tenencia de armas de guerra o de los materiales a los que se refiere el primer párrafo de este artículo, sin la debida autorización legal, ser reprimida con prisión de 3 a 6 años.<sup>442</sup>

---

<sup>441</sup> *Ibíd*em, pp. 4, 5.

<sup>442</sup> En México la pena es de cuatro a diez y de cuatro a quince años de prisión cuando se trata de portación de armas del uso exclusivo de las fuerzas armadas.



La pena será de 4 a 8 años de prisión o reclusión, en el caso de acopio de armas. Si se tratare de armas de guerra la pena será de 4 a 10 años de prisión o reclusión.

Las mismas penas se aplicarán, respectivamente, al que tuviere o acopiare municiones correspondientes a armas de guerra, piezas de estas o instrumental para producirlas.”

Pero no termino allí, pues también se introdujo el artículo 42 bis a la Ley Nacional de Armas y Explosivos, sancionando con multa la simple tenencia de armas de uso civil sin autorización y atribuyéndole competencia a la justicia federal; ello agregó más inconvenientes, dado que esta norma venía a superponerse con el artículo 43 de la Ley 803113 de la Provincia de Buenos Aires que incriminaba la tenencia y portación de armas de uso civil sin autorización. Esta falta provincial, a su vez, recibió posteriormente un incremento de pena por la ley 12.296/9915 que llevó el máximo de 30 días de arresto a 120, con lo cual la legislatura de la Provincia reivindicaba en los hechos su facultad de legislar en materia contravencional, tradicionalmente no delegada a la Nación (arts. 75 inciso 12 y 131 de la Constitución Nacional).<sup>443</sup>

La cuestión de la jurisdicción no fue menor, el artículo 33, inciso e) del Código Procesal Penal de la Nación (Ley 23.984) establecía la competencia de la justicia federal, entre otros, para el delito previsto en el artículo 189 bis del Código Penal Argentino, a excepción de la simple tenencia de armas de guerra; conforme lo descrito, la portación de uso civil venía también a ser de competencia federal, quedando el supuesto más grave, en la justicia ordinaria.

A esta confusión se suma -la anticipada discusión- sobre equiparación de las armas de uso civil con las de uso civil condicional, cuando estas últimas integran una subclase de las de guerra, cuestión que por ese motivo fue objeto de

---

<sup>443</sup> Op. Cit, nota 431, pp. 5, 6.

veto parcial en el Decreto 496/99. De lo contrario la simple tenencia de un arma de guerra hubiera merecido una pena de 3 a 6 años de prisión, mientras que la portación de un arma de uso civil condicional -subclase de las guerras- se hubiera penado de 1 a 3 años de prisión.<sup>444</sup>

El artículo 104 del Código Penal de la República de Argentina, proviene que “será permitido con uno a tres años de prisión, el que dispare un arma de fuego contra una persona, sin hierla. Esta pena se aplicará aunque se causare herida a que corresponda pena menor, siempre que el hecho no importe un delito más grave y en todo caso, será reprimida con prisión de quince días a seis meses, la agresión con toda arma, *aunque no se causare herida*” Dicho precepto se encuentra comprendido en el Capítulo V, bajo el rubro “*Abuso de armas*” Códigos Penales Iberoamericanos según los textos oficiales.<sup>445</sup>

Para Eusebio Gómez, el artículo 104 del Código Penal de la República de Argentina, menciona lo siguiente: “El delito de abuso de armas puede cometerse disparando un arma de fuego contra una persona, sin hierla, o llevando una agresión con toda arma, aunque no se causare herida. En tanto que el artículo 105 establece las circunstancias calificativas.”<sup>446</sup>

En la legislación penal argentina, aparece el delito de disparo de arma de fuego, en el Código Penal de 187. En el artículo 99 se proviene que “*el acto de disparar intencionalmente una arma de fuego, contra una persona, sin hierla, será penado con uno a tres años de prisión*”. Esta discusión se hizo en el Parlamento argentino con el proyecto del diputado Moreno para la reforma del Código Penal, se tuvo en cuenta al describir el delito de disparo, la dificultad para distinguir, en el hecho, entre tentativa de homicidio con arma de fuego y disparo de arma. En tanto Rivarola, dice que la necesidad de reprimirlo en el

---

<sup>444</sup> Ídem.

<sup>445</sup> GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José, “*Criminalia: El Disparo de Arma de Fuego: su problemática jurídica en la legislación Penal Mexicana*”, p. 98.

<sup>446</sup> *Ibidem*, pp. 98, 99.

frecuente uso de las armas de fuego, en razón del peligro que existe en el disparo de dichas armas. El legislador ha requerido hacer del disparo un delito *per se completo*, definido y no prever un grado de otro delito. Cuando un hombre disparó en contra de otro un arma de fuego intencionalmente, se manifiesta el elemento material del delito siempre que el hecho no importe un daño mayor. Cuando el delito mayor consiste en el resultado material, por ejemplo: una lesión a la que la ley penal señale pena mayor, o en grado de intención, una tentativa de homicidio, en ambos casos, el delito *per se* desaparece absorbido por el delito mayor. Concluía el diputado Moreno: que la incriminación del delito de disparo de arma de fuego, aparece impuesta en el país, en razón de hábito difundido en ciertas clases sociales, de cargar esa clase de armas y abusar de ellas: que mediante esa incriminación se allanan las dificultades para discernir acerca de la existencia de la tentativa de las dificultades para discernir acerca de la existencia de la tentativa de homicidio o de lesiones, cuando no media la posibilidad de precisar el elemento intencional del acto. La jurisprudencia argentina se ha pronunciado abiertamente porque subsista como delito autónomo el precepto mencionado, porque depende del propio sujeto que declara, la calificación, que trata de exteriorizar un estado de conciencia, y como pocos son los que manifiestan una intención que los perjudicaría, casi siempre los actos que importan en el fondo una tentativa, se reduce a un delito menor.<sup>447</sup>

Sebastián Soler, comenta que al examinar el contenido del artículo 104 del Código Penal de su país, dice se trata de una figura de agresión calificada por el medio empleado. Y es razonable que así sea, porque la agresión crea una situación de peligro para la persona física, que va creciendo en la medida en que aumenta la potencia del arma empleada; además crece no solamente en sentido individual, sino genéricamente y para todos los casos. Es esta consideración del peligro genérico y abstracto la que ha merecido más atención

---

<sup>447</sup> *Ibidem*, pp. 99, 100.

de los comentaristas e incluso les ha hecho olvidar que aquél no constituye la base de la incriminación, sino que solamente se agrega *el peligro concreto* que la figura general requiere, como toda agresión. El peligro corrido, real y concreto, es lo único que justifica el hecho de que esta infracción no se cuente entre las figuras contravencionales y por eso consideramos equívocas esas generalizaciones sociológicas acerca de la costumbre de usar armas, con las cuales se intenta acordar fundamento a esta incriminación. Además, conduce a equivocadas concepciones, especialmente en lo que se refiere al verbo central “disparar”, a la hora de disparar un arma de fuego, significa hacer funcionar el mecanismo del arma de manera que salga el proyectil. Lo disparado es el proyectil, de modo que es necesario que el disparo se produzca y no basta haber apretado el percutor. Disparar un arma cargada, sin proyectil: gatillar un arma no cargada, etc. Son acciones que no importan la comisión de este delito.

448

En Argentina, el expansionismo penal se manifiesta, en la ligereza con que se sanciona con pena criminal el incumplimiento genérico de disposiciones legales administrativas, pero con una gravedad más atendible cuando se degradan las categorías esenciales configurativas de presupuestos de punibilidad, o la anticipación punitiva en la protección de bienes jurídicos, o en la laxa apreciación de los mismos.<sup>449</sup> Todos estos son motivos válidos para que quienes propiciamos un derecho penal liberal y respetuoso de los derechos fundamentales dentro de un Estado Social de Derecho.<sup>450</sup>

---

<sup>448</sup> *Ibíd.*, pp. 100, 101.

<sup>449</sup> Situación idéntica ocurre en México al castigar delitos hipotéticos de mera conducta, en donde no importa si la conducta pone en peligro al bien jurídico tutelado, como llega a ocurrir con el delito de portación de arma de fuego sin licencia.

<sup>450</sup> BAILONE, Matías, “*La Tenencia y Portación de Armas en el Código Penal Argentino, la Ley 25.886 y la fiebre punitiva*”, pp. 447.

El Estado moderno cada vez ha quedado más incapacitado para solucionar conflictos sociales a través de políticas públicas no penales,<sup>451</sup> recurre cada vez menos solapadamente al brazo punitivo. Se sigue violentando uno de los principios lógico-constitucionales de todo Estado de Derecho: el derecho penal es la última ratio en el esquema de sanciones estatales -con mucha más razón en el esquema de políticas públicas-.<sup>452</sup>

Para Raúl Zaffaroni dice que se ha producido una “transformación regresiva” en la política criminal, pues "del debate entre políticas abolicionistas y reduccionistas se pasó, casi sin solución de continuidad, a debatir la expansión del poder punitivo". Lo cual no deja de verse como un 'avance contra el derecho penal liberal', que consiste en "la anticipación de las barreras de punición -alcanzando a los actos preparatorios-, la desproporción en las consecuencias jurídicas -penas como medidas de contención sin proporción con la lesión realmente inferida-, el marcado debilitamiento de las garantías procesales y la identificación de los destinatarios mediante un fuerte giro al derecho penal de autor."<sup>453</sup>

A partir de los 90 se produjo una escalada delictiva y de violencia, que ha sido acompañada por un aumento de la proliferación y del uso de armas de fuego. Así, en todo Argentina los delitos se incrementaron en un 154 por ciento, los suicidios en un 60 por ciento y las muertes por accidentes con armas de fuego en un 82 por ciento entre el año 1991 y el 2004. Por otro lado, la proporción del uso de armas de fuego en los homicidios creció del 49 al 78 por

---

<sup>451</sup> Esto ocurre al no aplicar una debida política criminológica, en donde por consecuencia se busca resolver los problemas sociales con el derecho penal y lo que resulta peor, con el endurecimiento de éste, al dictar penas cada vez más elevadas, lo que hace que el derecho penal resulta muchas veces injustificable e irracional.

<sup>452</sup> Op. Cit, nota 445, p. 448.

<sup>453</sup> Ídem.

ciento respectivamente entre 1991 y 1997, y en los robos del 40 al 71 por ciento respectivamente entre 1995 y el 2003 en la Ciudad de Buenos Aires.<sup>454</sup>

Por otra parte, la tasa de homicidios creció 40 por ciento entre 1991 y 2002, para luego disminuir de 3.453 a 2.259 casos en 2004. Aunque esta última cifra puede ser más alta, pues el Ministerio de Salud tiene un registro de otros cientos de muertes por armas de fuego que no están registradas como homicidio. “El incremento del delito ha sido mayor de lo que las cifras oficiales muestran y la desconfianza de los ciudadanos respecto a las instituciones como forma de resolver sus conflictos es creciente”. El aumento de los delitos fue acompañado por el aumento en el uso de armas de fuego en los mismos. A nivel nacional, las muertes por accidentes con armas pasaron de 103 a 187 víctimas entre 1991 y 2004.<sup>455</sup>

La República Argentina entre el 2003 al 2005 fue víctima de reformas espasmódicas y oportunistas que expandieron el horizonte punitivo a niveles de irracionalidad tan manifiesta como antirrepublicana. Conocido como el "Fenómeno Blumberg" que surgió como una respuesta después de un secuestro y posterior homicidio de un joven de clase media alta acontecido en Buenos Aires en el 2003. Su padre inició una campaña de activismo social para influir en la legislación penal y procesal penal argentina, logrando multitudinarias adhesiones en marchas sobre el Congreso Nacional, pidiendo seguridad y justicia. A consecuencia de ello, los legisladores, que nunca cumplieron con el modelo de legislador racional que había imaginado la Ilustración, accedieron al aumento de penas, punir nuevas conductas disvaliosas y hacer todo ello con una celeridad cercana a lo irresponsable.<sup>456</sup>

---

<sup>454</sup> FLEITAS, M. Diego, “*El Problema de las Armas de Fuego en el Cono Sur: Los casos de Argentina, Paraguay y Uruguay*”, p. 9.

<sup>455</sup> ZUÑIGA, Liza, “*Armas Pequeñas y Livianas en el Cono Sur: Diagnóstico de la Situación*”, p. 2.

<sup>456</sup> Op. Cit, nota 445, p. 449.

Además desde el año 2004, con la muerte de tres estudiantes a manos de un adolescente que tomó una pistola de su padre, se han dado una serie de respuestas para el control de armas de fuego: reformas legislativas, modificaciones al Código Penal Argentino y la creación del Registro de Armas Incautadas. Este último es una forma de control, tanto para la posesión como el porte de armas de fuego, las personas deben acreditar un examen psíquico-físico, que es más exigente en el caso de portación, no tener antecedentes penales y conocer su manejo. La credencial de tenencia no pone límite a la cantidad de armas registradas, pero los usuarios deben llevar una tarjeta de control del consumo de municiones, pues sólo se les permite adquirir mil por año. Los particulares sólo pueden obtener armas de uso civil y armas de guerra que pueden tener uso civil pero condicionado. Pero los coleccionistas pueden tener todo tipo de armas pero inutilizadas, aunque con un permiso especial pueden utilizarlas en práctica de tiro.<sup>457</sup>

En cuanto a los delitos de peligro abstracto, la ley 25.886 sancionada en abril de 2004 y promulgada por el Poder Ejecutivo en mayo del mismo año modifica el artículo 189 bis del Código Penal Argentino, ampliando la cuantía de las penas y tipificando nuevos delitos.<sup>458</sup>

La redacción actual de dicho artículo es:

"Art. 189 bis: "El que con el fin de contribuir a la comisión de delitos contra la seguridad común o causar daños en las máquinas o en la elaboración de productos, adquiriere, fabricare, suministrare, sustrajere o tuviere en su poder bombas, materiales o aparatos capaces de liberar energía nuclear, materiales radiactivos o sustancias nucleares, o sus desechos, isótopos radiactivos, materiales explosivos, inflamables, asfixiantes, tóxicos o

---

<sup>457</sup> Op. Cit, nota 455, p. 3.

<sup>458</sup> *Ibidem*, p. 450.

biológicamente peligrosos, o sustancias o materiales destinados a su preparación, será reprimido con reclusión o prisión de cinco a quince años.

La misma pena se impondrá al que, sabiendo o debiendo saber que contribuye a la comisión de delitos contra la seguridad común o destinados a causar daños en las máquinas o elaboración de productos, diere instrucciones para la preparación de sustancias o materiales mencionados en el párrafo anterior.

Con la mera tenencia de los materiales a los que se refiere el párrafo que antecede, sin la debida autorización, o que no pudiere justificarse por razones de uso doméstico o industrial, será reprimida con prisión de tres a seis años.

La simple tenencia de armas de fuego de uso civil, sin la debida autorización legal, será reprimida con prisión de 6 meses a 2 años"y multa de mil pesos a diez mil pesos.

Si las armas fueren de guerra, la pena será de dos a seis años de prisión.

La portación de armas de fuego de uso civil, sin la debida autorización legal, será reprimida con prisión de un año a cuatro años.

Si las armas fueren de guerra, la pena será de tres años y seis meses, a ocho años y seis meses de reclusión o prisión.

Si el portador de las armas, a las cuales se refieren los dos párrafos que anteceden, fuere tenedor autorizado del arma de que se trate, la escala penal correspondiente se reducirá en un tercio del mínimo y del máximo.<sup>459</sup>

La reducción prevista en el párrafo anterior podrá llevarse a cabo cuando las circunstancias del hecho y las condiciones personales del autor, resultare

---

<sup>459</sup> Esto permite que no se castigue peligros tan hipotéticos y que se castigue con una mayor aproximación a un delito de peligro en concreto.



evidente, la falta de intención de utilizar las armas portadas con fines ilícitos. En los dos casos se impondrá la inhabilitación especial por el doble tiempo de la condena.

El que registrare antecedentes penales por delitos dolosos contra las personas o con el uso de armas, o se encontrare gozando de una excarcelación o exención de prisión anterior y portare un arma de fuego de cualquier calibre, será reprimido con prisión de cuatro a diez años.

El acopio de armas de fuego, piezas o municiones de éstas o la tenencia de instrumental para producirlas, sin la debida autorización, será reprimido con reclusión o prisión de cuatro a diez años.

El que hiciere de la fabricación ilegal de armas de fuego una actividad habitual será reprimido con reclusión o prisión de cinco a diez años.

Será reprimido con prisión de uno a seis años el que entregare un arma de fuego, por cualquier título a quien no acreditare su condición de legítimo usuario.

La pena será de tres años y seis meses a diez años de prisión si el arma fuera entregada a un menor de dieciocho años.

Si el autor hiciere de la provisión ilegal de armas de fuego una actividad habitual, la pena será de cuatro a quince años de reclusión o prisión.

Si el culpable de cualquiera de las conductas contempladas en los párrafos anteriores contare con autorización para la venta de armas de fuego, se le impondrá además, inhabilitación especial absoluta y perpetua, y multa de diez mil pesos.

Será reprimido con prisión de tres a ocho años e inhabilitación especial por el doble de tiempo de la condena, el que contando con la debida autorización legal para fabricar armas, omitiere su numero o grabado conforme

la normativa vigente, o asignare a dos o más armas idénticos números o grabados.

En la misma pena incurrirá el que adulterare o suprimiere el número o el grabado de un arma de fuego.

El artículo 189 bis es necesario recordar que está ubicado dentro del Primer Capítulo "Incendios y otros estragos", del título VII del Código Penal Argentino, cuyo bien jurídico intenta absorber aquellas conductas que ponen en riesgo la "Seguridad Pública" o la "Seguridad Común".<sup>460</sup>

La situación de peligro común, es determinante para la tipificación. La doctrina moderna ha demostrado una preocupación por estudiar los delitos de peligro, tanto el peligro concreto como el peligro abstracto. Sobre estos últimos se ha sindicado su escaso apego a la legalidad constitucional de cualquier estado de derecho que consagre el principio de lesividad.<sup>461 462</sup>

Los delitos de peligro abstracto, son la motivación que indujo al legislador a la tipificación, pero no es un elemento del tipo, es más, su acaecimiento y punibilidad no dependen de la realización de un peligro concreto. Son delitos de pura actividad, donde ni siquiera -como en el caso de la tenencia y portación de armas de fuego, art. 189 bis, inciso segundo- el legislador incluye la expresión 'peligro' en el supuesto de hecho típico. Von Liszt dijo: "el Derecho Penal termina donde desaparece el peligro concreto".<sup>463 464</sup>

Zaffaroni escribe que ninguno de los criterios esgrimidos para justificar la punibilidad de los tipos de peligro abstracto son constitucionalmente admisibles: unos insisten en que el peligro se presume *iure et de iure* y otros en que se trata

---

<sup>460</sup> Op. Cit, nota 445, p. 452.

<sup>461</sup> Ídem.

<sup>462</sup> Situación idéntica ocurre en México donde también se viola el principio de lesividad, pero es más grave en México, porque todavía las penalidades son más altas.

<sup>463</sup> Op. Cit, nota 445, p. 453.

<sup>464</sup> Siendo por eso tan criticable que se castiguen los delitos de peligro en abstracto.

de la existencia de un peligro del peligro. En el primer caso estaríamos frente a simples infracciones administrativas -delitos de desobediencia como los llamó Binding- y en el segundo se presentarían consecuencias inusitadas con la tentativa -triplicación de peligros: riesgo de riesgo de riesgo.<sup>465</sup>

La portación de armas de fuego -civiles o de guerra-, aumentaron las penas; en el caso de armas de uso civil de seis meses a tres años de prisión pasó a tener de un año a cuatro años de prisión, y en el caso de portación de armas de guerra que antes no era un delito autónomo sino punible junto a la tenencia, la pena privativa de libertad va de tres años y medio a ocho años y medio, una escala por demás exagerada.<sup>466</sup>

Este deterioro de la arquitectura institucional de un sistema penal en un estado constitucional de derecho que es común a casi todo Occidente,<sup>467</sup> con matices que se tornan caricaturescos en los países de la América Latina, es una señal de alerta para el iuspenalismo liberal. La doctrina mayoritaria de nuestros países de habla hispana es unánime en el diagnóstico y mayoritaria en la necesidad de volver a códigos penales básicos alejados de la artificialidad de bienes jurídicos colectivos y de peligros abstractos, y del uso político social de la pena: “la responsabilidad penal -decía Sgubbi- está distribuida socialmente, y asignada artificialmente sobre la base de opciones políticas contingentes”.<sup>468</sup>

Considerado el grave impacto que tienen las armas de fuego en Argentina, así como las variadas iniciativas gubernamentales que ha habido al respecto, aún resulta necesario avanzar en una acción coordinada y continua de todas las instituciones involucradas, incluyendo a los poderes legislativo y judicial y a las provincias.

---

<sup>465</sup> Op. Cit, nota 445, p. 453.

<sup>466</sup> *Ibidem*, pp. 456, 457.

<sup>467</sup> Esto ocurre ya que en occidente existe poca preocupación por la política criminológica, y así el realizar políticas públicas de carácter social, cultural, económico, educativo y lejos de esto existe una política de la punición exagerada en el derecho penal, lo cual como consecuencia no soluciona los problemas sino a la larga los empeora, pues realiza una gran criminalización tan primaria como secundaria.

Algunas acciones con relación al control de las armas, son la aprobación de un régimen penal razonable e integral que incluya el delito de venta ilegal de municiones, la implementación de la Ley de Armas Incautadas, la mejora de los controles de arsenales de las fuerzas armadas y policías, un control más fuerte de las armerías, el aumento de la transparencia de las exportaciones de armas y la implementación de mecanismos de verificación de entrega para evitar su desvío y el fortalecimiento institucional del RENAR dotándolo de recursos públicos para que tenga más independencia frente a los actores e instituciones que debe controlar. Asimismo, y para combatir el tráfico ilegal de armas es muy importante que la policía y sobre todo el poder judicial asuman un rol más proactivo en el tema.<sup>469</sup>

Con respecto a la proliferación de armas y su posesión por particulares, se tiene que avanzar en una campaña coordinada de concientización acerca de los riesgos que las armas conllevan. También sería importante que los trámites y requisitos para poseer legalmente un arma sean al mismo tiempo más baratos y más estrictos en lo concerniente a las exigencias psíquico-físicas. Otra herramienta que puede ser útil para reducir la proliferación de armas es un programa de recolección, pero para que sea efectivo es necesario no sólo una campaña de concientización previa sino también tener en cuenta las distintas motivaciones que tienen los poseedores de armas, y crear incentivos lo suficientemente fuertes para que la población *target* de la campaña haga entrega de sus armas.<sup>470</sup>

Finalmente podemos decir, que para que las políticas de control de armas sean efectivas es importante la participación de la sociedad civil, ya que las enriquece, facilita el consenso, y les da transparencia, aunque por otro lado es necesario que los poderes y jurisdicciones del Estado, y consecuentemente los tomadores de decisiones, realmente adopten como prioridad la realización

---

<sup>468</sup> Op. Cit, nota 450, p. 449.

<sup>469</sup> Op. Cit, nota 454, p. 27.

<sup>470</sup> Ídem.

de estas políticas, en caso contrario va a ser difícil solucionar los niveles de violencia que asolan a la Argentina.<sup>471</sup>

Al observar a México con Argentina encontramos que en las penalidades hay una marcada diferencia ya que por ejemplo en México la pena por portar armas de fuego sin licencia, la pena es de dos a siete años de prisión, mientras que en Argentina la pena es de uno a cuatro años y por lo que a las armas de uso reservado para las fuerzas armadas, en Argentina la pena es de tres años y seis meses a ocho años y seis meses, en tanto en México las penas son de hasta cuatro a quince años de prisión.

Observando que en Argentina ha influido en gran medida en las penalidades de portación de armas de fuego el secuestro de un hijo de un joven de clase media alta, que trajo como consecuencia un movimiento civil que realizó diversas manifestaciones como presión social para el aumento de las penas, lo que fue llamado como el "Fenómeno Blumberg".<sup>472</sup> En Buenos Aires en el 2003. A consecuencia de ello, los legisladores accedieron al aumento de penas, punir nuevas conductas disvaliosas y hacer todo ello con una celeridad cercana a lo irresponsable, violando los principios de lesividad y de proporcionalidad, alejándose a un derecho penal racional, social y democrático.

Esto aunado a que en el 2004, con la muerte de tres estudiantes, los cuales fueron victimizados por un adolescente que tomó una pistola de su padre y los privó de la vida con esta, lo que ha traído como consecuencia varias respuestas de carácter político criminológico para el control de armas de fuego: reformas legislativas, modificaciones al Código Penal Argentino y la creación del Registro de Armas Incautadas. Este último es una forma de control, tanto para la posesión como el porte de armas de fuego, las personas deben acreditar un examen psíquico-físico, que es más exigente en el caso de

---

<sup>471</sup> Ídem.

<sup>472</sup> Op. Cit, nota 445, p. 449.

portación, no tener antecedentes penales y conocer su manejo. La credencial de tenencia no pone límite a la cantidad de armas registradas, pero los usuarios deben llevar una tarjeta de control del consumo de municiones, pues sólo se les permite adquirir mil por año. Los particulares sólo pueden obtener armas de uso civil y armas de guerra que pueden tener uso civil pero condicionado. Observando que se busca una prevención del delito primaria, lo que ayuda en gran medida, pero lo cual no resulta suficiente pues se requiere otro tipo de medidas como ha quedado especificado, ya que también por el contrario ha influido en el crecimiento de las penas, el aumento de delitos y el resultado que ha tenido la portación de armas de fuego, aunado al fenómeno de la creación y venta cada vez mayor de armas de fuego por algunos países como estados unidos, quien parece que hace múltiples esfuerzos por armar al mundo, ya que resulta un gran negocio económico para este país.

## **CAPÍTULO QUINTO**

### **ANÁLISIS Y POLÍTICA CRIMINAL EN LOS DELITOS DE ARMAS DE FUEGO**

#### **I. Situación Actual en los Delitos de Armas de Fuego**

En cuanto a la posesión de armas de fuego, señalaremos que se trata de un derecho fundamental que se consagra en el numeral 10 de la CPEUM, en donde faculta a todos los gobernados a pobladores a poseer armas de fuego en su domicilio, siempre y cuando éstas, no sean de uso reservado del ejército, armada y fuerza aérea nacionales.

Recordando que este derecho no es nuevo, ya que ha sido discutido desde la antigüedad. Aristoteles pensaba que únicamente aquéllos que empuñaran las armas podían ser considerados como ciudadanos, además de que la tiranía también desconfía de las masas y les arranca el derecho de llevar armas. Por su parte, Platón creía que para la monarquía era conveniente el desarme de sus gobernados, puesto que así conservaría sus privilegios. Cicerón era partidario del uso de las armas para la legítima defensa y en contra de gobiernos tiránicos.<sup>473</sup>

En Inglaterra todos los ciudadanos estaban obligados a comprar armas, situación que se fue restringiendo hasta llegar a la ley de la milicia de 1662, la cual regulaba el desarme de los ciudadanos. Cuando la actividad militar de la gran Bretaña comienza a expandirse en sus colonias, los habitantes de Massachusetts deciden armarse para poder hacerse frente a la fuerza de los colonizadores.<sup>474</sup>

Observando así que el derecho de poseer y portar armas no es algo nuevo, sino que se ha venido dando en la historia y siendo así como también en nuestra legislación en el año de 1972 fue que apareció la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, y con esto la aparición de delitos como el de portación y posesión de armas de fuego entre otros.

Las figuras de los delitos de posesión y portación de arma de fuego, se trata de delitos de peligro, por lo que mencionaremos que el delito de peligro, es aquel cuya realización crea la posibilidad de ocasionar una lesión a un bien jurídico tutelado. El derecho penal no sanciona únicamente a los delitos que ocasionan lesiones efectivas a los bienes jurídicos tutelados, sino también se va a preocupar por las acciones que los ponen en peligro. Existiendo delitos de peligro en concreto que vienen a ser aquellos que ocasionan un riesgo para el

---

<sup>473</sup> Op. Cit, nota 196, p. 24.

<sup>474</sup> Ídem.

bien jurídico tutelado,<sup>475</sup> y delitos de peligro en abstracto que son aquellos delitos en los que no se pone en peligro de manera real al bien jurídico.

Sin embargo, el derecho suele incriminar ciertas acciones independientemente del hecho que ellas constituyan real y efectivamente una lesión destructiva de un bien jurídico y hasta prescindiendo de que pongan en peligro concreto ese bien. Los castiga en general, porque tienen una idoneidad genérica para crear peligros y causar daños. Estos delitos llamados de peligro en abstracto, en los cuales basta para su punibilidad la peligrosidad general de una acción para configurar el tipo penal.<sup>476</sup>

El derecho penal sólo resulta legítimo si persigue la protección de bienes jurídicos. Queda fuera de duda el carácter legítimo de la protección de bienes jurídicos fundamentales altamente personales a través de delitos de resultado, como el homicidio y lesiones. Las críticas a la legitimidad del derecho penal surgen sobre todo, en relación a bienes jurídicos universales, a los delitos de peligro abstracto y, en especial a la combinación de ambos.

La crítica precisamente surge contra el derecho penal moderno, ya que la libertad de las personas como finalidad primaria del ordenamiento jurídico penal, debiendo de existir una tendencia a la despenalización, fijando topes a la dureza de las penas.<sup>477</sup> Los delitos de peligro en abstracto despiertan dudas no sólo porque renuncian al daño y a la prueba de la causalidad, reduciendo de este modo considerablemente los presupuestos de la punición; su función dentro del derecho penal también es objeto de análisis y crítica porque, como mínimo, despiertan una cierta sospecha de engaño, al aparentar una utilidad mayor de la que en realidad pueden prestar.

Apareciendo que los delitos de portación y posesión de armas de fuego son

---

<sup>475</sup> Op. Cit, nota 39, p. 59.

<sup>476</sup> Idem.

<sup>477</sup> Op. Cit, nota 9, p. 62.



delitos de peligro en abstracto, y por lo tanto delitos de mera conducta y por lo tanto no es necesario demostrar la realización de un peligro en concreto, sino que basta con la simple posesión o portación de arma de fuego para que se configure el tipo penal y mucho menos importan las circunstancias del hecho, así que si una persona porta un arma de fuego en un poblado y no tiene intención alguna de cometer delito, en nada interesa a nuestra legislación, contrario a lo que ocurre en las legislaciones argentina y española en donde si es valorada esta circunstancia y por lo tanto no se castiga, lo que permite que el derecho penal sea más justificable y razonable.

Hay varios factores sumamente preocupantes con la portación y posesión, las cuales son: la gran cantidad de armas de fuego que se introducen en el país, su nulo control de registro, la transparencia, la excedente punibilidad, nulas políticas sociales y culturales de desarme y la gran cantidad de delitos e inseguridad que se producen por las armas de fuego, por lo que se irá analizando la problemática actual.

En México no existen tiendas de armas, poseerlas es ilegal a menos que se consiga un permiso para probar que de ellas depende la vida o el empleo de quien las porta. **A pesar de eso el país es el séptimo con más armas en manos de civiles en el mundo:** 15 millones, una por cada tres adultos, de acuerdo con Naciones Unidas.<sup>478</sup>

De 2007 a 2010 murieron 29 mil 242 personas en homicidios cometidos con arma de fuego de acuerdo con el recuento mundial de homicidios de la ONU,<sup>479</sup> el cual cita cifras oficiales y de Organizaciones no Gubernamentales. Lo curioso es que el propio gobierno mexicano, a través de su fiscalía general dice que en ese

---

<sup>478</sup> Información obtenida en la página web <http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/tocta/6.Firearms>. 12:00 hrs. 1-12-2013.

<sup>479</sup> Ídem.

lapso 34 mil 612 murieron como consecuencia de la rivalidad delincencial.<sup>480</sup>

Entre las dos cifras hay cinco mil decesos de diferencia. Si ambos números son tomados como ciertos significaría que los miembros de los cárteles también mueren en enfrentamientos a puñetazos y cuchilladas, y que no hay personas asesinadas en México con arma de fuego por otro motivo que no sea la guerra entre cárteles.

Desde el 2011 que casualmente no se actualiza el registro oficial de muertos como consecuencia de la cruzada del gobierno del expresidente Calderón contra el crimen.

En 2010, se firmó un acuerdo entre el centro de investigación y seguridad nacional y la oficina de control de Alcohol, Tabaco, Armas de Fuego y Explosivos de EUA para elaborar un análisis del tráfico de armas hacia México, los fallidos esfuerzos por regular el tráfico ilegal de armas de estados unidos hacia nuestro país se comprobaron con la fracasada operación rápido y furioso.<sup>481</sup> La operación permitió que se compraran aproximadamente 2000 armas de fuego y el tráfico de la mayoría de éstas hacia México, teniendo como fin el rastreo de las armas para observar en donde paraban y así identificar a carteles mexicanos. El rastreo por el contrario resultó nulo y gran cantidad de las armas de fuego fueron encontradas en escenas de crimen en homicidios de nuestra frontera.<sup>482</sup>

Ante toda esta problemática lo cierto es que 70% de las armas ilegales en México vienen de Estados Unidos, dato admitido públicamente por la ATF durante las comparecencias de la agencia ante el Congreso estadounidense. El número podría ser mayor. Josa Wall, agente de la ATF en Tijuana durante la operación Rápido y Furioso “hoy asignado a Phoenix- dice en entrevista con Univisión que el

---

<sup>480</sup> Información obtenida en la página web <http://www.pgr.gob.mx/temas%20relevantes/estadistica/estadisticas.asp>. 08:00 hrs. 1-12-2013.

<sup>481</sup> Op. Cit, nota 327, p. 22.

<sup>482</sup> Op. Cit, nota 196, p. 65.

70% corresponde a los artefactos que se han podido rastrear, pero que de acuerdo con su experiencia puede ser que la cifra sea hasta 95% -Véase la gráfica elaborada por la UNODC con base en rastreo de armas de la ATF de 2004 a 2008-.<sup>483</sup>

Debido a nuestra cercanía con los E.UA., quien es el primer productor de armas de fuego a nivel internacional, existe gran movimiento ilícito de armas a través de nuestra frontera norte, lugar donde están ubicados múltiples negocios de venta de armas de fuego. Datos de la agencia federal de alcohol, tabaco, armas de fuego y explosivos, indican que más del 90% de armas de fuego aseguradas en México provienen de Estados Unidos, además dicha agencia proporciona entrenamiento sobre tráfico de armas a la policía, y de otros países como el Salvador.<sup>484</sup>

El 56% de mexicanos declara que en sus comunidades circulan armas de fuego clandestinamente, y el 17% considera que el tráfico de armas de fuego es la principal amenaza a México, proviene del exterior. La delincuencia organizada es la principal beneficiaria del tráfico de armas a nuestro país, aprovechándose de los cruces fronterizos informales para el transporte clandestino de las armas de fuego, normalmente adquiridas por ciudadanos Norteamericanos o residentes permanentes a cambio de grandes sumas de dinero.<sup>485</sup>

Ese solo tráfico representa 10% del negocio mundial de venta de armas ilícitas, según la ONU. En 2008, dice el reporte, 20 mil armas estadounidenses llegaron a México.<sup>486</sup> Eso significaría que cruzaron la frontera al menos dos armas por cada uno de los 8 mil 500 comerciantes de armamento con licencia federal en California, Texas, Arizona y New México.<sup>487</sup> Aunque en realidad es más probable

---

<sup>483</sup> Op. Cit, nota 478.

<sup>484</sup> Op. Cit, nota 196, p. 64.

<sup>485</sup> *Ibidem*, p. 65.

<sup>486</sup> Resulta claro que la política criminológica de Felipe Calderón, de establecer la guerra trajo como consecuencia una gran introducción de armas de fuego al país.

<sup>487</sup> Op. Cit, nota 327, p. 14.

que las ventas se hayan concentrado en pocos concesionarios cómplices, dice Naciones Unidas.<sup>488</sup>

El informe de la ONU retoma cifras de 2008. Entre ese año y 2011 el número de armas decomisadas por el gobierno mexicano se duplica, de 21 mil a 40 mil.<sup>489 490</sup>

Por consecuencia ante las cifras en las que aparece que se duplica el decomiso de armas de fuego en el periodo de 2006-2012, existe un aumento hasta del cien por ciento en los delitos relacionados con armas de fuego y por ende un grupo mayor de personas que fue sentenciada por estos ilícitos.

Antes de que el presidente Felipe Calderón iniciara la lucha contra los cárteles de la droga, en 2006, el 41% de las 4 mil armas decomisadas eran rifles, la mayoría, pistolas. Cinco años después la proporción se invertía. Ahora las pistolas llegan apenas al 35% y los rifles a 65%. Además, la cantidad total de armas incautadas en el país se multiplica por ocho en ese lapso.<sup>491</sup>

Cada año hay al menos 10 mil denuncias en México por el delito de portación de arma de fuego; sin embargo, durante todo el gobierno de Felipe Calderón la cifra de enjuiciados por tráfico de armas no llega a una decena.<sup>492</sup> De acuerdo con la Procuraduría General de la República (PGR en lo sucesivo), en un informe entregado al Congreso mexicano el pasado 14 de mayo de 2012,<sup>493</sup> en todo el país 61 personas han sido sentenciadas por el delito de tráfico de armas entre 2007 y 2011. En ese tiempo 137 mil 595 armas fueron aseguradas. Es decir, hay una persona encarcelada por cada 2 mil 200 armas encontradas.

---

<sup>488</sup> Op. Cit, nota 478.

<sup>489</sup> Ídem.

<sup>490</sup> Observando que entra más se intensificó la guerra en contra del narcotráfico, mayor fue la adquisición de armas de fuego.

<sup>491</sup> Op. Cit, nota 478.

<sup>492</sup> Por lo tanto a quien se castiga en todo caso es a la persona que porta o posee el arma de fuego, pero no a las personas ni empresas que trafican con éstas, y si observamos hay una selectividad en donde al que se castiga es a las personas vulnerables, en donde aparece que tenemos un 99% de impunidad.

Cada día ingresan al país dos mil armas de fuego, sin embargo las autoridades federales logran recuperar sólo dos por ciento por lo que la gran mayoría va a parar al “mercado negro” o a los arsenales de la delincuencia organizada.<sup>494</sup>

De acuerdo con un estudio de la Comisión de Defensa de la Cámara de Diputados, en la pasada administración entraron a México 4 millones 380 mil armas de fuego y menos de 10 mil fueron decomisadas.<sup>495</sup>

Según cifras de la PGR, de diciembre de 2000 a diciembre de 2006 fueron decomisadas 9 mil 443 armas de fuego.<sup>496</sup>

El estudio de la Comisión de Defensa de la Cámara de Diputados señala que durante la pasada Administración ingresó al país un promedio de 1.4 armas por minuto.<sup>497</sup>

Según el informe, las aduanas de México han sido penetradas por el crimen organizado y se han convertido en importantes puntos de ingreso del armamento al país.

El estudio de la Comisión de Defensa alerta sobre la existencia del fenómeno de “tianguis de armas” que funcionan en ciudades estadounidenses ubicadas en las franjas fronterizas y que ofrecen la posibilidad de adquirir cualquier tipo de arma, incluyendo las de alto poder.

Las armas de fuego no tienen que ver con los índices de criminalidad, debido a que el resultado de una acción delictiva no depende del arma utilizada para su comisión, sino más bien de las intenciones del agresor. En realidad, el uso del arma de fuego únicamente refleja que las intenciones del agresor eran muy

---

<sup>493</sup> Información obtenida de la página web (<http://gaceta.diputados.gob.mx/>). 18:00 hrs. 25-01-2013.

<sup>494</sup> Ídem.

<sup>495</sup> Ídem.

<sup>496</sup> Ídem.

violentas, más no que el agresor tenía el arma de fuego disponible para la comisión de algún delito. Por el contrario, sucede que el delincuente primeramente pensó en la forma en que iba a cometer el delito y posteriormente obtuvo el arma. Debemos tomar en cuenta también, que la mayoría de las personas que cometen homicidios no lo hacen porque tienen un arma de fuego a su alcance, por ejemplo, Kleck y Kates muestran estadísticas que revelan que el 90% de los asesinos en edad adulta ya tenían historiales criminales con anterioridad.<sup>498</sup>

“Los altos índices de criminalidad provocan el interés de los ciudadanos por portar armas de fuego. Kleck demuestra que los civiles están recurriendo a la posesión de armas como una medida de autodefensa en respuesta a los altos números de criminalidad, es decir, que los altos índices causan que los ciudadanos quieran armarse y no viceversa. De igual forma, estudios realizados por Gary Kleck demuestra que el uso de las armas de fuego para repeler una agresión es 3 veces más frecuente que su uso para cometer el delito”.<sup>499</sup>

El incremento de las armas de fuego influye en el índice de delitos como el homicidio en las escuelas, por lo tanto resulta una política errónea ya que incluso en algunas escuelas se prohíbe la portación de armas de fuego y esa prohibición no ha resultado.<sup>500</sup> También en sociedades donde la portación de armas de fuego es común el uso de estas es principalmente para defensa propia y prevención de delitos debido a que los criminales son más cautelosos respecto a las personas que eligen como víctimas pues existen una mayor posibilidad de que estas se encuentren armadas. La prevalencia en la posesión de armas de fuego no tiene efectos notorios en la tasa de delitos, ya que las armas de fuego pueden ser sustituidas por otro tipo de armas.<sup>501</sup>

---

<sup>497</sup> Ídem.

<sup>498</sup> Op. Cit, nota 196, p. 49.

<sup>499</sup> Ibídem, p. 50.

<sup>500</sup> Ibídem. p. 51.

<sup>501</sup> Ibídem, p. 52.

El estudio realizado por la universidad de Chicago sobre la prevención del delito y la portación de armas de fuego, reveló que si los estados de la unión americana que prohíben la portación de armas de fuego de manera visible, hubieran cambiado su legislación a una más permisiva se habrían evitado 1570 asesinatos anualmente.<sup>502</sup>

Observando gran problemática en el tráfico ilícito de las armas de fuego que vienen de estados unidos, ya que el 90% proviene de este país y la falta de su regulación, control y registro ha contribuido ese ingreso indiscriminado, aunado por el aumento de inseguridad, la impunidad y la guerra anunciada por el gobierno mexicano, ha tenido como consecuencia una gran problemática social con las armas de fuego, en donde las armas clandestinas cobran un papel importante.

También encontramos una gran problemática ya que las penas impuestas en los delitos de portación de armas de fuego, violan los principios de lesividad y de proporcionalidad, ya que si observamos las penalidades en otros países como Argentina y España, observaremos que existe una gran diferencia, puesto que en México son mucho mayores, así por ejemplo encontramos que en Argentina la portación de armas de fuego sin licencia es de uno a cuatro años de prisión y en España es de uno a tres años de prisión, en cambio nuestro país es de dos a siete años de prisión y por cuanto ve a las armas de fuego del uso exclusivo de las fuerzas armadas del país, la pena en Argentina es de tres años y seis meses a ocho años y seis meses de prisión y en España la pena es de uno a tres años de prisión, en cambio en México la penalidad puede ser de cuatro a quince años de prisión, es decir, se puede alcanzar la misma pena que un homicidio de acuerdo al Código Penal Federal, en el cual la pena menor es de doce años por homicidio simple intencional, apareciendo que las penas en México en este tipo de delitos no son proporcionales al hecho y no son acordes a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado, ya que se trata de delitos de peligro en abstracto.

---

<sup>502</sup> Ídem.

Cabría hacer la mención que si en Argentina y España consideran que existe un endurecimiento extremo de las penas y que estas violan el principio de lesividad y proporcionalidad y si observamos que en el caso de España en donde las penas si son exageradamente menores y aun así considera la doctrina que las penas son muy elevadas; en comparación las penas en México son draconianas y notoriamente injustificables, puesto que se observa que lo único que buscan en el país estas penas son la prevención del delito secundaria y terciaria de manera especial y general con el castigo de las conductas, pero no aparece prácticamente una prevención primaria, salvo algunas pequeñas políticas de desarme.

Siendo notorio que se ocupan líneas de política criminológica para la prevención primaria del delito, como lo es cultura, educación, situación social, control legal, registro, transparencia entre otros.

## **II. El Derecho Penal del Enemigo Frente a la Necesidad de Aplicar una Adecuada Política Criminal**

Primeramente haremos mención del debate Minimalista<sup>503</sup> de 1985, en las jornadas organizadas por los penalistas alemanes,<sup>504</sup> con un intento que emprendió la Escuela de Francfort para limitar la legislación criminal a un «núcleo del Derecho Penal», en el que se empleen los medios de la dogmática «clásica» orientado en los delitos de lesión que dan protección individual, que surgieron del espíritu del pensamiento principista de la vieja Europa. Con la pretensión loable de defender los elementos del Estado de Derecho, limitadores de pena del actual instrumental dogmático tradicional contra las criminalizaciones desmedidas en el

---

<sup>503</sup>El término en su ámbito esencial y general, partiendo de su origen, despojada de elementos sobrantes.

<sup>504</sup> ROXIN, Claus, “*Evolución y Modernas Tendencias de la Teoría del Delito en Alemania*”, p. 65.



campo previo, con el propósito de que el legislador enfrente los riesgos sociales provenientes de las tecnologías modernas.<sup>505</sup>

Así tenemos, que durante los primeros años de Posguerra, los delitos imprudentes formaban un hijastro descuidado de la dogmática penal; a través de la teoría de la imputación objetiva, alcanzando el nivel de los delitos de comisión dolosa. Además de los bienes jurídicos colectivos y los delitos de peligro abstracto,<sup>506</sup> como objeto de amplias investigaciones. Los trabajos de habilitación de cátedra de ZIESCHANG, WOHLERS y HEFENDEHL, ayudan a que la dogmática, ofrezca al legislador y al juez soluciones de justicia, por igual, a los mandatos de efectiva protección de bienes jurídicos y su adecuada limitación punitiva en un Estado de Derecho.<sup>507</sup>

Lo que separa la concepción del minimalismo de la Escuela de Francfort no es la discusión de la orientación fundamental, sino la diferente estimación sobre la capacidad de renacimiento de la dogmática penal. Lo que llevó a la Escuela de Francfort a un callejón sin salida como un «núcleo de Derecho Penal» minimalista, por su falta de compromiso, basada en un escepticismo infundado, por una dogmática penal constituida en una política criminal de Estado de Derecho.<sup>508</sup>

Por otra parte, también tenemos el origen del funcionalismo, que fue acuñado en la sociedad estadounidense, como un movimiento de las ciencias sociales con su evolución en el siglo XX. Sus representantes, en Estados Unidos, son Malinowski en el campo de la Antropología Social y Muerton<sup>509</sup> en el terreno

---

<sup>505</sup> Op. Cit, nota 6, p. 65.

<sup>506</sup> Como por ejemplo los delitos de armas de fuego.

<sup>507</sup> *Ibidem*, p. 66.

<sup>508</sup> *Ídem*.

<sup>509</sup> Se trata de una ideología de extrema derecha, en la que se trata de justificar la aplicación de un derecho de excepción.

de la Sociología a Parson. Intelectualmente responde como funcional estructuralismo, contiene un discurso confrontatorio a la ideología marxista.<sup>510</sup>

De acuerdo a las ideas del Criminólogo Alessandro Baratta, dice que para algunos criminólogos la ciencia jurídica penal se ha quedado rezagada con respecto a los avances de la criminología y ello se refleja por el poco interés de los penalistas en estudiar la política criminal que crea el puente con la Criminología. Ejemplo: el *lanbeling approach*<sup>511</sup> en donde las carreras criminales ponen en duda la resocialización del individuo, pues el sistema de justicia penal consolida la identidad de desviado.<sup>512</sup>

La prevención general –con restricciones- constituye una importante finalidad de la pena; y es que al Estado le debe interesar no solo impedir a condenados por nuevos delitos, sino impedir, desde el principio e influyendo en la totalidad de los ciudadanos, que se cometan los delitos. Anteriormente la prevención general, como también era la idea de Feuerbach, solo la intimidación de personas que corrían el peligro de caer en la criminalidad. Se seguía la divisa: «*crime does not pay*». Actualmente en la ciencia alemana esta prevención general negativa<sup>513</sup> ha sido desplazada por la prevención general positiva, según esta última –Tribunal Constitucional-, la pena tiene la tarea de demostrar frente a la comunidad jurídica la inquebrantabilidad del ordenamiento jurídico y, de esa forma, reforzar la fidelidad jurídica de la población.<sup>514</sup>

En este aspecto la pena no busca la intimidación, ni castigo, sino establecer el cumplimiento de la ley por parte de la sociedad, y en aras de esto las penalidades no se aumentan para intimidar, puesto que no es siquiera su fin, sino

---

<sup>510</sup> ORTIZ RODRÍGUEZ, Enrique Abraham, “Breves Comentarios Sobre el Funcionalismo y la Dogmática Penal”, p. 91.

<sup>511</sup> Conocida también como teoría del etiquetamiento, en la que se marca socialmente a las personas como delincuentes, atendiendo a estereotipos.

<sup>512</sup> Op. Cit., nota 510, p. 91.

<sup>513</sup> Se ha demostrado que la prevención general negativo, no funciona en lo más mínimo, ya que no resulta disuasorio, y por lo tanto no previene delitos, así que estos conceptos de la pena van quedando atrás.

<sup>514</sup> Op. Cit., nota 6, pp. 78, 79.

en cambio buscar que estas sean adecuadas para que así se cumpla con la norma establecida.

En el campo de la prevención general positiva pueden diferenciarse tres efectos: primero, el efecto de aprendizaje que alcanza el Derecho penal poniendo a la vista, de manera ilustrativa, las reglas sociales básicas, cuya violación no puede aceptarse; segundo, el efecto de confianza que resulta cuando el ciudadano ve que el Derecho se ha impuesto; y, tercero, el efecto de pacificación, que se produce cuando un quebramiento criminal del Derecho es resuelto a través de la intervención estatal y se restablece la paz jurídica.<sup>515</sup>

Los diferentes aspectos de la prevención general llevan a interesantes consecuencias de política criminal; mientras que la intimidación tiende a penas desproporcionadamente duras -más allá de la medida de la culpabilidad-, y en su exageración tropieza con dudas constitucionales, la idea de la prevención general positiva alcanza penas moderadas. El aprendizaje no está vinculado a determinada medida de pena. Y el efecto de confianza y pacificación presuponen una pena justa, es decir, concuerdan con las exigencias del principio de culpabilidad. Las penas draconianas, que no guardan relación con la culpabilidad individual del autor, caracterizan a las dictaduras y, por ello, son más bien dual del autor, caracterizan las dictaduras y son perjudiciales para el efecto de confianza y de pacificación de la pena.<sup>516</sup>

En razón de esa prevención positiva es que se busca que la ley se justa y que en base a eso sea atendida, así que las penalidades altas en aras de una prevención general no resultan justificables, así que en nuestro caso las penalidades tan altas en los delitos de armas de fuego no son eficaces.<sup>517</sup>

---

<sup>515</sup> *Ibíd.*, pp. 79, 80.

<sup>516</sup> *Ibíd.*, p. 80.

<sup>517</sup> Resultando la necesidad de establecer una dogmática en nuestro ordenamiento jurídico, con la intromisión de la prevención positiva como fin de la pena.

En esta ocasión Jakobs introdujo el concepto de Derecho penal del enemigo, con un debate científico en el ámbito legal.<sup>518</sup> Y fue en su trabajo de “Criminalización en el estado previo a la lesión del bien jurídico”, donde habla sobre la técnica legislativa y la Política Criminal, presente en algunos ordenamientos por adelantar las barreras de protección, reduciendo o limitando el ámbito privado del sujeto por su enemistad frente al bien jurídico<sup>519</sup> y frente a las normas que apuntalaban la construcción de la Sociedad -normas de flanqueo- que posibilitan la criminalización de la acción desde los más tempranos signos de peligro para el bien jurídico y se reducía el ámbito de libertad del sujeto, adelantando la barrera de protección a un estadio anterior, con el fin de neutralizar el peligro sin esperar a que el bien jurídico principal fuera lesionado.<sup>520</sup>

Otro punto de vista sobre la prevención general es cuando tiene una relación menos estrecha con la pena que la prevención especial. Y es que la prevención especial –por lo menos en un Estado de Derecho- está vinculada a un delito ya cometido y a un autor concreto. Ella se realiza, de manera exclusiva en la reacción estatal a los delitos. En cambio, la prevención general quiere ser efectiva antes de la comisión de los delitos e impedirlos en lo posible desde el principio.<sup>521</sup>

Para la teoría de los fines de la pena resulta que la prevención general puede alcanzarse con métodos extrapenales,<sup>522</sup> es decir, la política criminal eficaz tiene que ir mucho más allá que el Derecho penal.<sup>523</sup>

Las conminaciones penales tienen, en tanto no se haya producido un delito, una función preventivo-general.<sup>524</sup> En este estadio temprano, la prevención general solamente actúa el –escaso- efecto intimidador y el efecto de aprendizaje.

---

<sup>518</sup> Op. Cit, nota 504, p. 65.

<sup>519</sup> Justificando en consecuencia la aparición de delitos de peligro en un estadio de prevención.

<sup>520</sup> Op. Cit, nota 6, p. 66.

<sup>521</sup> *Ibidem*, p. 80.

<sup>522</sup> no solo el del control, sino por ejemplo la pedagogía social o el aseguramiento técnico de objetos en peligro.

<sup>523</sup> Op. Cit, nota 6, p. 81.

<sup>524</sup> En estos casos resulta un adelantamiento en extremo y muchas veces injustificable del derecho penal.

Y es que el efecto de confianza y pacificación recién pueden darse a partir de lo que resulte del proceso. La intimidación y la finalidad de aprendizaje exigen, por igual e incluso bajo el precio de dejar vacíos, tipos exactamente definidos y fáciles de entender. Aquí radica la estrecha relación entre el principio de taxatividad, esto se debe a que la teoría de los fines de la pena se ha concentrado de manera unilateral en la medición de la pena y en la ejecución de la pena.<sup>525</sup>

Sólo una parte de la prevención general necesaria puede darse por la legislación y la justicia penal. La mayor carga preventiva radica en el control social efectuado por la policía, el cual se realiza, mediante la lucha preventiva de la criminalidad, en parte, en el marco de investigaciones procesales contra autores desconocidos. El medio más efectivo de la prevención general no es el Código penal o la justicia penal, sino la densidad del control, a través de una vigilancia más intensa de la población.<sup>526</sup> Este control también ha sido llamado como el control de policía en el que se provoca gran criminalización de las personas al hacer una selectividad de los supuestos delincuentes y la cual aplica múltiples violaciones a los derechos humanos, supuesto que ha venido ocurriendo en nuestro país en los últimos tiempos en delitos como los de armas de fuego y contra la salud.

Gran parte de la población podría estar dispuesta a tolerar el control porque, como ciudadanos fieles al Derecho, no tendrían «nada que temer ni nada que ocultar» y porque, les parece que es justa una mayor seguridad ante la amenaza criminal.<sup>527</sup> Pero no se debe dejar sólo en manos de los políticos las ponderaciones y delimitaciones que son necesarias, sino debe reconocerse que

---

<sup>525</sup> Op. Cit, nota 6, p. 81.

<sup>526</sup> *Ibidem*, pp. 80, 81.

<sup>527</sup> Como ocurrió en la ciudad de Morelia en donde después del atentado del 15 de septiembre del 2008, se militarizo los espacios públicos, y la ciudadanía encontraba justificable dicho acontecimiento, ya que creía que era por la seguridad.

estas son tareas de primer rango de la ciencia del Derecho y, en este caso, también de las ciencias sociales.<sup>528</sup>

El enemigo del bien jurídico y dichas normas pertenecen al “Derecho Penal del Enemigo”,<sup>529</sup> que se contrapone al “Derecho Penal del Ciudadano”, en este último, la criminalización de la puesta en peligro del bien jurídico se hace un estadio más cercano a la efectiva lesión del mismo, en que el ámbito interno de actuación del sujeto es mayor que en los supuestos de adelantamiento de la criminalización al estadio previo de dicha lesión.<sup>530</sup> El Derecho penal del enemigo ayuda a optimizar la protección de bienes jurídicos, en tanto que el Derecho penal del ciudadano optimiza las esferas de libertad.<sup>531</sup>

Es así como se busca justificar que la simple posesión o portación de arma de fuego se castigue, aún y cuando se logre demostrar que con la conducta no se tenía ningún intención delictiva que provocare un peligro o un resultado de lesión a un bien jurídico tutelado.

Para la República Democrática Alemana deben quedar exentos de pena, porque actuaron conforme a un sistema político y jurídico ya desaparecido, que permitía estos excesos. Incluso los excesos más discutibles que el legislador alemán, y con él el de otros muchos países, está llevando a cabo en ámbitos que le preocupan como son el terrorismo y la delincuencia organizada,<sup>532 533</sup> Jakobs

---

<sup>528</sup> Op. Cit, nota 6, p. 81.

<sup>529</sup> Al respecto Jakobs como uno de los analistas modernos del Derecho penal, ha hecho aportes importantes, entre ellos: en 1985 habló sobre “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”; en 1997 su libro: “Norma, persona, sociedad”; en 1998, el trabajo “El estado actual de la teoría de la pena”; en 1999, conferencia en España sobre Ciencia Jurídica-penal ante los retos de la actualidad; en 2001 conferencia inédita tras los atentados del 11 de septiembre contra el pentágono y las Torres Gemelas de Nueva York, también el artículo “Personalidad y exclusión en Derecho penal”; en 2003, la obra: “La pena estatal: significado y finalidad”

<sup>530</sup> Lo que permite castigar peligros hipotéticos que están lejos de realizarse, o bien, el hecho que jamás se realizara algún delito.

<sup>531</sup> Op. Cit, nota 504, pp. 66, 67.

<sup>532</sup> Esta permisibilidad era conforme al principio de legalidad, aunado a un derecho penal del enemigo de creación de la ley.

<sup>533</sup> Anticipación de la intervención penal a casos muy alejados de la puesta en peligro de bienes jurídicos, el castigo de la apología.

los considera característicos de lo de un “Derecho penal para enemigos” - *Feindtrafrecht*-, en el que sobre la confirmación de la identidad normativa de la sociedad predomina la necesidad de seguridad cognitiva y al “enemigo” se le define como “no persona” -“*Feinde sind aktuell Unpersonen*”-.<sup>534 535</sup>

También dice Jakobs que cuando una sociedad está preocupada por su seguridad cognitiva, tiende a recurrir a un Derecho penal que haga tabla rasa con los principios limitadores del poder punitivo del Estado que pueden hacer ineficaz esta política de seguridad. Pero olvida que muchos de estos principios son vinculantes por imperativo constitucional y tienen que ser asumidos en el plano teórico-sistémico por la Dogmática jurídico-penal, salvo que también se quiera poner a esa dogmática por encima de los principios político-criminales característicos del Estado de Derecho. Desde luego, en un Estado de Derecho democrático y respetuoso con la dignidad del ser humano ni el “enemigo”, ni nadie puede ser definido como “no persona”.<sup>536</sup>

Esto porque en principio todas las personas y ciudadanos son iguales ante la ley y por consecuencia gozan de los mismos derechos, y admitir esto es admitir que hay civiles desiguales y que por lo tanto son de segunda categoría.

Jakobs llama “Derecho penal de enemigos” y parece que es incompatible con un entendimiento democrático de la imputación penal. Por ello, en la medida en el que su planteamiento funcionalista sea compatible con los sistemas políticos dictatoriales, brutalmente negadores de los derechos humanos más elementales, está claro que, desde el punto de vista de una concepción político-criminal característica de un Estado de Derecho, debe ser rechazado, porque convierte a

---

<sup>534</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco, “*La Relación entre Sistema del Derecho Penal y Política Criminal. Historia de una Relación Atormentada*”, pp. 44, 45.

<sup>535</sup> Al ser considerada como enemigo de guerra y así entonces como no persona, en consecuencia no tiene derechos, puesto que estos solo son concebibles para las personas, siendo que además a los enemigos se les aniquila.

<sup>536</sup> Op. Cit, nota 534, p. 46.

la Dogmática jurídico-penal en un instrumento de legitimación de dichos sistemas, cuando no en cómplice servil de sus excesos.<sup>537</sup>

Tampoco puede dejarse a un lado el aprendizaje de reglas elementales de ética social a la mera lectura del Código penal. En una época en la que no se produce la socialización, antes sobreentendida, dentro de la familia,<sup>538</sup> y en la cual tampoco existen o se han relajado los vínculos religiosos, recoger la escuela debe en su plan de aprendizaje la enseñanza de comportamientos socialmente competentes.<sup>539</sup> Esto puede prevenir delitos de mejor forma que los esfuerzos de la ejecución penal, sin embargo, mostrar que un programa amplio orientado en la prevención de delitos no debe limitarse al Derecho penal, sino concebirse de manera interdisciplinaria.<sup>540</sup>

Los nuevos rectores de la justicia penal frente a la criminalidad emergente, plantean el problema, partiendo del sistema penal o control social del delito o de la desviación, considerados como un producto cultural que pretende definir la separación, perseguirla, sancionarla y prevenirla, lo que implica una premisa central: la cultura que la define es la misma que pretende prevenirla y castigarla.<sup>541</sup>

El Estado y la sociedad se organizan contractualmente para “combatir” el crimen, perseguir a delincuentes y sancionarlos, previo procesamiento acusatorio y legitimación penal, a través de políticas de desarrollo social, que garanticen una respuesta contra la delincuencia eficiente y racional.<sup>542</sup>

Jakobs ha sintetizado los principales rasgos de la problemática moderna occidental del Derecho penal del enemigo y la actitud que ha tenido el mismo:

---

<sup>537</sup> *Ibíd.*, p. 47.

<sup>538</sup> Debido a la desaparición de la gran familia y a la actividad laboral de ambos padres de familia, en donde estos conviven muy poco con los hijos y en tanto estos son educados por personas ajenas.

<sup>539</sup> Por ejemplo ya hacen actualmente las grandes empresas económicas con sus trabajadores, en donde los ponen a estudiar y hace a largo plazo al ser una educación formalizada, que cambie paradigmas, evitando además vulnerabilidad.

<sup>540</sup> *Op. Cit.*, nota 504, pp. 82, 83.



- a) Una progresiva anonimidad de los contactos sociales, dificultando determinar el grado de responsabilidad de cada uno: por ejemplo, en el aumento de los delitos de peligro abstracto<sup>543</sup> -contra el medio ambiente-
- b) Una creciente uniformidad de comportamiento de masa. Refiriéndose a que si el hecho de conducir con alcoholemia o arrojar un cigarrillo encendido a un contenedor de basura fueran conductas aisladas no se pensaría en su punición, pero con frecuencia, se aumenta el peligro colectivo, lo que conlleva a una familiarización con el riesgo, esto es, la ubicación del riesgo y la adición de daños.
- c) Una correlativa uniformidad del sistema punitivo, visible en el actual proceso de internacionalización que experimenta el Derecho penal.<sup>544</sup>

Este paradigma racionalista, es producto de la tradición jurídica ilustrada y liberal, que se inspira en las doctrinas de los derechos naturales, de las teorías contractualistas, en las doctrinas políticas de la separación de poderes y en la ley y de las concepciones utilitarias del Derecho y la pena, constituyen la dimensión ideal “comunidad imaginaria”, como proyecto de lo que debiera ser el sistema penal y el tipo de sociedad que lo albergue. Un modelo que no debe presentarse como realidad acabada sino como realidad posible.<sup>545</sup>

Bajo esta premisa de castigo de estadios previos del peligro, cualquier conducta emergente y uniforme tendrá que castigarse, así por ejemplo aplicaríamos el *ius punendi* al que tira la basura en la calle, la tentativa de delitos

---

<sup>541</sup> CORREA GARCÍA, J. Sergio, “Orientaciones de la Política Criminal Legislativa: Los Nuevos Retos de la Justicia Penal frente a la Criminalidad Emergente”, p. 121.

<sup>542</sup> Ídem.

<sup>543</sup> También sucede con los delitos de tráfico de armas, la cual es criminalidad emergente y parte de una globalización social.

<sup>544</sup> Op. Cit, nota 504, p. 69.

<sup>545</sup> Ídem.

de peligro,<sup>546</sup> ya que se vislumbra un peligro a futuro de manera hipotética y tangible.<sup>547</sup>

Existe otra dimensión, la de las realidades del delito y de la aplicación de la ley penal, no siempre consistente con los ideales, caracterizada por la legitimación de un control penal represivo y disciplinadamente que presenta a su interior serias desviaciones en la prevención, persecución y sanción de los delincuentes, situación que lo aleja de la racionalidad que debe sustentarlo y de la solución efectiva de los problemas socioculturales asociados a la criminalidad y dichas fragilidades del método penal de los que, se supone, debe incidir con eficacia.<sup>548</sup>  
549

Una tercera dimensión es la simbólica, en la cual el principio general funciona como “acto reflejo”<sup>550</sup> de las presiones sociales, económicas o políticas coyunturales, donde se tutela cualquier bien jurídico en vez de proteger bienes jurídicos trascendentes. Se trata de un Derecho penal “bombero”, o mediático, que sustituye a la política criminal.<sup>551</sup>

Siendo así donde se tratan de justificar violaciones a los derechos humanos, pero a la larga se crea mayor inseguridad, como en el caso de México en donde el presidente, proclamó una guerra en contra de la delincuencia, apareciendo como un derecho penal de emergencia, en el que se sacó el ejército

---

<sup>546</sup> Por ejemplo la tentativa de portar arma de fuego.

<sup>547</sup> También se observa una uniformidad punitiva, como refiere Zaffaroni al señalar que se han adoptado delitos y políticas, no porque sean necesarias, ni porque se tenga una estrategia determinada, sino solamente porque es algo cool, siendo el motivo de su realización, y es así como se ejerce un poder indiscriminado y sin rumbo.

<sup>548</sup> Op. Cit, nota 504, p. 69.

<sup>549</sup> En este supuesto el derecho penal termina no importándole el aspecto socio-cultural, para establecer por qué se da la conducta y que lleva al sujeto a cometerla, sino que solo importa el resultado- causalismo- y es esta la que se castiga y se criminaliza, por lo tanto no se busca la prevención de la conducta en una situación ideal, sino solo la punición.

<sup>550</sup> En donde solo se actúa por instinto, pero sin que jamás se busque la solución al problema, por lo que es un derecho penal del momento, sin buscar futuros que prometan la seguridad.

<sup>551</sup> Op. Cit nota 504, p. 69.

a las calles y comenzó la gran violación a los derechos humanos, aplicable a delitos como los de portación de armas de fuego y contra la salud.<sup>552</sup>

En esta triple dimensión en la que se encuentra el régimen penal –lo ideal, lo real o lo simbólico o mediático-, el control de la separación entró en una crisis a partir de 1960 –crisis de legitimidad y de eficiencia-. La respuesta condujo, en el plano operativo, a reorganizar el sistema penal de forma más racional y congruente con los cambios sociales y del delito y, en el plano teórico, aún cuestionamiento radical del *statu quo* de la desviación y del control social, que se fue atemperando hasta llegar a posturas menos extremistas como la democracia y los derechos humanos, que inspiran el Derecho penal actual de garantías, el minimalismo penal o realismo de izquierda,<sup>553</sup> por ejemplo.<sup>554</sup>

Este esfuerzo por construir un régimen penal que haga lo ideal más real, constituyendo lo mediático por lo permanente y trascendente en la actualidad, más proyecto que realidad terminada, debido a que los cambios de la criminalidad y los nuevos retos que conlleva, son más rápidos que las reformas al sistema de reacción, lo que se traduce en un rezago crónico del control punitivo en relación con las criminalidades emergentes.<sup>555</sup>

Actualmente hablar de un lugar común de la "sociedad del riesgo". Se suele afirmar para explicar su configuración, que si bien tenemos un mejor estándar de vida nos vemos expuestos a riesgos, que, en su mayoría, *resulta difícil controlar sus cursos causales* "así, energía nuclear, productos defectuosos y en general, todos los riesgos que provienen de las nuevas tecnologías". Ello, influye para que el valor *seguridad* adquiera una particular relevancia dentro del actual contexto

---

<sup>552</sup> En donde además no solo se criminaliza estas conductas, sino que son castigadas estas conductas con el tipo pena de Delincuencia Organizada.

<sup>553</sup> También se le ha llamado como una criminología de izquierda en la que se pugna ahora por castigar no sólo a la clase marginada, sino también a los grupos de poder y así se castigue a delitos de cuello blanco o delitos ambientales cometidos por empresas.

<sup>554</sup> Op. Cit, nota 504, p. 122.

<sup>555</sup> Ídem.

social,<sup>556</sup> exigiéndose al Estado que procure adoptar medidas que minimicen dichos riesgos, entre ellas, las penales. Sin embargo, como lo destaca Roxin, hasta dónde puede el Derecho penal hacer frente a tales riesgos, con sus instrumentos liberales y ajustados al Estado de Derecho, dentro del que se comprende la noción del bien jurídico. Estos bienes jurídicos involucrados en esta esfera tienen un carácter supraindividual, con lo cual se plantea el problema de precisar cuándo un acto individual puede poner en peligro un bien jurídico colectivo o supraindividual. Justamente aquí surge la tesis de los delitos de acumulación "*Kumulationsdelikte*"<sup>557</sup> -aun cuando estos sean inocuos-.<sup>558 559</sup>

Ante la sociedad de riesgos se busca justificar la anticipación del derecho penal con la punición de delitos de peligro como los de portación de armas de fuego y se argumenta en discursos legos el aumento de las penas como solución al problema y la creación de tipos penales de emergencia y reglas especiales de carácter excepcional que posteriormente terminan siendo el cánón.

El peligro que representan categorías como las antes expuestas es que infringirían el principio de culpabilidad, ya que para imputar se deben comprender otras contribuciones, las que son ajenas al hecho del autor.<sup>560</sup> Es decir, estructuras que se construyen sobre presupuestos similares al Derecho administrativo sancionador, que por esencia es un derecho de daño acumulativo, es decir, el injusto se configura por la repetición de actos "efecto sumativo", pues, lo que persigue son objetivos de organización, en que lo esencial es el peligro que para el funcionamiento de un sistema puede tener la repetición de actos. Lo determinante no es el grado de lesividad de la conducta individual "sí Derecho

---

<sup>556</sup> Ante la imagen del riesgo, que en la sociedad actual globalizada, siempre se estará entonces legitimando bajo ese derrotero, un derecho penal de emergencia, porque este tipo de riesgos hipotéticamente es difícil que desaparezcan, solo se podría tenerlos bajo control y garantizar la seguridad.

<sup>557</sup> Para la cual el delito se configura cuando por una repetición de actos aislados. sí pueden afectar al bien, en la medida en que estos *actos supone un serio riesgo de afectación del funcionamiento del sistema*.

<sup>558</sup> Es decir, inofensivos, ya que no van a causar ningún daño a un bien jurídico tutelado, ni a la sociedad.

<sup>559</sup> Op. Cit, nota 94, pp. 13, 14.

<sup>560</sup> Es cuando se castiga a la persona por lo que es y no por lo que hace, aplicándose con esto el derecho penal de autor y no el de hecho, como en realidad debería aplicarse.

penal" sino su acumulación y generalización. Lo expuesto pone en evidencia la propensión a una especie de "administrativización" del Derecho penal se comprende con los mismos fundamentos de imputación que son propios del Derecho administrativo sancionador.<sup>561</sup>

Otra manifestación de mayor punitivismo en nuestra sociedad, discutiéndose su real necesidad dados los eventuales riesgos de mayor intervencionismo, guarda relación con los imputables peligrosos y la adopción de medidas inocuizadoras.<sup>562</sup>

Comenta Feijoo, que mucho se ganaría en el debate si ésta se reconduce desde el nuevo y difuso concepto de enemigo, que tanta discrepancia genera "en no pocos casos fundados sólo en prejuicios ideológicos", hacia un tema más viejo y conocido cómo: qué hacer con aquellos ciudadanos culpables, que son peligrosos.

Un mes después del atentado terrorista a las Torres Gemelas de Nueva York el 11 de septiembre del 2001, el catedrático de la Universidad de Columbia, George Fletcher, escribía un artículo en el Washington Post, en el que planteaba, un tanto provocativamente, la siguiente cuestión: “se trata de un crimen que requiere la intervención de la justicia, o constituye un ataque que exige una declaración de guerra. Con esta cuestión se da por supuesto que justicia y guerra son ideas incompatibles. ¿Pero lo son en realidad? Si el asesinato masivo de seres inocentes fuera obra de unos desalmados que actuaran a título individual, lo que hay que hacer es aprehenderlos y llevarlos ante un tribunal de justicia. Pero si es un acto de guerra, entonces la justicia sería para muchos una cuestión irrelevante. Lo que habría que hacer es desencadenar una campaña militar y declarar la guerra. Y cuando se comienza guerra, entonces lo importante es

---

<sup>561</sup> Op. Cit, nota 94, p. 14.

<sup>562</sup> Ídem.

ganarla sin más cuestiones morales directamente y sin mayor consideración con las fuerzas combatientes enemigas.<sup>563</sup>

Ya que por lo tanto el enemigo en la guerra no tiene derechos y sin más, hay que aniquilarlo sin tener consideraciones, así que es válida cualquier táctica por muy inhumana que así lo parezca y en donde para justificarla, se exponen excusas en aras de la paz o hasta discursos nacionalistas.

Al respecto, existen dos posturas antagónicas: por un lado, la de quienes abogan por un Derecho penal, de apego irrestricto a los principios fundamentales que limitan el *ius puniendi* "Derecho penal mínimo de corte liberal"<sup>564</sup> y por tanto, los modelos que van más allá de la culpabilidad son ilegítimos y, por otro lado, la de quienes consideran que existen ciertas realidades que deben ser enfrentadas, queramos o no, y que se comprenden en el Derecho de las medidas de seguridad.<sup>565</sup>

Sin embargo, esta diferente reacción según se trate de un acto de justicia o de una guerra, no es algo que preocupe a algunos teóricos del derecho, que consideran que, desde el punto de vista jurídico, en un caso de este tipo no hay porqué diferenciar entre una y otra forma de reacción, ya que ambas son aspectos de un mismo sistema punitivo, con que se encarga de perseguir la criminalidad normal y otra que se ocupa de una criminalidad excepcional<sup>566</sup> que ataca directamente las bases del sistema penal político y social.<sup>567 568</sup>

---

<sup>563</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco, “*Sistema Penal: ¿Es el Derecho Penal Internacional un Derecho Penal del Enemigo?*”, pp, 49, 50.

<sup>564</sup> Es el llamada derecho penal democrático.

<sup>565</sup> Op. Cit, nota 94, p. 14.

<sup>566</sup> Es donde se plantea un derecho de doble vía, de corte liberal nada minimalista –de emergencia o excepcional- diseñado para el enemigo, en el cual este no tiene los mismos derechos que los demás ciudadanos.

<sup>567</sup> Op. Cit, nota 94, p. 50.

<sup>568</sup> Es el punto de vista del penalista alemán Gûnter Jakobs, quien plantea que en casos graves para la seguridad, lo que hay que hacer es recurrir a un derecho penal del enemigo –excepcional-, con el que el estado no trata simplemente de castigar a los delincuentes, sino de luchar contra sus enemigos.

El derecho penal del enemigo tiene que ver con una sociedad de riesgos en donde la peligrosidad y medidas tendientes a su neutralización, no ayuda, pues, de alguna forma evoca a concepciones autoritarias de la sociedad<sup>569</sup> o a las persecuciones durante las dictaduras "concepción de la seguridad nacional", en el que la disidencia se trataba como enemigo interno. Y allí se plantea el desafío, que tan válidas pueden ser las consideraciones de esta naturaleza en un régimen democrático, cuya estructura central radica en valores como la tolerancia y la libertad. Es decir, que tan legítimas pueden ser medidas que se dirijan a controlar a un individuo, incluso después de cumplida su pena. Porque los autores como Jakobs o Silva Sánchez cuando exponen acerca de un derecho penal de la tercera velocidad o un derecho penal de la seguridad, no lo hacen pensando que éste sólo puede aplicarse en regímenes totalitarios. Por el contrario, lo que se preguntan es bajo qué circunstancias se *puede justificar* dentro de un Estado de Derecho.<sup>570</sup>

Estos temas ya están insertos en la política criminal norteamericana y lo están siendo en la europea. En cambio en los Estados Unidos, políticas de esta naturaleza obedecen más al enfoque científico, no se centra en descripciones clínicas de sujetos, sino en cálculos de probabilidades, estadísticamente fundados. Se trabaja sobre la pregunta: *Cuánto riesgo como sociedad estamos dispuestos a tolerar y cómo debe ser la intervención penal para controlar ciertos riesgos*. Qué intensidad es la necesaria para manejar los riesgos. De tal forma que la neutralización puede comprender, no sólo el encierro, sino la vigilancia electrónica,<sup>571</sup> libertad vigilada e, incluso, la participación en entrenamientos militares.<sup>572</sup>

---

<sup>569</sup> Siendo así como la sociedad pide mayores castigos, la pena de muerte, otro tipo de actividades autoritarias y despóticas, al tener un sentimiento de riesgo constante que arroja inseguridad. Estos estadios previos siempre se van a buscar en el poder punitivo de policía, para que así la sociedad justifique las medidas aplicadas, siendo estas solo de manera ilusoria.

<sup>570</sup> Op. Cit, nota 94, p. 17.

<sup>571</sup> Justificando el ataque a la intimidad, aplicando la teoría del Big Brother, en donde el Estado, tiene la facultad de vigilar a ciertas personas previamente selectivizadas, y ante el menor desorden y por lo tanto amenaza de riesgo, se puede aplicar sin más el poder punitivo.

<sup>572</sup> Op. Cit, nota 94, p. 17

En el caso de México, se ha utilizado al ejército mexicano en la guerra planteada en un eminente derecho penal del enemigo para que éste se pueda meter a los domicilios de los ciudadanos sin órdenes de cateo, incomunicar a las personas y torturarlas; en la que los delitos burdos como el de portación de arma de fuego están castigados y catalogados como delitos de delincuencia organizada, siendo este tipo de conductas identificadas para crear un derecho penal del enemigo, muy endeble, pero planteado, así que ese enemigo no tiene una cara cierta, sino sólo obedece a ciertos delitos y ciertos perfiles, en lo que se ha convertido como un derecho penal marginal y totalitario.

Cabe mencionar que en México se ha hecho una reforma constitucional en el 2008, ya que venía operando un sistema inquisitivo mixto,<sup>573</sup> para ahora pasar a un sistema acusatorio adversarial. Siguiendo vigente un sistema inquisitivo-mixto, en gran parte del territorio nacional, a pesar de significativos avances de reforma a nivel Estatal,

Las diferencias entre los sistemas acusatorio e inquisitivo se pueden señalar a partir de una descripción básica de su funcionamiento. En general los sistemas acusatorios son orales, públicos y con elevados niveles de transparencia. Mientras que los sistemas inquisitivos son escritos, cerrados y con elevados niveles de hermetismo.<sup>574 575</sup>

Uno de los graves problemas que observamos en el sistema penal mexicano, es la intromisión de la autoridad de un domicilio sin orden judicial. La eficacia de las actuaciones realizadas y de las pruebas obtenidas, cuando es motivada por la comisión de un delito en flagrancia.<sup>576</sup>

---

<sup>573</sup> Cfr. CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel, et. al. “*Elementos del Proceso Penal que México Necesita*”, p. 56.

Con esencia sumamente dictatorial con múltiples violaciones a los derechos fundamentales y procesales.

<sup>574</sup> *Ibidem*, p. 61.

<sup>575</sup> Ya que todo el sistema se hace a oscuras –reserva de las actuaciones– y por lo tanto esto genera una gran criminalización, violación a derechos y poder punitivo irracional.

<sup>576</sup> COSSÍO DÍAZ, José Ramón, “*Registro Domiciliarios y Estado de Derecho*”, p. 172.



Esta problemática de la intromisión en los domicilios y de una variada violación de derechos procesales y humanos de las personas en el sistema penal inquisitivo ha sido aprovechada para crear un derecho penal del enemigo más atroz,<sup>577</sup> puesto que este tipo de sistemas permite una mayor eficacia, ya que se presta para una mayor violación de los derechos. Así que da la impresión de que con toda malicia no se realizó el código federal de procedimientos penales de acuerdo a la reforma constitucional para aplicar un sistema acusatorio adversarial, pues esta no era acorde con una guerra planteada a nivel federal, puesto que el escenario jurídico hubiese contravenido esta práctica del enemigo.

Derivado de los resultados positivos y de los límites teóricos e ideológicos de la criminología *liberal* contemporánea, se mencionan indicaciones y “estratégicas” para una política criminal de las clases subalternas:<sup>578</sup>

De la inserción del problema de desviación y de la criminalidad en el análisis de la estructura general de la sociedad se deriva –respecto a la estructura de la sociedad capitalista- la necesidad de una interpretación separada de los fenómenos de *comportamiento socialmente negativo* que se encuentra en las clases subalternas y de los que se encuentran en las clases dominantes.<sup>579 580</sup>

En donde se realice una política criminal que no solo castigue a los delitos burdos como la portación de arma de fuego, robo y delitos contra la salud –convirtiéndose en un derecho penal marginal clasista, sino que también se castiguen otro tipo de delitos, en donde se castiguen a las demás clases sociales, puniendo conductas como el fraude, peculado, ambientales, etcétera.

Así tenemos que esta política criminal es radical, por derivar de una teoría que reconoce que la cuestión penal no está sólo ligada a contradicciones que se expresan en el plano de las relaciones de distribución, y no es por ello

---

<sup>577</sup> En esta actividad se ha utilizado al ejército, quien prácticamente es impune, ya que no es juzgado y sumamente protegido por el gobierno y ante la ineficiente actuación del poder judicial.

<sup>578</sup> BARATTA, Alessandro, “*Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal. Introducción a la Sociología Jurídico-Penal*”, p. 213.

<sup>579</sup> Ídem.

<sup>580</sup> Criminalidad económica- globalizada-, de los detentadores del poder, gran delincuencia organizada.

solucionable obrando sólo sobre esas relaciones para corregirlas, sino en las contradicciones estructurales que derivan de las relaciones sociales de producción. Una política criminal alternativa coherente no puede ser una política de “sustitutivos penales” que queden limitados en una perspectiva reformista y humanitaria, sino una política de grandes reformas sociales e institucionales para el desarrollo de la igualdad, de la democracia, de formas de vida comunitaria y civil alternativas y más humanas, y del contrapoder proletariado, en vista de la transformación capitalista.<sup>581 582</sup>

En este tipo de política penal como se ve, no faltan precedentes ideológicos y ejemplos reales del derecho penal del enemigo que se han dado en épocas relativamente recientes en el mismo país donde ahora se vuelve a plantear su existencia como una amarga necesidad para mantener el funcionamiento del sistema social, sea éste el que sea. En definitiva, tanto entonces, como ahora - aunque en un contexto político diferente en Alemania, pero quizás no tanto en el ámbito internacional-, con el derecho penal del enemigo se pretende acabar con esos enemigos, utilizándolo en una doble dirección. Primero, como un instrumento de exclusión social jurídica y en una segunda fase, utilizándolo como una forma de exterminio.<sup>583</sup>

El problema que plantea estas medidas más o menos drásticas de exclusión jurídica o de eliminación física en las actuales sociedades es, obviamente, el de su problemática compatibilidad con los derechos humanos y con los principios democráticos, consagrados en las constituciones de la mayoría de los Estados y en las declaraciones y Tratados Internacionales en Derechos Fundamentales. Evidentemente son las dictaduras, de uno u otro signo ideológico, las que utilizan ese derecho penal del enemigo para criminalizar y perseguir a la

---

<sup>581</sup> *Ibidem*, pp. 213, 214.

<sup>582</sup> Lo que propone Alessandro Barata es no solo utilizar un derecho penal más liberal y democrático, en donde se apliquen por ejemplo penas más justas, atendiendo a los principios de lesividad y proporcionalidad, o bien, que se busquen sustitutivos penales, como medidas alternas a la pena de prisión, sino que además se utilice una política social para la prevención del delito, con mejores salarios, generación de empleos, educación, ámbito cultural y social.

<sup>583</sup> *Op. Cit*, nota 563, p. 54.

oposición política,<sup>584</sup> para abolir o restringir derechos fundamentales, y para torturar y asesinar a la gente, nadie pone en duda que ese es un uso ilegítimo del derecho penal del enemigo, pero entonces, ¿por qué debe juzgarse de otra manera el empleo de un derecho penal de este tipo de medidas cuando se utiliza en tiempos de crisis por un estado de derecho configurado democráticamente y como una forma de defender su estructura política y jurídica democrática?<sup>585</sup>

Se plantea este tipo de mecanismos como algo necesario e indispensable, no solo para la vida social, sino para la seguridad y la paz, en donde primeramente tiene que plantearse un escenario de riesgo para pueda funcionar y así se justifique cualquier actuar.<sup>586</sup>

De la crítica del derecho penal como derecho desigual derivan consecuencias susceptibles de analizarse en dos perfiles. Un primer perfil refiere al ensanchamiento y reforzamiento de la tutela penal en campos de interés esencial para la vida de los individuos y de la comunidad: la salud, la seguridad en el trabajo, la integridad ecológica, entre otros, se trata de dirigir los mecanismos de la reacción institucional hacia la criminalidad económica,<sup>587</sup> hacia las desviaciones criminales de los organismos y corporaciones del Estado y hacia la gran criminalidad organizada. Es decir, asegurar una mayor representación procesal en favor de los intereses colectivos.

Este problema se agudiza con el crimen organizado y las criminalidades emergentes que genera, ya que existe no sólo una reconstrucción de los sistemas penales locales, sino que reclama una organización planetaria que involucre el

---

<sup>584</sup> Siendo un claro ejemplo lo que paso en México con el llamado Michoacanaso en donde a varios presidentes municipales y servidores públicos de primer nivel les fue aplicado un derecho penal del enemigo, en donde todo el procedimiento penal estuvo plagado de violaciones a derecho humanos, tratando de justificar esta medida, mencionando que estas medidas eran porque los servidores públicos estaban colididos con la delincuencia organizada, y así ha pasado en la historia con Hitler en Alemania, Musolini en Italia, Franco en España y en Chile con Pinochet.

<sup>585</sup> Op. Cit, nota 563, p. 55.

<sup>586</sup> En donde las personas al sentir el riesgo, vea no solo como necesario, sino como algo útil la aplicación del derecho penal del enemigo y así poder sacar al ejército a las calles y justificar la violación de derechos humanos –incomunicaciones, pruebas pre fabricadas, tortura- y además si se requiere se puede exterminar al enemigo, –por ejemplo en el pasado sexenio presidencial, más de cien mil muertos, veintisiete mil desaparecidos-.

régimen jurídico internacional, el esfuerzo político, logístico, tecnológico y financiero de la comunidad de naciones y de los organismos internacionales.<sup>588</sup>

Así por ejemplo en el tráfico de armas de fuego se requiere no solo un régimen internacional, sino que además requerimos un ordenamiento bilateral con Estados Unidos, ya que es precisamente en este país donde se encuentra parte del origen del problema, ya que de allí es donde se introduce el 90% por ciento de las armas de fuego a México de manera ilícita y sin control alguno.

El poder punitivo siempre discriminó seres humanos y les deparó un trato punitivo que no correspondía a la condición de personas, dado que sólo los consideraba como entes peligrosos o dañinos. Se trata de seres humanos a los que señala como enemigos de la sociedad y, por ende, se les niega el derecho de que sus infracciones sean sancionadas dentro de los límites del derecho penal liberal, esto es, de las garantías que hoy establece universal y regionalmente el derecho internacional de los derechos humanos.<sup>589</sup>

La hipótesis de base parte de la naturaleza política de la cuestión planteada y aspira a verificar que en el plano de la teoría política resulta intolerable la categoría jurídica del enemigo o extraño en el derecho ordinario -penal o de cualquier otra rama- de un estado constitucional de derecho, que sólo puede admitirlo en las previsiones del derecho de guerra y con las limitaciones que éste le impone el derecho internacional de los derechos humanos en su rama del derecho humanitario,<sup>590</sup> habida cuenta que ni siquiera éste priva al enemigo bélico de la condición de persona.<sup>591</sup>

En cambio, contrario a esto lo que se debe observar son los cambios cuantitativos y cualitativos de la delincuencia y la reacción estatal frente a los

---

<sup>587</sup> Es esta la gran tendencia de la llamada criminología de izquierda.

<sup>588</sup> Op. Cit, nota 504, p. 123.

<sup>589</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “*El Enemigo en el Derecho Penal*”, p. 11.

<sup>590</sup> Se establecen en la legislación de Ginebra.

<sup>591</sup> Op. Cit, nota 589, pp. 12,13.

mismos, parte de considerar que el reto principal es el control del delito con la finalidad de disminuir la criminalidad y aplicar en forma más racional y eficiente la ley penal, alcanzando niveles tales que posibilite el desarrollo socioeconómico de las sociedades.<sup>592</sup>

La delincuencia ha ido creciendo más rápido que la población y los recursos del Estado para combatirla; de formas organizadas, violentas y predatorias vinculadas a la impunidad y a la corrupción de algunos sectores y niveles del aparato de justicia, y que el Estado, puede optar por medidas más drásticas contra el delito como resultado, en parte las políticas preventivas y diversificativas que no han funcionado o porque la opinión pública se manifiesta a favor de la represión.<sup>593</sup>

Ante el crecimiento de la delincuencia de los delitos de armas de fuego, se debe hacer una planeación estratégica para su prevención, basada en datos sociales reales y no en datos irreales, para que así se pueda aplicar una debida política criminal. Así por ejemplo en los delitos de portación de armas de fuego, pareciera que la única herramienta es el aumento de la pena basado solo en datos sociales irreales arrojados por los medios de comunicación, pero sin que se busque el verdadero problema para su prevención.

Por ello para evitar una política criminal de extrema derecha o de derecho penal del enemigo, es vital que la planificación de la política criminológica, de la seguridad pública y de la prevención del delito, deba garantizar una respuesta del Estado contra el crimen, objetiva y consensada, dentro de una política integral de desarrollo y planificación democrática.<sup>594</sup>

---

<sup>592</sup> Op. Cit, nota 504, p. 123.

<sup>593</sup> Ídem

<sup>594</sup> Ídem.

Se advierte cada vez con mayor frecuencia que los grupos de poder tenga alguna emergencia<sup>595</sup> por divulgar. Ello trae como consecuencia casi necesaria, que los derechos y las garantías que por definición tutelan a los ciudadanos se vean restringidos y hasta avasallados por estas nuevas condiciones que afectan a la vida en sociedad declarada por los representantes del poder, *so pretexto* de contrarrestar los efectos de la crisis y garantizar el estado de derecho socavado por ella.<sup>596 597</sup>

Aun así, las emergencias que el estado se encarga de transmitir, sea a través de comunicados oficiales o a través de declaraciones a la prensa, a menudo no hacen otra cosa que confirmar oficialmente un problema preexistente que, evidentemente, no ha sido aún solucionado o cuya solución no parece ser sencilla.<sup>598 599</sup>

De ese modo, declarar la emergencia viene a ser como un reconocimiento público de una situación inmanejable cuyo objeto tiende más a aplacar los reclamos de la sociedad ante la crisis, que al planteo serio de diversas estrategias dirigidas a neutralizarla.<sup>600</sup>

Esto resulta ser una falsa ilusión puesto que los planes para resolver esas emergencias con un derecho penal del enemigo, puesto que en realidad no se busca resolver el problema, sino se busca el ejercicio del poder. Y no sólo el problema contrario a esto se agranda y además avanza, escuchando argumentos legos en donde se dice que se está trabajando, que es la guerra contra la

---

<sup>595</sup> Estas emergencias son las que supuestamente justifican la existencia y por ende aplicación un derecho penal de excepción o doble vía -del enemigo-.

<sup>596</sup> TORRES, Sergio Gabriel, “*Derecho Penal de Emergencia*”, p. 15.

<sup>597</sup> Dando promesas fictas en donde al aplicar esas medidas de manera ex profesa, se va resolver el riesgo social ante las criminalidades emergentes.

<sup>598</sup> Op. Cit, nota 596, p. 15.

<sup>599</sup> Aconteciendo en los medios en donde se anuncia que cada vez circulan más armas de fuego y que aumenta el decomiso de estas.

<sup>600</sup> Op. Cit, nota 596, p. 15.

delincuencia y se descansará hasta solucionar los problemas, pero sabemos que hay un vacío total en su contenido.

Como se pasó de un sistema de doble vía a otro de tripe vía; a finales del siglo XIX el Derecho penal amplió su sistema de consecuencias. Frente al monismo de las nuevas teorías absolutas de la pena, teorías puramente retributivas que sólo requerían la pena, como retribución por la comisión de un delito -*punitur quia peccatum est*: se impone la pena porque se ha cometido un delito-, surgió un sistema de doble vía, en el marco de las teorías relativas de la pena, que pusieron de manifiesto la insuficiencia de la pena.<sup>601</sup>

El sistema dualista o de doble vía, en el que se basa los derechos penales continentales europeos, e iberoamericanos, procedentes de la misma tradición jurídica, pretende reprimir el hecho punible cometido y evitar su repetición. Para ello se prevén dos tipos de consecuencias o reacciones: la pena y la medida de seguridad. Con ellas se sancionan la culpabilidad y se previene la reincidencia cuando el autor no es culpable, o cuando aun siéndolo la pena adecuada a la culpabilidad es insuficiente para prevenir dicha reincidencia; el límite de la gravedad de la culpabilidad por el hecho sólo se podría superar en el marco de un Derecho de autor.<sup>602 603 604</sup>

Roxin resuelve el homicidio de los pasajeros del caso del once de septiembre de las torres gemelas como ejecutando culpablemente, además subraya la renuncia de la pena en relación a la posibilidad estatal de disparar en contra del avión secuestrado, hecho por algún piloto aéreo -pues ello traería la reducción de personas que morirían, tratando de evitarse, por ejemplo, las

---

<sup>601</sup> Op. Cit, nota 504, p. 124.

<sup>602</sup> *Ibíd*em, 214.

<sup>603</sup> Estel sistema se reguló por primera vez en el proyecto Suizo de Carl Stooss (1893-1894).

<sup>604</sup> Existe algo cierto, que en el derecho penal siempre habrá una ambivalencia inseparable, ya que no se concibe a la norma, sin el ejercicio del poder punitivo puro, pero lo cierto es que también debe buscarse que éste deba ser lo más liberal, humanista y democrático posible para que sea justo y debido en todo su ámbito de aplicación.

muerdes de quienes estaban dentro de las torres gemelas-. Jakobs, aplicaría el estado de necesidad justificante por aquello de salvaguardar bienes jurídicos de mayor relevancia -seguridad nacional- y destruir los de menor relevancia –vida-; o bien la inexigibilidad de otra conducta como género de exclusión de la culpabilidad -colisión de deberes o estado de necesidad exculpante, como especies según procediere-, tratándose de bienes jurídicos de la misma jerarquía -vidas. Sin que ello implique tinte alguno de protección de los centros de equilibrio económico o político de un país-. Resulta criticable bajo esta hipótesis adelantarse a los resultados, como si determináramos con certeza que el avión secuestrado sería estrellado en las torres gemelas y que estas colapsarían, además se trata de una primera experiencia, en este ámbito.<sup>605</sup>

En esta vertiente se desatan guerras unilaterales con fines claramente económicos; y, para colmo, el poder planetario fabrica enemigos y emergencias con los consiguientes estados de excepción en serie y a alta velocidad.<sup>606</sup>

Así por ejemplo la guerra tuvo como consecuencia el enriquecimiento de sobre todo las empresas estadounidenses de armas de fuego, y por consecuencia el tráfico de armas resulto todavía más lucrativo ante una globalización económica, en donde claro quienes pagaron los platos rotos, fueron los pobres que portaban armas de fuego,<sup>607</sup> que es a quienes se les castigo en esta guerra fallida.

Si bien la identificación del enemigo se basa en un mito,<sup>608</sup> la frontalidad de los autoritarismos de entreguerras lo hizo de modo perversamente grosero.

---

<sup>605</sup> Op. Cit, nota 504, p. 214

<sup>606</sup> Op. Cit, nota 589, p. 28.

<sup>607</sup> Con este tipo de delitos se sobre poblaron las cárceles, en un dato significativo en donde la impunidad crece, pues como en la guerra en contra de la guerra, sólo se agarran a las mulas o a los adictos, creando una gran red de corrupción y de poder. En algunas empresas lograron crecimiento económico.

<sup>608</sup> Este mito nació desde la época de las conquistas romanas en donde se descubre que era difícil tener el control de los estados ocupados, siendo así como se les declaro enemigos para mandarlos a la cárcel o eliminarlos y al tener resultados favorables de dominación, también se le declaro como enemigo a los políticos que iban en contra de la ideología del poder y en cuanto a los pobres al no ser amigos de los gobernantes, también se les identificó como enemigos. *Cfr. Zaffaroni, “Derecho Penal del Enemigo”*.



Presentando una relación inversa entre el grado de irracionalidad y brutalidad del poder represivo y el nivel de elaboración del discurso que trata de legitimarlo, y también porque se adecúen mejor a las demandas publicitarias.<sup>609</sup>

Por ejemplo en Argentina el delito contra la seguridad pública se convirtió en una verdadera punición de peligros indescifrados o actos preparatorios, y esta modificación no ha sido cambiada hasta el día de hoy. Por lo tanto, el punto de partida al que se anuda la regulación es la conducta no adecuada, sino sólo planeada; es decir, no el daño en la vigencia de la norma que ha sido realizado, sino el hecho futuro. Dicho de otro modo, el lugar del daño actual a la vigencia de la norma es ocupado por el peligro de daños futuros.<sup>610 611</sup>

Circunstancia parecida pasa en nuestro país en donde se castigan los actos preparatorio o peligros en abstracto como los delitos de portación de arma de fuego, acusándolos de delincuencia organizada en aras de una prevención del delito y con la venta publicitaria de una mejor seguridad pública.<sup>612</sup>

Las políticas criminales inspiradas en estas corrientes que pretenden represión y mano dura para con los delincuentes, entendidos como entes peligrosos, y que avalan por ejemplo conceptos tales como “reincidencia”, “multireincidencia”, “delitos de peligro”, frecuentemente exacerbaban<sup>613</sup> la función de prevención penal, y suelen caer en la falacia de pretender ser más eficaces con la creación de cuantiosas figuras penales, la utilización de penas severas,<sup>614</sup> el

---

<sup>609</sup> Op. Cit, nota 589, p. 61.

<sup>610</sup> Op. Cit, nota 596, p. 93.

<sup>611</sup> En el nuevo derecho penal derechista, apoyado por la nueva criminología estadounidense, existe un crecimiento de los aparecidos delitos de peligro en abstracto.

<sup>612</sup> Buscando con esto un adelantamiento extremo de daños, a cambio de una vigencia normativa en donde la justificación de la norma sea el daño.

<sup>613</sup> Irritando y enfadando al poder los delitos de peligro, provocando una prevención dispersa.

<sup>614</sup> Sin que importe en nada los principios de proporcionalidad y lesividad y mucho menos la última ratio - como sucede en México con los delitos de portación de arma de fuego-.

recurso de tipos indeterminados o tipos de sospecha, propiciando una utilización ficticia de la materia criminal.<sup>615</sup>

Como destaca Silva Sánchez: "El nada sospechoso profesor alemán *Winfried Hassemer* ha advertido que tenemos un problema y que si las teorías críticas y liberales del Derecho penal no lo han percibido es porque partían de la estrategia de eliminar el pensamiento asegurativo del Derecho penal. Esta táctica es anacrónica.<sup>616</sup> Por tanto, y de nuevo con *Hassemer*, es preciso concluir que, tras dos siglos de trabajo sobre el Derecho penal de la culpabilidad, ahora es el turno del Derecho penal de la seguridad. Que sea una "*ultima ratio*" y que respete los derechos y libertades del afectado, que dependen en gran medida, del trabajo académico".<sup>617 618</sup>

Es decir, que no estamos frente a temas nuevos, pues ya en su momento los positivistas de fines del siglo XIX y principios del XX pusieron el acento en la peligrosidad. No cabe duda que es un tema sensible para la doctrina, sobre todo, desde que Jakobs introdujo en la discusión la noción del *Derecho penal del enemigo*.<sup>619</sup>

En la perspectiva del “uso alternativo” del derecho penal, es menester, cuidarse de sobrevalorar su idoneidad y dar, su importancia a este campo, a medios alternativos y no menos rigurosos de control, que pueden revelarse muy eficaces. Es preciso evitar la caída en una política reformista y “panpenalistas”, consistentes en una simple expresión del derecho penal o en ajustes secundarios de su alcance; política que podría confirmar la ideología de la defensa social y ulteriormente legitimar el sistema represivo tradicional tomado en su globalidad.

---

<sup>615</sup> Op. Cit, nota 596, pp. 125, 126.

<sup>616</sup> Se refiere a algo que no se corresponde o parece no corresponderse con la época a la que se hace referencia, pues no es acorde a un derecho penal moderno, liberal y democrático.

<sup>617</sup> Op. Cit, nota 94, p. 16.

<sup>618</sup> Se está de acuerdo con este punto, ya que es precisamente en el ámbito académico en donde se puede hacer el cambio de paradigma y así poco a poco ir formando una dogmática penal adecuada y que sea acorde a las necesidades sociales.

<sup>619</sup> Op. Cit, nota 94, p. 16.

Pero se trata, de aligerar la presión del sistema punitivo sobre las clases subalternas, y los efectos negativos de esta presión para el destino de los individuos y para la unidad de la clase obrera, que el sistema penal concurre a separar de sus capas marginales.

La estrategia de la despenalización significa la sustitución de las sanciones penales por formas de control legal no estigmatizantes -sanciones administrativas o civiles- y, el comienzo de otros procesos de *socialización* del control de la desviación y de *privatización* de los conflictos, en la hipótesis de que ello sea posible y oportuno. Más, la estrategia de la despenalización quiere decir, la apertura de mayores espacios de aceptación social de la desviación.<sup>620</sup>

Presentando el estado de emergencia, se provoca el ámbito más que propicio para la revalidación y reconstrucción de parámetros peligrosistas. A través de ellos, se enaltece la figura del individuo o ente peligroso, concebido como generador e introductor en la sociedad de factores de riesgo que derivan de su propia esencia y personalidad, al que se castiga por el rol que representa en la sociedad por lo que es.<sup>621 622</sup>

Durante el último gobierno Mexicano se intensificó un derecho penal del enemigo, en donde primeramente se representó un estado de emergencia, para luego tener un parámetro del riesgo y así hacer creer a la sociedad que el utilizar ese tipo de derecho era por el bien social, y con esto se utilizó a las fuerzas armadas del país.<sup>623</sup> Con una exposición argumentativa de combate y guerra al narcotráfico con una marcada violación a los derechos humanos, ya que durante su sexenio creció el 600%<sup>624</sup> la violación a los derechos humanos, dejando al

---

<sup>620</sup> Op. Cit, nota 589, p. 215.

<sup>621</sup> Op. Cit, nota 596, p. 127.

<sup>622</sup> Siendo en este contexto donde se justifica el ejercicio despótico del poder, en el que sin miramiento alguno y en ocasión incluso prácticamente a ciegas elige a los enemigos para castigarlos, o en su caso más dramático proceder a su ejecución, y todo esto por el bien de la sociedad, buscando la seguridad y la eliminación de los riesgos.

<sup>623</sup> En donde se estableció un cuerpo policiaco –policía federal preventiva- de corte militar para intensificar el estado de policía y así suspender prácticamente de manera extra legal, la suspensión de derechos fundamentales, ya que ante una guerra es procedente esta.

<sup>624</sup> Cifra otorgada por amnistía internacional.

ejército y a la marina en una guerra sin enemigos visibles, entre las violaciones más graves que se suscitaron fue crímenes de lesa humanidad, tortura, desaparición forzada.<sup>625</sup>

La emergencia comenzó desde que Calderón asumió la presidencia el 1 de diciembre de 2006, ya que el 11 de diciembre de ese mismo año, es decir, a solo unos días de asumir el poder anunció el operativo conjunto Michoacán y con esto el inicio de su política penal del enemigo, y hasta el 31 de octubre del 2012, la CNDH registro 8 mil 929 quejas,<sup>626</sup> 7 mil 800, fueron contra el ejército; por lo tanto 87.35%, el restante 12.65% fueron contra la marina. Teniendo además el ejército un gran desprestigio al ser detenidos varios generales, el caso más representativo fue del general y ex subsecretario de la SEDENA Tomás Angeles Dauahare, a quien se le acusó por haber trabajado en el cártel de los Beltran Leyva.

En su primer año de gobierno el expresidente Calderón expuso al ejército a las calles, pero en ningún momento recurrió al artículo 29 de la Constitución.<sup>627</sup> Todo lo contrario sin regulación alguno ni marco legal de por medio, sacó al ejército y a la marina de sus cuarteles para comenzar la guerra, en la que los civiles pagarían los platos rotos, quienes ajenos a la delincuencia organizada, se les acusó de este delito, entre otros, y en este escenario la portación de arma de fuego fue de las más criminalizadas al tratarse de un delito de peligro.

La justificación que utilizó Calderón fue que la medida era inevitable, en donde sólo agrandó el problema en lugar de darle una solución acorde a la política criminal, en lugar de ello utilizó una política penal,<sup>628</sup> ejerciendo un gran poder punitivo y criminalizando a muchos inocentes, siendo común que el ejército acusara a personas quienes simplemente detentaban armas, por delitos más

---

<sup>625</sup> De acuerdo a la cifra otorgada por la PGR en el mes de febrero del 2013, son veintisiete mil los desaparecidos que existen.

<sup>626</sup> Esto sin tomar en cuenta que de acuerdo a amnistía internacional la CNDH no tomo un sin número de quejas por violaciones a derechos humanos, cometidos por el ejército.

<sup>627</sup> Ya que en este se establece la suspensión de derechos fundamentales en casos de guerra o de emergencia en donde se vea en peligro la seguridad y la paz pública.

<sup>628</sup> Se le llama política penal en lugar de utilizar una política criminal, en donde no se utiliza estrategia ni planeación de prevención del delito, en base a datos sociales reales, sino solo se aplica el endurecimiento del derecho penal como respuesta al problema delincencial.

graves, o bien, fue común el poner armas en las personas para ser acusadas de delincuencia organizada. Todo ello bajo una red de corrupción y de atrocidades apoyadas por el gobierno en el que se maneja la muerte de más de cien mil personas.

Hubo una marcada ilegalidad en donde además de refrendar y ampliar el núcleo militar de la PFP,<sup>629</sup> según los propios informes de la SEDENA, el Ejército se encargó de forma directa, de la formación y entrenamiento de toda la fuerza policía del país. De igual manera, el Gobierno Federal dispuso que los militares ocuparan los cargos más relevantes en la procuración de justicia, desde la Procuraduría General de la República hasta los aparatos de Seguridad Pública Estatal.<sup>630 631</sup>

Otro de los factores que influyó en la política de Calderón es que una de las principales causas por las cuales se repiten los abusos militares es que los soldados que los cometen casi nunca responden ante la justicia.<sup>632</sup> Esos casos se investigan dentro del sistema de justicia castrense, donde la Procuraduría General de Justicia Militar inició casi 5 mil investigaciones de violaciones de derechos humanos entre enero de 2007 y abril de 2012, pero durante ese periodo los jueces condenaron sólo a 38 integrantes de las fuerzas armadas, según los propios informes y ningún militar fue sentenciado por tortura.<sup>633</sup>

---

<sup>629</sup> Creada a partir de la transferencia de la 3ª brigada de la policía militar.

<sup>630</sup> Igualmente en el gobierno panista de Fox los militares prácticamente tomaron por asalto la burocracia de niveles policiales en niveles federales y estatales, ya que hubo mil quinientos ochenta y cinco mil y dos mil ciento treinta oficiales militares de diversos rangos dirigiendo la seguridad pública del país.

<sup>631</sup> Siendo claro que el escenario propicio de guerra se fue maquinando, puesto que ocupaban combatientes que no solo estuvieran preparados para la guerra, sino que tuvieran el material humano y armas necesarias para su ejecución.

<sup>632</sup> Señalamiento que hace Human Rights Watch

<sup>633</sup> Apareciendo una marcada impunidad del ejército mexicano ante la violación de derechos humanos, no obstante que la corte emitió criterio en donde otorga competencia a los tribunales civiles de aplicar el derecho cuando se trate de hechos cometidos en contra de ciudadanos no pertenecientes a las fuerzas armadas.

### III. La Política Criminal y el Derecho Penal en los Delitos de Armas de Fuego

Por lo que respecta a la política criminológica, esta se trata de un criterio directivo de la reforma penal, fundamentando en el estudio científico del delincuente y de la delincuencia, de la pena<sup>634</sup> y de las medidas de defensa social contra el delito. Tales criterios suministran material al derecho penal para la obtención de nuevas metas.<sup>635</sup>

Junto a la ciencia jurídica penal, entendida como dogmática jurídica y la criminología, existe también la política criminal. En un primer sentido aquel sector de la política que guarda la relación con la forma de tratar la delincuencia: se refiere al conjunto de criterios empleados o emplear en el tratamiento de la criminalidad. Cada ordenamiento jurídico penal responde a una determinada orientación político-criminal y expresa una concreta política criminal. En este sentido la política criminal no es una disciplina teórica, sino una orientación práctica.<sup>636</sup> Pero a menudo se habla de la política criminal en otro sentido, como una rama del saber que tiene por objeto de estudio a esta, efectivamente seguida por el derecho penal o que éste debería de expresar. En este otro sentido, la política criminal puede verse también como una disciplina que se ocupa del derecho penal desde un prisma distinto, y complementario, al de la dogmática jurídica y la criminología como sociología del derecho penal.<sup>637 638</sup>

---

<sup>634</sup> En donde se apliquen los principios del derecho penal, para que la pena sea proporcional a la conducta y acorde al daño o peligro realizado al bien jurídico, y así esta sea razonable y en tanto entonces justificable su intervención como última opción del derecho penal.

<sup>635</sup> MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael, “*Derecho Penal, Parte General*”, p. 40.

<sup>636</sup> Ya que no se trata de un aspecto meramente académico o dogmático, ya que en primer lugar debe estar fundada no solo en aspectos teóricos, sino también prácticos –por ejemplo en la estadística criminal, el entorno social, educacional y cultural- y así buscar su aplicación y no sólo su aspecto teórico, ya que en ese contexto no tendrá una adecuada finalidad significativa.

<sup>637</sup> Este término fue utilizado por von Liszt, siendo así su origen en Alemania.

<sup>638</sup> Op. Cit, nota 9, p. 58.

La dogmática jurídico-penal se ocupa del derecho penal como norma, la criminología como hecho y la política criminal como valor,<sup>639</sup> esto en sentido general.<sup>640</sup> La decisión de definir un proceso como criminal se plasma en las normas penales. Quedando reflejada en ellas. En una decisión de esta naturaleza el estado social y democrático del derecho ha de tener en cuenta la criminología. Esta disciplina, tiene por objeto el análisis sociológico de los procesos de criminalización,<sup>641</sup> esto es, expone cómo se construyó y definió lo criminal y cuáles son los efectos que en la realidad social produce la criminalización de una conducta.<sup>642</sup>

Luego el derecho penal como disciplina no puede tener sólo como objeto la norma, pues ésta no tiene validez en sí misma. Su validez proviene de la política criminal. Las normas penales deben estar expuestas a la permanente revisión crítica desde la realidad social.<sup>643</sup> Por eso no debe ser ajena al derecho penal en particular la información que proporcionan las ciencias que se dedican al estudio de los fenómenos sociales, de la criminología en especial. Debe haber, en consecuencia, una permanente interacción entre la criminología, la política criminal y el derecho penal.<sup>644</sup>

Es notable que si la interacción no se da entre el derecho penal, la criminología y la política criminal, traerá como consecuencia un derecho poco justificable y atroz, sin que las normas tengan coherencia con la realidad social y en donde se hagan grandes procesos de criminalización, fenómeno que ocurre en nuestro país en el que las personas que cometen delitos de portación de armas de

---

<sup>639</sup> Buscando un futuro de carácter pragmático filosófico, para tener como fin el deber ser –principio ontológico.

<sup>640</sup> Op. Cit, nota 9, p. 58.

<sup>641</sup> Siendo así como se determinan las situaciones no solo del delito, sino del sujeto, para establecer datos sociales significativos que ayudan a plantear estrategias de prevención del delito.

<sup>642</sup> Op. Cit, nota 49, p. 31.

<sup>643</sup> Por lo tanto esta no es absoluta, ya que es dinámica y cambiante, puesto que los problemas sociales van cambiando, así como la sociedad va teniendo otros matices, así como existe el surgimiento de nuevas conductas antisociales.

<sup>644</sup> Op. Cit, nota 49, p. 31.

fuego son criminalizadas y por consecuencia una indebida dogmática penal, ya que la ley se realiza sin tomar en cuenta estos procesos, lo que arroja penas elevadas e injustas no acordes con la conducta, con el bien jurídico, ni con el delito.

Al igual que en muchas ocasiones no existe una planificación en torno a los grandes problemas sociales de la comunidad,<sup>645</sup> tampoco hay respeto al problema de la delincuencia. Si uno no cierra los ojos ante lo que pasa en la vida cotidiana, dejándose llevar exclusivamente por disciplinas académicas, observándose que las medidas contra el crimen suelen adoptarse en nuestro país de una forma desordenada y oportunista. Es aquí donde el espectáculo de los grandes delitos, el sensacionalismo televisivo, la propaganda política, el llamado a las emociones irracionales y el show escandaloso de los medios masivos juegan un papel central.<sup>646</sup> Quien afirme que detrás de todo este *mare magnum* de fenómenos sociales subyace una política criminal planificada, no sólo se está engañando a sí mismo, sino que también está haciendo apología ideológica<sup>647</sup> de un ordenamiento jurídico cuyas bases teóricas escapan en gran medida a la racionalidad técnica.<sup>648</sup>

En toda la república es palpable el temor que vive la ciudadanía por el incremento en la comisión de delitos y por los altos riesgos que provoca el hampa que transita por la calle y las carreteras, libremente y sin castigo,<sup>649</sup> vulnerando bienes jurídicamente tutelados.<sup>650</sup>

---

<sup>645</sup> Esto se refiere a una planeación integral, en donde intervenga el derecho penal, la política criminal y la política social, abarcando todos los rubros, económico social, cultural, educacional, policial, legal, doctrinal, legislativo y judicial.

<sup>646</sup> SALAS E, Minor, “*La Influencia de la Ciencia Penal Alemana en Iberoamérica: Mitomanías de la Política Criminal Moderna*”, pp. 265, 266.

<sup>647</sup> En donde se hace una propaganda inconsciente de lo eficaz que resulta el utilizar el autoritarismo –por ejemplo en el aumento de penas, la pena de muerte-, y con esto el estado de policía.

<sup>648</sup> Op. Cit, nota 646, pp. 266, 267.

<sup>649</sup> Esto es notable, ya que recordamos que tenemos actualmente un 99% de impunidad.

<sup>650</sup> Esta imagen provoca una gran inseguridad, en donde la ciudadanía busca soluciones y es el estado el que se aprovecha de esto, para aplicar medidas penales duras, vendiéndolas como necesarias.



México sigue viviendo en carne propia, casi de manera impune la reiteración de conductas antisociales que provocan inseguridad pública, que enervan la paz social, que desestabilizan inclusive la estructura misma del estado, como ocurre, por ejemplo, con los ilícitos penales que van desde la delincuencia organizada, delitos de armas de fuego, hasta la violencia intrafamiliar.<sup>651</sup>

“Cuando se trata de analizar la relación entre sistema del derecho penal y política criminal parece necesario situarse sobre todo en el contexto de un país determinado y en una época determinada y sacar después las conclusiones que parezcan oportunas”.<sup>652</sup>

Reducir la tarea de la dogmática jurídico-penal a la exposición puramente sistemática del derecho, o, como decía Welzel, sólo el conocimiento de las relaciones internas del derecho, porque ésta es la única posibilidad de elevar la aplicación jurídica sobre la coyuntura y la arbitrariedad, significa reducirla al cumplimiento de una única función política criminal que, por importante que sea, no es, ni puede ser la única que debe cumplir el derecho penal.<sup>653</sup>

“La política criminal es parte de la política general y, por lo tanto, tan irracional como esta última. Un aspecto que quizás no sea frecuentemente enfatizado por los penalistas, pero que es de vital importancia para no incurrir en ilusiones apologéticas en el análisis, reposa en el hecho de que la política criminal es, en primerísima instancia, una parte integral de la política general de una sociedad determinada. Como tal, ella está sujeta a todos los vaivenes, azares y desafueros de la política social. Aún más, se puede decir que el ámbito de la política criminal es aún mucho más sensible a la manipulación, a la demagogia y al sensacionalismo que el de la política general”.<sup>654 655</sup>

---

<sup>651</sup> DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio, “*Criminalia: Política Criminal Para el Tercer Milenio*”, p. 253.

<sup>652</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco, “*La Relación Entre Sistema del Derecho Penal y Política Criminal*”, p. 13.

<sup>653</sup> *Ibidem*, pp. 30,31

<sup>654</sup> *Op. Cit*, nota 646, p. 267.

<sup>655</sup> En esta coyuntura se ha utilizado al derecho penal como propaganda política, por ejemplo en México uno de los partidos políticos una de sus propuestas era la pena de muerte y luego la cadena perpetua, siendo que

Para luchar contra estos males, requerimos de una definición adecuada de política criminal, determinar las capacidades, naturaleza y competencia de los órganos de gobierno, establecer un estudio a fondo del origen del problema de los delitos de portación de armas de fuego, cuáles son los factores que afectan y provocan el delito, para así poderlas combatir, y así con esto otorgar una debida seguridad pública y paz, ya que se ha determinado que la inseguridad trae como consecuencia detonantes para la portación y posesión de armas de fuego.

Este tipo de medidas deriva, ya que políticamente no se concibe el Estado sin paz social ni seguridad pública. Más aún, sin seguridad pública no habría paz social ni menos Estado.<sup>656 657</sup>

Lo cierto es que desde siempre, a partir de sus inicios, el estado se tolera sólo en tanto es capaz de procurar a los gobernados y a la sociedad todo aquello para lo que fue instituido: la seguridad pública, seguridad jurídica y política que sirva no sólo a tutelar los bienes de la vida, sino igualmente, a permitir su goce legítimo, su disfrute cabal con protección contra todos los riesgos, incluyendo los derivados del delito y del ataque a las garantías individuales.<sup>658</sup> El estado debe en consecuencia aplicar la política para eliminar los riesgos y cumplir con su papel, para sí crear una seguridad pública, porque si no se hace, esto en consecuencia crea inseguridad y esta trae factores detonantes del delito y su globalización legislativa cuando no se aplica una debida política criminológica como ocurre con los delitos de armas de fuego.<sup>659</sup>

---

ambas estas prohibidas en el artículo 22 de la Constitución y en los Tratados Internacionales, pero únicamente es un derrotero sin contenido y con fin demagógico, que lo único que busca son votos para no perder el registro electoral y subsistir como partido, en donde en una campaña de fascinación se ha utilizado incluso a actores para lograr un mayor impacto social y una mejor imagen.

<sup>656</sup> Op. Cit, nota 651, p. 254.

<sup>657</sup> Así que se utiliza como propuesta meramente utilitarista, pero no son funcionalistas las medidas despóticas del estado para lograr la seguridad pública y así subsista este.

<sup>658</sup> Ídem.

<sup>659</sup> En donde la inseguridad ha creado el aumento de estos delitos, ya que ha mayor inseguridad, más riesgo y ante estos, los ciudadanos buscan alguna autodefensa, para lo cual se adquieren mayor cantidad de armas de fuego.

Los sectores de la población menos favorecidos económica y socialmente se ven discriminados en tanto que tienen que soportar una mayor carga de lo criminal toda vez que se constata que los procesos de definición se singularizan en normas penales cuyos destinatarios son precisamente esos sectores. Por el contrario, los sectores más favorecidos económica y socialmente tienen una menor carga, lo que se constata con la escasa presencia en los códigos penales de conductas que sólo es posible realizar desde posiciones de poder económico y político y también, respecto de las que ya están, por su casi nula aplicación por parte de los tribunales.<sup>660 661</sup>

Un control penal democrático ha de tomar en cuenta estas desigualdades y hacer una distribución más igualitaria de lo criminal. Ello significa no sólo la discriminación de ciertas conductas de escasa significación y someterlas a otros tipos de control diferentes al penal, sino también la incorporación del código penal de otros comportamientos propios de grupos privilegiados y que por su gran significación social podrían ser criminalizados, como los delitos en contra del medio ambiente o de la calidad de consumo.<sup>662</sup>

Es por ello que se hace necesario discriminar los delitos de armas de fuego, y someterlas a un mayor control administrativo, social, económico, cultural y educacional y, en cambio tipificar otro tipo de conductas y no sólo eso sino además que en realidad se castiguen<sup>663</sup> y como lo refiere Zaffaroni, no sólo realizar un proceso criminalizante en conductas burdas como en los delitos de armas de fuego, en los cuales es más fácil criminalizar de forma primaria<sup>664</sup> ya que

---

<sup>660</sup> Op. Cit, nota 49, p. 32.

<sup>661</sup> En este contexto por ejemplo es menos factible que ante la inseguridad, la clase social sea criminalizada por portar armas de fuego, ya que en todo caso buscaran vivir en fraccionamientos privados –islas- con vigilancia privada, o bien, en algunos casos hasta contratar su propia seguridad privada.

<sup>662</sup> Op. Cit, nota 49, p. 32.

<sup>663</sup> Por ejemplo delitos cibernéticos, fraudes, ambientales.

<sup>664</sup> Se requiere que este se reduzca desde la realización de la ley en donde esta va dirigida a la clase desprotegida, para posteriormente realizar una criminalización secundaria en donde de entre este grupo de personas, la policía elige finalmente quien será el delincuente, ya que este posteriormente será sancionado por un tribunal, el cual erróneamente cree que allí se determinó la culpabilidad de las personas, siendo que en

este tipo de delitos van dirigidos hacia la clase social más baja, siendo más fácil criminalizar de forma secundaria, al ser delitos de peligro en abstracto y de mera conducta, ya que basta con que el sujeto se le encuentre con el arma de fuego para que sea castigado,<sup>665</sup> así que por consecuencia la investigación del delito para su castigo no merece un gran intelecto, y los procesos policiales de investigación están diseñados para criminalizar este tipo de conductas.<sup>666</sup>

Desde los puntos de vista teórico constitucional y de la práctica de las ideas políticas, existen, a no dudarlo, el Estado y la política criminal. Ambas figuras además, en la realidad social y dentro de la política general se manifiestan dialécticamente por una indisoluble relación de dependencia recíproca; en el fondo ambas figuras tratan de prevenir el delito y de proteger bienes de la vida merecedores de tutela penal, como *ultima ratio* del orden jurídico.<sup>667 668</sup>

El Estado en base a una determinada política criminal acorde a sus fines y necesidades, dentro de los límites establecidos por la Constitución del país a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, implanta un orden jurídico penal y un sistema preventivo y de coerción del delito cubriendo requisitos de división de competencias y de legalidad, así como un sistema penal para legislar -sobre delitos-, juzgar -a los inculpados-,<sup>669</sup> y administrar la ejecución de penas y medidas de seguridad.<sup>670 671</sup>

La demagogia y el sencionalismo de cierto tipo de delitos, resulta confirmado a diario por medios de comunicación que hacen al derecho penal un

---

realidad quien lo hizo fue la policía y en todo caso esa actividad solo fue parte del ejercicio del poder punitivo de la mera inercia.

<sup>665</sup> Es decir, no se ocupa que se demuestre que con la portación de arma de fuego se buscaba alguna finalidad delictiva, ya que no se requiere la demostración o realización de un peligro en concreto.

<sup>666</sup> Puesto que aún no existe una verdadera investigación científica del injusto, que tenga base en evidencias físicas.

<sup>667</sup> Op. Cit, nota 651, p. 256.

<sup>668</sup> En ese orden finalista se busca la prevención del delito y por ende la seguridad pública.

<sup>669</sup> De acuerdo a la reforma constitucional del artículo 20 y a los nuevos códigos de procedimientos penales se le llama imputado, ya que es más garantista el término y menos criminalizante.

<sup>670</sup> Mediante una prevención general o prevención especial.

espectáculo social y de la política criminal una carrera desenfrenada de los políticos por ganar votos de un público ávido de entretenimiento y de diversión. El lema pareciera ser aquí, al decir de Potsman.<sup>672</sup> Surge entonces, la sospecha de que algunos políticos viven de los escándalos que producen los grandes casos de la justicia penal y sobre los cuales se estructura en la realidad la política criminal de nuestro entorno. No es, pues, en las facultades de derecho, ni en los pedestales de la academia,<sup>673</sup> donde nacen las medidas contra la criminalidad social.<sup>674</sup> Todo lo contrario: es en las discusiones parlamentarias, en el seno de los partidos políticos, en el cabildo de la opinión pública y en los foros del sensacionalismo periodístico, donde se perfila y se amarra lo que muchas veces será finalmente la política criminal de un país.<sup>675</sup>

Esta supuesta ingeniería social racionalista<sup>676</sup> omite, nada más y nada menos, que un hecho fundamental de las sociedades actuales, a saber: que las decisiones en materia de control de la criminalidad no pasan por el tamiz de la planificación tecnológica y de la discusión científica, sino más bien por el cristal de la politiquería, de los engaños a la ciudadanía, de la propaganda, del espectáculo y de la sofistería.<sup>677 678</sup>

En los delitos de armas de fuego no es la excepción, ya que existe una gran utilización de los medios de comunicación para la venta del sensacionalismo y un proceso legislativo en donde les importa más la opinión pública y su imagen política como propaganda, así que el derecho penal se ha vuelto en un elemento comercial en donde se aplican políticas equivocadas al realizar mayor castigo en los

---

<sup>671</sup> Op. Cit, nota 651, p. 256.

<sup>672</sup> “divertirse hasta la muerte”.

<sup>673</sup> Esto lo llama Zaffaroni como el poder de los juristas en donde por medio del aspecto académico y la dogmática penal se va estructurando un derecho social y democrático.

<sup>674</sup> Siendo precisamente en el ámbito académico donde debería de estructurarse la política criminal.

<sup>675</sup> Op. Cit, nota 646, p. 267.

<sup>676</sup> Es México un claro ejemplo de esto.

<sup>677</sup> El engaño y el encubrimiento de la realidad.

<sup>678</sup> Op. Cit, nota 646, pp. 267, 268.

delitos de armas de fuego y una mayor criminalización con aplicación de políticas como la cero tolerancia o el derecho penal del enemigo.

La mayoría de los medios de comunicación tienden a representar la opinión de los editores y no los hechos reales. Además, ya es una costumbre para algunas televisoras el anunciar la comisión de delitos mediante el despliegue de pistolas, incluso en aquellos crímenes en donde no hubo armas de fuego, utilizando al crimen y a las armas de fuego como sinónimos. Algunos programas televisivos dan datos generalizados, cómo el índice de crímenes y violencia está creciendo, mas no hacen especificación alguna relativa al área del país, al tipo de crimen, o incluso si éste fue cometido con arma de fuego o no.<sup>679</sup>

Un estudio realizado por la reportera Tamryn Etten acerca de las noticias relativas a cuestiones de armas de fuego en Estados Unidos, reveló que el 71% de dichas noticias no eran imparciales y favorecían el uso de armas de fuego o a la prohibición de éstas, y 81% de dichas noticias favorecían leyes más estrictas sobre la portación de armas de fuego.<sup>680</sup>

Es imposible una teoría jurídica destinada a ser aplicada por los operadores judiciales en sus decisiones, sin tener en cuenta lo que pasa en las relaciones reales entre las personas. No se trata de una empresa posible aunque sea objetable, sino de un emprendimiento tan imposible como hacer medicina sin incorporar los datos fisiológicos.<sup>681</sup> Cuando se pretende construir un derecho penal sin tomar en cuenta el comportamiento real de las personas, sus motivaciones,

---

<sup>679</sup> Op. Cit, nota 196, p. 55.

<sup>680</sup> Idem.

<sup>681</sup> Bajo ese punto podemos decir que existen enfermos, más no enfermedades, ya que si fuera así, no se ocuparía el análisis del paciente para detectar el problema y así al realizar esto, elegir la estrategia a seguir, pues bastaría con tomar un libro de medicina y elegir el medicamento de acuerdo a la enfermedad. Lo mismo acontece en el derecho penal, en donde es claro que no hay una formula univoca para los delitos y penas, sino que se requiere analizar el supuesto para elegir la táctica y con esto la política más adecuada.

sus relaciones de poder, como ello es imposible, *el resultado no es un derecho penal privado de datos sociales, sino construido sobre datos sociales falsos.*<sup>682</sup>

Al tomar estas realidades el derecho penal termina creando una sociología falsa, creando solo una cuestión meramente discursiva de poder en donde se toma como mero pretexto a los medios de comunicación, pero sin tomar un análisis criminológico que pretende justificar sus decisiones y así castigar irracionalmente.

“Es lo que ahora está sucediendo con el llamado moderno derecho penal. En los últimos años, las reformas del derecho penal se han caracterizado sobre todo por la utilización que hace el legislador del derecho penal para luchar contra los grandes riesgos modernos: manipulación genética, economía, salud pública, corrupción..., etcétera. El desarrollo técnico y social también ha enfrentado a la jurisprudencia con nuevos problemas cuyas causas, aunque ciertamente también reconducibles a comportamientos humanos incorrectos, tienen muchas veces su origen en defectos técnicos, estructurales, organizativos y preventivos difícilmente atribuibles a responsabilidades individuales”.<sup>683</sup>

Por una parte vemos un derecho penal prudente, respetuoso con las garantías tradicionales; y, por otro lado, de un derecho penal que responde eficazmente a las exigencias modernas. ¿Qué se puede considerar en esta disyuntiva como dogmática jurídico penal afortunada? ¿Una dogmática que ve con alegría esta expansión del derecho penal y está dispuesta a modificar los conceptos tradicionales o a introducir nuevos conceptos como el de los bienes jurídicos universales,<sup>684</sup> delitos de peligro en abstracto,<sup>685</sup> para adaptarse al moderno derecho penal; o una dogmática que critique estas tendencias y quiera

---

<sup>682</sup> Op. Cit, nota 10, p. 21.

<sup>683</sup> Op. Cit, nota 534, p. 36.

<sup>684</sup> Por ejemplo al argumentar que en aras de la seguridad pública, está bien, ya que esta es más importante incluso que la vida de las personas.

seguir utilizando los conceptos tradicionales de causalidad, delitos de lesión, culpabilidad, etc., como barreras infranqueables de estas tendencias? La discusión está en marcha y en todo caso cabe esperar que también conduzca a una formulación de los límites y consecuencias de la dogmática jurídico penal, aunque no sepa exactamente qué es lo que aquí se puede considerar como una dogmática afortunada o como una dogmática sin consecuencias. Lo que en ningún caso puede significar la adaptación a los retos del tiempo es que produzca la pérdida de identidad de la dogmática jurídico-penal como instrumentos garantista de los principios fundamentales del derecho penal del estado de derecho, pues con esas malas consecuencias la dogmática jurídico-penal debería ser calificada como una dogmática fracasada.<sup>686</sup>

Esto no debe ocurrir, ya que la dogmática penal debe buscar en todo momento ser liberal y democrática, ante cualquier evolución, adoptando cualquier principio o figura para que esta sea humanista en todo momento, respetando los derechos fundamentales de las personas.

Por su lado la política criminal busca valorar e, igualmente, valora dentro de los ámbitos funcionales del poder público, las influencias sociales internas y externas en el territorio y la población, así como las necesidades e intereses constitutivos de determinados fines –penales- del Estado, para establecer acciones y estrategias permitentes a la obtención de medios que alcancen integralmente dichos objetivos, a través de las competencias expresas, constitucionalmente autorizadas de los órganos de gobierno.<sup>687</sup>

En cuanto a la pena acorde a la política criminológica, debe desecharse la anticuada e incorrecta idea de la pena con fines propios, por ejemplo, de

---

<sup>685</sup> Como en el caso de los delitos de portación de arma de fuego que son delitos de peligro en abstracto en los que el múltiple de ocasiones no se justifica el castigo pues no hay posibilidad alguna que se ponga en riesgo al bien jurídico de manera real.

<sup>686</sup> Op. Cit, nota 534, pp. 37,38.

<sup>687</sup> Op. Cit, nota 651, p. 257.



sufrimiento, castigo, enmienda o disuasión,<sup>688</sup> por lo mismo de que ella en sí misma carece de fines, pues es sólo el medio para los objetivos del estado; entiéndase bien, la pena carece de fines particulares o autónomos<sup>689</sup> dado que se trata de un mero instrumento del poder punitivo utilizado para conseguir los fines del estado tratados mediante la política criminal. Debemos entender en este respecto, que existe algo que está más allá y superior a la dogmática penal; debemos asomarnos al conocimiento de las ciencias sociales, de la ciencia política, de la política criminal y, en el terreno de la juridicidad, al derecho constitucional, pues, sólo así se comprenderá lo inadecuado de las teorías que atribuyen fines al derecho penal objetivo y a las penas; pero además de que inadecuada tal concepción, la misma ha servido de fuente de tiranía en gobiernos autoritarios y de facto quienes se valen de estas desviaciones conceptuales, primero reconociendo fines propios a la pena, para después tratar de legitimar el poder detentado, sólo mediante el derecho penal objetivo y las sanciones penales, sólo en base al derecho objetivo y, por tanto, fuera de todo control constitucional.<sup>690</sup>

La política criminal como actividad de un estado no es, al menos hoy día, una actividad sujeta a controles científico-rationales. Por el contrario, las medidas política-criminales que se adoptan en la mayoría de nuestros ordenamientos jurídicos son gestados a la luz de circunstancias meta y extrajurídicas.<sup>691</sup> Dichas circunstancias tienen que ver, no rara vez, con el oportunismo de los políticos, con su deseo de obtener votos, con el manejo sensacionalista que se da de los delitos

---

<sup>688</sup> En esa tesitura la prevención general resulta inadecuada y obsoleta, ahora debe buscarse la prevención positiva, en donde se busca el ordenamiento como justo y funcionalista, sin impunidades, ni corrupciones.

<sup>689</sup> Por lo tanto la pena jamás tendrá funcionalidad por sí misma, ya que esta sólo será el complemento de una debida política criminal, en tanto entonces la misma será operante.

<sup>690</sup> Op. Cit, nota 651, p.278.

<sup>691</sup> Por ejemplo con algún movimiento feminista, homicidio o secuestro de impacto social, por el aumento de delitos o por el reclamo social de inseguridad.

penales y con en el ansia de manipular las masas para la obtención de objetivos estratégicos de la política general.<sup>692</sup>

Siendo así como en los delitos de armas de fuego, el legislador no aplica una debida política criminológica, siendo únicamente un mero manejo político en donde se siguen utilizando derroteros que a la luz de un derecho penal moderno, ya no resultan justificables, como el mencionar que con el aumento de la pena se va disuadir el delito, o que se va intimidar al sujeto activo del delito o a la sociedad, pues estos en la vida practica no tienen efecto alguno, así que debe de buscar su aspecto social, político-jurídico y administrativo para así crear una estrategia de prevención del delito.

El derecho penal es la infranqueable barrera de la política criminal, en esta frase Franz Von Liszt pone de relieve una tensión que todavía hoy está viva en nuestra ciencia. Ella opone a los métodos jurídicos en sentido estricto de ordenación y elaboración sistemático-conceptual de los presupuestos del delito los principios del tratamiento adecuado de la conducta desviada que descansan en fundamentos empíricos.<sup>693 694</sup>

En su gran tratado, recientemente aparecido escribe Jescheck que sin la articulación sistemática del concepto de delito, la solución de un caso jurídico permanece insegura y dependiente de consideraciones sentimentales. Las características generales del concepto del delito, que se resume en la teoría del delito, posibilitan por el contrario, una jurisprudencia racional y uniforme, y ayudan, de un modo esencial, a garantizar la seguridad jurídica. Todo ello rige independientemente de los cambios del sistema y de sus discrepancias que, como ya es sabido, forman también hoy el objeto de vivas controversias.<sup>695</sup>

---

<sup>692</sup> Op. Cit, nota 646, p. 270.

<sup>693</sup> ROXIN, Claus, “*Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*”, pp. 31,32.

<sup>694</sup> Es decir en situaciones reales del delito, en el que las soluciones tengan aplicación en el medio social en una realidad visible y en base a estos se debe diseñar el derecho penal.

<sup>695</sup> Op. Cit, nota 693, p. 136.

Por ello es que todo delito como lo es el caso del injusto de portación de arma de fuego debe dar garantía y seguridad jurídica, al establecerse en el delito penas proporcionales y justas al delito y así evitar las cuestiones sentimental o casuísticas acorde a una política de la desformalidad en el que únicamente importa la imagen pública de los legisladores.

En cuanto a la función de la política criminal, es enfrentar el delito ya sea previniéndolo o reprimiéndolo; por lo tanto, dentro del conjunto de medidas, acciones o estrategias político criminales del estado, pueden encontrarse aquellas que tienen un carácter eminentemente preventivo o las que son solamente de índole represiva, o bien las que pueden cumplir una función mixta.<sup>696</sup> Por otro lado dentro del mismo conjunto, pero sobre todo del conformado por medidas de carácter preventivo general, pueden distinguirse medidas de carácter penal, que son precisamente las que conforman lo que es el sistema penal, y medidas de índole no penal, que por lo general se vinculan o son parte de otras políticas, de todo ese conjunto de la política social general que, teniendo como objetivo específico algo diferente como es por ejemplo, la educación, la cultura, la economía, el trabajo,<sup>697</sup> etcétera, además pueden incidir en la prevención de la delincuencia de manera general.<sup>698 699</sup>

La vinculación al derecho y la utilidad política criminal no pueden contradecirse, sino que tienen que compaginarse en una síntesis, del mismo modo que el estado de derecho y el estado social no forman en verdad contrastes irreconciliables, sino una unidad dialéctica. Un orden estatal sin una justicia social, no forma un estado material de derecho, como tampoco un estado planificador y

---

<sup>696</sup> MORENO HERNÁNDEZ, Moisés, “Orientaciones de la Política Criminal Legislativa: la Política Criminal Legislativa”, p. 134.

<sup>697</sup> También se le ha llamado como prevención primaria.

<sup>698</sup> Op. Cit, nota 696, p. 134.

<sup>699</sup> En la práctica las que logran resultado para la prevención del delito y de las cuales en ocasiones se pone atención como medios preventivos, siendo así como en ocasiones se previene más delito hasta con poner lámparas en una calle que poner patrullas.

tutelar, que no consigue la garantía de la libertad como un estado de derecho, no puede pretender el calificativo de constitucionalidad socio-estatal.<sup>700</sup>

Se observa en el ámbito penal una política que en el fondo está expresando una falta de política, entendiéndola en su contenido de planificación, de programa, de diseño estructurado de respuestas frente al fenómeno que se entienda como criminalidad, la configura esa actitud ya tan extendida, de proferir legislaciones de coyuntura, de cara a hechos que trastornan el sentimiento colectivo, como atentados terroristas, magnicidios, masacres u otros de similar repercusión y alarma social. Una política de apaciguamiento, destinada a calmar el espíritu conturbado por el delito reciente, pero con relación al cual no siempre existe una auténtica voluntad política de confrontación.<sup>701</sup> Un derecho penal efectista que busca, ante todo, dar la impresión que se combaten los atentados por medio de normas expedidas al día siguiente de su ocurrencia,<sup>702</sup> exhibe el mayor rigor, la más drástica e implacable posición, pero sin ningún respaldo en la intención, o con endeble convicción en la viabilidad de las medidas. Incluso teniéndose la voluntad política de confrontar esas amenazas se puede expedir las normas con la creencia ilusa de su utilidad.<sup>703</sup> En todo caso, siempre existe el interés de enfrentar o contener la oleada de protesta y de inconformidad social, real o inminente provocada por la injuria de la delincuencia y la frustración acumulada de la inoperancia estatal. A eso se debe sumar que la inconformidad derivada de problemas sociales diferentes -situación económica, desigualdad de oportunidades, falta de empleo discriminaciones, etcétera.- al tópico de la criminalidad, suele concentrarse en un sentimiento general de frustración, que

---

<sup>700</sup> Op. Cit, nota 693, pp, 49, 50.

<sup>701</sup> TOCORA, Fernando, “*Política Criminal Contemporánea*”, p. 17.

<sup>702</sup> Esto se demuestra con la realización de leyes hechas al vapor, por mero reflejo y seguidas con medidas y penas de mera inercia, sustentadas con un discurso en blanco y sin camino a donde ir.

<sup>703</sup> Esa ilusión se maneja con la creación de delitos, de tipos penal en blanco, con el aumento de penas o penas elevadas como en el caso de los delitos de portación de arma de fuego.

ejerce una presión específica en el campo de las demandas de seguridad y de justicia.<sup>704</sup>

“Se trata del derecho penal mágico de que habla DELMAS MARTY o, en parte, del derecho penal simbólico al que se refiere HASSEMER, y que nosotros preferimos llamar derecho penal reactivo,<sup>705</sup> entendido como un derecho penal transitorio, efectista que busca dar ilusión de solución de las demandas de seguridad y de justicia. Un ilusionismo penal encaminado a superar una situación al borde de colapso o de crisis efectiva”.<sup>706</sup> Se trata por lo tanto un derecho penal lleno de un discurso lego, en el cual sólo busca circunstancias de ilusión que distan de ser dogmáticas y mucho menos pragmáticas, sino sólo buscan una imagen política de venta social”.

Es por ello que es indispensable que haya un perfecto engranaje entre el derecho penal y la política criminal, para así establecer una debida prevención del delito en su aspecto primario, secundario y terciario, y buscar con esto medidas penales y no penales para la prevención del delito en una dialéctica plausible e inseparable en todo momento; por lo tanto tendría que buscarse medidas de prevención del delito de portación de arma de fuego en estos tres puntos y así evitar la criminalización y establecer por el contrario una prevención del delito.

---

<sup>704</sup> Op. Cit, nota 696, pp. 17,18.

<sup>705</sup> Es reactivo porque solo responde a los estímulos inmediatos que existe, sin que sean proactivos, es decir, en donde este no tenga la necesidad de reaccionar por situaciones ocasionadas, sino que actué de forma propia para la prevención del delito y ese sea su verdadera razón de ser y no otra.

<sup>706</sup> Op. Cit, nota 696, p. 18.

#### **IV. El Aspecto Político Criminal en las Penalidades en los Delitos de Armas de Fuego**

Encontramos que las penalidades en los delitos de armas de fuego son violatorias al principio de proporcionalidad y lesividad, ya que al establecer penalidades en los delitos de Portación de Arma de fuego sin licencia, es de dos a siete años y en las del Uso Exclusivo del Ejército, Armada y Fuerza Aérea Nacionales, las penas son de cuatro hasta quince años de prisión, observando como ya quedó analizado que las penas en este tipo penal es más alta que en Argentina y España.

El principio de proporcionalidad que, como es sabido, ha gravitado desde sus orígenes en la ideología del derecho penal liberal, pasando por el denominado derecho de policía, al ámbito del derecho administrativo y del derecho público, con inclusión clara en el derecho penal, es reconocido hoy día como un principio general de todo el derecho penal que actúa limitando la actuación arbitraria de los poderes públicos. Dicho principio no ha sido recogido de forma expresa en el texto constitucional, sino hasta la reforma al artículo 18 en materia de justicia de adolescentes y, para el caso de personas mayores de edad el artículo 22 Constitucional lo prevé a partir de su reforma del 18 de junio de 2008.<sup>707 708</sup>

Liszt no quería como hubiera sido consecuencia de su idea de fin, que sin toda triquiñuela formalista de los criminalistas clásicos se pudiera dar el caso concreto de una decisión que sirviera a la comunidad sino que opinaba: en tanto que aspiremos a proteger la libertad del ciudadano particular frente a la arbitrariedad ilimitada del poder estatal que es inadecuada tal concepción

---

<sup>707</sup> Hasta el 2008 apareció en la Constitución, no obstante que éste principio era uno de los postulados de la escuela clásica.

<sup>708</sup> CÁRDENAS, Rodolfo Félix, “*Nueva Política Criminal Para el Combate del Delito de Secuestro*”, pp. 101,102.

De esta forma, la imposición de sanciones que se dan cuando el proceso penal culmine en una condena, pasan a primer plano, en la imposición de la sanción, los puntos de vista de prevención general y prevención especial por igual. En tanto más grave sea el delito, más se exige la prevención general de un agotamiento de la medida de culpabilidad. Pero cuando son delitos muy graves, la confianza en el ordenamiento jurídico solo puede mantenerse y la paz jurídica se establece cuando se produzca una represión adecuada a la culpabilidad.<sup>709</sup>

La aplicación de una adecuada culpabilidad conlleva a una adecuada penalidad, pero si observamos las penalidades en los delitos de portación de armas de fuego, observamos que estas son demasiado severas y por lo tanto no son acordes a ese principio.

En tanto que los delitos leves o de mediana gravedad, son más tolerantes cuando sea necesario por razones de prevención especial. La pena puede quedarse por debajo de la medida de la culpabilidad, y pueden tener beneficios que se basen en las posibilidades de suspensión condicional de la pena, la reparación civil, la reconciliación y el trabajo comunitario. Y los delitos menores conmueven la paz social de manera leve, y una reintegración social del delincuente, que sirve más a la seguridad pública que un rigor promotor de la reincidencia. Es decir, en la imposición de sanciones influyen la prevención general y la prevención especial, haciéndolo de una forma escalonada según la gravedad del delito.<sup>710 711</sup>

La ejecución de la pena, según una nueva concepción, debería buscar solo la resocialización. Ya que sólo buscaba efectos preventivos, mediante un rigor escalonado según la gravedad del delito, rigor que llegaba a la crueldad de la ejecución penal. Y es que una ejecución penal basada en la imposición de un mal

---

<sup>709</sup> Op. Cit, nota 504, p. 83.

<sup>710</sup> Ibídem, pp. 83, 84.

<sup>711</sup> Por lo tanto al aplicar penas adecuadas y proporcionadas en los delitos de portación de arma de fuego, también esto es parte de la prevención del delito, ya que ayudan a la seguridad y a no criminalizar.

y que renuncie a la resocialización solo puede llevar al condenado a una disocialización<sup>712</sup> definitiva y no puede ser para él un aliciente hacia formas de conductas humanas y sociales que él necesita con urgencia.<sup>713</sup>

Con respecto a los delitos sexuales violentos, tanto en Estado Unidos como en Europa, se contemplan medidas que se inclinan por la vía inocuidadora.<sup>714</sup> Si después de cumplida la pena se estima que mantiene su peligrosidad "pronóstico de reincidencia" se impone una medida de seguridad. Y para aplicarse no requiere ni habitualidad ni reincidencia. Se parte de la imposición de una pena impuesta sobre la base de la culpabilidad y proporcionalidad, a la que se puede sumar medidas orientadas por principios inocuidadores.<sup>715 716</sup>

En primer lugar haremos referencia a la historia de la pena, la cual tendría que reconocer, como punto de partida, el momento en el que aparece el primer hombre que infringe un castigo a otro como reacción a un daño recibido de este último. Esta historia narra el proceso de expropiación paulatina del poder punitivo de los particulares, desde los actos vindicativos libres o proporcionales hasta la composición y la justicia religiosa, como formas de regulación de conflictos en las sociedades permanentes.<sup>717</sup>

Desde la difusión de la obra de Ulrich Beck, es común caracterizar el modelo social postindustrial como «sociedad del riesgos» o (Risikogesellschaft). La sociedad actual aparece caracterizada, de un lado, por la aparición de avances tecnológicos sin parangón<sup>718</sup> en toda la historia de la humanidad. El desarrollo de la técnica ha tenido repercusiones directas en un incremento del bienestar individual. Sin embargo, no hay que ignorar sus consecuencias negativas. Entre

---

<sup>712</sup> Pues con esto se va a provocar que el sujeto sea haga delincuente, porque esto resulta ser el detonante final de un proceso de criminalización

<sup>713</sup> Op. Cit, nota 504, p. 84.

<sup>714</sup> Se busca la vía menos dañina para la persona y para la sociedad.

<sup>715</sup> Op. Cit, nota 94, p. 18.

<sup>716</sup> Ya que lo que se busca es la prevención del delito y es por ello que se aplica la medida de seguridad.

<sup>717</sup> GONZÁLEZ PLACENIA. Luis, “*Política Criminal y Sociología del Control Penal*”, p. 89.

<sup>718</sup> Pues no hay nada paralelo en la historia que se le compare.



ellas, la configuración del *riesgo de procedencia humana como fenómeno social estructural*. Es decir, el hecho de que buena parte de las amenazas a que los ciudadanos estamos expuestos provengan que otros conciudadanos adoptan en los avances técnicos: riesgos al medio ambiente o para los consumidores o usuarios que derivan de las aplicaciones técnicas de los desarrollos en la biología, la genética, la energía nuclear, la informática, las comunicaciones, etcétera.<sup>719 720</sup>

El Estado no solo trata de castigar a los delincuentes, sino de luchar contra su enemigo. Es decir, que el “Derecho penal del enemigo” aumenta la gravedad de las penas, independientemente de la idea de proporcionalidad, aplicado “penas doctrinales”. Estas penas más allá de este principio, incluso “penas draconianas”, como dice Jakobs al pie de la letra, aplicar penas de prisión de larga duración, incluso la pena de prisión perpétua o la de muerte, a hechos de escasa gravedad, o por lo menos no tan graves como para justificar la imposición de penas tan graves.<sup>721 722</sup>

De esta manera han sido varios los reparos que, desde el punto de vista del Derecho penal clásico, presenta una categórica notificación: el de mayor relevancia es el de su contradicción con el principio de ofensividad o lesividad, que exige la presencia de una verdadera antijuricidad, no sólo formal, sino material.<sup>723</sup>

Así podemos decir que el principio de proporcionalidad no deja de verse comprometido por la sanción penal de conductas imprudentes en relación con bienes jurídicos colectivos -por ejemplo, el caso del blanqueo de capitales-.

---

<sup>719</sup>SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María “*La Expansión del Derecho Penal. Aspecto de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales*”, p. 23.

<sup>720</sup> Ante la sociedad de los riesgos hay que tener mayor prevención y en consecuencia hay que tomar medidas para eliminar esos riesgos. Ese punto se ha globalizado creando consecuencias críticas en el derecho penal.

<sup>721</sup> Op. Cit, nota 563, pp. 50, 51.

<sup>722</sup> En esta dinámica ha entrado la portación de armas de fuego, imponiendo penas desproporcionadas al hecho, o bien, imponiendo penas en donde ni si quiera se justifica su punición.

<sup>723</sup>MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael, “*Orientaciones de la Política Criminal Legislativa: Política Criminal, Globalización y Delincuencia*”, p. 85.

Asimismo, por la evidente proliferación de tipos de peligro muchas veces *standard*, tanto imputados en comisión activa, como en comisión por omisión.<sup>724</sup>

La asignación al Derecho penal de papeles relevantes en la respuesta a los ilícitos propios de la globalización y de la integración supranacional implica una Flexibilización de categorías y relativización de principios: abona la tendencia general hacia la expansión.<sup>725</sup>

En estos casos se le ha dado al derecho penal un papel relevante, es decir, en el cual no se puede prescindir de este, pues se tiene que aplicar expandiéndolo a cada vez más conductas y lo peor a comportamientos inocuos, como en el caso de la simple portación de arma de fuego sin que implique si quiera algún riesgo.

También el criminalizar conductas que no son un verdadero peligro para bienes jurídicos y adelantar la intervención del Derecho penal a este tipo de conductas, puede suponer penalizar simples manifestaciones ideológicas, producto del derecho a la libertad de expresión, convirtiendo en delito hechos como mostrar simpatía públicamente hacia ciertas ideologías, sobre todo si coinciden con las que defienden los grupos radicales terroristas, aunque los que muestren esa afinidad o simpatía ideológica no defiendan el empleo de la violencia para alcanzarlas, o incluso escribir un artículo a favor de estas ideas, o defenderlas en el curso de una conferencia como ésta, etcétera.<sup>726</sup>

La despenalización y descentralización convergen así en la constitución de un espacio que privilegia una relación proactiva<sup>727</sup> y no coercitiva con los gobernados, debido a que son estos los principales interesados. De ahí restaría el

---

<sup>724</sup> Op. Cit, nota 719.

<sup>725</sup> Ídem.

<sup>726</sup> Op. Cit, nota 563, p. 51.

<sup>727</sup> En donde se busque un papel activo del estado para prevenir el delito y cuando esto suceda se tengan también planes para su prevención en sus tres ámbitos.

desarrollo de mecanismos que permitan una atención multiagencial<sup>728</sup> de los conflictos -mediante servicios sociales diversos- articulados con un sistema de justicia cívica descriminalizado y con una policía capacitada para funcionar como mediador.<sup>729 730</sup>

Las teorías preventivas de la pena y del Derecho penal, es decir, la asignación a la pena y al Derecho penal de fines de prevención fundamentalmente generales que nos sitúan en los umbrales del denominado Derecho penal simbólico.<sup>731 732</sup>

Si las penas no se derivan de la naturaleza de los delitos, si no tuvieren cierta analogía con ellos, se trastornarán todas las ideas y verdaderas nociones de la justicia: se confundirán las personas con las cosas, la vida del hombre con sus bienes: se apreciarán éstos tanto o más que su honra: se redimirán con penas pecuniarias las violencias y delitos contra la seguridad personal: inconveniente en que cayeron muchas de nuestras leyes antiguas dictadas por el espíritu feudal, y que debe evitarse en toda buena legislación.<sup>733 734</sup>

Esto trae paradójicamente, que el aumentar las penas, está fundamentada en nombre de la seguridad de los ciudadanos, ha construido serias amenazas a

---

<sup>728</sup> Para que la prevención funcione debe haber una coordinación entre los tres poderes y niveles de gobierno para que solo así se pueda aplicar un plan conjunto integral y funciones, ya que si no ocurre esto, son pocos los resultados que se logran.

<sup>729</sup> Op. Cit, nota 717, p. 226.

<sup>730</sup> En donde se aplique el modelo de policía de proximidad, buscando que este no lo vean como un ente ajeno a la sociedad, sino que baje de la patrulla y conviva con las personas, siendo empático – poniéndose en el lugar del otro- y así sirva como mediador para lograr resolver conflictos, pero esto además ocupe un plan donde sea multidisciplinario –por ejemplo si un elemento detecta que un joven trae consigo marihuana, y que en realidad no es un problema grave, debe apoyársele para que se le de orientación a este y evitar agravar el problema, evitando el poder punitivo-.

<sup>731</sup> Op. Cit, nota 723, p. 83.

<sup>732</sup> En el que se pone en una víspera ilusoria, donde la pena va a funcionar como preventiva en su aspecto general, pero sin que en realidad eso ocurra.

<sup>733</sup> Op. Cit, nota 717, pp. 15, 16.

<sup>734</sup> En esta confusión se encuentra los delitos de portación de arma de fuego, ya que se puede aplicar hasta quince años de prisión por portar un arma de fuego, en cambio sí se lesiona gravemente a alguien, o se le priva de la vida, la pena puede ser hasta de cinco años, resultando desproporcionadas las penas ateniendo a la jerarquía de bienes jurídicos.

sus derechos. El principio porque incorporó atribuciones extraconstitucionales a las instituciones encargadas de la seguridad y la persecución del delito, como control de la ejecución de penas por parte del Ejecutivo, y una amenaza a la autonomía del poder judicial; enseguida, por la expresión de fenómenos de “fragmentación de la potestad punitiva del Estado” con una fuerte tendencia a la *administración* de la justicia, al fortalecimiento del poder de policía, y al fomento y protección de grupos de contrainsurgencia, y que desde el público han tenido su expresión en él cada vez más frecuente, recurso a la seguridad privada –a la privatización del control social-, cuando no en brotes de venganza multitudinaria y linchamiento público.<sup>735</sup>

En esa tesitura no puede dejar permitirse aplicar un derecho penal despótico y simbólico en donde la única razón de la punibilidad de la conducta sea en aras de promesas falsas –la seguridad- siendo que se sabe que en nada traerá resultados el aumento de las penas o en la creación de tipos penales de conductas inofensivas o la creación de delitos en blanco.

Es por ello, que últimamente los discursos se han orientado hacia una mayor punibilidad. Pese a la ineficacia del sistema penal para dar respuesta al conflicto social, hay cambios constantes de la legislación que aparece como respuesta a situaciones coyunturales. Tal profusión de leyes, y su mayor dureza, ha sido un instrumento útil que permita superar el conflicto planteado en orden a la seguridad, el desarrollo de la criminalidad sigue demostrando que el incremento de penas no ha servido para disminuir el número de delitos.<sup>736 737</sup>

Por lo anterior, el Derecho penal en un Estado social y democrático de Derecho debería ser la *última ratio*, empleada para la protección de bienes

---

<sup>735</sup> Op. Cit, nota 717, p. 209.

<sup>736</sup> Op. Cit, nota 596, p. 95.

<sup>737</sup> Se ha demostrado que al contrario el aumento de penas inmesurado, además de criminalizar, por consecuencia en el futuro crea mayores conflictos sociales, -como el etiquetamiento, los antecedentes penales- y por consecuencia mayor inseguridad.

jurídicos fundamentales. El Derecho penal como “última razón” porque se cuenta con otras a las que puede recurrir para prevenir la lesión de bienes jurídicos, para ello se necesita de la atención de las necesidades económicas, sociales y culturales de la población; pues desde fines del siglo XIX quedó demostrado el fracaso de las escuelas italianas que pretendieron explicar el delito como producto de un delincuente nato.<sup>738 739</sup>

Los ciudadanos están condicionados en parte por las circunstancias socioeconómicas y en la medida que carezca de los bienes indispensables para vivir, tendrá cerrados los canales de movilidad social para acceder a ellos legalmente y observe, con tristeza e indignación, cómo unos cuantos ostentan grandes riquezas, tal vez procedente del mismo pueblo, en esa medición la propensión hacia la comisión del delito será mayor.<sup>740 741</sup> Este tipo de política es la que generalmente existe en los sistemas penales de Occidente, en el que la ideología liberal ha revelado su naturaleza formal, cuyas pretensiones de igualdad ante la ley se pierden en las inmensas brechas de la desigualdad socioeconómica, aspecto del sistema económico capitalista que no logra establecer un equilibrio social estable, por lo que debe recurrir al incremento de la represión<sup>742</sup>. Las políticas de control social han visto una acentuación represiva que en los países del centro se han expresado en leyes antiterroristas –generalmente de contenido

---

<sup>738</sup> DÍAZ-ARANDA, Enrique, “*Interpretación de la Legislación Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho Mexicano: Orientaciones de la Política Criminal Legislativa*”, pp. 189, 190.

<sup>739</sup> Esta noción apareció con cesar Lombroso, el padre de la criminología, quien aplicó una teoría antropológica, en la que estableció que el delincuente lo era por naturaleza y que por lo tanto no tenía libre albedrío, postura que fue apoyada por la escuela positiva de la cual fue creador.

<sup>740</sup> Op. Cit, nota 738, pp. 189, 190.

<sup>741</sup> Por ello no es coincidencia que en los países donde se da una mayor calidad de vida, hay una tendencia a la poca delincuencia, esto debido a que se considera que el sujeto llega a tener mayor proclividad a delinquir, esto si no tiene las condiciones de vida necesarias para tener una buena condición social –como lo es buen empleo, salarios remunerados, vivienda digna, seguridad, educación, cultura- en estas condiciones será más difícil que delinca, he de allí que en los países donde se dan estas condiciones, existe menor prognosis criminal.

<sup>742</sup> En lugar de buscar medidas de prevención social, cultural y educacional, en cambio se elevan las penas como en los delitos de armas de fuego, pues ello es más fácil, pues no ocupa mayor planeación y gasto directo.

xenofóbico contra los inmigrantes tercermundistas- o en las leyes de drogas que suelen aplicarse con preferencia a los extranjeros.<sup>743</sup>

Es al Estado a quien corresponde radicalizar la represión, tanto en leyes de emergencia como en la expansión del poder de policía –tanto en la seguridad pública como en la seguridad nacional-. Visualizando mayor violencia en las calles que a la postre resultará funcional a la oferta de seguridad en las “islas controladas”<sup>744</sup> por la iniciativa privada. Con un espacio dominado por lo público y sus habitantes quienes sufran las mayores consecuencias, no sólo porque es éste el espacio que la sociedad postindustrial ha reservado para la pobreza, sector históricamente indefenso, sino porque ahí todo consenso posible será por antonomasia disidente.<sup>745</sup>

En una sociedad concebida desde el prisma personalista, en donde el ordenamiento jurídico está dirigido a proteger los derechos e intereses particulares y sociales, aceptados y reconocemos que el Derecho penal debe mantenerse como *última ratio*, y su pena establecerse acorde a los principios del derecho penal.<sup>746</sup>

Dentro de las tendencias autoritarias se desarrollan políticas de represión extensivas en materia criminal, reflejadas en el *inflacionismo penal*, exacerbación punitiva que evidencia no solo ese autoritarismo restrictivo de las libertades públicas, sino la incapacidad y la falta de voluntad política de las clases dominantes para solucionar agudos problemas sociales, ante lo cual superponen políticas represivas que aumentan el espacio de lo definido como criminal. En la problemática social, acentúan políticas de cruda represión penal, como el

---

<sup>743</sup> Op. Cit, nota 701, p.7.

<sup>744</sup> Observando cada vez más mayor crecimiento de este tipo de islas en donde se ponen bardas perimetrales en toda esta, se pone seguridad privada y circuitos cerradas y quien sale ganando ante este fenómeno es la iniciativa privada, habiendo un riesgo en el que estos grupos sociales se aíslen y ya no quieran estar fuera de esas islas, por sentirse inseguros.

<sup>745</sup> Op. Cit, nota 717, p. 214.

<sup>746</sup> BUITRAGO RUIZ, Ángela María, “Nueva Orientación de la Teoría de la Pena: Orientaciones de la Política Criminal Legislativa”, p. 197.

incrementar los tipos penales de defensa del patrimonio económico individual, ante el aumento de ese tipo de delincuencia, reflejo de la privación de bienes básicos de vastos sectores, con tipos penales que actúan *ante delictum*<sup>747</sup> en una clara línea de acción positivista, o con los *delitos de sospecha*.<sup>748</sup>

Entre estos tipos penales *ante delictum*, encontramos los delitos de armas de fuego, en los que se castiga ante un estado previo a la realización de un delito, buscando un derecho penal más tosco de anticipación injustificada e insostenible.

El modelo de configuración social, puede definirse como sociedad de la inseguridad.<sup>749</sup> Así uno de los gastos más significativos de las sociedades de la era postindustrial es la sensación de inseguridad. Es cierto que los nuevos riesgos existen. Así mismo que la propia complejidad social, con su pluralidad de opciones, constituye un germen de dudas, incertidumbres, ansiedad e inseguridad; así, se ha aludido a la existencia del *vértigo de la relatividad*. Por ello, la relación de interdependencia entre esferas de organización y la transferencia a terceros de funciones de aseguramiento de la esfera jurídica, con el correlato de pérdida de dominio real, constituye una base de la sensación de inseguridad. Y por diversas causas, la *vivencia subjetiva de los riesgos claramente superior a la propia existencia objetiva de los mismos*. Expresado de otro modo, existe una elevadísima sensibilidad del riesgo.<sup>750</sup>

A este respecto, la doctora Sánchez García de Paz matiza, que recurrir indiscriminadamente a tipos de peligro concreto plantea los problemas de legitimidad en relación al principio de subsidiariedad o de *última ratio* de la intervención penal. En este contexto, resulta discutible el recurso a tipos de peligro para la protección de un bien jurídico frente a una conducta peligrosa, y no en

---

<sup>747</sup> Pues la justificación que se maneja es que buscan actuar antes de que el delito aparezca, y con esto evitar v el resultado

<sup>748</sup> Op. Cit., nota 701, p. 6.

<sup>749</sup> O llamado como a la sociedad del medio.

<sup>750</sup> Op. Cit, nota 719, pp. 25, 26.

particular ante los comportamientos característicos de un sector de la vida social.<sup>751</sup>

Para que la punición de los delitos de peligro como el de las armas de fuego, no se haga indiscriminadamente, primeramente es necesario aplicar una debida política criminal para la prevención del delito y luego buscar penas más acordes a la proporcionalidad del hecho y a la puesta en peligro del bien, para así observar cuales peligros podrían resolverse con un derecho administrativo, civil, o familiar para así aplicar la subsidiaridad del derecho penal y solo cuando se justifique aplicar es *ius punendi*.

Esta tendencia político-criminal va en contrasentido de las corrientes jurídicas democráticas que proclaman la vigencia de un derecho penal mínimo o de *última ratio*, que solo legitime la intervención de la más drástica y severa de las intervenciones legales en casos extremos, en los que no exista otra alternativa jurídica, y se pueda establecer la pena como una necesidad.<sup>752</sup> Razón por la cual la pena punitiva de libertad debe ser el último recurso que debe utilizar el Estado, en caso contrario no solamente afectaría la libertad por más que la dignidad del ser humano que se ve rebajado por la actuación estatal sin razón suficiente.<sup>753 754</sup>

Es decir, que el modelo de Estado democrático obliga, en lo posible, a poner el Derecho penal a servicio del ciudadano, es decir, a la construcción de un Estado personalista, lo que hoy se asocia al respeto de principios como los de dignidad humana, igualdad y participación del ciudadano. De un Estado democrático orientado hacia los derechos del ciudadano, nacen varios preceptos de una concepción personalista, de un Estado en función del individuo: el

---

<sup>751</sup> Op. Cit, nota 723, pp. 83, 84.

<sup>752</sup> Op. Cit, nota 701, p. 8.

<sup>753</sup> Op. Cit, nota 717, p. 209.

<sup>754</sup> Pues a la larga también afectara la paz y la seguridad pública, así que el derecho penal debe ser basado sobre todo en la dogmática penal en una ambivalencia con la política criminal y la criminología.



fundamento de imputación personal; el de la inculpabilidad; el de la proporcionalidad y el de resocialización.<sup>755 756</sup>

La política criminológica se trata de un criterio directivo de la reforma penal, fundamentando en el estudio científico del delincuente y de la delincuencia, de la pena y de las medidas de defensa social contra el delito. Tales criterios suministran material al derecho penal para la obtención de nuevas metas.<sup>757 758</sup>

Junto a la ciencia jurídica penal, entendida como dogmática jurídica y la criminología, existe también la política criminal. En un primer sentido, el sector de la política que guarda la relación con la forma de tratar la delincuencia: se refiere a criterios empleados en el tratamiento de la criminalidad. Cada ordenamiento jurídico penal responde a una orientación político-criminal y expresa una política criminal. Es decir, la política criminal no es una disciplina teórica, sino una orientación práctica. Pero a menudo se habla de la política criminal en otro sentido, como una rama del saber que tiene por objeto de estudio la política criminal seguida por el derecho penal o que debería de expresar. Ésta también se ve como una disciplina que se ocupa del derecho penal desde un prisma distinto, y complementario, al de la dogmática jurídica y la criminología como sociología del derecho penal.<sup>759 760</sup>

La dogmática jurídico-penal se ocupa del derecho penal como norma, la criminología como hecho y la política criminal como valor, esto en sentido general.<sup>761</sup> La decisión político-criminal de definir un proceso como criminal se

---

<sup>755</sup> Implica que sólo la persona que realiza actos con un resultado lesivo, puede ser sancionada por el Derecho penal, cuando actúa con conocimiento de que su comportamiento es ilegal y cuando realiza conductas que se externalizan y causan dañosidad social.

<sup>756</sup> Op. Cit, nota 746, pp. 200, 201.

<sup>757</sup> Op. Cit, nota 635, p. 40.

<sup>758</sup> Esto otorga el método científico al derecho penal en donde se puede observar de manera viable hacia donde se quiere ir y hacia donde se quiere llegar y evitar viajes sin rutas ni camino alguno, en donde el resultado será siempre el mismo, no llegar a ningún lado.

<sup>759</sup> Este término fue utilizado por Von Liszt, siendo así su origen en Alemania.

<sup>760</sup> Op. Cit, nota 9, p. 58.

<sup>761</sup> Ídem.

plasma en las normas penales. La política criminal queda reflejada en ellas. En una decisión de esta naturaleza el estado social y democrático del derecho ha de tener en cuenta la criminología. Esta disciplina, tiene por objeto el análisis sociológico de los procesos de criminalización, esto es, expone cómo se construyó y definió lo criminal y cuáles son los efectos que en la realidad social produce la criminalización de una conducta.<sup>762</sup> Siendo así como su relación no sólo es íntima, sino necesaria e indispensable para lograr un derecho penal democrático y liberal.

El Estado tiene el monopolio de la aplicación del derecho penal, y el diseño penal ocupa, un lugar secundario. En ese carácter le es dado porque debe actuar cuando ya lo han hecho otros sistemas más eficaces para la resolución del conflicto. Es el continuador de instituciones públicas o privadas que deben actuar previamente, ya que la norma penal es débil para actuar por sí sola.<sup>763</sup>

Luego el derecho penal como disciplina no puede tener sólo como objeto la norma, pues no tiene validez en sí misma, porque proviene de la política criminal. Las normas penales deben estar expuestas a la permanente revisión crítica desde la realidad social. Por eso no debe ser ajena al derecho penal en particular la información que proporcionan las ciencias que se dedican al estudio de los fenómenos sociales, de la criminología en especial. Debe haber, una permanente interacción entre la criminología, la política criminal y el derecho penal.<sup>764</sup>

Es notable que si la interacción no se da entre el derecho penal, la criminología y la política criminal, traerá como consecuencia un derecho poco justificable y atroz, sin que las mismas tengan coherencia con la realidad social y en donde se hagan grandes procesos de criminalización, fenómeno que ocurre en nuestro país, en el que las personas que cometen delitos de portación de armas de fuego son criminalizadas y por consecuencia se aprecia una indebida dogmática penal, ya que la ley se realiza sin tomar en cuenta estos procesos, lo

---

<sup>762</sup> Op. Cit, nota 49, p. 31.

<sup>763</sup> Op. Cit, nota 596, p. 95.

que tiene como consecuencia penas elevadas a injustas no acordes con la conducta, con el bien jurídico, ni con el delito.

Para ejemplo, el problema de la legitimidad del Estado contemporáneo atraviesa la cotidianeidad social en la medida en la que su ausencia en los actos públicos de autoridad, hace de los ciudadanos rehenes del autoritarismo y por lo tanto víctimas potenciales del abuso de poder en todas sus expresiones, entre las cuales, la relativa a la forma en la que se han construido el problema de la seguridad se ha caracterizado por el recurso “legal” –e ilegal- a prácticas ilegítimas, sustentando en una falsa disyuntiva que plantea la supremacía del “orden público”, por encima de las garantías fundamentales.<sup>765</sup>

En este punto lo que importa es el orden público visto desde una perspectiva de seguridad pública, así que en aras de lograrlo, resulta justificable cualquier medida, pues parecieran ser valores superiores a los derechos humanos los que están en juego, puesto que sin la paz y la seguridad no existen, ni se conciben estos.

Los delitos de peligro en abstracto constituyen el instrumento principal por medio del cual se realiza una tutela penal anticipada. Hay que considerar que, hasta hace poco, se ha considerado que la tutela penal de bienes jurídicos ante las conductas que ponen en peligro permanecen al núcleo del Derecho penal, tesitura distinta a la de la consideración de fenómenos de criminalidad anticipada, sólo a los delitos de peligro abstracto, en sus distintas modalidades, incluidos los denominados “de peligro abstracto-concreto”, “potencial” o “hipotético”.<sup>766</sup>

---

<sup>764</sup> Ídem.

<sup>765</sup> Op. Cit, nota 717, p. 206.

<sup>766</sup> Op. Cit, nota 723, p. 83.

No existe una planificación en torno a los grandes problemas sociales de la comunidad,<sup>767</sup> tampoco hay respeto al problema de la delincuencia. Si uno no cierra los ojos ante lo que pasa en la vida cotidiana, dejándose llevar por disciplinas académicas, observándose que las medidas contra el crimen se adoptan de forma desordenada y oportunista. Es aquí donde el espectáculo de los grandes delitos, el sensacionalismo televisivo, la propaganda política, el llamado a las emociones irracionales y el show escandaloso de los medios masivos juegan un papel central.<sup>768</sup> Quien afirme que detrás de todo este *mare magnum*<sup>769</sup> de fenómenos sociales subyace una política criminal planificada, no sólo se engaña a sí mismo, sino que además está haciendo apología ideológica de un ordenamiento jurídico cuyas bases teóricas escapan a la racionalidad técnica.<sup>770 771</sup>

En toda la república es palpable el temor que vive la ciudadanía por el incremento en la comisión de delitos y por los altos riesgos que provoca el hampa que transita por la calle y las carreteras, libremente y sin castigo,<sup>772</sup> vulnerando bienes jurídicamente tutelados. La doctrina destaca que permiten evitar el componente de causalidad en la producción del resultado en los delitos de efecto imprudente -incluyendo los de delito concreto-. Los delitos de peligro abstracto son, además, delitos de víctima lejana o inclusive, carentes de ella, como afirma el profesor Hassemer.<sup>773</sup>

---

<sup>767</sup> Esto se refiere a una planeación integral, en donde intervenga el derecho penal, la política criminal y la política social, abarcando todos los rubros, económico social, cultural, educacional, policial, legal, doctrinal, legislativo y judicial.

<sup>768</sup> Op. Cit, nota 646, pp. 265, 266.

<sup>769</sup> Abundancia de cosas desordenadas y confusas. Multitud de personas que se comportan de manera alborotada y ruidosa.

<sup>770</sup> Op. Cit, nota 646, pp. 266, 267.

<sup>771</sup> Continuamente se dan a conocer cifras que hacen referencia al Estado de la seguridad pública en la ciudad de México; sin embargo, no es frecuente encontrar análisis orientados a explotar las relaciones que esos datos podrían tener con otras variables que permitan comprenderlos en un contexto más amplio. De hecho, la suposición misma de que existe una relación entre el constructo hipotético “seguridad pública” y otros fenómenos asociados con la comisión de delitos resulta obviada, que no se considera la posibilidad de estar midiendo, fenómenos distintos a lo que apriorísticamente viene supuesto como “inseguridad pública”. Op. Cit, nota 717, p. 233.

<sup>772</sup> Esto es notable, ya que recordamos que tenemos actualmente un 99% de impunidad.

<sup>773</sup> Op. Cit, nota 723, p. 87.

Todo esto lo que provoca es impunidad y a su vez riesgos de inseguridad y ante esto se busca castigar más severamente los delitos de peligro para así evitar los riesgos futuros, siendo así como se sanciona con mayores penas a los delitos de portación de arma de fuego.

El peligro no es un motivo, ni la *ratio* de creación del delito, ni el resultado típico del mismo; en definitiva, la producción del peligro no es un elemento, del tipo del injusto. La conducta o comportamiento, se tipifica en atención a su peligrosidad para el bien jurídico, basado en datos de la experiencia común. Por ello se califican, como “delitos de peligro presunto”, sobre todo en la doctrina italiana y en la española. Esta difícil captación de la peligrosidad, en relación con bienes difusos, es una nota característica de los mismos, que ha originado una situación de rechazo en algunos sectores doctrinales.<sup>774 775</sup>

Suele ratificarse que en México existe un Estado de Derecho sustentado en el principio de legalidad, lo cual debe interpretarse en el sentido siguiente: para la autoridad lo no permitido expresamente en la ley está prohibido. Llevando ese principio al Derecho penal significa que el Estado no podrá imponer ninguna pena al ciudadano, al menos que haya realizado una conducta prevista como delito en una ley anterior a la comisión del hecho -principio de legalidad-. Lo anterior supuso un gran avance en la edad media pero en la actualidad este precepto no es suficiente para evitar, por ejemplo, que “los hombres en el poder” reformen las leyes penales por medio del Congreso para sancionar a los enemigos del Estado por sus ideas o evitar la sanción de indígenas por conductas que en sus comunidades son aceptadas, por lo que, tener relaciones sexuales con la hija con el consentimiento de la esposa. Un Derecho penal moderno debe partir de la pluralidad cultural y la complejidad de nuestra realidad social y ello se consigue

---

<sup>774</sup> Op. Cit, nota 723, p. 85.

<sup>775</sup> Esto sucede porque la razón del castigo o de la pena, no viene con motivo del peligro, ni tampoco del resultado acaecido por lesionar a un bien jurídico, sino por el riesgo hipotético que representa la conducta, así por ejemplo la idoneidad del arma de fuego para crear contingencias, pero sin que en ningún momento se justifique la pena.

sometiendo al Derecho penal a los principios del Estado social y democrático de Derecho.<sup>776 777</sup>

En México, al menos desde la década pasada, la cuestión relativa a la seguridad se convirtió en un tema reiterado en el discurso gubernamental y por ello en un tópico privilegiado de análisis desde distintas perspectivas. Es importante señalar, que si a lo largo de este tiempo el interés por el tema “seguridad” no se ha dado necesariamente respecto del mismo género de problemas, los afectos de las políticas que su nombre se ha instrumentado, pueden caracterizarse en términos de un *continuum*.<sup>778 779</sup>

El problema de la seguridad es muy grave, ya que ésta genera inseguridad, impunidad, criminalización, delitos, tráfico de armas, adquisición de armas, así que este aspecto es medular para evitar la sociedad de riesgos y así no se aplique un derecho penal desmesurado.

Para Colofón, la recepción de los discursos globales de la seguridad resultó no sólo funcional al desarrollo de un proyecto económico insertado en la lógica transnacional del libre comercio, sino que fue la base para la construcción de una concepción mexicana de la seguridad que al amparo de la llamada “visión sistémica” permitió el diseño de un marco legal que está en la vía de constituirse, si no es que ya lo ha hecho, en el vehículo privilegiado de la expresión de la razón de Estado. De ahí el cuestionamiento del desarrollo real de la seguridad, como un ámbito de la transición a la democracia que resulte fundamental, sobre todo cuando ha sido el reclamo legítimo de los gobernadores respecto de un estado

---

<sup>776</sup> Op. Cit, nota 738, p. 179.

<sup>777</sup> En este apartado México sigue viviendo de manera impune la reiteración de conductas antisociales que provocan inseguridad pública, que debilitan la paz social, que desestabilizan la estructura misma del estado, como ocurre, por ejemplo, con los ilícitos penales que van desde la delincuencia organizada, delitos de armas de fuego, hasta la violencia intrafamiliar. Op. Cit, nota 651, p. 253.

<sup>778</sup> Según Jean Liedloff, el concepto del continuum se basa en la idea de que para conseguir el desarrollo físico, mental y emocional óptimo, los seres humanos, necesitan el tipo de experiencia a la que nuestra especie se ha ido adaptando durante el largo proceso de nuestra evolución.

<sup>779</sup> Op. Cit, nota 717, p. 203.

responsable y capaz de cumplir con sus funciones, el que se ha utilizado para aumentar sus, de por si amplias potestades, en detrimento de los derechos de los ciudadanos.<sup>780 781</sup>

Observando que en 1998, un nuevo llamado desde el ejecutivo a una “cruzada nacional contra el crimen”, repone en el interés público el tema de la inseguridad y cierra el círculo en la medida que opiniones vertidas y actitudes acusadas en distintos sectores plantean ahora el problema de la inseguridad pública ¡cómo un problema de seguridad nacional!<sup>782 783</sup>

El sentido, del temor a la inseguridad se actualiza, tomando forma de un virtual juego de “administración de la paranoia”, resultado de discursos desde y hacia los medios de comunicación, instituciones gubernamentales, expertos en el tema y la propia ciudadanía. Pero la emergencia de los tráfico ilegales de drogas, armas y ahora de órganos, inmigrantes o autopartes, entre muchos otros, evidenciaron la dimensión empresarial de la organización de grandes grupos delictivos, así como las facilidades del sistema financiero mundial ha otorgado en el mercado negro<sup>784</sup> y para su reciclaje a través del lavado de dinero. Para hacer operacionalizable la función de prevención se hizo necesario una reinterpretación de los comportamientos delictivos descritos en los Códigos Penales, como

---

<sup>780</sup> *Ibidem*, p. 222.

<sup>781</sup> Dentro de estos cambios que vive México está una sigilosa y profunda transformación del significado de seguridad nacional mexicana y de la visión que sobre ella tiene nuestro vecino país del Norte. Los pocos documentos oficiales que hablan de la seguridad Mexicana, es similar a la de otros países. Sus objetivos son la defensa de la soberanía, del territorio y del orden establecido y la reivindicación de la justicia social y la democracia. HERNÁNDEZ RAMÍREZ, José Luis, *“La Seguridad Pública, el Estado de Derecho y los Derechos Humanos en México, de Cara al Siglo XXI: Violencia, Política Criminal y Seguridad Pública”*, p. 238.

<sup>782</sup> *Op. Cit*, nota 717, p. 203.

<sup>783</sup> Apareciendo nuevos tipos penales como el de delincuencia organizada y por consecuencia una ley ex profeso con reglas especiales –de doble velocidad- en este delito –donde se permiten testigos ocultos, incomunidades de imputados, etcétera-.

<sup>784</sup> Como en el caso de tráfico de armas de fuego, el cual es un negocio que resulta ser parte de la economía mundial, y por tanto muy lucrativa para algunos países como Estados Unidos.

variables alteradoras de un orden -público, legal, social, sistémico- definido como presupuesto de la seguridad.<sup>785</sup>

La desconstrucción del modelo de la seguridad, opera, vía la despenalización, desmontando el ámbito de acción tradicional de la policía, del de la justicia penal y sus agencias.<sup>786</sup> La construcción del problema de la seguridad habría que situarla en dos procesos como ejes explicativos: por una parte, discursos de alcance global, generando imágenes de amenaza -el comunismo en los primeros tiempos, y del desastre ambiental, de una posible hecatombe nuclear, de la expansión del crimen organizado y de todo posible *outbreak* sanitario, físico y mental, incluidas las armas, drogas y el sida- que la base para la instrumentación de políticas globales y locales de “prevención” y “control” que desde el análisis de las teorías sociológicas contemporáneas han dado lugar a la denominada “sociedad de riesgo”.<sup>787</sup>

Por eso, cabría que un derecho penal más alejado del núcleo de lo criminal y en que se impusieran penas más próximas a las sanciones administrativas - privadas de derechos, multas, sanciones que recaen sobre personas jurídicas- se flexibilizarán los criterios de imputación y las garantías político-criminales.<sup>788</sup>

Con esto aplicar el derecho penal como *ultima ratio*, y solo para aquellos casos en los que se requiera su intervención, buscando aplicar otras medidas menos restrictivas y lesivas, como la multa, privación de derechos, aseguramiento de bienes, decomiso de armas de fuego.

Así el Estado de emergencia jurídico penal se ha establecido como una puerta privilegiada para el autoritarismo, porque en función de las prioridades que ésta condición señala, básicamente las relativas a la seguridad pública y nacional, tienden a justificar medidas que minan la autonomía del individuo frente al Estado,

---

<sup>785</sup> Op. Cit, nota 717, pp. 210-212.

<sup>786</sup> Y por tanto “descriminalizando” los conflictos entre los particulares.

<sup>787</sup> Op. Cit, nota 717, pp. 203, 204.



presentando una carga *legal*, que hace del control *excepcional* una situación permanente.<sup>789 790</sup>

Hoy día, decir que un Estado, una comunidad o una ciudad son seguras, es usar una expresión genérica que podría designar la situación de todas las personas en el interior de aquel espacio. Pero, el uso de términos genéricos tiene un carácter ideológico. Ello viene de un modelo de pensar selectivo, representado en la opinión pública, así como en el discurso jurídico, ambos conceptos utilizan la seguridad en relación con la política criminal o con la política *tout court*. El resultado es que la mayor parte de los titulares de derechos y la mayor parte de los territorios de riesgo son excluidas de la *economía de la seguridad*.<sup>791</sup>

En el ámbito del gran público donde la industria de la censura funciona para construir a los “enemigos de la seguridad”, así como para difundir, propiciar y justificar su exterminio -las drogas, el terrorismo, el crimen común y el organizado, y más de quienes encarnan el riesgo, el delincuente, el terrorista-. Aunque, el comportamiento de los seres concretos susceptibles de encarnar a los agentes de la inseguridad no es siquiera tenido en cuenta mientras se ajusta a los criterios del consenso, una vez que se muestra su condición de amenaza, el individuo asume el rol de desviado y es evidenciado, perseguido y castigado, solo para su eventual inclusión, sino más bien para su definitiva expulsión, aún si esta se da sólo en una dimensión simbólica.<sup>792</sup>

Se aprecia en este un juicio de desvalor del individuo en donde es reducido a un riesgo y no a una persona, y en ese contexto es eliminado de la sociedad, sin que se tome en consideración su opinión, ni sus razones, pues el poder ya tuvo un consenso que respalda su decisión y eso es finalmente lo que importa.

---

<sup>788</sup> Op. Cit, nota 719, p. 124.

<sup>789</sup> Ibídem, p. 209.

<sup>790</sup> En donde las medidas excepcionales terminan siendo la regla y no solo eso, sino extendiéndose cada vez más a otros delitos.

<sup>791</sup> BARATTA, Alessandro, “*Violencia, Política Criminal y Seguridad Pública: La Política y el Derecho Penal de la Constitución: Nuevas Reflexiones sobre el Modelo Integrado de las Ciencias Penales*”, p. 22.

No obstante, dada la naturaleza de los problemas en el que se desenvuelve -la elevada sistematización e incorporación a procesos legales que poseen el crimen organizado, la ambivalencia de definiciones como seguridad pública u orden público, la confusión del significado jurídico garantista de la idea de prevención, y la prevalencia de mitos con formulación autoritaria y en ese sentido errónea del derecho a la seguridad- la –escasa- certeza real de enfrentamiento del problema, logrando una creciente incertidumbre que, ante la falta de protección estatal, se ha resuelto, donde se puede, con el recurso cada vez mayor a candados, serraduras, dispositivos de vigilancia telemática, alarmas, guardias privados, que paradójicamente han producido una comunidad autosecuestrada,<sup>793</sup> que paulatinamente ha abandonado el espacio público para hacerse a sí misma presa de su propia inseguridad.<sup>794</sup>

Parece entonces simplificarse el camino, ya que, si desde el discurso se propone la intensificación punitiva como solución a las cuestiones relativas a la seguridad, se evita con inteligencia adentrarse a un planteamiento mucho más complejo como ser las soluciones estructurales que deben darse a la totalidad de conflictos sociales causantes de la inseguridad.<sup>795</sup>

La media mundial de impunidad se ha mantenido de forma inalterable en el caso del noventa y nueve por ciento considerando a la criminalidad aparente u oficialmente registrada; aunque por regla los países centrales tienden a ubicarse por debajo de esa media y los países periféricos por encima de la misma. Si se considera la cifra oscura de la criminalidad, la media mundial tiende a incrementarse de modo sustantivo alcanzando en ocasiones, cuando se desarrollan las investigaciones a este respecto, el 98 por ciento. Las cifras oficiales están por encima de la media mundial... Pero igualmente con países con graves conflictos por la insatisfacción de derechos fundamentales el porcentaje

---

<sup>792</sup> Op. Cit, nota 717, 215.

<sup>793</sup> Formando las llamadas islas privadas, en el que la iniciativa privada logra mayores beneficios.

<sup>794</sup> Op. Cit, nota 717, p. 212.

tiende a incrementarse en modo casi absoluto.<sup>796</sup> He ahí la razón por la cual la impunidad real en la década no sería inferior al noventa y nueve por ciento.<sup>797</sup>

Como sucedió con las estadísticas de 1997 del Distrito Federal mostraba el robo de 160 autos diarios; frente a ello el Estado podría asumir medidas policíacas para evitar ese hurto, podría aumentar la vigilancia y evitar la corrupción de los policías, o bien con medidas como las siguientes: programas intensivos para localizar los lugares de venta de esos autos o sus partes -como tianguis de carros usados o negocios de venta de piezas automotrices usadas-; un reglamento obligatorio de registro y verificación de la propiedad de los vehículos, concentrado en un banco nacional de datos; la obligación de informar a la autoridad sobre el cambio de propietario de un automóvil dentro de los tres días posteriores a su adquisición y la prevención de multas económicas a quien no lo hiciera; continuos y aleatorios operativos de revisión de documentación para los conductores de coches.<sup>798</sup>

Estas fueron algunas medidas que pueden servir para solucionar el problema en la capital mexicana. Pero la medida adoptada fue una muy diversa: aumentaron las penas en los supuestos de robos de autos, logrando que esta reforma no tuviera éxito, ya que las cifras de automóviles han permanecido iguales.<sup>799</sup> <sup>800</sup> Esos mecanismos tienen como finalidad la protección de la sociedad<sup>801</sup> y no la destrucción del hombre como miembro social; entonces deben

---

<sup>795</sup> Op. Cit, nota 596, p. 100

<sup>796</sup> Como acaece en la ciudad de México cuya cifra oscura en la actualidad asciende a la cantidad de poco más de 2,000,000 de delitos.

<sup>797</sup> SÁNCHEZ GALINDO, Antonio, “*Las Consecuencias del Paradigma de Endurecimiento del Derecho Penal en la Ejecución: Orientaciones de la Política Criminal Legislativa*” p. 298

<sup>798</sup> Op. Cit, nota 738, p. 191.

<sup>799</sup> Ídem.

<sup>800</sup> Esto acontece por no tomar medidas de política criminal para prevenir el delito, esto equivaldría como el tener un brote de virus y en lugar de buscar la prevención, únicamente se crean más hospitales.

<sup>801</sup> Situación parecida aconteció en Michoacán en donde se creó la autopista Lázaro Cárdenas-Morelia, y en la cual se aislaron a varios pueblos en donde antes pasaba la carretera y varias personas subsistían de la venta de comida, fruta, gasolina y los cuales al realizarse la autopista quedaron alejados, por consecuencia en el año siguiente de su creación se duplicó la comisión de los delitos de asalto y robo, y en 1998 la respuesta del legislador fue duplicar las penas, en lugar de buscar prevenir el delito, creando por ejemplo empresas, fuentes

de existir límites al Derecho penal, que pueden establecerse desde su propia esencia: “la pena”, pero no sólo aumentándolas más y más, sino con una verdadera seriedad y no con el abuso de poder.<sup>802</sup>

En el año de 1990 el término de “seguridad” cobra sentido, y más claramente en los dos último sexenios, y poco a poco ha ido adquiriendo concreción al menos por dos vías: una teórica, en la que la cuestión se fue delimitando frente a la amenaza de la delincuencia, organizada y común; y otra menos explícita, la de corte legal, en la que, por la vía de una serie de reformas constitucionales y legales, se fue delineando el perfil jurídico-político que para el Estado mexicano tiene hasta la fecha la cuestión seguridad.<sup>803</sup>

Las *sustantivas* autoritarias, directamente *optan por negarle el valor al principio de inocencia*. Manzini decía: *si se presume la inocencia del imputado, pregunta el buen sentido ¿Por qué entonces proceder contra él?*<sup>804</sup> La Concepción Arenal señalaba: *imponer a un hombre una grave pena, como es la privación de la libertad, una mancha en su honra, como es la de haber estado en la cárcel,*<sup>805</sup> *y esto sin haberle probado que es culpable y con la probabilidad de que sea inocente, es cosa que dista mucho de la justicia.*<sup>806</sup>

Así que en ese orden y ante la presunción de inocencia, debe buscarse mecanismos en los cuales los delitos de portación de arma de fuego, las personas que se vean inmiscuidas en estas conductas, ingresen en la medida menor posible a la cárcel, para así evitar su contaminación y estigmatización.

---

de trabajo, escuelas, ya que la región es muy pobre, aunado a su pésima situación social, por ende el delito no ha disminuido al no ver aplicado la estrategia adecuada.

<sup>802</sup> Op. Cit, nota 746, p. 198.

<sup>803</sup> Op. Cit, nota 717, p. 217.

<sup>804</sup> Acorde a esto se puede asegurar que la presión preventiva atenta contra la presunción de inocencia, toda vez que si una persona se asegura que se presume inocente, entonces porque debe estar en la cárcel, siendo totalmente contradictorio.

<sup>805</sup> También se le ha denominado como macula penal, ya que marca al sujeto de por vida, en el sentido jurídico, social y hasta laboral.

<sup>806</sup> Op. Cit, nota 589, p. 119.

El Estado debe crear mecanismos para conjurar los atentados contra bienes jurídicos y, por esa razón, tiene legitimidad para establecer las herramientas en cumplimiento de esa comisión. Una de ellas es, sin duda, el derecho penal.<sup>807</sup>

Aun cuando las propuestas teóricas de la sociología norteamericana de los años setenta, y de la etnometodología, pusieron en entre dicho las explicaciones de corte *clínico* de la *criminalidad*, la aparición de nuevas figuras delictivas, como la del narcotraficante y la del terrorista, revivió los argumentos conservadores acerca de la necesidad de ejercer un control duro sobre el comportamiento criminal, particularmente de quienes, dada la característica de sus estereotipos, fueron definidos como “irreductibles” al tratamiento.<sup>808 809</sup>

El que también juega un importante papel es la seguridad pública, y su concepto es resbaloso; al estructurarlo debe pensarse que una cuestión es el *status* de seguridad, diferente de los sujetos que deben garantizar tal *status* mediante las acciones preventivas que eviten la puesta en peligro o el daño a bienes jurídicamente tutelados. La convivencia del hombre de que no corre ningún peligro o de que no es vulnerable por la influencia de factores externos es equivalente a la seguridad. La criminología, victimología y seguridad pública tienen estrecha relación, ya que las dos primeras aportan relación a la tercera y viceversa para reducir la vulnerabilidad del ser humano frente a las conductas delictivas. La seguridad pública es la acción de los cuerpos de policía en ejecución de los lineamientos preventivos aportados por las otras dos ciencias indicadas, para una política criminológica garante del goce y disfrute de los derechos humanos en el plano de la dignidad humana.<sup>810</sup>

---

<sup>807</sup> *Ibidem*, p. 197.

<sup>808</sup> *Op. Cit.*, nota 717, pp. 210, 211.

<sup>809</sup> Por ejemplo los pobres, los negros, latinos, inmigrantes.

Se ha demostrado que la policía juega un papel importante para la seguridad pública, puesto que si esta es profesionalizada, los resultados se ven reflejados, evitando impunidad, corrupción, brindar mayor sensación de libertad, ausencia de riesgos y por consecuencia disminuyen los delitos como los de portación de arma de fuego.

“Cuando se trata de analizar la relación entre sistema del derecho penal y política criminal parece necesario situarse en el contexto de un país determinado y en una época determinada y sacar conclusiones que parezcan oportunas”.<sup>811</sup>

Reducir la tarea de la dogmática jurídico-penal a la exposición puramente sistemática del derecho, o, como decía Welzel, sólo el conocimiento de las relaciones internas del derecho, porque ésta es la única posibilidad de elevar la aplicación jurídica sobre la coyuntura y la arbitrariedad, significa reducirla al cumplimiento de una única función política criminal que, por importante que sea, no es, ni puede ser la única que debe cumplir el derecho penal.<sup>812</sup>

“La política criminal es parte de la política general y, por lo tanto, tan irracional como esta última. Un aspecto que quizás no sea frecuentemente enfatizado por los penalista, pero que es de vital importancia para no incurrir en ilusiones apologéticas en el análisis, reposa en el hecho de que la política criminal es, en primerísima instancia, una parte integral de la política general de una sociedad determinada. Como tal, ella está sujeta a todos los vaivenes, azares y desafueros de la política social. Aún más, se puede decir que el ámbito de la política criminal es aún mucho más sensible a la manipulación, a la demagogia y al sensacionalismo que el de la política general”.<sup>813</sup>

---

<sup>810</sup> MÉNDEZ GONZÁLEZ, Néstor José, “Problema Actual de Seguridad Pública, Procuración y Administración de Justicia: Violencia, Política Criminal y Seguridad Pública”, p. 359.

<sup>811</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco, “La Relación entre Sistema del Derecho Penal y Política Criminal”, p. 13.

<sup>812</sup> *Ibidem*, pp. 30,31

<sup>813</sup> *Op. Cit*, nota 646, p. 267.

Para luchar contra estos males, requerimos de una definición adecuada de política criminal, determinar las capacidades, naturaleza y competencia de los órganos de gobierno, establecer un estudio a fondo del origen del problema de los delitos de portación de armas de fuego, cuáles son los factores que afectan y provocan el delito, para así con esto poderlas combatir, y así con esto otorgar una debida seguridad pública y paz, ya que se ha determinado que la inseguridad trae como consecuencia detonantes para la portación y posesión de armas de fuego.

Lo cierto es que desde siempre, a partir de sus inicios, el estado se tolera sólo en tanto es capaz de procurar a los gobernados y a la sociedad todo aquello para lo que fue instituido: la seguridad pública, seguridad jurídica y política que sirva no sólo a tutelar los bienes de la vida, sino igualmente, a permitir su goce legítimo, su disfrute cabal con protección contra todos los riesgos, incluyendo los derivados del delito y del ataque a las garantías fundamentales.<sup>814</sup> El estado debe en consecuencia aplicar la política para eliminar los riesgos y cumplir con su papel, para sí crear una seguridad pública, porque si no se hace, esto en consecuencia crea inseguridad y esta trae factores detonantes del delito y su globalización legislativa cuando no se aplica una debida política criminológica como ocurre con los delitos de armas de fuego.<sup>815</sup>

Frente a la naturaleza económica de los fenómenos de la globalización y la integración, el Derecho penal es, obviamente, un producto político y, en particular, un producto de los Estados nacionales del siglo XX, que adquiere su plasmación última en las codificaciones respectivas. Así las cosas, asistimos a la caracterización del modo que desde un Derecho nacional, que aparece como el último bastión de la soberanía nacional, se afronta un problema transnacional.<sup>816</sup> A mayor abundamiento, los derechos nacionales sólo en ocasiones muestran

---

<sup>814</sup> Ídem.

<sup>815</sup> Ello puede ser, a través de la incorporación de normas especiales –emanadas de acuerdos y convenciones internacionales- que se materializan en la supremacía de los límites ético-jurídico a las potestades del Estado frente al ciudadano. Op. Cit, nota 717, p. 209.

similitudes, de modo que en muchos casos expresan más bien importantes divergencias culturales o de tradiciones jurídicas. Ello sitúa cualquier abordaje conjunto del problema de la criminalidad de la globalización ante importantes dificultades adicionales.<sup>817</sup>

El objetivo fundamental del derecho penal de la globalización es, eminentemente práctico. Se trata de proporcionar una respuesta uniforme o, al menos, armónica a la delincuencia transnacional, que evite la conformación de «*paraísos jurídico-penales*».<sup>818 819 820</sup>

La intensidad del fenómeno aumenta en la medida de la crisis del *welfare state*, cuyo desmonte afecta en mayor proporción a las minorías étnicas, a las cuales se le suprimen totalmente servicios, como los de salud o educación, de acuerdo con su *status* administrativo de inmigrantes -caso reciente de algunos Estados de la Unión Americana- o se les restringen cada vez más las prestaciones sociales -como el caso europeo y de los mismos Estados Unidos y Canadá-. El llamado *derecho penal europeo de la emergencia* surgida básicamente como reacción al terrorismo de la posguerra, ha sido utilizado en esa perspectiva. Como ejemplos se pueden citar la ley de *Sécurité et liberté* francesa, la ley *Reale* italiana o el *Police and criminal evidence Act* de 1984 de Inglaterra. Las jurisdicciones constitucionales han convalidado ese derecho penal, a pesar de su poca ortodoxia en relación con las constituciones garantistas de posguerra.<sup>821</sup>

---

<sup>816</sup> Claus Roxin refiere que ante la problemática de fenómenos de globalización, el futuro es un derecho penal supranacional que ayude a resolver los problemas de manera eficiente.

<sup>817</sup> Op, Cit, nota 719, p. 71.

<sup>818</sup> *Ibidem*, p. 72.

<sup>819</sup> Sirviendo de ejemplo México en donde el mercado negro con el tráfico de armas de fuego se ha vuelto un paraíso, esto ha falta de una respuesta estructurada bilateral.

<sup>820</sup> La dimensión transnacional de problemas como lo son la contaminación ambiental, el desastre ecológico, la amenaza nuclear y las enfermedades epidémicas, así como los relativos al crimen organizado, el terrorismo, y el tráfico ilegal de drogas o armas, plantea una situación por completo diferente, en alguna medida inusual respecto de los problemas y las soluciones experimentadas durante el periodo del *Welfare*. Op. Cit, nota 679, p. 208.

<sup>821</sup> Op. Cit, nota 701, p.7.



El eficientísimo penal intenta ser más eficaz y rápida en su respuesta punitiva, limitado o suprimiendo garantías sustanciales y procesales que han sido establecidas en la tradición del derecho penal liberal. La reducción de los niveles de legalidad destruye el equilibrio entre la verdad sustancial y la verdad procesal,<sup>822</sup> marcando un retorno a las formas de procesos premodernas: el proceso crea la prueba, el proceso crea el criminal, el proceso en la pena principal. Se desliza hacia “un modelo totalitario de política criminal”, hacia las modalidades de una nueva “suave inquisición”, que coexisten al interior de una conflictualidad latente con el sistema liberal y democrático correspondiente a la legalidad constitucional.<sup>823</sup>

Los sectores de la población menos favorecidos económica y socialmente se ven discriminados en tanto que tienen que soportar una mayor carga de lo criminal toda vez que se constata que los procesos de definición se singularizan en normas penales cuyos destinatarios son precisamente esos sectores. Por el contrario, los sectores más favorecidos económica y socialmente tienen una menor carga, lo que se constata con la escasa presencia en los códigos penales de conductas que sólo es posible realizar desde posiciones de poder económico y político y también, respecto de las que ya están, por su casi nula aplicación por parte de los tribunales.<sup>824</sup>

Un control penal democrático ha de tomar en cuenta estas desigualdades y hacer una distribución más igualitaria de lo criminal. Ello significa no sólo la discriminación de ciertas conductas de escasa significación y someterlas a otros tipos de control diferentes al penal, sino también la incorporación del código penal de otros comportamientos propios de grupos privilegiados y que por su gran

---

<sup>822</sup> Esto ocurre en nuestro país en donde ya se ha hecho una reforma procesal Constitucional, en donde se va a abordar un modelo más liberal y humanista –sistema acusatorio adversaria- para dejar atrás un sistema más autoritario y violatorio de derechos fundamentales –inquisitivo-, sin embargo, por cuanto ve a la parte sustancial no existe ninguna reforma, siendo necesaria la despenalización de algunos delitos como el de posesión y portación de armas de fuego, contra la salud, etcétera.

<sup>823</sup> Op. Cit. nota 791, p.37.

<sup>824</sup> Op. Cit, nota 49, p. 32.

significación social podrían ser criminalizados, como los delitos en contra del medio ambiente o de la calidad de consumo.<sup>825 826</sup>

Por otro lado, algunas figuras presentan reparos desde al ángulo del principio de la culpabilidad: se establecen penas elevadas en atención a la importancia de los bienes jurídicos que podrían resultar afectados, como la vida,<sup>827</sup> las cuales se imponen sin ninguna valoración. Éste es presumido en contra del reo; dado que el riesgo no necesariamente puede ser un elemento del tipo legal – indica Arthur Kaufmann-, sino que representa el motivo no mencionado del legislador, el delito debe realizarse en el caso concreto, hasta cuando el peligro - .legalmente presumido- no se produce en absoluto. También la culpabilidad es irrefutablemente o fingida... esto supone una contradicción con el principio de culpabilidad, resulta evidente. Desde el punto de vista empírico, no aparece comprobada su eficacia preventiva -por ejemplo en materia de ambiente o de narcotráfico-.<sup>828 829</sup>

Es por ello que se hace necesario discriminar los delitos de armas de fuego, y someterlas a un mayor control administrativo, social, económico, cultural y educacional y, en cambio tipificar otro tipo de conductas y no sólo eso sino además que en realidad se castiguen<sup>830</sup> y como lo refiere Zaffaroni, no sólo realizar un proceso criminalizante en conductas burdas como en los delitos de armas de fuego, en los que es más fácil criminalizar de forma primaria ya que este tipo de delitos van dirigidos hacia la clase social más baja, siendo más fácil de forma secundaria, al ser delitos de peligro en abstracto y de mera conducta, basta con que el sujeto se le encuentre con el arma de fuego para que sea castigado,

---

<sup>825</sup> Ídem.

<sup>826</sup> Y no sólo con esto el criminalizar delitos como el robo, portación de arma de fuego o contra la salud.

<sup>827</sup> Siendo el caso en los delitos de armas de fuego en donde se busca la seguridad, para con esto no afectar bienes como la vida, la integridad o libertad.

<sup>828</sup> Op. Cit, nota 723, p. 86.

<sup>829</sup> Circunstancia que acontece con los ilícitos de armas de fuego, puesto que su eficacia preventiva en la prevención general y específica, resulta prácticamente nula.

<sup>830</sup> Por ejemplo delitos cibernéticos, fraudes, ambientales.

así la investigación del delito para su castigo no merece gran intelecto, y los procesos policiales de investigación están diseñados para elegir este tipo de conductas.

Como acertadamente indica Hassemer, en cuanto producen una restricción o reducción de los requisitos para castigar, disminuyen las posibilidades de defensa: no resulta necesario acreditar la producción de un resultado de lesión o de puesta en peligro, con lo que se alude también, la cuestión de la causalidad. Solamente se recurre a ellos, en ocasiones, para facilitar la imputación del delito - como se ha dicho *ut supra*-, evitando los problemas de la lesión del bien jurídico, de la relación de causalidad o incluso, del dolo de lesión del bien jurídico, de la relación de causalidad o incluso, del dolo de lesión que se plantean en algunos campos, tales como el derecho penal en materia política, o del derecho penal económico, donde el objeto de protección son bienes jurídicos universales como la seguridad interior del Estado, la libre competencia, la seguridad en el tráfico jurídico, etcétera.<sup>831</sup>

El paradigma del derecho penal clásico es el homicidio de un autor individual. No resulta aventurado sostener que la mayor parte de las garantías clásicas del derecho penal adquieren su fundamento en esta constancia. El paradigma del mismo tanto en su modalidad empresarial convencional, como en las modalidades de la llamada macrocriminalidad: terrorismo, narcotráfico o criminalidad organizada -tráfico de armas, mujeres o niños-.<sup>832</sup> La delincuencia de la globalización es delincuencia económica, a la que se tiende a asignar menos garantías por la menor gravedad de las sanciones, o es criminalidad perteneciente al ámbito de la clásicamente denominada legislación «*excepcional*», a la que se tiende a asignar menos garantías por el enorme potencial peligroso que contiene.

---

<sup>831</sup> Op. Cit, nota 723, p. 85.

<sup>832</sup> Puesto que ahora el delito se ha convertido en una empresa, en donde se permite que de este sea haga un modos vivendi, lucrativo que resulta en algunos ilícitos, ya que no en todos se puede dar este fenómeno –por ejemplo contra la salud, robo de autos, delincuencia organizada, secuestro, tráfico de armas de fuego-.

Sucedee, aquí, por tanto, algo similar a lo reflejado sumariamente en cuanto a las reglas dogmáticas de imputación.<sup>833</sup>

Desde los puntos de vista teórico constitucional y de la práctica de las ideas políticas, existen, a no dudarlo, el estado y la política criminal. Ambas figuras además, estado y política criminal, en la realidad social y dentro de la política general se manifiestan dialécticamente por una indisoluble relación de dependencia recíproca; en el fondo ambas figuras tratan de prevenir el delito y de proteger bienes de la vida merecedores de tutela penal, como *ultima ratio* del orden jurídico.<sup>834</sup>

El Estado en base a una determinada política criminal acorde a sus fines y necesidades, dentro de los límites establecidos por la Constitución del país a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, trata de implantar y más bien implanta un orden jurídico penal y un sistema preventivo y de coerción del delito cubriendo requisitos de división de competencias y de legalidad, así como un sistema penal para legislar -sobre delitos-, juzgar -a los inculpados-,<sup>835</sup> y administrar la ejecución de penas y medidas de seguridad -prevención general y prevención especial-.<sup>836</sup>

La primera y fundamental condición que ha de exigirse al Estado es la inmediata cesión del periodo de emergencia –Ferrajoli-. El reconocimiento público de que la situación emergente debe cesar, debe acompañarse de medidas que pasen por las garantías constitucionales perdidas, aun cuando sólo represente la recuperación de la legalidad en *sentido lato*, o formal. Ello no significa la vuelta de las leyes tal como estaban antes de la emergencia. Implica el reconocimiento de que, no obstante el fenómeno delictivo, el respeto ciudadano se encuentra por encima de la violación por parte del Estado del propio marco legal para enfrentarlo. Éste es un reclamo por el respeto de los derechos individuales, o

---

<sup>833</sup> Op. Cit, nota 719, pp. 85, 86.

<sup>834</sup> Op. Cit, nota 651, p. 256.

<sup>835</sup> De acuerdo a la reforma constitucional del artículo 20 y a los nuevos códigos de procedimientos penales se le llama imputado, ya que es más garantista el término y menos criminalizante.

*derechos respeto de*, cuya función es la de limitar el poder de la intervención del Estado frente al individuo sólo a aquellos casos en los que resulta absolutamente necesario hacerlo.<sup>837</sup>

La demagogia y el sencionalismo de cierto tipo de delitos, resulta confirmado a diario por medios de comunicación que hacen al derecho penal un espectáculo social y de la política criminal una carrera desenfrenada de los políticos por ganar votos de un público ávido de entretenimiento y de diversión. El lema pareciera ser aquí, al decir de Potsman.<sup>838</sup> Surge entonces, la sospecha de que algunos políticos viven de los escándalos que producen los grandes casos de la justicia penal y sobre los cuales se estructura en la realidad la política criminal de nuestro entorno. No es, pues, en las facultades de derecho, ni en los pedestales de la academia,<sup>839</sup> donde nacen las medidas contra la criminalidad social. Todo lo contrario: es en las discusiones parlamentarias, en el seno de los partidos políticos, en el cabildo de la opinión pública y en los foros del sencionalismo periodístico, donde se perfila y se amarra lo que muchas veces será finalmente la política criminal de un país.<sup>840</sup>

Esta supuesta ingeniería social racionalista omite, nada más y nada menos, que un hecho fundamental de las sociedades actuales, a saber: que las decisiones en materia de control de la criminalidad no pasan por el tamiz de la planificación tecnológica y de la discusión científica, sino más bien por el cristal de la politiquería, de los engaños a la ciudadanía, de la propaganda, del espectáculo y de la sofistería.<sup>841 842</sup>

---

<sup>836</sup> Op. Cit, nota 651, p. 256.

<sup>837</sup> Op. Cit, nota 717, pp. 223, 224.

<sup>838</sup> “divertirse hasta la muerte”.

<sup>839</sup> Esto lo llama Zaffaroni como el poder de los juristas en donde por medio del aspecto académico y la dogmática penal se va estructurando un derecho social y democrático.

<sup>840</sup> Op. Cit, nota 646, p. 267.

<sup>841</sup> El engaño y el encubrimiento de la realidad.

<sup>842</sup> Op. Cit, nota 646, pp. 267, 268.

Al mismo tiempo, se hace exigible que el Estado cumpla, con su deber de reducir la impunidad, lo que significa, atender con todos los recursos al alcance la parte de la criminalidad de la que si puede conocer, así como los problemas delictivos que, como en el caso de la corrupción, tienen lugar en su propio seno. Huelga decir que en la medida en que las instituciones se tornan confiables para la ciudadanía, la certeza y por tanto la sensación de seguridad, también aumentan.<sup>843</sup>

En los delitos de armas de fuego no es la excepción, ya que existe una gran utilización de los medios de comunicación para la venta del sensacionalismo y un proceso legislativo en donde les importa más la opinión pública y su imagen política como propaganda, así que el derecho penal se ha vuelto en un elemento comercial de propaganda política en donde se aplican políticas equivocadas al realizar mayor castigo en los delitos de armas de fuego y una mayor criminalización con aplicación de políticas como la cero tolerancia o el derecho penal del enemigo.

La mayoría de los medios de comunicación tiende a representar la opinión de los editores y no los hechos reales. Además, ya es una costumbre para algunas televisoras el anunciar la comisión de delitos mediante el despliegue de pistolas, incluso en aquellos crímenes en donde no hubo armas de fuego, utilizando al crimen y a las armas de fuego como sinónimos. Algunos programas televisivos dan datos generalizados, como el índice de crímenes y violencia está creciendo, mas no hacen especificación alguna relativa al área del país, al tipo de crimen, o incluso si éste fue cometido con arma de fuego o no.<sup>844</sup>

Un estudio realizado por la reportera Tamryn Etten acerca de las noticias relativas a cuestiones de armas de fuego en Estados Unidos, reveló que el 71% de dichas noticias no eran imparciales y favorecían el uso de armas de fuego o a

---

<sup>843</sup> Op. Cit, nota 696, p. 224.

<sup>844</sup> Op. Cit, nota 196, p. 55.

la prohibición de éstas, y 81% de dichas noticias favorecerían leyes más estrictas sobre la portación de armas de fuego.<sup>845</sup>

Es imposible una teoría jurídica destinada a ser aplicada por los operadores judiciales en sus decisiones, sin tener en cuenta lo que pasa en las relaciones reales entre las personas. No se trata de una empresa posible aunque sea objetable, sino de un emprendimiento tan imposible como hacer medicina sin incorporar los datos fisiológicos. Cuando se pretende construir un derecho penal sin tomar en cuenta el comportamiento real de las personas, sus motivaciones, sus relaciones de poder, como ello es imposible, *el resultado no es un derecho penal privado de datos sociales*.<sup>846 847</sup>

Al tomar estas realidades el derecho penal termina creando una sociología falsa, creando solo una cuestión meramente discursiva de poder en donde se toma como mero pretexto a los medios de comunicación, pero sin tomar un análisis criminológico que pretende justificar sus decisiones y así castigar irracionalmente.

“Es lo que ahora está sucediendo con el llamado moderno derecho penal. En los últimos años, las reformas del derecho penal se han caracterizado sobre todo por la utilización que hace el legislador del derecho penal para luchar contra los grandes riesgos modernos: manipulación genética, economía, salud pública, corrupción, etcétera. El desarrollo técnico y social también ha enfrentado a la jurisprudencia con nuevos problemas cuyas causas, aunque ciertamente también reconducibles a comportamientos humanos incorrectos, tienen muchas veces su origen en defectos técnicos, estructurales, organizativos y preventivos difícilmente atribuibles a responsabilidades individuales.”<sup>848</sup>

---

<sup>845</sup> Ídem.

<sup>846</sup> Op. Cit, nota 10, p. 21.

<sup>847</sup> Sino construido sobre datos sociales falsos, por lo que el resultado es funesto para la sociedad.

<sup>848</sup> Op. Cit, nota 534, p. 36.

La consolidación de una economía caracterizada por la configuración de bloques comerciales formados sobre la base de criterios geopolíticos, de transnacionalización de capitales, de integración financiera internacional, de una gran movilidad de bienes y de trabajadores, así como de la aparición de consumidores universales,<sup>849</sup> ha implicado que el principio del mercado crezca de manera tal que ha terminado por imponerse y colonizar a los otros principios reguladores de la modernidad, es decir los que se refieren al Estado y al individuo.<sup>850</sup>

Por una parte vemos un derecho penal prudente, respetuoso con las garantías tradicionales; y, por otro lado, de un derecho penal que responde eficazmente a las exigencias modernas. ¿Qué se puede considerar en esta disyuntiva como dogmática jurídico penal afortunada? ¿Una dogmática que ve con alegría esta expansión del derecho penal y está dispuesta a modificar los conceptos tradicionales o a introducir nuevos conceptos como el de los bienes jurídicos universales, delitos de peligro en abstracto,<sup>851</sup> para adaptarse al moderno derecho penal; o una dogmática que critique estas tendencias y quiera seguir utilizando los conceptos tradicionales de causalidad, delitos de lesión, culpabilidad, etc., como barreras infranqueables de estas tendencias? La discusión está en marcha y en todo caso cabe esperar que también conduzca a una formulación de los límites y consecuencias de la dogmática jurídico penal, aunque no sepa exactamente qué es lo que aquí se puede considerar.<sup>852</sup> Lo que en ningún caso puede significar la adaptación a los retos del tiempo es que produzca la pérdida de identidad de la dogmática jurídico-penal como instrumentos garantistas de los principios fundamentales del derecho penal en un estado de derecho, pues con

---

<sup>849</sup> Ocurriendo estos en los delitos de armas de fuego y contra la salud, donde los consumidores no son exclusivos de un país o de una zona geográfica, sino que son universales, ya que en todo el mundo aparecen estos.

<sup>850</sup> Op. Cit, nota 717, p. 207.

<sup>851</sup> Como en el caso de los delitos de portación de arma de fuego que son delitos de peligro en abstracto en los que el múltiple de ocasiones no se justifica el castigo pues no hay posibilidad alguna que se ponga en riesgo al bien jurídico de manera real.

<sup>852</sup> como una dogmática afortunada o como una dogmática sin consecuencias.



esas malas consecuencias la dogmática jurídico-penal debería ser calificada como una dogmática fracasada.<sup>853</sup>

Por su lado la política criminal busca valorar e, igualmente, valora dentro de los ámbitos funcionales del poder público, las influencias sociales internas y externas en el territorio y la población, así como las necesidades e intereses constitutivos de determinados fines -penales- del estado, para establecer acciones y estrategias permitentes a la obtención de medios que alcancen integralmente dichos objetivos, a través de las competencias expresas, constitucionalmente autorizadas de los órganos de gobierno.<sup>854</sup>

En cuanto a la pena acorde a la política criminológica, debe desecharse la anticuada e incorrecta idea de la pena con fines propios, por ejemplo, de sufrimiento, castigo, enmienda o disuasión, por lo mismo de que ella en si misma carece de fines, pues es sólo el medio para los objetivos del estado.<sup>855</sup> Debemos entender en este respecto, que existe algo que está más allá y superior a la dogmática penal; debemos asomarnos al conocimiento de las ciencias sociales, de la ciencia política, de la política criminal y, en el terreno de la juridicidad, al derecho constitucional, pues, sólo así se comprenderá lo inadecuado de las teorías que atribuyen fines al derecho penal objetivo y a las penas; pero además de que inadecuada tal concepción, la misma ha servido de fuente de tiranía en gobiernos autoritarios y de facto quienes se valen de estas desviaciones conceptuales.<sup>856 857</sup>

---

<sup>853</sup> Op. Cit, nota 534, pp. 37,38.

<sup>854</sup> Op. Cit, nota 651, p. 257.

<sup>855</sup> Entiéndase bien, la pena carece de fines particulares o autónomos dado que se trata de un mero instrumento del poder punitivo utilizado para conseguir los fines del estado tratados mediante la política criminal.

<sup>856</sup> Primero reconociendo fines propios a la pena, para después tratar de legitimar el poder detentado, sólo mediante el derecho penal objetivo y las sanciones penales, sólo en base al derecho objetivo y, por tanto, fuera de todo control Constitucional.

<sup>857</sup> Op. Cit, nota 651, p. 278.

Para Luhman la expectativa normativa se fundamenta en que para la sociedad sea estable y segura, debe haber un cumplimiento del rol, lo que implica mantener la expectativa dentro de una sociedad. Es decir, la personalidad debe cumplir con el papel que se le ha asignado. Tomarla como una expectativa, se denota que puede o no suceder, por eso, puede ser defraudada esa ambición, por ello no desaparecen las mismas. Con esto, la finalidad de la pena es mantener la vigencia de la norma como modelo de comportamiento social.<sup>858 859</sup>

La política criminal como actividad de un estado no es, al menos hoy día, una actividad sujeta a controles científico-rationales. Por el contrario, las medidas política-criminales que se adoptan en la mayoría de nuestros ordenamientos jurídicos son gestados a la luz de circunstancias meta y extrajurídicas. Dichas circunstancias tienen que ver, no rara vez, con el oportunismo de los políticos, con su deseo de obtener votos, con el manejo sensacionalista que se da de los delitos penales y con en el ansia de manipular las masas para la obtención de objetivos estratégicos de la política general.<sup>860</sup>

Desde el tiempo de Emile Durkheim, se pensó que el delito acompañaba, inevitablemente, a cualquier grupo humano y que esta constancia justificaba nuestras reacciones frente al mismo: el Derecho penal, fundamentalmente. Los italianos decían que el ilícito sigue a la sociedad como la sombra al cuerpo. En la actualidad –tangencialmente-, Claus Roxin, asevera que “las penas no son un medio adecuado para luchar contra la criminalidad”. En el caso de los pensadores citados en primer término, el delito –a pesar del Derecho penal- persistirá, haya o no endurecimiento. El tratadista que se cita en último término, marca, con toda claridad. En el caso de México, si examinamos, aunque sea brevemente, la

---

<sup>858</sup> Es decir, la expectativa normativa es aquella que se mantiene a pesar de haber sido defraudada por algún sujeto.

<sup>859</sup> Op. Cit, nota 746, p. 206.

<sup>860</sup> Op. Cit, nota 510, p. 270.

evolución delictiva en nuestro país, durante los últimos 100 años, nos podremos percatar de la veracidad que tienen los asertos de estos pensadores.<sup>861 862</sup>

Por su parte, Ruíz Harrell dice que durante la primera presidencia, don Porfirio encontró al Distrito Federal en un caos: en 1880, por cada 100 mil habitantes, hubo 1, 663 delitos denunciados. Agrega que en 1883, hubo una disminución y llegó a 1, 023 delitos, por cada 100 mil habitantes que vivían en el Distrito Federal; y en la delincuencia llegó a su punto más bajo: 799. A partir de ahí volvió a crecer: en 1892, la capital sufrió 1, 089 crímenes, y 1, 319, en 1897. Antes de que concluyera el siglo, en 1889, el índice delictivo superaba el de principio del periodo y llegaba a 1, 739.<sup>863</sup>

Continúa diciendo que a partir de ahí, los problemas empezaron a aflorar y las cegueras del liberalismo porfirista, se tradujeron en su aumento casi continuo de la delincuencia. El primer año del siglo, 1901, registró 2, 016 delitos, por cada 100 habitantes. En 1906, llegaron a 2, 286, y en 1911, sumaron 2, 385.<sup>864</sup>

A pesar de la dureza del control social porfiriano que, incluso, abusó de los “juicios sumarísimos”. Esto implica, un endurecimiento penal ineficaz. El mismo autor asevera que para 1930 –el periodo revolucionario carece de datos estadísticos- el Distrito Federal tuvo, 2, 106 delitos, por cada 100 mil habitantes. Durante el lapso de 1935 a 1980, los índices delictivos permanecieron más o menos estables: 1935, alcanzó la cifra de 1, 911; 1940, 1,885; 1950, 1, 578; 1960, 1, 295; 1970, 1, 265, y en 1980, la cifra penal llegó a 1, 173 por cada 100 mil habitantes respectivamente para cada uno.<sup>865</sup>

A partir del año de 1980, el ascenso delictivo empezó a incrementarse: en 1985, estábamos como 1981, con 1, 296 delitos por cada 100 mil habitantes; en

---

<sup>861</sup> Op. Cit, nota 797, p. 293.

<sup>862</sup> Las medidas que se derivan de que políticamente no se concibe el Estado sin paz social ni seguridad pública; más aún, sin seguridad pública no habría paz social ni menos Estado. Op. Cit, nota 613, p. 254.

<sup>863</sup> Op. Cit, nota 797, p. 294.

<sup>864</sup> Ídem.

1990, llegó a 1,364 y cuatro años después en el 1994, a 1,892 tal como el porfiriato a punto de iniciar el nuevo siglo.<sup>866</sup> En 1995, primer año de ejercicio de Ernesto Zedillo consiguió romper los récords que dejó Porfirio Díaz y de un solo salto en 1995 llegó a los 2, 570 delitos por cada cien habitantes, para 1996 volvió a incrementar a 2, 905 y para 1997 fue de 2, 969. En 1998, superó aún más cifras llegando a 3, 009; a partir de 1999, comenzó a disminuir un poco llegando para este año a 2,788; para el 2000 fue de 2, 068 por cada 100 mil habitantes respectivamente para cada uno.<sup>867 868</sup>

Actualmente los delitos de armas de fuego, no aplican por parte del legislador una debida política criminológica, siendo únicamente un manejo político en el que siguen utilizando derroteros que a la luz de un derecho penal moderno, ya no resulta justificable, como el mencionar que con el aumento de la pena se va a disuadir el delito, o que se va intimidar al sujeto activo del delito o a la sociedad, pues estos en la vida práctica no tienen efecto alguno, así que debe de buscar su aspecto social, político-jurídico y administrativo para así aplicar una debida política criminológica.

En su gran tratado, recientemente aparecido escribe Jescheck que sin la articulación sistemática del concepto de delito, la solución de un caso jurídico permanece insegura y dependiente de consideraciones sentimentales. Las características generales del concepto del delito, que se resume en la teoría del delito, posibilitan por el contrario, una jurisprudencia racional y uniforme, y ayudan, de un modo esencial, a garantizar la seguridad jurídica. Todo ello rige

---

<sup>865</sup> Ídem.

<sup>866</sup> Observando que a partir de 1994, fue donde el delito comenzó a alcanzar cifras de alarma y desde esa data es que ha ido aumentando la estadística criminal.

<sup>867</sup> Todo esto a pesar del incremento de las penas. Es decir, que durante 1990 a 2000 las penas de prisión subieron en la Ley 37.6 por ciento –Ruíz Harrell–.

<sup>868</sup> Op. Cit, nota 797, p. 294.

independientemente de los cambios del sistema y de sus discrepancias que, como ya es sabido, forman también hoy el objeto de vivas controversias.<sup>869</sup>

La concepción sistémica de la seguridad se concreta a nivel legal con un nuevo marco constitucional, penal y procesal que ha incorporado ya un régimen de excepción en el interior del mismo de la ley, y a nivel de política criminal, mediante el entreno de sujeciones plasmado en la ley de coordinación de 1995. Esta concepción sistémica se autoproduce.<sup>870</sup>

Por ello es que todo delito como lo es el caso del injusto de portación de arma de fuego debe dar garantía y seguridad jurídica, al establecerse en el delito penas proporcionales y justas al delito y así evitar las cuestiones sentimentales o casuísticas acorde a una política de la desformalidad en el que únicamente importa la imagen pública de los legisladores y no las soluciones sociales de ámbitos de aplicación real.

En cuanto a la función de la política criminal, es enfrentar el delito ya sea previniéndolo o reprimiéndolo; por lo tanto, dentro del conjunto de medidas, acciones o estrategias políticas criminales del estado, pueden encontrarse aquellas que tienen un carácter eminentemente preventivo o las que son solamente de índole represiva, o bien las que pueden cumplir una función mixta.<sup>871</sup> Por otro lado dentro del mismo conjunto, pero sobre todo del conformado por medidas de carácter preventivo general, pueden distinguirse medidas de carácter penal, que son precisamente las que conforman lo que es el sistema penal, y medidas de índole no penal, que por lo general se vinculan o son parte de otras políticas, de todo ese conjunto de la política social general que, teniendo como objetivo específico algo diferente como es por ejemplo, la educación, la cultura, la

---

<sup>869</sup> *Ibidem*, p. 136.

<sup>870</sup> *Op. Cit*, nota 717, p. 221.

<sup>871</sup> *Op. Cit*, nota 696, p. 134.

economía, el trabajo,<sup>872</sup> etcétera, además pueden incidir en la prevención de la delincuencia de manera general.<sup>873</sup>

La vinculación al derecho y la utilidad política criminal no pueden contradecirse, sino que tienen que compaginarse en una síntesis, del mismo modo que el estado de derecho y el estado social no forman en verdad contrastes irreconciliables, sino una unidad dialéctica. Un orden estatal sin una justicia social, no forma un estado material de derecho, como tampoco un estado planificador y tutelar, que no consigue la garantía de la libertad como un estado de derecho, no puede pretender el calificativo de constitucionalidad socio-estatal.<sup>874</sup>

El derecho penal y la política criminal tienen que tener un carácter utilitarista, finalista, unificador y garantista, para así buscar un orden social en el que se apliquen políticas sociales, que busquen la paz y así prevenir el delito.

Se observa en el ámbito penal una política que en el fondo está expresando una falta de política, entendiéndola en su contenido de planificación, de programa, de diseño estructurado de respuestas frente al fenómeno que se entienda como criminalidad, la configura esa actitud ya tan extendida, de proferir legislaciones de coyuntura, de cara a hechos que trastornan el sentimiento colectivo.<sup>875</sup> Una política de apaciguamiento, destinada a calmar el espíritu conturbado por el delito reciente, pero con relación al cual no siempre existe una auténtica voluntad política de confrontación.<sup>876</sup> Un derecho penal efectista que busca, ante todo, dar la impresión que se combaten los atentados por medio de normas expedidas al día siguiente de su ocurrencia,<sup>877</sup> exhibe el mayor rigor, la más drástica e implacable posición, pero sin ningún respaldo en la intención, o con endeble convicción en la viabilidad de las medidas. Incluso teniéndose la voluntad política

---

<sup>872</sup> También se le ha llamado como prevención primaria.

<sup>873</sup> Op. Cit, nota 696, p. 134.

<sup>874</sup> Op. Cit, nota 693, pp, 49, 50.

<sup>875</sup> Como atentados terroristas, magnicidios, masacres u otros de similar repercusión y alarma social.

<sup>876</sup> Op. Cit, nota 701, p. 17.

de confrontar esas amenazas se puede expedir las normas con la creencia ilusa de su utilidad.<sup>878</sup> En todo caso, siempre existe el interés de enfrentar o contener la oleada de protesta y de inconformidad social, real o inminente provocada por la injuria de la delincuencia y la frustración acumulada de la inoperancia estatal. A eso se debe sumar que la inconformidad derivada de problemas sociales diferentes -situación económica, desigualdad de oportunidades, falta de empleo discriminaciones, etcétera.- al tópico de la criminalidad, suele concentrarse en un sentimiento general de frustración, que ejerce una presión específica en el campo de las demandas de seguridad y de justicia.<sup>879</sup>

La función del derecho penal es consecuencia directa de la concepción que se tenga de la pena, pues de ella parte el contenido funcional de esta disciplina; tanto así, que cuando actúa sancionando las conductas ya realizadas, será de esencia represiva, tratando de proteger “a la sociedad en una forma justa” y, cuando prescribe las posibles infracciones, será eminentemente preventivo.<sup>880</sup>

Si bien es cierto que el aspecto represivo como preventivo son importantes, si no se aplica el segundo, el primero no funcionara en lo más mínimo, pues la clave está en el carácter preventivo, para que así no haya delitos y por ende la represión sea menor, y con esto no haya una presión y alarma social, que luego arroje penas desproporcionadas como en los delitos de portación de arma de fuego.

Si el derecho penal se legitima para mantener el orden social y proteger bienes jurídicos -como lo indica Roxin-, esto se extiende a la pena como consecuencia natural del presupuesto de hecho y de la norma penal. La potestad sancionadora del Estado surge frente a una serie de límites internos y externos

---

<sup>877</sup> Medidas hechas de manera expés que no buscan si no vender promesas aliviadoras sin fin alguno, que de momento resultan ser meta jurídicas o extra jurídicas.

<sup>878</sup> Esa ilusión se maneja con la creación de delitos, de tipos penal en blanco, con el aumento de penas o penas elevadas como en el caso de los delitos de portación de arma de fuego.

<sup>879</sup> Op. Cit, nota 563, pp. 17,18.

<sup>880</sup> Op. Cit, nota 746, p. 198.

que impregnan el sistema jurídico. Los límites externos son los que provienen de la misma estructura del Estado, del marco constitucional y con fundamento en los principios normativos. Los límites internos proceden del propio Derecho penal aparecen de los supuestos de la pena, que justifican la misma en tanto que es útil y necesaria. Si nos encontramos dentro de un Estado de Derecho, las sanciones deben cumplir requisitos de generalidad -dirigida a todos los coasociados-, proporcionalidad -exigencia de equilibrio entre el delito y la pena- e imparcialidad -juez natural y jurisdiccionalidad-.<sup>881</sup>

La efectividad en la aplicación de la ley penal puede condicionar la posibilidad de una conducta criminal más que una pena severa que no se va a aplicar. Pero resulta peligroso, porque, ante el fracaso de leyes que sin reflexión se sancionan, se incrementa la disconformidad de la población con las instituciones, con el deterioro del Estado democrático por el daño al Estado de derecho cuando sus instituciones aparecen importantes para solucionar en forma racional los problemas. Por ello, las soluciones que se han planteado a lo largo del tiempo no hacen más que demostrar que han sido aplicadas a modo de paliativos ante supuestas situaciones de emergencia.<sup>882</sup>

Así observamos como producto de los análisis, la categoría de “delincuencia organizada” aparece por vez primera en el discurso oficial, motivando importantes cambios tanto en la percepción respecto de ciertos delitos, como en su tratamiento jurídico. Después de 1994, y en el contexto de una serie de sucesos violentos tales como el levantamiento zapatista, los asesinatos del cardenal Posada, Luis Donald Colosio y José Francisco Ruíz Massieu, así como el secuestro del empresario Harp Helú, ya en los discursos de campaña de Ernesto Zedillo, el reclamo de seguridad fue concretándose aún más, adquiriendo una dimensión más cercana para el ciudadano común.<sup>883 884</sup>

---

<sup>881</sup> Ídem.

<sup>882</sup> Op. Cit, nota 596, pp. 95, 96.

<sup>883</sup> Op. Cit, nota 717, p. 218.



En julio de 1996, la Constitución es nuevamente reformada en sus artículos 16, 20, 21, 22 y 73. La reforma está destinada a preparar el terreno a la Ley Federal contra la delincuencia organizada que, entró en vigor en noviembre del mismo año, introduciendo cuestiones ya debatidas, desde el proyecto Morales Lechuga que, encuentra menos reserva -incluso de la comunidad académica que manifestará en 1989 su rechazo a estas medidas-, y en las que se incluyen, por ejemplo, la confiscación de bienes incautados invirtiendo la carga de la prueba, la punibilidad en relación con la jerarquía del delincuente en la organización criminal, la posibilidad de concesiones como premio a la cooperación con la policía, un programa de la protección a testigos, agentes infiltrados en organizaciones criminales, y la posibilidad de intervención de comunicaciones privadas.<sup>885 886</sup>

Es por ello que es indispensable que allá un perfecto engranaje entre el derecho penal y la política criminal, para así establecer una debida prevención del delito en su aspecto primario, secundario y terciario, y buscar con esto medidas penales y no penales para la prevención del delito en una dialéctica plausible e inseparable en todo momento; por lo tanto tendría que buscarse medidas preventivas del ilícito de portación de arma de fuego en estos tres puntos y así evitar la criminalización y establecer por el contrario su comisión.

Éste es puntualmente el fin y objetos de las leyes criminales, tan antiguas por esta razón, como la misma sociedad, y de las cuales, como se ha dicho, depende inmediatamente la justa libertad del ciudadano, y por consiguiente su verdadera felicidad. Más para que estas leyes consigan tan saludable fin, es necesario que las penas impuestas por ellas se derivan de la naturaleza de los delitos: que sean proporcionales a ellos; que sean públicas, prontas, irremisibles y

---

<sup>884</sup> Estos sucesos fueron vendidos por la prensa sensacionalista, orientando hacia una alarma social de riesgo y de inseguridad.

<sup>885</sup> Op. Cit, nota 717, p.218.

<sup>886</sup> En donde por cierto se vinculan delitos de armas de fuego, pudiéndose castigar como delincuencia organizada, siendo que este injusto no se tipifica.

necesarias; que sean las menos rigurosas que fuere posible, atendidas las circunstancias; finalmente, que sean dictadas por la misma ley.<sup>887</sup>

En la medida que la sanción sea privativa de libertad, una pura consideración de proporcionalidad requeriría que la conducta así sancionada tuviera una significativa repercusión en términos de afectación o lesividad individual; a la vez, procedería mantener un claro sistema de imputación individual –personal-. Ahora bien, en la medida en que la sanción no sea privativa de derechos o pecuniaria, parece que no habría que exigir tan estricta afectación personal; y la imputación tampoco tendría que ser tan abiertamente personal. La ausencia de penas -corporales- permitiría flexibilizar el modelo de imputación. Con todo, para dotar de sentido a este nivel sí sería importante que la sanción se impusiera por una instancia judicial penal, de modo que retuviera -en la medida de lo posible- los elementos de estigmatización social y de capacidad simbólico-comunicativa propios del Derecho penal.<sup>888</sup>

Es por ello, que el aumento de penas no influye en el delito. Ya que no hay relación entre seguridad y derecho penal. El aumento de las penas incrementa la inseguridad. En un sistema democrático, el poder penal debe ser utilizado como *última ratio*.<sup>889 890 891</sup> Porque existe incapacidad de las autoridades para enfrentar adecuadamente los riesgos al problema del delito, la exacerbación de la inseguridad ciudadana y la aparición de nuevas formas delictivas, ha motivado que para el enfrentamiento de estos fenómenos, se haya recurrido al virtual establecimiento de un estado de excepción, que funciona dentro del marco legal del Estado, al menos en dos sentidos.<sup>892 893</sup>

---

<sup>887</sup> DE LARDIZÁBAL, Manuel y Uribe, “Discurso sobre las Penas”, p. 15.

<sup>888</sup> Op. Cit, nota 719, pp. 126, 127.

<sup>889</sup> Op. Cit, nota 596 p. 95.

<sup>890</sup> Este principio de *última ratio* debe verse desde una perspectiva político-criminal orientada a mayor bienestar con el menor coste social, con una fundamentación jurídica.

<sup>891</sup> Op. Cit, nota 738, pp. 191, 192.

<sup>892</sup> Op. Cit, nota 717, 208.

## V. Hacia un Derecho Penal más Democrático con Penas más Proporcionadas y Justas

Primeramente, es importante mencionar la definición de seguridad pública, la cual plantea dos niveles de análisis, el primero a partir de la evolución del concepto en nuestro país y la segunda, a la idea que retoma la ley. En cuanto a la primera, durante la época colonial, la seguridad pública era la función de vigilancia preventiva, era una labor encomendada a los gendarmes o policías preventivos, generalmente policías municipales para prevenir infracciones a reglamentos o bandos de policía y buen gobierno, además de aquellos vigilantes nocturnos o serenos y de alguaciles que velaban por su cumplimiento y contaban con la colaboración de los vecinos.<sup>894</sup>

En cuanto al aspecto legal, concibe a la seguridad pública como una función que comprende las actividades ejecutivas de prevención del delito, las acciones de investigación y la persecución para que los delincuentes sean enjuiciados, sancionados y readaptados legalmente.<sup>895</sup>

Es decir, las sanciones que realiza el ministerio público a través de la procuraduría de la justicia, las autoridades administrativas responsables de la reinserción social del delincuente y la adaptación del adolescente; la labor de las instituciones encargadas de la protección de instalaciones y servicios estratégicos del país y, en general, todas las que realicen directa o indirectamente, las dependencias y entidades que deban contribuir a los fines de la seguridad pública.<sup>896</sup>

---

<sup>893</sup> Una norma dotada de derechos fundamentales y otra para el delincuente en el que no cuenta con los mismos derechos humanos, ni garantías procesales.

<sup>894</sup> Op. Cit, nota 651, p. 111.

<sup>895</sup> *Ibidem*, p. 112.

<sup>896</sup> *Ídem*.

Otra forma de definir a la seguridad pública, es como la función encomendada al Estado para salvaguardar los intereses de la sociedad, técnicamente como bienes jurídicos-, en actividades de prevención y como el presupuesto de una procuración y administración de justicia. Dentro de un sistema “ideal” la ejecución de sanciones, es resultado de la consecuencia de una adecuada labor en materia de procuración e impartición de justicia.<sup>897</sup>

Resulta claro que la seguridad pública le compete al estado y que por ende los altos índices de criminalidad provocan inseguridad, en tanto se ve afectada esta y por consecuencia la ciudadanía temen que sean sujetos pasivos de algún delito.<sup>898</sup>

Esto provoca el interés de los ciudadanos por portar armas de fuego. **Kleck demuestra que los civiles están recurriendo a la posesión de armas como una medida de autodefensa en respuesta a los altos índices de criminalidad, es decir, que los altos índices causan que los ciudadanos quieran armarse, y no viceversa.** De igual forma, estudios realizados por Gary Cleck demuestran que el uso de armas de fuego para repeler una agresión es 3 veces más frecuente que su uso para cometer delito.<sup>899</sup>

“En una encuesta realizada en estados unidos sobre la posesión y uso de armas de fuego, se reveló que el 46% de los encuestados poseían un arma de fuego debido a que ésta podía ser usada como medida contra el crimen. Este alto porcentaje demuestra que el interés de los ciudadanos en adquirir armas de fuego surge de la inseguridad existente. Además, como se demostró, las armas de fuego no determinan la intención de las personas en cometer crímenes”.<sup>900 901</sup>

---

<sup>897</sup> Ídem.

<sup>898</sup> Recordemos además que en los delitos de portación de arma de fuego, precisamente el bien jurídico tutelado es la seguridad y el sujeto pasivo del injusto es la sociedad.

<sup>899</sup> Op. Cit, nota 196, p. 50.

<sup>900</sup> Ibídem, p. 51.

<sup>901</sup> En este sentido se demuestra que no por el hecho de tener un arma de fuego, se va a cometer algún delito, pues esto no es preponderante, más bien dependerá del tipo de persona y de sus intenciones lasivas.

En ese contexto se observa que la inseguridad crea mayor delincuencia y de igual forma, los ciudadanos buscan un sentido de seguridad y con esto se crea un mayor tráfico de armas. en la guerra en contra de la delincuencia trajo como consecuencia un mayor sentido de inseguridad de la sociedad, aunado a que el propio Ejército y la Policía Federal Preventiva y Agencia Federal de Investigación crearon un sentido de mayor inseguridad a la sociedad, ya que sobre todo la Policía Federal que se encarga de los operativos, prácticamente es militarizada y por consecuencia no están preparados para las áreas de seguridad, lo que trae como consecuencia un aumento del poder punitivo, mayor corrupción, delitos y violación a derechos humanos y todo esto provoca un gran sentimiento de inseguridad, donde la sociedad no sabe a quién temerle más si a la delincuencia o el ejército y cuerpos policiales, y siendo así donde este factor provoca que se aumente el índice de aumento de compra de armas de fuego en el país.

A todo esto se suma el descrédito de los cuerpos policiacos, mal capacitados, a menudo corrompidos e ineficaces, hoy más asociados a la comisión del delito que a su combate, lo que se debe a distintos factores, entre los cuales los criterios de reclutamiento, los bajos salarios, la formación inadecuada, la falta de planeación y supervisión.<sup>902 903</sup>

Se le atribuyó al Congreso de la Unión, legislar para expedir leyes que establezcan las bases de coordinación entre la Federación, el Distrito Federal, los estados y los municipios, en materia de seguridad pública, así como para la organización y funcionamiento, el ingreso, selección, promoción y reconocimiento de los integrantes de las instituciones de seguridad pública en el ámbito federal (Artículo 73, fracción XXIII).

---

<sup>902</sup> Op. Cit, nota 646, p. 95.

<sup>903</sup> Legalmente, a partir de la reforma al texto Constitucional artículo 21 de fecha 31 de diciembre se estableció respecto de la seguridad pública lo siguiente: La seguridad pública es una función a cargo de la Federación, el Distrito Federal, los estados y los municipios, en las respectivas competencias que esta Constitución señala. La actuación de las instituciones policiales se regirá por los principios de legalidad, eficiencia, profesionalismo y honradez. Op. Cit, nota 603, p. 114.

A partir de la reforma de diciembre de 1994 se establece un nuevo modelo en materia de seguridad pública, esto en caso de pensar en la existencia previa de algunos con características similares.<sup>904 905</sup>

No obstante este modelo y la supuesta profesionalización de la policía, lo cierto es que poco avance se ha visto en la reforma, en donde todavía sigue sin siquiera hacer una escalafón para la carrera policial, lo que trae como consecuencia que se sigan eligiendo directivos policiales sin perfil alguno, o bien, militarizando a los cuerpos policiacos.

En México, apuntado por el reciente foro económico mundial como una de las naciones más inseguras del mundo- nos dice María de la Luz Lima Malvido- los habitantes igualmente expresan su preocupación con la creciente inseguridad pública que enfrentan en la vida cotidiana. A diario se cometen actos ilícitos que perturban la paz y la tranquilidad sociales, que afectan el bienestar, la seguridad y el patrimonio de los familiares, y en no pocas ocasiones lesionan irreparablemente la integridad e incluso la vida de muchos mexicanos.<sup>906</sup>

En el Distrito Federal son bastante elevados los niveles de delincuencia. A merced del crimen predatorio, en el lenguaje de Eduardo Guerrero Gutiérrez, los habitantes de la capital no necesitan más policías, pues el problema no es de cantidad sino de calidad. La verdad es que el 75% de la población asocia la delincuencia a la policía.<sup>907</sup>

Aunado el problema de la seguridad pública, que es por una parte recordemos el bien jurídico tutelado en los delitos de portación de armas de fuego, observaremos como consecuencia que en el derecho penal actual se destaca una tendencia político criminal clara a la anticipación de la intervención

---

<sup>904</sup> Ídem.

<sup>905</sup> En el Diario Oficial de la Federación, el 11 de diciembre de 1995 se publicó la Ley General que establece las Bases de Coordinación del Sistema Nacional de Seguridad Pública, su contenido reglamentó la reforma constitucional del artículo 21 que se había presentado a un año de distancia.

<sup>906</sup> Op. Cit, nota 646, pp. 96, 97.

penal en momentos anteriores a la puesta en peligro concreto o a la lesión a un bien jurídico. Este rasgo, que conecta directamente con el manifestado en otro momento histórico, comienza a proyectarse, intensamente, a partir a los años setenta y durante la época de los cincuenta y, sobre todo, de los sesenta, se puso de relieve una tendencia liberalizadora que se concretó en movimientos favorables a la discriminalización a sectores más propios del reproche moral que del jurídico, o más apropiados para la intervención sancionadora administrativa que la pena.<sup>908</sup>

909

Esta voz de alarma, por la tendencia inflacionaria de la represión jurídico-penal, se ve marginada ante la evolución de la legislación penal de los setenta y ochenta, marcada por claras demandas de criminalización. Dos circunstancias se vinculan con la tendencia expansiva en el campo previo a la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos que la caracterizan.<sup>910</sup>

En primer término, el auge del fenómeno terrorista al que se responde a menudo con una legislación penal que interviene cada vez en un momento más temprano -punición de ciertos actos preparatorios, delitos de tentativa-, bajo la invocación de bienes jurídicos de imprecisos contornos, difusos,<sup>911</sup> como la seguridad interior del estado o del orden público.<sup>912</sup>

En segundo término, la evidencia de que el desarrollo tecnológico e industrial tiene como inevitable efecto secundario la amenaza de nuevas y poderosas fuentes de peligro -la energía nuclear o la contaminación industrial-, frente a las que dado su enorme potencial lesivo y su difícil control debe intervenir anticipadamente. A estos fines, este que ya se denomina derecho penal de la sociedad de riesgo, utiliza preferentemente la técnica de los delitos de

---

<sup>907</sup> *Ibidem*, p. 97.

<sup>908</sup> *Op. Cit*, nota 723, p. 82.

<sup>909</sup> Para esto se despenaliza, utilizando el principio fragmentario del derecho penal y la última ratio.

<sup>910</sup> *Ídem*.

<sup>911</sup> Pues son imprecisos y poco claros, ya que no se sabe en realidad lo que es.

<sup>912</sup> *Op. Cit*, nota 723, pp. 82, 83.

peligro abstracto o a la creación de bienes jurídicos universales, supraindividuales, generales, colectivos o comunitarios- en ocasiones formulados vagamente difusos, pues-, con el único sentido de solapar, de cubrir, la intervención injustificadamente anticipada, respecto del bien jurídico individual que les sirve como punto de referencia.<sup>913</sup>

Observando como en la sociedad de los riesgos intentan legitimizar el castigo de los riesgos anticipados en los delitos de peligro en abstracto como en el de portación de armas de fuego, para así evitar delitos como el terrorismo, homicidios, delincuencia organizada y así como esto se proteja la seguridad pública en una postura en extremo difusa y confusa.

La población vive una histeria generalizada, un síndrome colectivo de miedo, explotado demagógicamente por los medios de comunicación y por el movimiento de ley y orden, que suelen criticar vehementemente a los defensores de los derechos humanos<sup>914</sup> y proponen el aumento de la represión, el agravamiento de las sanciones, la creación de nuevas figuras penales,<sup>915</sup> la aplicación cada vez más mayor de la privación de la libertad, penas de muerte, el aumento de penas, como si mediante dichos cambios legislativos, fuera posible reprimir la criminalidad.<sup>916</sup>

Este síndrome del miedo es fortalecido por los medios de comunicación, siendo esto histórico pues Lombroso afirmaba: estas excitaciones morbosas son centuplicadas por el prodigio crecimiento de periódicos verdaderamente criminales que, con el solo fin de ganancia excitan los apetitos malsanos y la morbosa curiosidad de las bajas capas sociales. Podría compararsele a los gusanos que, salidos de la putrefacción, la aumentan con su presencia.

---

<sup>913</sup> *Ibíd.*, p. 83.

<sup>914</sup> Escuchando a menudo críticas como- que los derechos humanos defienden delincuentes, o que no sirven para nada-, pero sin tener un verdadero sustento, sino que se hacen estos por mero reflejo, inercia o ignorancia de lo que en realidad son los derechos humanos y su trascendencia.

<sup>915</sup> Partiendo esto de la idea de la eficacia automática de la creación y aplicación de penas.

<sup>916</sup> *Op. Cit.*, nota 646, p. 94,



Desde esa época es alarmante el papel de los medios de comunicación en el derecho penal, puesto que llegan a ser considerados como factores criminógenos, en donde el delito es su venta y sin respetar la imagen pública y la dignidad de las personas, esto debido a las fotos y publicaciones que se realizan.

Más allá del debate sobre los efectos, en las últimas décadas se ha afianzado en los estudios de la comunicación toda en conjunto de teorías que parte del concepto de construcción social de la realidad de Berger y Luckmann y las aportaciones de la sociología fenomenológica de A. Schutz. Si la mayoría de los estudios sobre los efectos están enmarcados en las teorías funcionalistas, estos nuevos enfoques se plantean investigar las formas en que los medios modelan el conocimiento que el sujeto tiene de la realidad.<sup>917</sup>

Se vienen tiempos difíciles y tormentosos para la nación en lo que se revisará lo que es y no es nuestra seguridad y el papel que tiene estados unidos. Es muy posible que veamos una utilización irresponsable y ligera del concepto de seguridad que, de no frenarse, puede justificar un endurecimiento de la vida política. Aunque no hay salidas fáciles, tenemos la responsabilidad de revisar a fondo la forma en que nuestros gobernantes han utilizado y en ocasiones han manipulado la seguridad, de donde la redefinición de nuestra seguridad nacional pasa por una discusión de lo que quisiéramos y de lo que podemos hacer con el vecino que tenemos. Podrán no gustarnos algunas de sus implicaciones,<sup>918</sup> pero no podemos anular la geografía ignorándola o dejando que sigan manipulándonos con definiciones de seguridad que sólo existen en la retórica intencionada del grupo que gobierna México.<sup>919</sup>

Así como la salud pública y mental de una persona es el resultado no sólo de la ausencia de enfermedades y lesiones, sino de las condiciones óptimas que

---

<sup>917</sup> Op. Cit, nota 693, p. 176.

<sup>918</sup> Por ejemplo se encuentra operando el plan Mérida, en el cual le tenemos que rendir cuentas a Estados Unidos. Otro ejemplo fue el operativo rápido y furioso en el que se introdujeron armas de fuego al país por el gobierno norteamericano.

positivamente haya logrado desarrollar y mantener, la seguridad pública es un estado de resultados de las condiciones óptimas de un régimen; o, por así decirlo, con una expresión jurídica muy añeja y muy propia, la seguridad pública es el resultado de un buen gobierno, o del buen funcionamiento de todos los órganos de gobierno de un Estado.<sup>920</sup>

En este estado de seguridad se debe buscar que la persona sea plena, se sienta libre y ausente de riesgo alguno, pero no solo en su concepción, si no en la práctica, pues esta en México cada vez se ve más amenazada, a tal grado que ante el reclamo de la sociedad, incapacidad y a veces indiferencia de las autoridades por otorgarla, es que la propia sociedad civil ha creado en algunos casos, grupos de auto defensa, lo cual no es idóneo, pues estos grupos al armarse pueden volverse para militares y delictivos –como ocurrió en Colombia-.

Se consideran algunos de los problemas dentro del primer nivel de la seguridad pública en los siguientes puntos:

1. **Labor poco profesional:** para combatir este problema la LSPDF contempla en su artículo 18, la labor de los miembros de la seguridad pública como un medio para lograr una mejor y eficaz prestación del servicio, así como el desarrollo integral de sus elementos mediante la institucionalización de la carrera policial.<sup>921 922</sup>
2. **Actuación ilegal.** Al no existir capacitación y profesionalismo en un elemento de seguridad pública, no distingue la barrera entre lo legal y lo ilegal.<sup>923</sup>
3. **Desempeño poco eficiente.** Se cuenta con personal deficientemente capacitado poco profesional e ilegal en los más de los casos, carente de

---

<sup>919</sup>Op. Cit, nota 781, p. 239.

<sup>920</sup> Ibídem, p. 243.

<sup>921</sup> Op. Cit, nota 646, p. 116

<sup>922</sup> También señalado en los artículos 78 y 79 de la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública.

<sup>923</sup> Op. Cit, nota 646, p. 116.

elementos materiales mínimos para desempeñar su función y por ende brindar seguridad pública, por lo que existirá una clara ineficiencia.<sup>924</sup>

4. **Corrupción.** En virtud de problemas como los anteriores, es que aparece la corrupción, entre personas poco preparadas, con un desempeño ilegal de su función, además de ineficiente a los cuales no les queda opción sino corromperse, para completar su salario que en los más de los casos es ínfimo<sup>925</sup>.
5. **La militarización de los cuerpos policíacos.** El artículo 129 constitucional plantea funciones a cargo del Ejército Mexicano enfocadas a resguardar la seguridad interior y exterior del país, sin embargo, en tiempos de paz deberá estar a los guardes la disciplina militar. El pretender que militares se sumen a los cuerpos policíacos plantea serias problemáticas, en atención a lo que establece el derecho militar respecto de la jurisdicción de los tribunales, así como el régimen jurídico de ellos, es decir un problema de condición jurídica.<sup>926</sup>

Por lo tanto debe observarse una cultura de prevención en la que se realicen campañas para sensibilizar a la población para su participación comunitaria en la labor policial.<sup>927</sup> Existe la necesidad de que se aplique la profesionalización de las policías pues esto es urgente en donde se establezca una cultura del servicio ciudadano y respeto a la legalidad

La seguridad pública y cero tolerancia, señalado en agosto de 1998 por el titular del gobierno federal, en el seno de la cruzada nacional contra el crimen y la delincuencia dijo “las ciudades del mundo en que se han logrado combatir con

---

<sup>924</sup> Ídem.

<sup>925</sup> Ibídem, p. 118.

<sup>926</sup> Ibídem, p. 119.

<sup>927</sup> Sin que esto incluya a las policías comunitarias, ya que hay una tendencia a su aparición, dada la poca confianza que existe en la seguridad pública y a los índices delincuenciales, en donde el estado ante problemas sociales inminentes no ha hecho nada.

éxito a la delincuencia, han adoptado políticas de cero tolerancia hacia cualquier falta contra las leyes”.<sup>928</sup>

Una política criminal alternativa del derecho penal desigual, sería una reforma del proceso, de la organización judicial y de la policía, con la finalidad de democratizar estos sectores del aparato punitivo del Estado, y para contrarrestar los factores de la criminalización selectiva que opera en estos niveles institucionales.<sup>929</sup>

Dentro de una estrategia político-criminal radicalmente alternativa debería tenerse en la máxima consideración la función de la opinión pública y de los procesos ideológicos y psicológicos que en ella se desenvuelven apoyando y legitimando el vigente derecho penal desigual. El concepto de opinión pública son los estereotipos de criminalidad, las definiciones y las “teorías” del sentido común acerca de ella. Estos aspectos activan los procesos informales de reacción a la desviación y a la criminalidad, y en parte integran los procesos activados por las instancias oficiales, concurriendo a realizar sus efectos -puede recordarse a este propósito el mecanismo de la “distancia social”-. En segundo lugar, la opinión pública, entendida en el sentido de “comunicación política de base”, es portadora de la ideología dominante que legitima el sistema penal, perpetuando una imagen ficticia de éste, dominada por el mito de la igualdad. Es el nivel de la opinión pública -entendida en su acepción psicológica-social- donde se desarrollan los procesos de proyección de la culpa y del mal en que se realizan funciones simbólicas de la pena, analizadas por las teorías psicoanalíticas de la sociedad punitiva. La pena actúa como elemento de integración del cuerpo social, produciendo sentimientos de unidad en todos los que son sólo sus espectadores, y realiza una consolidación de las relaciones de poder existentes.<sup>930</sup>

La opinión pública opera a través del efecto de los *mass media* y la imagen de la criminalidad que transmiten, procesos de inducción de la *alarma social*, que

---

<sup>928</sup> Op. Cit, nota 646, pp. 127, 128.

<sup>929</sup> Op. Cit, nota 563, pp. 214, 216.

<sup>930</sup> Ídem.

en crisis de sistemas de poder, son manipulados por las fuerzas políticas interesadas, en las campañas de “ley y orden”, pero limitadas en el tiempo, desenvuelven una acción permanente para la conservación del sistema de poder, oscureciendo la conciencia de clase y produciendo la falsa representación de una solidaridad que une a todos los ciudadanos en la lucha contra un común “enemigo interno”.<sup>931 932</sup>

“El colosal incremento de la criminalidad resultante sobre todo de un modelo socioeconómico injusto-<sup>933</sup> que no les permite a todos aprender conductas socialmente positivas, sino todo lo contrario viene engendrando una fuerte demanda de políticas criminales duras.<sup>934</sup> Y el poder político brasileño siempre ha correspondido a esta demanda: en un primer momento se presentó la ley de los crímenes hediondos, después la ley de combate al crimen organizado, del blanqueo de capitales, de la tenencia de arma de fuego, de la falsificación de remedios, etcétera. Ahora ya se está hablando de una ley de los crímenes de especial gravedad. La ley n. 9.099/95 indiscutiblemente representa una ruptura importante en esta tendencia paleorepresiva.<sup>935</sup>

Circunstancia parecida acontece en México con esa tendencia paleorepresiva en donde se castiga con penas muy altas a los delitos de armas de fuego, y eso no es lo peor, puesto que además esto ha sido motivo de

---

<sup>931</sup> *Ibidem*, pp. 217-219.

<sup>932</sup> Por ejemplo el preferencial modelo político criminal brasileño, en especial desde 1990 hasta hoy, es decir, dese que se promulgó la ley de los crímenes hediondos- ley n. 8.072/90- se caracteriza de forma inequívoca por la tendencia paleorepresiva. Sus características más señaladas son: dureza de las penas, corte de derechos y garantías fundamentales, tipificaciones nuevas y agravamiento de la ejecución penal. FLÁVIO GOMES, Luiz, “*Violencia, Política Criminal y Seguridad Pública: La Despenalización de las Infracciones del Menor Potencial*”, p. 343.

<sup>933</sup> En México la pobreza es alarmante, se habla de 40 millones de pobres mexicanos y de entre 17 y 20 millones los pobres en extrema pobreza. Estos diagnósticos pintan un estado de derecho mexicano muy anormal, porque sencillamente está produciendo los frutos no deseados, los resultados inaceptables e inadmisibles para una sociedad organizada, siendo una falla estructural del estado de derecho. *Op. Cit*, nota 781, p. 245.

<sup>934</sup> Así por ejemplo se observa que las clases más desprotegidas son las que más apoyan el endurecimiento del derecho penal y casualmente es precisamente contra ellos a quien va dirigido este, siendo en cierta forma normal, pues regularmente es hacia estos quien se comete el delito, así que se encuentran deseosos de justicia.

<sup>935</sup> *Op. Cit* nota 781, p. 245.

acusaciones sin la existencia de otros delitos como delincuencia organizada, en aras de estadios previos de prevención inexistente.

Mientras subsistan causales de índole económica estrechamente vinculadas a una creciente marginalidad, los cambios que pueden producirse con la inserción de importantes modificaciones de gestión y sus estimados productos serán insuficientes.<sup>936</sup>

**“Las armas de fuego no son ni una condición necesaria ni un elemento suficiente para la comisión de delitos, puesto que existen otros factores que se deben tomar en cuenta en el análisis del por qué se cometen los delitos, tales como los desórdenes mentales, abuso de sustancias, nivel económico de las familias, así como del área geográfica del domicilio del delincuente; existencia de mercados ilegales de drogas y armas de fuego, fracasos escolares, desempleo, número de habitantes por casa habitación, capital social del individuo, etc.”**<sup>937</sup>

“Para comprender las razones que conllevan a la comisión de delitos, es necesario analizar la correlación entre los factores comunitarios, socioeconómicos y familiares del delincuente. Igualmente importante es **el dejar de asociar la simple posesión de armas de fuego con la comisión de delitos**”.<sup>938</sup>

Así que buscando la punición y prevención del delito, debe valorarse los datos sociales reales, que sirvan de base para estructurar la política criminal en donde se tome en cuenta que las armas de fuego no son un elemento ni condición necesaria para la comisión del delito, por lo que debe dejarse asociar a los delitos con la mera posesión y portación de estas y por implicación proceder a su despenalización de este tipo de injustos.

En todo caso, en lo que hace al derecho penal resulta ineludible la puesta en relación de la sensación social de inseguridad con el modo de proceder de los medios de comunicación. Estos, por un lado, desde la posición privilegiada que

---

<sup>936</sup> Op. Cit, nota 596, p. 117.

<sup>937</sup> Op. Cit, nota 196, p. 53.

<sup>938</sup> Ídem.

ostentan en el seno de la sociedad de la información y en el marco de una concepción del mundo como aldea global, transmiten una imagen de la realidad en que lo lejano y lo cercano tienen una presencia casi idéntica en la representación del receptor del mensaje. Ello da lugar, en unas ocasiones directamente a percepciones inexactas; y en otras, en general, a una sensación de impotencia. a mayor abundamiento, por otro lado, la reiteración y la propia actitud -dramatización, morbo- con la que se examinan determinadas noticias actúan a modo de multiplicador de los ilícitos y las catástrofes, generando una inseguridad subjetiva.<sup>939</sup>

De todos modos, junto a los medios de comunicación, no cabe negar que, en ocasiones, también las propias instituciones públicas de represión de la criminalidad transmitan imágenes sesgadas de la realidad que contribuyen a la difusión de la sensación de inseguridad.<sup>940</sup>

Por ejemplo el Ejército y la Policía Federal Preventiva en México han venido dando a la población un sentido de inseguridad en donde ha prevalecido la brutalidad del poder con diversas violaciones a derechos humanos, siendo aplicados a los delitos de portación de arma de fuego.

Este tipo de injustos tienen que ver con una problemática de la sociedad del riesgo, relativa a una sociedad posindustrial y tecnológica, siendo así como el derecho penal, se encauza en esta línea de prevención del riesgo, lo que supone una concepción sociológica de las leyes penales, en el que se utiliza como principal recurso aunque no el único, son los delitos de peligro en abstracto, como lo es los de portación de armas de fuego.

Las primeras mediaciones que debe adoptar el estado para evitar la lesión de bienes jurídicos son las llamadas medidas de política social que estarán orientadas hacia el bienestar general, por ejemplo: generación de empleos,

---

<sup>939</sup> Op. Cit, nota 719, pp. 27, 28.

<sup>940</sup> *Ibidem*, p. 28.

salarios proporcionales al trabajo desarrollado, fortalecimiento del sistema de educación y salud, empleo de los recursos masivos de comunicación para fortalecer los valores de paz, justicia y equidad. Sobre el particular weber manifestó: una buena política social constituye siempre la mejor política criminal.<sup>941</sup>

También se requiere adoptar medidas de política criminal para evitar conductas que atenten contra los bienes fundamentales que permiten el desarrollo del individuo y su participación en el régimen social. Dichas reglas pueden consistir en la instalación de sistemas de vigilancia como las cámaras ocultas para vigilar zonas conflictivas y el fortalecimiento de la policía mediante la capacitación de sus agentes, proporcionándoles mayores recursos materiales y tecnológicos para su lucha contra la delincuencia aunada a una retribución justa que evite su corrupción y el reconocimiento de sus logros.<sup>942</sup>

Es de analizarse la importancia que reviste, para decidir si es legítima una determinada decisión penalizadora tanto al concreto bien jurídico afectado como la clase de tipo empleada en la incriminación no es nuevo, pero sí reviste, en parte, gran actualidad. Los delitos de peligro son la forma más discutible, ya que la relación entre la acción típica y el bien jurídico se muestra menos estrecha. Desde el punto de vista, el castigo por la posesión de determinados objetos despierta aún mayores reparos que los delitos de peligro abstracto general.

Puede haber una jerarquización de los delitos según su proximidad a la lesión. En los delitos de lesión el bien jurídico ya ha resultado dañado: en los delitos de peligro en concreto, en cambio, únicamente se produce un riesgo concreto de lesión del bien jurídico: en los delitos de peligro abstracto, por fin, basta con que la conducta en cuestión sea generalmente peligrosa para el bien jurídico. Pero es que la posesión o portación de un objeto no presenta, en sí

---

<sup>941</sup> Op. Cit, nota 738, p. 190.

<sup>942</sup> Ídem.



mismo peligro alguno. Dicha posesión o portación sólo resulta peligrosa para los bienes jurídicos en la medida en que en que la posesión o portación abre la posibilidad de que una persona lleve a cabo una acción que puede conllevar un riesgo para el empleo de ese objeto, ejemplo: ni la posesión de gasolina, ni la tenencia de cuchillo, ni la portación de una metralleta, afectan por si mismos a los bienes jurídicos, sino acaso el uso que de esos objetos se haga.<sup>943</sup>

La punibilidad por la mera posesión o portación de objetos supone un adelantamiento de las barreras de protección mediante la punición de una conducta cuyo riesgo para el bien jurídico tan sólo llegará a realizarse sí se lleva finalmente a cabo un delito en el que este objeto sea utilizado.

En cuanto a los delitos de portación de arma de fuego; la posesión y portación son neutrales, por lo que el peligro se realizará en la medida en que el poseedor decida emplear el objeto, Sólo cabrá apreciar en la posesión un peligro para un bien jurídico en aquellos casos en que el poseedor mismo conciba la posesión o portación como preparación de una actuación delictiva, lo que significa que tan sólo la fijación de un fin potencial por parte del poseedor puede fundamentar la prohibición de la posesión y portación. Entonces sí se estaría ante una culpabilidad, ya que se podría culpar a quien sufra del hecho que la motiva, ya que el hecho sería doloso.<sup>944</sup>

En el caso de que se haya planeado un delito, con la sola posesión todavía no se ha alcanzado el estadio de tentativa, en cambio con la portación pudiera ser que si se esté ante la tentativa, por ejemplo el que planea utilizar el arma de fuego en el atraco de un banco, la constitución viene a constituir más que la preparación de un delito propio a la participación en uno ajeno que todavía se halla en fase preparatoria, en cambio, cuando el sujeto porta un arma y se dirige al banco, ya se encuentra en una fase de ejecución. Así podemos decir que la posesión acaba

---

<sup>943</sup> Área de derecho Penal de la Universidad de Pompeu Fabra. “*La Insostenible Situación del Derecho Penal*”, pp. 63, 64.

resultando auténticamente peligro, depende únicamente, siempre que se haya planeado la utilización del objeto en cuestión, de la decisión del poseedor de emplear efectivamente dicho objeto de acuerdo con lo planeado de modo peligroso.<sup>945</sup>

La posesión y portación de un objeto es precisamente el estado en el que el objeto potencialmente peligroso, todavía es perfectamente inofensivo, ejemplos: el coche y el whisky se encuentran todavía en el garaje y en el bar, respectivamente, la ametralladora sigue colgada al gancho. Por lo que puede decirse que la posesión y portación en sí mismos no constituyen ningún peligro, sólo la fijación de un determinado fin por parte del portador y poseedor, por lo que la pena establecida por la mera portación y posesión de arma de fuego, da pie a una pena por la sospecha, siendo un adelantamiento extremo de la punibilidad.<sup>946</sup>

Además de que la punibilidad de las armas no sólo supone la imposición de una pena por la sospecha sino a la vez, se fundamenta sobre todo en dificultades de prueba, dejando sin opción de defensa alguna al infractor ya que no se debe de probar peligro alguno, sino basta que se dé el tipo con la simple posesión o portación al ser un delito de mera conducta.

La pregunta sobre la legitimidad de la prohibición de la tenencia de armas puede, por consiguiente ser contestada con claridad por lo que refiere a la legitimidad de la norma de comportamiento: lo que resulta discutible es si es legítima la intervención del derecho penal como norma de sanción, siendo necesario plantearse la cuestión de sí la prohibición no podría hacerse respetar también con sanciones menos drásticas, por ejemplo no bastaría con el decomiso y la imposición de la multa.<sup>947</sup> Como en el caso de la legislación española en donde si se demuestra que el objeto no iba a ser utilizado, entonces sólo da

---

<sup>944</sup>Op. Cit, nota 9, pp. 128-132.

<sup>945</sup>Op. Cit, nota 943, pp.65, 66.

<sup>946</sup>ibidem, p. 67.

<sup>947</sup>Ibidem, pp. 67-71.

motivo a una falta administrativa.

Es claro que es factible en la prevención de lesiones de bienes jurídicos las sanciones administrativas como las multas, privación de líneas, concesiones etc. Para así aplicar el principio de la *última ratio* y sólo así agotar el derecho penal en los delitos de portación de arma de fuego cuando realmente el caso lo amerite.

Cuando todos los recursos empleados por el estado funcionan correctamente pero no son suficientes para proteger el bien jurídico de conductas que lo afecten gravemente, entonces y solamente entonces deberá recurrir al derecho penal como el último recurso para prever y sancionar tales conductas. Desgraciadamente en México se puede observar en los discursos de los funcionarios el camino inverso y pretenden solucionar el incremento de la criminalidad en el país tan únicamente incrementar las sanciones previstas en el Código Penal.<sup>948</sup>

El principio de la *última ratio*, igualmente denominado como principio de subsidiariedad, da lugar a sostener que el derecho penal tiene un carácter secundario, lo cual no significa que sea poco importante empero que no se debe utilizar como el principal medio para prevenir la lesión de bienes jurídicos fundamentales para la sociedad, pero como el último recurso del Estado.<sup>949</sup>

Por el contrario, si el estado utiliza de forma irracional su potestad punitiva creando tipos penales para prevenir conductas que podrían ser evitadas con medidas menos nocivas o si eleva indiscriminadamente las penas para aparentar estar en la lucha contra la delincuencia, entonces estará en la vía hacia un estado autoritario, aunque lo disfrace con la legalidad de la reforma del derecho penal.<sup>950</sup>

Por lo que se aprecia que al aplicar la *última ratio*, el derecho penal buscara una función principal de prevención del delito y por consecuencia de su sanción,

---

<sup>948</sup> Op. Cit, nota 738, pp. 190,191.

<sup>949</sup> Ibídem, p. 192.

siendo así como el estado debe aplicar la ley penal como la última opción para así responder a la exigencia social de proteger bienes fundamentales y así se de el desarrollo pleno de la sociedad; no siendo ya concebible una simple aplicación del derecho penal sin importar su razón, ya que en todo momento su motivo debe ser el beneficio social.

El estado de derecho exige un sometimiento de la potestad punitiva- principio de legalidad- la idea del estado social gira en torno a la exigencia de la necesidad social de la intervención penal, como último instrumento para el control social para proteger bienes jurídicos y sólo en la última instancia *-ultima ratio-*. Sólo será necesario el derecho penal en cuanto sea útil.<sup>951</sup>

Si se logra la efectiva protección de la sociedad y mantener la estabilidad, sin acudir a su instrumento más fuerte,<sup>952</sup> éste no será necesario. Por eso, hoy en día se habla del principio de subsidiariedad no para restarle autoridad sino para señalar que sólo y en cuanto los otros medios de control fallen, podrá, como *última ratio*, actuar el derecho penal, y únicamente respecto de las actuaciones que generen un daño o lesión a los bienes jurídicos fundamentales.<sup>953</sup>

El derecho penal es solamente uno de los mecanismos que posee el estado para un control formal del orden social, pues antes de que actúe el derecho penal, deben agotarse, en primera instancia, los controles informales que posee toda sociedad para adecuar el comportamiento para una convivencia pacífica. Es así como la sociedad cuenta con medidas morales, religiosas y mecanismos jurídicos –formales- leves como el derecho civil, el derecho administrativo,<sup>954</sup> etcétera, que permiten asumir un manejo estable dentro del seno social.<sup>955</sup>

---

<sup>950</sup> Ídem.

<sup>951</sup> Op. Cit, nota 746, p. 199.

<sup>952</sup> El derecho penal y el poder punitivo.

<sup>953</sup> Op. Cit, nota 746, p. 200.

<sup>954</sup> Hay países como Alemania, España que tienen un derecho administrativo penal, para recurrir a éste y así solucionar los asuntos penales leves.

<sup>955</sup> Op. Cit, nota 746, p. 200.

Tanto las medidas informales como la familia, educación, religión, cultura, aspecto social y las formales como el derecho penal, civil y administrativo, son elementales para evitar el delito, actuando como primicia en los primeros, para que los segundos solo sean utilizados en caso de extrema necesidad, siendo la última carta la materia punitiva.

René González de la Vega manifiesta que el término política criminal, según Feuerbach, es el de sapiencia del estado legiferante. Esto no sucede en nuestro país: la legiferación pocas veces es sapiente. Decimos esto, porque en muy pocas ocasiones el legislador toma en consideración las consecuencias que dentro de la realidad social produce la ley que promulga. En el aspecto económico ni el de transformación histórica ni tampoco, en ciertos casos, el de vulneración de los derechos humanos. Por eso. A veces, las leyes vienen a constituirse, cuando mejor nos va, en letra muerta. El mismo René González de la Vega, asevera que:<sup>956</sup>

Hay que decir que en México la política criminal ha sido un instrumento escasamente abordado y casi nunca utilizado. El Estado Mexicano ha planteado con seriedad y objetividad algunos rubros de su quehacer; así, somos capaces de identificar y conocer los trazos fundamentales y acaso los específicos un nuestra política educativa; de la reciedumbre de nuestra política internacional; y complicado el esfuerzo de estudiar y conocer la política criminal mexicana, no sólo dispersa, sino muy probablemente inexistente.<sup>957</sup>

Si en algún rubro de las tareas públicas ha habido divorcio entre los servidores públicos del orden administrativo o judicial, legisladores, planeadores y políticos, ha sido precisamente en éste, que contiene por misión, diseñar e

---

<sup>956</sup> Op. Cit, nota 797, p. 299.

<sup>957</sup> Ídem.

implementar las ideas y las acciones que puedan contener con el lado oscuro de las naciones: el delito.<sup>958</sup>

Siendo necesario implementar una verdadera política criminal en todo el derecho penal, para que así se hagan estrategias a corto, mediano y largo plazo y que esto sea integral para que realmente se haga una prevención del delito como en el caso de la portación de arma de fuego y en el que además intervengan todos los órganos de gobierno para que la estrategia funcione.

Cabe señalar que desde 1972, fecha en la que se publica la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos en el diario oficial de la Federación, la legislación de nuestro país ha restringido a los ciudadanos la portación de armas de fuego. Dicha medida no ha dado los resultados esperados y cuarenta años posteriores a la publicación de dicha ley, observamos que nuestro país atraviesa por uno de los periodos de inseguridad más críticos de la historia, en la que la violencia se ha extendido a lo largo del territorio, y se ha convertido en un problema nacional.<sup>959</sup>

“¿De dónde provienen las armas que se utilizan en la comisión de delitos? de transacciones ilegales de armas de fuego o robo de las mismas. Se tiene datos que indican que la obtención ilegal de armas se realiza mediante robo al manufacturero o transferencia de armas de fuego no reportadas. El robo de armas de fuego a comerciantes, casas habitación y entre criminales son la fuente más importante de armas de fuego utilizadas en la comisión de delitos. De hecho, sólo 1 de cada 6 armas utilizadas en homicidios fue adquirida legalmente”.<sup>960</sup>

Este tipo de datos y estudios son los que se deberían de tomar en cuenta para realizar una política criminal, es decir, una estrategia que tenga sustento en datos sociales reales y no en discursos legos, donde se utilice al delito y a la pena como mera propaganda política en donde además se hagan promesas sin

---

<sup>958</sup> Idem.

<sup>959</sup> Op. Cit, nota 196, pp. 53, 54.

<sup>960</sup> Ibídem, p. 63.

contenido. Y al utilizar una verdadera prevención del delito, se contribuye a un derecho penal más liberal evitando el estado de policía y la represión punitiva.

“Desde el punto de vista criminológico, corresponde señalar la identificación de este modelo penal puramente represor con el modelo clásico de prevención, que considera al derecho penal -por sí mismo- como la respuesta más eficaz para el delito. En él se enaltece la capacidad de convencimiento que resulta del castigo, es decir, la política de la deterrance.<sup>961</sup> En realidad, como lo señala García- Pablos de Molina, éste es un modelo mentiroso y simplificador que manipula el miedo del delito”<sup>962 963</sup>.

Se pueden dividir en tres grupos planteando estrategias diferentes: medidas que incrementan el esfuerzo necesario para cometer un delito; las que incrementan el riesgo, esto es, hacen uso de elementos que aumentan la posibilidad de detención; y la estrategia de reducción de ganancia, que consiste en hacer la delincuencia menos rentable o menos divertida.<sup>964 965</sup>

El ciudadano viene a ser el mejor visor, pues es el que constata si existe una mayor seguridad, esto se observa cuando hay mejores condiciones de vida y menos comisión de delitos, además de que es apreciable en el estado de ánimo de las personas, quienes se sienten más seguras.

La constatación de una buena o mala política criminal que lleva a cabo el estado la tiene sin lugar a duda en primera instancia el ciudadano, y esto es así debido a que tal juicio de valor es consecuente con la paz pública que percibe. La

---

<sup>961</sup> ¡Cuanto más grave el castigo, más severas las penas en abstracto y ¡menos crímenes! Ése es el pensamiento: el rigor de la pena disminuye la criminalidad.

<sup>962</sup> Op. Cit, nota 932, p. 344.

<sup>963</sup> En cambio debe haber una prevención dirigida hacia la delincuencia, por medio de la prevención primaria y dentro de esta encontramos la prevención medio-ambiental, conocida como prevención situacional que pretende eliminar los objetivos más fáciles, se concentra básicamente en factores y circunstancias inmediatas, cercanas a las decisiones de delinquir. LÓPEZ GONZÁLEZ, Silvia Patricia, “*Violencia, Política Criminal y Seguridad Pública: Elementos Para una Política Criminal Acorde al Estado de Bienestar*”, p. 464.

<sup>964</sup> Ídem.

<sup>965</sup> Por ejemplo poniendo cámaras de seguridad, alumbrado público, pavimentación, arreglar jardines, evitar que haya lotes baldíos.

sensación de orden público y de seguridad no se le ofrece la estadística oficial o el informe judicial, sino su propia percepción.<sup>966</sup>

La solución de inseguridad, además, no se busca en su, por así decirlo, clásico lugar natural- el derecho de policía, sino en el derecho penal. Así, puede advertirse que, frente a los movimientos sociales clásicos de restricción del derecho penal, aparecen cada vez con mayor claridad demandas de una ampliación de la protección penal que ponga fin, al menor nominalmente, a la angustia derivada de la inseguridad.<sup>967</sup>

“El resultado es desalentador. Por un lado, porque la visión del derecho penal como único instrumento eficaz de pedagogía político-social, como mecanismo de socialización, de civilización, supone una expansión *ad absurdum* de la otrora *ultima ratio*. Pero sobre todo porque, además, tal expansión es inútil en buena medida, porque somete al derecho penal a cargas que éste no puede soportar. Desde luego, en tanto en cuanto se mantenga un modelo más o menos análogo al clásico de garantías y reglas de imputación. Pero seguramente tampoco aunque dicho modelo se someta a las fracturas que lo desnaturalicen por completo”.<sup>968</sup>

Por eso, cabría que un derecho penal más alejado del núcleo de lo criminal y en el que se impusieren penas más próximas a las sanciones administrativas - privativas de derechos, multas, sanciones que recaen sobre personas jurídicas- se flexibilizaran los criterios de imputación y las garantías político criminales,

Así podemos decir que el derecho penal moderno no fundamenta de una manera fehaciente la punibilidad de los delitos de peligro en abstracto y con esto no se motiva la intervención del derecho penal, ya que lo que se debe de perseguir es la protección de bienes jurídicos que sufran un daño o peligro real y

---

<sup>966</sup> Op. Cit, nota 963, p. 466.

<sup>967</sup> Op. Cit, nota 719, p. 30.

<sup>968</sup> *Ibidem*, p. 45.



no se renuncie así a la prueba de la causalidad, ya que debe de observarse la libertad de las personas como fin primordial del ordenamiento jurídico-penal, debiendo de existir una tendencia a la despenalización y a la atenuación de las penas en los delitos no tan graves.

No se debe de estar ante un Estado totalitario, ya que debe tomarse en cuenta que es la dignidad de los individuos, la que se debe de tomar como límite material primero a respetar por un Estado democrático, lo que va fijando topes a la dureza de las penas y agudizando la sensibilidad por el daño que causan en quienes la sufren y así realmente exista el respeto a la dignidad de todo hombre.<sup>969</sup>

Al penalizar los delitos de peligro en abstracto, siempre existe sospecha de engaño, al aparentar una utilidad mayor de la que en realidad pueden prestar, ya que su utilidad no es efectiva de una manera comprobada, ya que la simple posesión o portación de un arma de fuego no implica ningún peligro y porque este se evite, e inclusive en gran parte de casos se viene a someter a un sujeto cuando existe una posesión o portación de arma de fuego, ya habiendo consumado una lesión, como en el homicidio y las lesiones.

No es empero, por la vía de la restricción de los derechos fundamentales como puede recobrar la seguridad perdida y la confianza social de las instituciones. Por el contrario, representa acaso una oportunidad para efectivizar los derechos fundamentales previstos en la constitución, incluido, por supuesto, el previsto en el artículo 10 Constitucional a través de reformas a leyes secundarias para potenciar su eficacia normativa a fin de proteger los bienes jurídicos que tutela: la vida y el patrimonio. El derecho de posesión y armas no tiene, en principio, una finalidad por si misma; es una prerrogativa que habilita al gobernado para defenderse de toda acción potencial que pueda ponerle en peligro actual, real e inminente. El principio es evidente: es preferible tener un arma de fuego y no

---

<sup>969</sup> Op. Cit, nota 9., p. 62.

necesitarla jamás que necesitarla y no tenerla. Ya que es un derecho<sup>970</sup> en todo caso y no una obligación.<sup>971</sup>

El ejercicio expansivo del derecho fundamental de posesión y portación de armas debe ir acompañado de un proceso de evaluación y reforma del sistema educativo. La educación es un vehículo de transmisión de conciencia que habilita a la persona a contar con elementos cognitivos para ejercer la noción sociológica de ciudadanía.<sup>972</sup>

Sobra decir que la responsabilidad no se encuentra fuera de la educación cívica.<sup>973</sup> En otras palabras, los programas formales e informales de instrucción<sup>974</sup> deben poner el acento en el uso de las armas de fuego de modo racional, responsable, limitado y enfocado a la legítima defensa y seguridad de las personas.<sup>975</sup>

Por cierto resulta también reprochable que si ya existió una lesión al bien jurídico, entonces diremos que en primer término aparece que el bien jurídico no quedó protegido con la norma establecida para evitar el peligro; luego entonces, ya no resulta calificable esa conducta de peligro, ya que se consumió y en cambio debe de calificarse únicamente el delito de resultado, ya que la posesión o portación de arma de fuego únicamente vendrían a ser el medio que se utilizó para la consumación del hecho.<sup>976</sup>

En segundo término diremos que resulta todavía más incongruente que en

---

<sup>970</sup> Ya que en todo caso es una potestad, siendo el gobernado el que decide si la ejerce o no.

<sup>971</sup> Op. Cit, nota 196, p. 112.

<sup>972</sup> *Ibíd*em, p. 117.

<sup>973</sup> Es la capacidad existente en todo sujeto activo de derecho para reconocer y aceptar las consecuencias de un hecho realizado libremente.

<sup>974</sup> En los formales son aquellos planes de estudio continuos, en las que a diario se va a clase y que son por largos periodos -preparatoria, licenciatura-, implementando por ejemplo la materia de civismo, ética, deontología, y en estas puede hacerse cambio de paradigmas, por ser eminentemente formativas, y las informales son los estudios discontinuos y a corto plazo, por ejemplo, conferencias, cursos, diplomados, talleres.

<sup>975</sup> Op. Cit, nota 196, p. 118.

<sup>976</sup> Por lo que la conducta de portación o posesión debería subsumirse a la de resultado.

algunas ocasiones resulta mayor la penalidad en el delito de peligro, que en el de resultado, violando con esto el principio de lesividad y proporcionalidad, ya que por lógica no resulta factible que el delito de resultado cause una menor lesión al bien jurídico, que el de peligro, es por lo tanto obvio que las penas no son proporcionadas a la lesión que causan.<sup>977</sup>

De igual forma es de analizarse que en la actualidad nuestro derecho las penas por los delitos de posesión y portación de arma de fuego son exageradamente elevadas, no obstante que ya ha quedado en claro que en algunas ocasiones el delito de peligro tiene una menor penalidad que el de resultado, además del tipo de delito que se trata como ya quedado reseñado, no obstante que su penalización supone un adelantamiento de las barreras de protección.

Con lo anterior no se quiere decir tampoco que se esté de acuerdo con que no se penalice dichas conductas, ya que se considera que la norma se encuentra fundamentada, pero lo que aparece indebidamente justificado es la intervención del derecho penal, dadas las circunstancias del delito, sería menester fundamentar de forma más clara su legitimidad en el derecho penal, es decir, y para esto sería necesario una jerarquización de los delitos según su proximidad a la lesión.

Así con esta jerarquización se debe buscar, inclusive que cuando exista una simple portación de una arma de fuego de un calibre pequeño como pudiera ser .22 o .25, y que el hallazgo haya ocurrido en el monte o en brecha, hecha por un campesino quien únicamente la porte para la caza de animales, en estos casos pudiera tal vez bastar con la confiscación del arma de fuego y una multa, o bien, en su caso una penalidad muy atenuada, ya que en el caso se observaría que esta no tenía ninguna otra finalidad.<sup>978</sup>

---

<sup>977</sup> Por ejemplo las penas llegan a ser mayores en los delitos de peligro que en los del resultado que se busca evitar.

<sup>978</sup> Existen personas que toda su vida tuvieron arma de fuego e inclusive nunca la utilizaron.

En el caso aquel que en cambio se le encuentre a la persona en portación o posesión de un arma de fuego y se observe o existan indicios suficientes para determinar que iba a realizar otra conducta, ejemplo: robo, homicidio, etcétera, entonces en éste caso atendiendo al fin que pretendía, se le debe de aplicar una pena mayor, además debiendo de observar el tipo de arma y calibre que se haya asegurado, ya que en este supuesto se podría decir que si se estuviese castigando realmente un delito de peligro más cercano a que sea en concreto y no en abstracto, con penalidades más justas.

Observando que la última reforma a la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, fue el día 24 de diciembre de 1998. Expresando en la exposición de motivos que se consideraba necesaria la reforma para atenuar los altos índices de criminalidad que se han presentado durante los últimos años, ya que tal incremento, entre otras causas, consistente en la proliferación de las armas de fuego, siendo por ello necesario establecer las penas en forma separada, tanto por su posesión, como para la portación de arma de fuego que antes se trataba de la misma penalidad, subsistiendo lo relativo al acopio y tráfico.<sup>979</sup>

Portar un arma en la cintura o en cualquier parte del cuerpo, significa un peligro, porque la persona deambula con un objeto de alta peligrosidad, a tenerla en su domicilio o un lugar donde pueda acudir a ella en su defensa legítima y de su familia.<sup>980</sup>

Múltiples y políticamente diferenciales son las fases del acercamiento a este objetivo. Estas fases se constituyen por el ensanchamiento del sistema de medidas alternativas, por una ampliación de las reformas de suspensión condicional de la pena y de la libertad condicional, por la introducción de formas de ejecución de la pena detentiva en régimen de semilibertad, por el experimento de la extensión del régimen de permiso, y por una nueva evaluación del trabajo

---

<sup>979</sup> Op. Cit, nota 943, p. 259.

<sup>980</sup> Op. Cit, nota 66, p. 260.

carcelario en todos los sentidos. Pero es muy importante, la apertura de la cárcel hacia la sociedad, incluso por medio de la colaboración de las entidades locales y, más aún, mediante la cooperación de los detenidos y de su asociación con las organizaciones del movimiento obrero, con el fin de limitar las consecuencias que acarrea la institución carcelaria en la división artificial de la clase, de reubicar al condenado en la clase, y, por medio del antagonismo de la clase, en la sociedad.

En consecuencia, la política criminal en los delitos de armas de fuego, debe estar sustentada en varios preceptos como el principio de legitimidad, el bien jurídico, debiendo escoger los bienes jurídicos de más alto valor y los más importantes para la sociedad, ya que son estos los que son la razón de ser del derecho penal.

Pero en realidad lo que sucede es que se busca solucionar el problema de la criminalidad para darle a la ciudadanía esa seguridad, mediante “parches”, es decir, por medio de situaciones un tanto conservacionistas, mas no nos damos cuenta que la criminalidad va en jet y las medidas que queremos tomar o tomamos- van en carretera. ¿por qué? Porque lo hacemos tan despacio, que cuando creamos una nueva ley o una reforma lo hacemos tan burocráticamente que cuando damos las medidas, ya la delincuencia ha caminado otra gran cantidad de kilómetros en jet y nosotros nos estamos subiendo a la carretera aún.<sup>981</sup>

Siendo así como no es por medio de parches como se pueden resolver los problemas, de situaciones un tanto concretas en determinados puntos, cómo vamos a resolver el problema de la criminalidad y dar la seguridad que tanto anhelamos. Debe ser un diseño de una política criminal integra, es decir, en donde tomemos en cuenta, fundamentalmente, la prevención de los delitos. Por último tenemos que buscar la manera de la punición en su momento, acordándonos que el derecho penal es la *última ratio*. De ahí que lo vamos a ocupar hasta que

definitivamente no tengamos otro instrumento que nos ayude a combatir la criminalidad; de ahí que lo vamos ocupar ya cuando hayan fracasado todos los otros sistemas de política u otras medidas de política criminal que nos ayuden a que, simple y sencillamente, pongamos causas de medidas para prevenir y no para combatir el delito.<sup>982</sup>

La SEDENA informa que sólo una pistola de cada trescientas es portada legalmente, por tanto resulta importante como línea de política criminal el control de las armas de fuego. Recordando que el 90% de las armas que existen en el país provienen de Estados Unidos y que normalmente es mediante un tráfico ilícito, de ahí que debemos de tener un control adecuado para evitar su introducción clandestina y su registro correspondiente, ya que este es uno de los puntos importantes de prevención del delito.

También se hace necesario para una debida política criminológica en los delitos de armas de fuego:

Instrumentar una campaña permanente de orientación a la comunidad a través de los medios masivos de comunicación.

- Difundir acciones y recomendaciones de prevención de delito y colaborar en campañas contra el alcoholismo y la drogadicción.
- Elaborar folletos, trípticos, carteles, periódicos, murales, audiovisuales y videocintas con orientación informativa y preventiva.
- Convocar a la ciudadanía a participar en foros, eventos y certámenes sobre las medidas y preferencias que se puedan instrumentar.
- Recomendar la incorporación en los programas educativos a nivel básico y medio, de asignaturas cuyo contenido trate sobre las tareas ciudadanas de prevención y de la seguridad pública en general.<sup>983</sup>

---

<sup>981</sup> SIERRA QUEZADA, Edgardo, “Orientaciones de la Política Criminal Legislativa: Política Criminal y Seguridad Ciudadana”, p.363.

<sup>982</sup> *Ibidem*, p. 365.

<sup>983</sup> *Op. Cit*, nota 646, p. 127.

Aun cuando nadie duda que el principio de *ultima ratio* constituye un límite esencial al poder punitivo del Estado, las dificultades se presentan cuando deben fijarse criterios que brinden un contenido material, sobre todo considerando el basamento político que subyace en este principio, por cuanto la decisión de intervenir penalmente es del legislador. Precisamente, una de las particularidades del Derecho penal moderno es su carácter de *prima ratio*, por lo que resulta urgente buscar argumentos para precisar.

## CONCLUSIONES

Primera. Los delitos se clasifican de acuerdo a la forma en que afectan al bien jurídico: de lesión y de peligro y estas a su vez en delitos de peligro en abstracto y en concreto, los primeros son aquellos en los que basta con que la conducta importe un peligro ya de por sí, aun cuando el bien jurídico no haya sido lesionado con un resultado. En cuanto a los delitos de peligro en concreto requieren que efectivamente se haya puesto en peligro el bien jurídico que pretende proteger la norma, tener la certeza de que el daño se hubiere producido si no hubiere existido el factor que evitó su conclusión.

Segunda. Los delitos de armas de fuego son delitos de peligro en abstracto, ya que es aquel cuya realización crea la posibilidad de ocasionar una lesión a un bien jurídico tutelado. El derecho penal no sanciona solamente a los delitos que ocasionan lesiones efectivas a los bienes jurídicos tutelados, sino además se va a preocupar por las acciones que los ponen en peligro. Cabe mencionar que el derecho penal suele aun incriminar ciertas acciones independientemente del hecho de que ellas constituyan real y efectivamente una lesión destructiva de un bien jurídico y hasta prescindiendo de que pongan en peligro en concreto ese bien. Las castiga en general porque tienen una idoneidad genérica para crear peligros y causar daños.

Tercera. La distinción entre la praxis de la política criminológica y una política criminológica teórica. Es que la primera se integra del conjunto de actividades empíricas organizadas y ordenadas a la protección de individuos y sociedad en la evitación del delito. La segunda aparece constituida por un conjunto de principios teóricos que habrían de dotar de una base racional a la referida praxis de lucha contra el delito; en donde la clave radica precisamente en determinar qué significa racional y cuáles pueden ser los criterios de racionalidad.

Cuarta. FRANZ VON LISZT creó la política criminal como disciplina científica, concibiéndola como el conjunto de criterios determinados de una lucha



eficaz contra el delito, para así establecer las estrategias, creando el arte de legislar y así prevenir delitos, por lo tanto el Estado crea e implementa una serie de acciones y estrategias para garantizar el bienestar, la armonía, la convivencia y la seguridad del hombre en sociedad, a esas acciones se le denomina política, Esta forma de ejercer el gobierno tiene que dividirse en tantos campos o áreas como sean las necesidades del hombre o de la sociedad.

Quinta. Apareciendo en los antecedentes históricos que no hubo proceso, ni mucho menos ninguna técnica legislativa, ni dogmática alguna y de igual forma no se realizó política criminológica alguna, ya que como se observó, primeramente las primeras normas fueron los Bandos, mismas que tenía como fin las estrategias de guerra y la disciplina militar, pero no tenía en fin de tener un orden social, ni tomar medida alguna para prevenir el delito, sino que además este tipo de Bandos eran creados sobre todo al antojo de militares, es decir, no intervenía ni siquiera ningún experto en la ley, por consecuencia éstas tenían el fin de acabar con los enemigos, pues se estaba en la guerra de independencia, así que su única finalidad era el desarme pero con fines bélicos, en consecuencia encontramos penas inusitadas y draconianas como la pena de muerte.

Sexta. Siendo hasta la Constitución de 1857, que aparece el primer antecedente de las armas de fuego, siendo en el contenido del artículo 10, donde se aprecia que se trató de una ley en blanco, ya que autoriza a los habitantes a portar y poseer armas de fuego, para su seguridad y legítima defensa, pero no establecía los lugares, los tipos de armas que podrían tenerse, dejando la reglamentación respectiva a la policía, lo cual nunca aconteció pues no hubo reglamento alguno en ese sentido, entonces al ser una ley en blanco y no preverse deja en duda qué armas pueden portarse y poseerse. En este ordenamiento se observa en cuanto a la política de prevención del delito se establece que los ciudadanos tengan el derecho de poseer y portar armas de fuego, para su propia seguridad y su defensa, es decir, para que no sean objetos del delito y así con esto evitar que sean víctimas del delito, por lo tanto en cierta

forma la ley da al ciudadano cierta facultad para hacer las veces de policía ante la imposibilidad material que tiene el gobierno de vigilancia y garante de todos y cada uno de los domicilios.

Séptima. El artículo 10 de la Constitución de 1917 concede a todos los habitantes de la república la libertad de poseer armas de cualquier clase, para su seguridad y legítima defensa. Como se mencionó en la conclusión que antecede, se reservó a la ley secundaria determinar expresamente las armas cuya posesión queda prohibida a los particulares, quienes también podrán detentar las que sean de uso exclusivo del Ejército, Armada y Guardia Nacional. La portación de armas en las poblaciones debe sujetarse a lo que dispongan los reglamentos de policía. Apreciándose dos garantías individuales distintas. La que concierne a la libertad de posesión de armas y la que atañe a la libertad de portación de las mismas. El numeral sufrió posteriormente tan sólo una reforma, que fue publicada el 21 de octubre de 1971, la cual fue acompañada tres meses después, el 11 de enero de 1972, por la promulgación de la su ley reglamentaria, la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, y por su reglamento, el 4 de mayo de ese mismo año.

Octava. El enfoque que orientó la creación de la Ley de Armas de Fuego y Explosivos de 1972, resultó ineficaz para frenar los índices de delincuencia con armas de fuego, pues el problema no radica en la cantidad de armas en posesión de particulares, sino en la ausencia de medidas legales y de políticas gubernamentales para prever y prevenir el uso indebido de las armas de fuego. En cambio, la posesión de armas debidamente autorizadas y, en consecuencia, registradas de modo fehaciente, contribuye a inhibir algunas de las prácticas delictivas relacionada con el uso de aquellas.

Novena. La posesión de armas es un derecho público subjetivo de todo gobernado, debe ejercerse en el domicilio de éste y tener por objeto su seguridad y legítima defensa, por ende la posesión de cualquier arma no prohibida que no pretenda el mencionado objeto, no es materia del derecho público subjetivo

correspondiente; pero aunque en los términos estrictos del artículo 10 Constitucional la posesión de un arma en el domicilio del gobernado que no persiga el objeto mencionado, rebase los límites del derecho público subjetivo derivado de tal precepto, no por ello tal posesión deja de estar protegida constitucionalmente. En el mismo numeral se excluye del derecho público subjetivo posesorio sobre armas, a aquellas que se reserven para el uso exclusivo del *Ejército, Armada, Fuerza Aérea y Guardia Nacional*. No establece el propio precepto que esa reserva se consigne legalmente, por lo que no existe posibilidad de que los jefes de dichas corporaciones o el presidente de la República, en decretos o acuerdos, señalen las armas como materia de tal reserva, para que a virtud de éste señalamiento queden excluidas de la posesión jurídica particular, haciendo nugatorio el derecho subjetivo correspondiente.

Decima. Se aprecia que en cuanto a los instrumentos internacionales, todos ellos van dirigidos hacia el control de las armas y las amenazas que estas constituyen y buscando la prevención, por consecuencia es indispensable que si se tiene identificado que el 95% de las armas de fuego provienen de los E.U.A. y que se sabe precisamente de que empresas provienen estas armas, resulta indispensable realizar un acuerdo bilateral en la que se prohíba a estas la introducción clandestina de estas armas al país para así tener un debido control.

Decimoprimera. En España la posesión de armas de fuego no se trata de un derecho fundamental, observando que en España no obstante que al igual que México se trata de un delito de peligro en abstracto la portación de armas de fuego ya sea sin licencia o del uso Exclusivo del Ejército, Armada y Fuerza Aérea Nacionales, en este país se busca que el tipo penal sea más garantista y justificable, ya que en la ley penal se contempla rebajar las penas en un grado, siempre que por las circunstancias del hecho y del culpable, se evidencie la falta de intención de usar las armas con fines ilícitos, circunstancia que en nuestro país

no ocurre, ya que basta con que se porte el arma de fuego para que se configure el tipo penal.

Decimosegunda. Analizando la ley penal aparece en España que se contempla el error de prohibición, en los delitos de armas de fuego, y que la pena es de 1 a 3 años de prisión sea cual fuere el arma de fuego, en cambio en México la penalidad por portar armas de fuego del uso exclusivo de las fuerzas armadas del país es de 4 a 10 años y de 4 a 15 años de prisión y cuando se trata de armas de fuego sin licencia la pena es de 2 a 7 años de prisión, así que existe un abismo entre las penalidades de un país y otro, esto ocurre ya que no se obedece a los principios de lesividad y proporcionalidad y el tratar de tener como respuesta a los delitos el endurecimiento de las penas. Observando que por ejemplo en España tienen como política de prevención del delito, una debida reglamentación para el control de las armas y un debido control de registro de armas de fuego, lo que y trae como consecuencia una transparencia en su posesión y portación y una manera más afectiva de prevenir el delito y no con respuestas equivocadas como el aumento irracional de las penas.

Decimotercera. Se establece la medida administrativa en España como control del delito y atendiendo al principio de la última ratio y al carácter fragmentario del derecho penal al establecer que si la conducta no constituye el delito de tenencia de armas prohibidas, serán consideradas infracciones graves, en donde además se pueden adoptar medidas cautelares, medidas de acción preventiva y actuaciones para el establecimiento de la seguridad ciudadana. En México no vemos estas medidas, ya que muy pocos ciudadanos cuentan con permisos y al no existir un debido registro lo más fácil es aplicar el derecho penal, en cambio, como se observa se busca tener un debido control de las armas y el incumplimiento administrativo no constituye delito, así que se auxilia el derecho penal de otras áreas del derecho como el administrativo para buscar solucionar el conflicto, o bien, evitar criminalizar y castigar conductas inocuas.

Decimocuarta. La inseguridad trae como consecuencia el aumento de la portación y posesión de armas de fuego, observando que en los últimos años al haber mayor inseguridad en nuestro país, se ha duplicado el decomiso de estas.

Decimoquinta. Las medidas contra el crimen suelen adoptarse en nuestro país de una forma desordenada y oportunista. Es aquí donde el espectáculo de los grandes delitos, el sensacionalismo televisivo, la propaganda política, el llamado a las emociones irracionales y el show escandaloso de los medios masivos juegan un papel central. Así se aprecia como las noticias relativas a cuestiones de armas de fuego en un 71% estas no son imparciales y favorecen el uso de armas de fuego o a la prohibición de estas, y 81% de las noticias favorecen leyes más estrictas sobre la portación de armas de fuego.

Decimosexta. En cuanto a la pena acorde a la política criminológica, debe desecharse la anticuada e incorrecta idea de la pena con fines propios, por ejemplo, de sufrimiento, castigo, enmienda o disuasión, por lo mismo de que ella en si misma carece de fines, pues es sólo el medio para los objetivos del estado; entiéndase bien, la pena carece de fines particulares o autónomos dado que se trata de un mero instrumento del poder punitivo utilizado para conseguir los fines del estado tratados mediante la política criminal. Además de que inadecuada tal concepción, la misma ha servido de fuente de tiranía en gobiernos autoritarios y de facto quienes se valen de estas desviaciones conceptuales, primero reconociendo fines propios a la pena, para después tratar de legitimar el poder detentado, sólo mediante el derecho penal objetivo y las sanciones penales.

Decimoséptima. Se tiene que construir un derecho penal sobre datos sociales reales no falsos, en donde no solo se procure que sea utilitarista, sino funcional para crear una norma más garantista, democrática y liberal.

Decimoctava. Es necesario que se desmantele el mercado ilícito de armas de fuego y de drogas, para lo cual tiene que haber un acuerdo bilateral con E.U.A. para evitar que las armas de fuego entren de manera clandestina al país, ya que es claro que la venta de armas es un negocio para este país, el cual tiene gran interés por armar al mundo.

Decimonovena. Se debe tener un debido control y registro de las armas de fuego, en donde se vuelva transparente y sea fácil el trámite, debiendo prohibir la portación de armas de fuego a individuos con enfermedades mentales o cono antecedentes penales.

Vigésima. Crear penas proporcionadas y acordes al principio de lesividad, en el que se disminuyan las penas y en algunos casos de portación de armas de fuego de las no reservadas a las fuerzas armadas, se evite la pena como en otros países.

Vigesimoprimera. Evitar el autoritarismo en el que el control de las armas de fuego solo se le deje al ejército, ya que ante una democracia moderna, esta actividad debe adjudicarse a autoridades civiles y más ante el fracaso de estas instituciones en dicha labor.

## PROPUESTA

1. En cuanto a la pena en los delitos de portación de arma de fuego sin licencia la pena debe ser atendiendo a los criterios de oportunidad y lesividad de 1 a 4 años de prisión, y cuando no se demuestre que la portación de estas armas es con algún fin ilícito, únicamente se impondrá multa de diez a cien días de salario mínimo y el decomiso del arma de fuego, debiendo quedar de la siguiente manera:

Artículo 81. Se sancionará con penas de dos a siete años de prisión y de

cincuenta a doscientos días multa, a quien porte un arma de las comprendidas en los artículos 9 y 10 de esta Ley sin tener expedida la licencia correspondiente. En caso de que se porten dos o más armas, la pena correspondiente se aumentará hasta en dos terceras partes.

Nuevo contenido artículo 81. Se sancionará con penas de **uno a cuatro** años de prisión y de cincuenta a doscientos días multa, a quien porte un arma de las comprendidas en los artículos 9 y 10 de esta Ley sin tener expedida la licencia correspondiente. En caso de que se porten dos o más armas, la pena correspondiente se aumentará hasta en dos terceras partes.

**En el caso que sea evidente la falta de intención de usar las armas con fines ilícitos, no se impondrá pena alguna, imponiendo multa de diez a cien días de salario mínimo.**

2. La penalidad en los delitos de armas de fuego del uso exclusivo del Ejército, Armada y Fuerza Aérea Nacionales, esta se considera debe ser de 2 a 5 años de prisión, debiendo realizarse la siguiente redacción:

Artículo 83. Al que sin el permiso correspondiente porte un arma de uso exclusivo del Ejército, Armada o Fuerza Aérea, se le sancionará:

II. Con prisión de tres a diez años y de cincuenta a doscientos días multa, cuando se trate de las armas comprendidas en los incisos a) y b) del artículo 11 de esta Ley.

Nuevo contenido II. Con prisión de **dos a cinco** años y de cincuenta a doscientos días multa, cuando se trate de las armas comprendidas en los incisos a) y b) del artículo 11 de esta Ley.

## FUENTES DE INVESTIGACIÓN

### a) Bibliográfica

Academia Mexicana de Ciencias Penales. Año LXIII, No. 3, “Criminalia”, 1ª edición, Porrúa, México, 1998, pp. 387.

Academia Mexicana de Ciencias Penales. Año LXIV, No. 3, “Criminalia”, 1ª edición, México, 1998, pp. 387.

Área del Derecho Penal de la Universidad de Pompeu Fabra. “La Insostenible situación del Derecho Penal”, primera edición, Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt. Granada, España, 2000, pp. 522.

ARTEAGA NAVA, Elisur, “Derecho Constitucional”, segunda edición, Oxford University Press, México, 2008, pp.1135.

ARTEAGA NAVA, Elisur, “Derecho constitucional”, tercera edición, Editorial Oxford University Press, México, 2008, pp.1155.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, “Manual de Derecho Penal, Parte General”. Cuarta edición, Temis, Santa Fe de Bogota, Colombia, 1998, pp. 261.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, “Estudios de Derecho Penal y Política Criminal”, Primera edición, Porrúa, México, 1989, pp. 623.

BARATA, Alessandro, “Criminología Critica y Critica del Derecho Penal”, 1ª edición, Siglo XXI, Argentina, 2002, pp. 258.



BARATA, Francesc, “La Violencia y los Mass Media: Entre el Saber Criminológico y las Teorías de la Comunicación: Violencia, Política Criminal y Seguridad Pública”, siglo XXI, Argentina, 2009, pp. 256.

BARRITA LÓPEZ, Fernando A., “Estudio de Política de lo Criminal”, 1ª edición, Porrúa, México, 2009, pp. 221.

BARROS LEAL, César Oliveira, “Violencia, Política Criminal y Seguridad Pública”, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2003, pp. 499.

BECCARIA, “Tratado de los Delitos y las Penas”, 10ª edición, Porrúa, México, 2000, pp. 408

BELESTÁ SEGURA, Luis, “Aproximación al Estudio del Delito de Tenencia de Armas Prohibidas”, 1ª edición, Noticias Jurídicas, argentina, 2004, pp. 73.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan J., et al, “Lecciones de Derecho Penal”, 1ª edición, Volumen I, 1997, pp. 431.

CÀRDENAS, Rodolfo Félix, “Nueva Política Criminal Para el Combate del Delito de Secuestro”, 1ª edición, México, 2010, pp. 137.

CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl et al, “Código Penal Anotado”, Vigésima edición, Porrúa, México, 1997, pp. 1177.

CASTELLANOS TENA, Fernando, “Lineamientos Elementales de Derecho Penal”, Cuadragésimo segunda edición, Porrúa, México, 2001, pp. 363.

CERDA LUGO, Jesús, “Política Criminal”, Primera edición, Universidad Tecnológica de Sinaloa, México, 2000, pp. 198.

CONDE PUMPIDO, Ferreiro, “Código Penal: Doctrina y Jurisprudencia”, Trivium, Madrid, 1997, Tomo III. pp. 4829.

CORREA GARCÍA, J. Sergio, “Orientaciones de la Política Criminal Legislativa: Los Nuevos Retos de la Justicia Penal frente a la Criminalidad Emergente”, INACIPE, México, 2007. pp. 121-128.

COSS NOGUEDA, Magda, “Armas Pequeñas y Ligeras: Caso México”, Oxfam Internacional, México, 2005, pp. 33.

DE LARDIZABAL Y URIBE, Manuel, “Discurso Sobre las Penas”, 1ª edición, Porrúa, México, 2005, pp. 130.

DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio, “Diccionario de Derecho Procesal Penal”, tomos I y II, Porrúa, México, 1986.

DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio, “Código Federal de Procedimientos Penales Comentado”, séptima edición, Porrúa, México, 2003. pp. 1134.

FLEITAS, M. Diego, “El Problema de las Armas de Fuego en el Cono Sur: Los casos de Argentina, Paraguay y Uruguay”, Boletín del Programa de Seguridad y Ciudadanía No. 7, Chile, 2006, pp. 70.

Fiscalía General del Estado, “Acerca de Algunas Cuestiones Relativas al Alcance Típico del Delito de Tenencia de Armas”, Consulta 14/1997, España, 1997, pp. 13.

FOUCAULT, Michel, “Vigilar y Castigar”, 1ª edición, Siglo XXI, Buenos Aires, Argentina, 2009, pp. 359.

GARCÍA ALBERO, Ramón, “De la Tenencia, Tráfico y Depósito de Armas o Explosivos”, 1ª edición, Aranzadi, España, 2001, pp.2275.

GARCÍA RAMÍREZ, Efraín, “Armas. Análisis Jurídico de los Delitos Contemplados en la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivo”, 4ª edición, Sista, México, 2003, pp. 345.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “Panorama del Derecho Mexicano”, Primera edición, McGraw-Hill. México, 1998, pp. 191.

GANZENMULLER, C. “Delitos Contra el Orden Público, Terrorismo Contra el Estado o la Comunidad Internacional”. 1ª edición, Bosch, Barcelona, 1998, pp. 217.

GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco, “Derecho penal mexicano”, 13ª edición, Porrúa, México, 2002, pp. 478.

GONZALEZ PLACENCIA, Luis, “política criminal y sociología del control penal”, 1ª edición, inacipe, 2006, pp. 319.

GONZÁLEZ QUINTANILLA, José Arturo, “Derecho Penal Mexicano”, 5ª edición, Porrúa, México, 1999, pp. 1027.

GUASTINI, Riccardo, “Estudios Sobre la Interpretación Jurídica”, 5a edición, Porrúa, México, 2003, pp. 137.

GROIZARD, “El Código Penal de 1870, Concentrado y Comentado, Tomo IV”, 1ª edición, Civitas, Salamanca, España, 1891, pp. 342.

HASSEMER, Winfried, et al, Introducción a la Criminología y a la Política Criminal, 1ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2012, pp. 247.

Instituto Nacional de Ciencias Penales, “Libro Homenaje a Claus Roxin, Tomo II. La Influencia de la Ciencia Penal Alemana en Iberoamérica, 1ª edición, México, 2006, pp. 553.

JAKOBS, Günter, “Estudios de Derecho Penal”, 1ª edición, España, 1997, pp. 480.

JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, “Derecho Penal Mexicano”, Porrúa, México, 2000. pp. 521.

LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo, “Teoría del Delito”, Décima edición, Porrúa, México, 2002, pp. 313.

MADRIGAL PEREYRA, Luis A., “Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos Comentada”, 1ª edición, Sista, México, 2003, pp. 166.

MALO CAMACHO, Gustavo. “Derecho Penal Mexicano”, 2ª edición, Porrúa, México, 1998, pp. 714.

MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael, “Derecho Penal, parte General”, 4a edición, Trillas, México, 2006, pp. 319.

MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael, “Criminología”, primero edición, Trillas, México, 2005, pp. 84.

MELOSSI, Darío et al, “Cárcel y Fabrica. Los Orígenes del Sistema Penitenciario”, siglo XXI, argentina, 2005, pp. 233.

MIJANGOS Y GONZÁLEZ, Pablo, “El Primer Constitucionalismo Conservador. Las Siete Leyes de 1836” Anuario Mexicano de Historia del

Derecho por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 1999, pp. 50.

MIR PUIG, Santiago, “Derecho Penal. Parte General”, 6ª edición, Reppertor. Barcelona, España, 2002, pp. 761.

MOTO SALAZAR, Efraín, “Elementos de Derecho”, 31ª edición, Porrúa, México, 1985, pp. 452.

MUJICA, Jaris, “Armas Pequeñas en el Crimen Urbano. Delitos, Acceso y Mercados Ilegales de Armas de Fuego en Lima”, 1ª edición, Flasco, Agencia Sueca de Desarrollo Internacional, Lima, Perú, 2012, pp. 80.

MUÑOZ CONDE, Francisco, “El Derecho Penal del Enemigo”, 1a edición, Inacipe, México, 2003, pp.44.

MUÑOZ CONDE, Francisco, “Derecho Penal. Parte Especial”, 14 edición, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2002, pp.103.

MUÑOZ CONDE, Francisco, “La Relación Entre Sistema del Derecho Penal y Política Criminal”, 1ª edición, México, 2008, pp. 52.

OLIVEIRA DE BARROS LEAL, Cesar, “Violencia, Política Criminal y Seguridad Pública”, Inacipe, México, 2003, pp. 499.

ORTIZ RODRÍGUEZ, Enrique Abraham, “Breves Comentarios Sobre el Funcionalismo y la Dogmática Penal”, Libro en Homenaje a Claus Roxin: La Influencia de la Ciencia Penal Alemana en Iberoamérica, Tomo II, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2006, pp. 89-103.

PALOMAR, Juan de Miguel, “Diccionario para Juristas”, 1ª edición, Tomos I y II, Porrúa, México, 2000, pp. 1715.

PAVARINI, Massimo, “Control y Dominación”, 1a edición, siglo Veintiuno Editores, Argentina, 2002, pp. 223.

PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl, “Criminalia: Seguridad Pública y Cero Tolerancia como Modelo de Actuación Política”, 1ª edición, Academia Mexicana de Ciencias Penales, México, 1998, pp. 109-138.

PLATAS PACHECHO, María del Carmen, “filosofía del derecho. Analogía de proporcionalidad”, 1ª edición, Porrúa, México, 2003, pp. 227.

TENA RAMÍREZ, Felipe, “Derecho Constitucional Mexicano”, 19ª edición, Porrúa, México, 1985, pp. 643.

TENA RAMÍREZ, Felipe, “Derecho Constitucional Mexicano”, 37ª edición, Porrúa, México, 2005, pp. 852.

TOCORA, Fernando, “Política Criminal Contemporánea, 1ª edición, Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1997, pp. 178.

TORRES, Sergio Gabriel, “Derecho Penal de Emergencia. Política Criminal”, 1ª edición, Porrúa, México, 2010, pp. 187.

REINHART, Maurach, “Derecho Penal, Parte General”, 7ª edición, Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1994, pp. 687.

Revista de Ciencias Penales. Culpabilidad y Fines de la Pena, 1ª edición, UBIJUS, México, 2008, pp. 232.

RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, “criminología”, decimoséptima edición, Porrúa, México, 2002, pp. 550.

ROXIN, Claus, “Evolución y Modernas Tendencias de La Teoría del Delito, en Alemania”, 1ª edición, UBIJUS, México, 2008, pp. 90.

ROXIN, Claus, “La Teoría del Delito, en la Discusión Actual”, 1ª edición, Grijley, Perú, 2007, pp. 562.

ROXIN, Claus, “Política Criminal y Sistema del Derecho Penal”, 2ª edición, Hammurabi, Argentina, 2002, pp. 123.

RUÍZ HARRELL, Rafael, “Código Penal Histórico”, 1ª edición, Inacipe, México, 2002, pp. 338.

SÁNCHEZ, Diego, “Recopilación de Artículos Aplicables a las Armas de Aire Comprimido”, 1ª edición, Asociación Andaluza de Field Tarjet, España, 2007, pp. 139.

SAN MARTÍN, Luis Fernando, “Algunas Reflexiones en Torno al Delito de Tenencia Ilícita de Armas de Fuego en España”, Universidad de Córdoba, Córdoba, España, 1992, pp. 90.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “Política Criminal en el Cambio del Siglo”, ABZ, México, 2002, pp. 106.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales”, Civitas, España, 1999, pp. 127.

V. SEGRELLES DE ARENAZA, "Delitos Contra el Orden Público. Tenencia, Tráfico y Depósito de Armas, Municiones y Explosivos" en "Compendio de Derecho Penal Español", 1ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 1026.

VELA TREVIÑO, Sergio, “Culpabilidad e Inculpabilidad. Teoría del Delito, 1ª edición, Trillas, México, 2007, pp. 415.

VILLALOBOS, Ignacio, “Derecho Penal Mexicano”, Porrúa, México, 1983, Págs. 654.

VILLANUEVA, Ernesto, et al, “Seguridad, Armas de Fuego y Transparencia”, 1ª edición, JUS, México, 2012, pp. 229.

WELZEL, Hans, “El Nuevo Sistema del Derecho Penal”, 1ª edición, B de F, Argentina, 2002, pp. 202.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “Criminología”, 1ª edición, Temis, Colombia, 2003, pp. 267.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “El Enemigo en el Derecho Penal”, 1ª edición, Coyoacán, México, 2007, pp. 234.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “Manual de Derecho Penal”, Porrúa, México, 1996, pp. 857.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “Derecho Penal, Parte General”, 1ª edición, Porrúa, México, 2001, pp. 1017.

ZAMORA JIMÉNEZ, Arturo, “Manual de Derecho Penal”, 2a edición, Ángel, México, 2002, pp. 675.

ZUÑIGA, Liza, “Armas Pequeñas y Livianas en el Cono Sur: Diagnóstico de la Situación”, Boletín del Programa de Seguridad y Ciudadanía No. 7, 2006, Chile, pp. 85.

XVI Congreso Latinoamericano, VIII Iberoamericano y I Nacional de Derecho Penal y Criminología, 1ª edición, Ara editores, Lima, Perú, 2004, pp. 485.

b) Legislaciones

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código Penal Federal.

Código Federal de Procedimientos Penales.

Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos.

Código Penal Español.

Código Penal Argentino.

c) Revistas Jurídicas

AMERISE, Daniel Gustavo, “La Tenencia y Portación de Armas de Fuego”, Revista Intercambios del Instituto de Derecho Penal de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Penales de la Universidad Nacional de la Plata, Argentina, 2012, pp. 121.

BAILONE, Matías, “La Tenencia y Portación de Armas en el Código Penal Argentino, la Ley 25.886 y la Fiebre Punitiva”, Revista Jurídica por Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Argentina, 2013, pp. 458.

CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel, et. al. “Elementos del Proceso Penal que México Necesita”, Revista de Ciencias Penales Iter Criminis, Instituto Nacional de Ciencias Penales, número 1, 2008, pp. 55-70.

COSSIO DÍAZ, José Ramón, “El Derecho de Usar Armas en México: Un Problema de Interpretación Constitucional”, Revista Cuestiones Constitucionales, número 18, por la Universidad Autónoma de México, México, 2008, pp. 308.

COSSÍO DÍAZ, José Ramón, “Registro Domiciliarios y Estado de Derecho. Voto Particular”, Revista de Ciencias Penales Iter Criminis, Instituto Nacional de Ciencias Penales, número 1, 2008, pp. 398.

Órgano de la Academia Mexicana de Ciencias Penales, “Criminalia”, Año LXIII, México, número 2, 1997, pp. 228.

Órgano de la Academia Mexicana de Ciencias Penales, “Criminalia”, Año LXIV, México, número 3, 1998, pp. 387.

GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José, “El Disparo de Arma de Fuego: su Poblémática Jurídica en la legislación Penal Mexicana”, UNAM Criminalía, No. 17-18, México, 1995, pp. 97-148.

ORTIZ YÁÑEZ, Baltazar, “Un Análisis de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos en cuanto a las Armas Permitidas a los Ciudadanos y las Reservadas para Uso Exclusivo de las Fuerzas Armadas del País”, Revista de Investigación y Análisis, por la Facultad de Derecho de la Universidad de Colima, México, 2010, pp. 86.

TOLEDO, Francisco, et. al “La Psicología Aplicada a la Selección de Aspirantes a la Tenencia y Uso de Armas de Fuego en España”, Revista Interamericana de Psicología/Interamerican Journal of Psychology - 2005, Vol. 39, Num. 1, Universidad de Valencia España, pp. 119-126

d) Textos Académicos

AVILÉS FARRÉ, Juan, “Tendencias del Delito en España”, Conferencia en el Seminario Duque de Ahumada, España, 2002, pp. 10.



CHÁVEZ ROJAS, Alex, “La Posesión y Portación de Armas de Fuego”, División de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, U.M.S.N.H., Morelia, Michoacán, 2003, pp. 73.

ZAMORA MUÑOZ, Jesús, “Análisis del Delito de Portación de Arma de Fuego, Según la Calidad del Sujeto Activo”, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Colegio de Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León, México, 2001, pp. 118.

e) Cibernéticos

[www.diputados.gob.mx](http://www.diputados.gob.mx). 12:00 hrs. 28-01-13.

[www.oas.org/jurídico/spanish/tratados](http://www.oas.org/jurídico/spanish/tratados). 12:00 hrs, 31-01-2013.

[www.unodc.org/documents/data-and-analysis/tocta/6.Firearms](http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/tocta/6.Firearms). 12:00 hrs.  
1-12-2013

[www.pgr.gob.mx/temas%20relevantes/estadistica/estadisticas.asp](http://www.pgr.gob.mx/temas%20relevantes/estadistica/estadisticas.asp). 08:00  
hrs. 1-12-2013.

[www.gaceta.diputados.gob.mx/](http://www.gaceta.diputados.gob.mx/)). 18:00 hrs. 25-01-2013.

*GÓMEZ DE LA TORRE, Berdugo, “Tenencia Ilícita de Armas. Diferencias entre el ilícito penal y la mera infracción administrativa”. Recurso: Casación nº 706/2010, Sentencia: nº 811/2010 de fecha 06/10/2010, Jurisprudencia de la Sala de lo Penal España, 2010-2011, pp.359-361.*

*GIMÉNEZ GARCÍA, “Tenencia Ilícita de Armas. Subtipo agravado. Comunicabilidad dolosa a terceros: culpabilidad”, Recurso: Casación nº 621/2010, sentencia nº 895/2010 de fecha 14/10/2010, Jurisprudencia de la Sala de lo Penal España, 2010-2011, pp.361-362.*

**La acción que requiere el tipo penal de la tenencia de armas –art. 189 bis inc. 2º C.P.- es “tener el arma”, en el sentido que el agente puede disponer físicamente del arma en cualquier momento, llevándola en su poder o dejándola guardada en algún lugar a su disposición, por ejemplo escondida. La acción típica de portar sin autorización un arma de fuego, de uso civil o de guerra, consiste en el traslado del arma en condiciones de ser utilizada como tal: cargada y al alcance del agente. La portación de armas es un delito de propia mano, que a diferencia de la tenencia no es susceptible de ser compartida.**

**Sala Primera del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, causa N° 38.715, caratulada "A. L., S. M. s/ recurso de Casación", rta. 5 de julio 2011.**

En la ciudad de La Plata a los cinco días del mes de julio del año dos mil once, siendo las ..... horas, se reúnen en Acuerdo Ordinario los señores Jueces de la Sala Primera del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, doctores Benjamín Ramón Sal Llargués , Carlos Ángel Natiello y Horacio Daniel Piombo bajo la presidencia del primero de los nombrados, para resolver en causa N° 38.715 de este Tribunal, caratulada "A. L., S. M. s/ recurso de Casación". Practicado el sorteo de ley, resultó que en la votación debía observarse el orden siguiente: SAL LLARGUES – PIOMBO - NATIELLO, procediendo los mencionados magistrados al estudio de los siguientes:

#### ANTECEDENTES

Llegan estos actuados a conocimiento del Tribunal, en virtud del Recurso interpuesto por Martín Andrés García Díaz, Defensor Oficial Adjunto del Departamento Judicial Lomas de Zamora, contra la Sentencia del Tribunal en lo Criminal N° 1 del mismo Departamento Judicial, en la que se resolvió condenar a S. M. A. L. a la pena de siete (7) años de prisión, accesorias legales y costas, más declaración de reincidencia, por encontrarlo autor penalmente responsable del delito de robo calificado por el uso de arma de fuego en concurso real con portación de arma de uso civil sin la debida autorización legal, en carácter de autor en este último caso. Asimismo se le dictó una pena única de doce (12) años de prisión, accesorias legales y costas del proceso, comprensiva de la ut supra mencionada y de la impuesta en causa Nro. 1183/1 del mismo Tribunal.

En primer término, se queja por la errónea aplicación del art. 189 inc. 2do. párrafo tercero del CP, por cuanto el arma secuestrada entre ambos asientos del auto sólo constituye una mera tenencia. En segundo lugar y en subsidio, el impugnante se agravia por la aplicación del art. 189 inc. 2do. párrafo octavo del CP, toda vez que considera que es violatoria de los principios de “ne bis in idem”, culpabilidad y proporcionalidad, legalidad, debido proceso y defensa en juicio.

Denuncia que la norma cuestionada, que agrava la pena, no se funda en el hecho cometido por el agente sino en los hechos anteriores, por lo que concluye que la misma resulta inconstitucional. Trae en apoyo de sus dichos, citas jurisprudenciales.

Asimismo destaca que la agravante transgrede el principio de proporcionalidad, en tanto resulta más gravosa que la prevista en otros delitos que afectan en forma directa bienes jurídicos fundamentales como la integridad física y la vida.

En igual sentido, denuncia que la elevada pena que la agravante establece, no se basa en la gravedad del hecho sino sólo en los antecedentes condenatorios que registra el encausado.

Solicita se case la sentencia atacada y se recalifique el hecho como tenencia de arma de uso civil sin la debida autorización legal, o, en subsidio, se deje sin efecto la aplicación de la agravante del art. 189 bis inc. 2do. párrafo octavo del CP. Hace reserva del caso federal.

A fs. 37, el Defensor Adjunto ante esta instancia, Dr. Hernández, presenta un escrito en el cual mantiene el recurso interpuesto y se explaya respecto de la inconstitucionalidad de la agravante cuestionada (art. 189 bis inc. 2do. párrafo octavo del CP), la inconstitucionalidad de la reincidencia y la ilegalidad de la pena única impuesta, por haberse unificado una condena anterior que al momento de la sentencia en crisis se encontraba ya vencida.

A fs. 49/50, la Sra. Fiscal Adjunta ante esta sede, Dra. Moretti, propicia el rechazo del presente recurso, toda vez que entiende que la defensa no demuestra el absurdo en el razonamiento del a quo que alega.

Hallándose la causa en estado de dictar sentencia, la Sala I del Tribunal dispuso plantear y resolver las siguientes:

#### C U E S T I O N E S

1ra.) ¿Se acreditan las violaciones legales denunciadas?

2da.) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión planteada el señor Juez, doctor Sal Llargués, dijo:

Previo expedirme sobre el fondo del pedimento traído, debo dejar a salvo mi opinión en punto a la inconstitucionalidad de la figura por la que se condenara a A. L., portación ilegal de arma de uso civil sin la debida autorización, art. 189 bis del CP, por tratarse de una ley penal en blanco que ve completada su descripción de la conducta prohibida mediante un decreto del Poder Ejecutivo (causa Nro. 12.516 “Recurso de Casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal en causa 3113 seguida a Paez, Ivan Emanuel”).

No obstante, encarnando la minoría en la Sala que integro, otro análisis se impone a fin de constatar si se verifican las violaciones planteadas por el recurrente.

1. En primer término, el recurrente se agravia por la calificación legal, en tanto sostiene que en autos existió una tenencia y no una portación del arma de uso civil.

En el caso de la tenencia de armas, la acción que requiere este tipo penal es “tener el arma”, en el sentido que el agente puede disponer físicamente del arma en cualquier momento, llevándola en su poder o dejándola guardada en algún lugar y teniéndola a su disposición, por ejemplo escondida.

En cambio, la acción típica de la portación consiste en portar sin autorización un arma de fuego de uso civil o de guerra, es decir, el traslado del arma en condiciones de ser utilizada efectivamente como tal: cargada y al alcance del agente.

Es un delito de propia mano, porque, a diferencia de la tenencia, la portación no es susceptible de ser compartida, pues si bien la tenencia sólo implica contar con la posibilidad de disponer del arma, la portación requiere llevarla corporalmente y en condiciones inmediatas de uso.

Por lo tanto, de la descripción del hecho, surge que el arma secuestrada se encontraba en el interior del auto que conducía el imputado, en el costado derecho (entre ambos asientos), cargada y en condiciones de ser utilizada, por lo que entiendo que es correcta la calificación legal aplicada, portación de arma de uso civil sin la debida autorización legal.

2. En segundo término, denuncia la inconstitucionalidad del delito por el cual fue condenado. En este punto sí voy a acompañar el planteo defensorista.

La ley 25.886 introdujo al CP, entre otras regulaciones, una figura agravada del delito de portación de armas de cualquier calibre cuando el autor contara con antecedentes penales o tuviera vigente una resolución que dispone su libertad durante un proceso penal en trámite.

La norma reza: “El que registrare antecedentes penales por delito doloso contra las personas o con el uso de armas, o se encontrare gozando de una excarcelación o exención de prisión anterior y portare un arma de fuego de cualquier calibre, será reprimido con prisión de cuatro (4) a diez (10) años.”

Sostengo que la figura del art. 189 bis inc. 2do., párrafo octavo CP, es inconstitucional, en tanto lesiona los principios ne bis in idem y de culpabilidad, y este último en sus dos derivados: principio

de proporcionalidad y su manifestación en un derecho penal de autor.

En primer lugar, el principio *ne bis in idem*, expresamente establecido en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, en función de los arts. 14.7 del PIDCyP y 8.4 de la CADH, prohíbe ser sancionado dos veces por el mismo hecho. Por lo tanto, no es posible que el delito anterior ya juzgado, tenga influencia respecto del monto de pena del nuevo delito, puesto que de lo contrario, se estaría castigando por segunda vez aquella primera acción.

Es decir, con esta agravante, se está imponiendo un “plus” de pena, como consecuencia de la valoración de la conducta ya realizada, por la sola existencia de indicadores que el legislador ha valorado como indicios de peligrosidad y por ello de enemistad al derecho.

Respecto del principio de culpabilidad, entiendo que esta agravante implica un claro derecho penal de autor, en tanto lo que se evalúa es la peligrosidad del agente por haber realizado hechos ilícitos previamente. El aumento de castigo sólo se fundamenta en condenas anteriores, por lo que es y no por lo que hizo.

La norma cuestionada, al considerar que quien porta un arma, con antecedente penales condenatorios o estando en libertad con procesos penales en trámite, demuestra como un síntoma, “un grado de peligrosidad que sobrepasa el umbral de lo aceptable socialmente” y que, por ello debe ser excluido mediante un encierro prolongado, se contrapone con la jurisprudencia internacional y de la CSJN.

En primer lugar, me refiero al fallo de la CIDH en el caso “Fermín Ramírez c/Guatemala”, en el cual sostuvo: “la incorporación de la peligrosidad como descripción de la conducta típica es contraria al principio de legalidad, que dispone la punición de hechos o conductas ilícitas culpablemente realizadas, pero no autoriza la sanción a partir de una combinación de la certeza sobre los hechos pasados y la especulación sobre conductas futuras”.

En el mismo sentido estableció: “la introducción en el texto penal de la peligrosidad del agente como criterio para la calificación típica de los hechos y la aplicación de ciertas sanción, es incompatible con el principio de legalidad criminal y, por ende, contrario a la Convención”.

Por su parte, la CSJN, en el fallo “Gramajo”, también sostuvo: “la peligrosidad, tomada en serio como pronóstico de conducta, siempre es injusta o irracional en el caso concreto, precisamente por su naturaleza de probabilidad, pero cuando la peligrosidad ni siquiera tiene por base una investigación empírica, carece de cualquier contenido válido y pasa a ser un juicio arbitrario de valor, que es como se maneja en el derecho penal.”

En igual sentido, en vínculo a la transgresión del principio de proporcionalidad, debe destacarse que existe una marcada desproporcionalidad entre la pena prevista y la magnitud de la lesión, comparando la escala penal de la figura agravada con la de otros tipos penales, cuyo bien jurídico afectado es la vida o la integridad física.

Por último, conforme al principio de culpabilidad, la pena no puede superar la gravedad del injusto y la culpabilidad del autor, por lo que no es constitucionalmente válido invocar criterios de prevención general o especial para imponer penas desproporcionadas, en tanto se estaría “usando” al autor como instrumento con fines preventivos, vulnerando el principio de dignidad humana.

En resumen, un Estado que se precie de ser Constitucional de Derecho, no puede admitir este tipo de agravantes que vulneran una pluralidad de garantías constitucionales, toda vez que los niveles normativos superiores incorporan no sólo límites formales, sino también sustanciales al ejercicio de cualquier poder.

3. Asimismo, me he pronunciado en soledad respecto de la inconstitucionalidad de la reincidencia en precedentes que cita el Dr. Hernández. A sus glosas me remito.

4. Por último, respecto de la pena única impuesta, asiste razón al defensor ante esta instancia, toda vez que se ha infringido el art. 58 del CP, al dictarse la pena única, integrándola con una pena ya vencida.

Ello, en tanto le dictaron esta última sentencia cuando el imputado estaba cumpliendo la libertad condicional de una pena de cinco años y ocho meses impuesta en la causa 1183/1 del Tribunal

Criminal Nro. 1 departamental.

Me explico, al momento de dictarse la segunda sentencia y la pena única (30/4/09), la primer condena ya se encontraba agotada (venció el 27/6/07, ver fs. 218 de los principales), por lo que no quedaban restos de la primer condena para unificar.

Voto parcialmente por la afirmativa.

A la misma primera cuestión planteada el señor Juez, doctor Piombo, dijo:

Adhiero, en general, a lo expresado por el preopinante.

En particular, me separo en tres temas:

a) Considero constitucional el art. 189 bis, inc. 2, del Código Penal, en cuanto sanciona más severamente la portación de un arma por parte de quien registra antecedentes por delito doloso contra las personas o cometido con armas. Adhiero a lo expresado por una Sala hermana el 22/05/2008 en causa 28.057.

b) También reputo constitucional al instituto de la reincidencia, conforme lo reafirmara la mayoría en el precedente “Maidana”.

c) El enunciado por el doctor Natiello en su voto, del cual tomé conocimiento en el acuerdo previo, respecto a la ritualidad de la unificación realizada.

De ahí que se imponga el rechazo.

Voto por la negativa.

A la misma primera cuestión planteada el señor Juez, doctor Natiello, dijo:

Adhiero a lo manifestado por el doctor Piombo, respecto de la constitucionalidad del artículo 189 bis inc. 2 del C.P. y el instituto de la reincidencia.

En cuanto a la pena única pronunciada por el a quo considero que la misma ha sido fundamentada y ajustada a derecho (artículo 58 del C.P.).

En efecto, deviene correcta la unificación de condenas dictada pues la pena acordada en la primera sentencia a unificar no se hallaba totalmente agotada al momento de la comisión de los delitos que dieron motivo al dictado del segundo laudo. Es decir, reitero, a la fecha de comisión del segundo delito el encausado se encontraba todavía cumpliendo la pena impuesta en la primera sentencia condenatoria, aunque sea en libertad condicional.

De no procederse a la unificación se estaría licuando, en desproporcionado beneficio a favor del imputado, la sanción impuesta en la primera condena con la prisión preventiva que pudiese potencialmente haber cumplido en la segunda causa.

Voto por la negativa.

A la segunda cuestión planteada el señor Juez, doctor Sal Llargués, dijo:

Visto el modo como ha sido resuelta la cuestión precedente y dejando a salvo mi opinión corresponde: 1) por mayoría y los fundamentos dados, rechazar en todos sus términos el recurso de Casación interpuesto a favor de S. M. A. L., sin costas en esta instancia. (Arts. 210, 373, 530 y 532 del C.P.P.; 50, 58, 166 inc. 2º párrafo 2º, 189 bis inc. 2 párrafo 3º y 8º del C.P.); y 2) tener presente la reserva del caso federal planteada a tenor del art. 14 de la ley 48.

Así lo voto.

A la misma segunda cuestión planteada el señor Juez, doctor Piombo, dijo:

Adhiero al voto del doctor Sal Llargués expidiéndome en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Así lo voto.

A la misma segunda cuestión planteada el señor Juez, doctor Natiello, dijo:

Adhiero al voto de los colegas preopinantes y doy el mío en igual sentido y por los mismos

fundamentos.  
Así lo voto.

Con lo que terminó el acuerdo dictándose la siguiente:

**S E N T E N C I A**

Por lo expuesto en el Acuerdo que antecede el Tribunal resuelve:

I.- Por mayoría y los fundamentos dados, rechazar en todos sus términos el recurso de Casación interpuesto a favor de S. M. A. L., sin costas en esta instancia.

Arts. 210, 373, 530 y 532 del C.P.P.; 50, 58, 166 inc. 2º párrafo 2º, 189 bis inc. 2 párrafo 3º y 8º del C.P.

II.- Tener presente la reserva del caso federal planteada a tenor del art. 14 de la ley 48.

Regístrese. Notifíquese. Remítase copia certificada de lo aquí resuelto al tribunal de origen.

Oportunamente remítase.

FDO.: BENJAMÍN SAL LLARGUÉS – CARLOS ANGEL NATIELLO – HORACIO DANIEL PIOMBO

Ante mi: Gerardo Ciresdigg

inShare0

**Revista Anual del Instituto**

**Revista N° 3, Año 2010.**