

Reflexiones en torno a la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas y sus fines.

Ana Isabel Betrán Pardo

Socia de la FICP

Fiscal sustituta. Licenciada en Criminología. Doctoranda en Derecho Penal.

La pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas aparece configurada en el vigente Código Penal únicamente como una pena principal para los delitos de homicidio y lesiones imprudentes y para algunos delitos relacionados con la violencia intrafamiliar, tanto de género como doméstica. Además, aparece como pena accesoria de imposición facultativa en los delitos de tenencia de armas y explosivos. El hecho de que no se encuentre configurada en la parte general como una pena accesoria autónoma impide su imposición en otros delitos distintos de los anteriores, ni siquiera en aquellos en los que se castiga como una conducta agravada el uso de armas en su comisión. Es por ello, por lo que resulta una tarea compleja la justificación en torno a su imposición y las finalidades que esta pena puede llegar a cumplir tanto con arreglo a los criterios de la dogmática penal como desde el punto de vista de los principios que inspiran el Derecho penal.

I. INTRODUCCIÓN.....	1
II. CONFIGURACIÓN LEGAL.....	2
III. NATURALEZA JURÍDICA.....	3
IV. SOBRE LOS CONCEPTOS “ARMA”, “PORTE” Y “TENENCIA”.....	5
V. ¿PUEDE IMPONERSE COMO PENA ACCESORIA EN CUALQUIER CLASE DE DELITO?.....	8
VI. CATÁLOGO DE DELITOS SANCIONADOS CON ESTA PENA.....	9
VII. EL QUEBRANTAMIENTO DE LA PENA DE PRIVACIÓN DEL DERECHO A LA TENENCIA Y PORTE DE ARMAS.....	11
VIII. REFLEXIÓN SOBRE LA FINALIDAD DE ESTA PENA.....	15

I. INTRODUCCIÓN.

Junto con las penas privativas de libertad y las pecuniarias, el Código Penal incluye en su articulado como penas principales otras penas que son las privativas de derechos, a través de las cuales se quiere abarcar las sanciones que consisten en privación de derechos políticos, profesionales o civiles. Como dice LÓPEZ BARJA de QUIROGA¹, se trata de una serie de privaciones que tenían un claro origen infamante, llegando en este orden hasta la muerte civil² por las que a una persona se le privaba de todos sus derechos. Posteriormente, aparecen con el

¹ LÓPEZ BARJA de QUIROGA, J., Las penas privativas de derechos, *Revista del Poder Judicial*, nº 53, 1.999, pág. 127.

² Véase Partida 4ª, Título XVIII, Ley II.

nombre de pena de infamia en el CP de 1822, tras el cual desaparece esa denominación hasta el Código de 1995, aunque también es cierto que en los códigos penales intermedios aparecían penas de esa naturaleza tales como el extrañamiento, confinamiento, destierro, pérdida de la nacionalidad o inhabilitación especial del derecho al sufragio activo, entre otras. Así pues, el vigente Código recupera la denominación y el artº 39 contiene un catálogo de penas privativas de derechos de naturaleza muy heterogénea, aunque no faltan autores³ que ponen de manifiesto que también en la parte especial del CP se encuentran penas de las mismas características, como la prohibición de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social (artículos 305.1 y 3 y 308.3). Así pues, el artº 39 CP contiene un variadísimo catálogo de penas privativas de derechos, algunas de las cuales se presentan como muy gravosas para el sujeto pasivo, como las inhabilitaciones para empleo o cargo público, y otras cuya gravosidad es en general muy escasa o nula, al menos, aparentemente. Entre estas últimas, hemos fijado nuestra atención en la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas y nos hemos propuesto analizar tanto su naturaleza como su justificación y comprobar qué finalidad tiene asignada el castigo a través de su imposición, para comprobar si puede asignársele alguna partiendo de los conceptos que sobre el particular nos proporciona la dogmática penal⁴. Para ello, tras recorrer su configuración legal en la parte general del CP, analizaremos los distintos delitos en los cuales el legislador prevé su imposición, para terminar con una reflexión sobre si se trata de una pena adecuada y ajustada a los principios que inspiran el Derecho Penal y a la alarma social o repercusión social de las conductas contenidas en los tipos delictivos para los que está prevista. Y ya adelantamos, que nuestro parecer, y debido a la heterodoxia de su regulación, la respuesta ha de ser negativa.

II. CONFIGURACIÓN LEGAL.

La pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas no existía ni como principal ni como accesoria en el Código Penal de 1973, aunque había un resquicio de ella para los enajenados o para quienes hubiesen cometido el hecho bajo trastorno mental como medida de seguridad transitorio (arts. 8.1 c) y 9.1 a) del CP 1973). Se introduce por primera

³ MAZA MARTÍN, J.M. Penas privativas de derechos y accesorias en el nuevo Código Penal. *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 24, Consejo General del Poder Judicial, 1.996, pág. 7.

⁴ El artº 25 de la Constitución Española sólo se refiere a la finalidad de las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad cuando dice que estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social, pero no se refiere a las penas privativas de derechos ni a las pecuniarias, ni las de otra naturaleza.

vez en el Código Penal de 1.995 el cual no la define, sino que únicamente en el artº 47⁵, expresa cual será su contenido cuando expone que inhabilitará al penado para el ejercicio de este derecho por el tiempo fijado en la sentencia, añadiéndose en el apartado siguiente que cuando sea superior a dos años comportará la pérdida de la licencia que le habilite para la tenencia y porte. No obstante, si bien este derecho podría adquirirse *ex novo* una vez transcurra el plazo de la pena, lo que ha llevado a algún autor⁶ a poner de relieve que al igual que la pena de privación del derecho a la conducción de vehículos a motor y ciclomotores, tiene una naturaleza híbrida, que vendría a evidenciarse desde la LO 15/2007 en el texto del art. 47 CP. Si la pena tiene una duración menor o igual a dos años sus efectos serán suspensivos, y si, una vez cumplida la condena, la licencia siguiese en vigor, en ese momento podrá ser recuperada sin ningún tipo de problema, asemejándose más en este punto a una pena de suspensión. Pero si la condena se produce por un tiempo superior a dos años, la licencia caducará por el mero hecho de que hubiese una condena en firme de esa duración. Este hecho convierte, por tanto, la pena que anteriormente generaba una situación suspensiva en una de carácter definitivo, ya que el sujeto para poder volver a poseer armas tendría que iniciar nuevamente todo el proceso administrativo.

Además de este precepto, es el artº 39 el que habilita su existencia desde el punto de vista del principio de legalidad y el artº 40 sus límites máximo y mínimo que oscilarán entre los 3 meses y los 10 años, siendo el artº 33 el precepto que regula las tres categorías de la misma, como hace con las restantes penas en su consideración de grave, menos grave o leve en atención a su duración. Y por si fuera necesario, el artº 70 dispone que en caso de determinación de la pena superior en grado, extiende el límite máximo hasta los 20 años. No se prevé como pena accesoria, ni tampoco como regla de conducta en caso de sustitución o suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, pero sí como medida de seguridad en el artº 105.2 CP. VALLDECABRES ORTÍZ⁷ mantiene que es posible su imposición como medida cautelar, lo que debería acordarse en su caso al amparo del artº 13 de la L.E.Crim o del artº 67 de la L.O. 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas integrales contra la violencia de género.

⁵ Este precepto también expresa cual será el ámbito de la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores, pena privativa de derechos esta que tiene una mayor relevancia por lo gravoso de sus consecuencias para el penado.

⁶ CASTRO LIÑARES, D., *Las penas en particular*. La pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas. FARALDO CABANA, P., (Coor.), Tirant lo Blanch, Valencia 2013, pág 482.

⁷ VALLDECABRES ORTÍZ, I., En: VIVES ANTÓN, T., (Coor.) *Comentarios al Código Penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 334.

III. NATURALEZA JURÍDICA.

Las penas privativas de derechos han sido objeto de un profundo debate doctrinal en el que se ha cuestionado tanto su naturaleza punitiva como su legitimidad, pues se ha rechazado su consideración de penas, por entender que al igual que en el derecho alemán más bien se trataría de consecuencias accesorias. Pero esta no ha sido la opción seguida por nuestro legislador, pues a parte de su denominación resulta que están previstas como penas principales y no como accesorias. También se defiende que se trataría de medidas de seguridad⁸, pues algunas de ellas, y en concreto la que nos ocupa, tiene su equivalente en las medidas de seguridad. Por otra parte, no dice el legislador constitucional cual es la finalidad de estas penas privativas de derechos, a diferencia de lo que hace con las privativas de libertad y las medidas de seguridad, que han de estar orientadas a la reeducación y reinserción social, según dispone el artº 25 CE.

Pero en relación a su naturaleza podemos analizar otra perspectiva con CASTRO LIÑARES⁹ quien mantiene que el hecho de que se incluya como pena privativa de derechos invita a realizar un ejercicio lógico, ya que de lo que esta sanción priva es de un derecho cuya titularidad se ostenta, por lo que podríamos buscar en algún texto legal alguna referencia en la que se proclame la posesión y tenencia de armas como una prerrogativa de contenido positivo. Esto implicaría que hubiese alguna institución o poder público que velara por que los ciudadanos pudiesen gozar de su cumplimiento efectivo. No siendo posible la realización exitosa de esta búsqueda, se ha de concluir que en España no existe el derecho a la tenencia y porte de armas, tal y como plantea la redacción de esta pena. Por todo esto, dice este autor, no se debe entender la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas desde este prisma. En nuestra legislación, el acceso legal a la tenencia y porte de armas se realiza si se satisfacen unos requisitos estipulados en un procedimiento administrativo, formalidades que se encuentran recogidas en el Reglamento de Armas, de modo que una vez cumplidos ya se está en condiciones de optar a la obtención de dicho permiso. Por tanto, el derecho a la tenencia y porte de armas se entiende como el derecho a que se conceda la licencia y, por ende, la tenencia de armas, siempre y cuando se cumplan los requisitos que habilitan a ello. No se ha de pensar, entonces, como un derecho fundamental a imagen y semejanza de los

⁸ QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Comentarios al Código Penal*, Madrid 1996, pág. 330.

⁹ CASTRO LIÑARES, D., *Las penas en particular...* pág. 480.

consagrados en la Constitución española o en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, ni tampoco como una construcción derivada de algún pronunciamiento del Tribunal Constitucional, al igual que ocurre con el derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores. Pero la postura que se acaba de exponer resulta un tanto particular, porque, en definitiva, tanto en uno como en el otro caso, de lo que se trata es de regular el desarrollo de una actividad que puede resultar peligrosa, como es el uso de un arma o la conducción de un vehículo y el Estado ha de asegurarse que quien desarrolle esta actividad está capacitado para ello y por eso se priva del derecho a quien se considera que debido a su actitud ilícita, da muestras de haber perdido esa capacidad siquiera sea temporalmente, por lo que la configuración de este eventual derecho resulta mucho más relevante desde la vertiente negativa, es decir, cuando se produce la pérdida del mismo, que desde la positiva, tenencia del mismo. Quizás como consecuencia de lo expuesto resultaría a nuestro entender más apropiado denominarla “facultad o posibilidad de tener y portar armas” que derecho a la tenencia y porte de armas.

En definitiva, resulta complejo determinar cual es la verdadera naturaleza de las penas privativas de derechos, y entre ellas, la que nos ocupa, pues responden a realidades muy diversas y que se agrupan conjuntamente en esta categoría sin más cohesión que la imposibilidad de ubicarlas en otros preceptos que contienen penas de otra naturaleza como las privativas de libertad o las pecuniarias. En cualquier caso, considero que se trata de auténticas penas cuya imposición va aparejada a la comisión de ciertos delitos. Otra cosa distinta es si como penas que son cumplen alguna finalidad, cuestión la anterior sobre la que trataremos más adelante.

IV. SOBRE LOS CONCEPTOS “ARMA”, “PORTE” Y “TENENCIA”.

Igual que ocurre en muchas ocasiones a lo largo del CP, también al analizar el contenido de esta pena puede observarse que el legislador nos ofrece algunos conceptos que han de ser integrados, como una suerte de elementos normativos, por lo que la interpretación literal del precepto no resulta suficiente ni satisfactoria.

En primer lugar encontramos los términos “tenencia” y “porte”, cuya interpretación doctrinal nos sitúa ante posiciones contrapuestas.

Por una parte, se encuentra la postura¹⁰ que mantiene que no tiene sentido realizar una división entre los términos "tenencia" y "porte" de armas, ya que para poder tener armas se ha de estar en posesión de la licencia administrativa que habilite a ello, por lo que si se revocase la licencia, su porte quedaría a su vez también revocado. Por ello, desde este razonamiento, se podría pensar que no sería correcto incluir en la redacción de esta pena la privación del porte de armas, puesto que la tenencia se posiciona en un estadio anterior de posesión, lo que implica que al ser esta revocada, cualquier acción que devenga posteriormente quedaría automáticamente anulada.

Desde otra perspectiva, MAPELLI CAFFARENA¹¹ considera correcto realizar la diferenciación entre la tenencia y el porte. Según este autor, la tenencia y el porte dan respuesta a necesidades diferentes, ya que la tenencia responde a la prohibición de tener un arma y el porte responde a la prohibición de poder llevarla encima. Estas serían realidades diferentes y, por tanto, la vulneración de una no implica la vulneración de la otra. De este modo, y siguiendo con esta línea de pensamiento, la redacción actual no resultaría redundante, sino que sería correcta.

Puede aportarse finalmente una perspectiva intermedia que es la que nos proporciona CASTRO LIÑARES¹², según la cual si solamente se contempla la posibilidad de que el infractor vaya a utilizar sus propias armas, el contenido de la pena se podría entender como una sucesión lógica de acontecimientos que van desde la adquisición de la licencia administrativa, que habilita a la tenencia de armas, pasando posteriormente a estar autorizado para poder realizar legalmente todas las acciones que su contenido permita. Por tanto, desde este prisma no resultaría erróneo posicionarse en línea con la primera tendencia doctrinal, que considera que no se podría estar habilitado al porte de armas, así como a posteriores acciones, desde el momento en que no se está habilitado para tener un arma. Una posible solución a esta controversia terminológica nos la ofrecería el hecho de que la privación del derecho se circunscribiera al uso de las armas, pues resulta un término mucho más clarificador.

Pero más complejo que los anteriores es el relacionado con el significado que ha de darse al término arma, pues antes de discutir si lo que se prohíbe es la tenencia o el porte, ha de definirse el concepto del objeto que resulta prohibido por la pena. Al no quedar definido

¹⁰ TAMARIT SUMALLA, J.M., "Art. 47", en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Thomson Reuters, Navarra, 2011, pág. 441.

¹¹ MAPELLI CAFFARENA, B. *Las consecuencias jurídicas del delito*, Thomson Reuters, Madrid, 2011, pág. 273.

¹² CASTRO LIÑARES, D., *Las penas en particular...*, pág. 484.

en el CP resultará necesario acudir a normas extrapenales¹³. Este concepto ha sido objeto de interpretación al analizar el delito de tenencia ilícita de armas. Conviene indicar que en nuestro ordenamiento jurídico aparece un concepto de arma en el Reglamento de Armas (Real Decreto de 29 de enero de 1993, modificado por el Real Decreto de 25 de marzo de 1994) y que en parte es una transposición de la Directiva 91/477 de 18 de junio de 1991, sobre el control de la adquisición y tenencia de armas. La cuestión que seguidamente se plantea es la de determinar si la privación del derecho a la tenencia y porte de las armas abarca sólo las reglamentadas, es decir, aquellas cuya adquisición, tenencia y uso pueden ser autorizadas o permitidas con arreglo a lo dispuesto en el Reglamento de armas, o si, por el contrario, incluye la tenencia y porte de cualquier instrumento que pueda ser conceptuado como arma con independencia de que se encuentre o no reglamentada.

En la doctrina, existen autores que se inclinan hacia la última interpretación bajo el argumento de que la pena se refiere al término “arma” y no desde luego al de arma reglamentada. Si el legislador hubiera querido hacer alguna referencia al Reglamento lo hubiera debido decir expresamente¹⁴.

Pero también hay quien afirma cuestión no puede contestarse a priori, sino que viene determinada por las características del arma a efectos de esta pena. Parece que no debe seguirse un concepto amplio de arma como el manejado en el delito de lesiones o en el de robo con violencia (arts. 148 y 242) que atienden a la capacidad lesiva del objeto¹⁵.

Otros autores¹⁶ ponen de manifiesto que por armas cabe entender únicamente las de fuego, pues así lo sugiere el hecho de que los arts 142 y 152 CP se aluda al uso de tal clase de armas para la realización del delito, además de lo absurdo que resultaría que la inhabilitación alcanzase a las armas blancas, susceptibles de un uso habitual en la vida de cualquier persona y cuya adquisición y tenencia es libre para las personas mayores de edad, según dispone el artº 106 del Reglamento. Por ello, dicen, debe prosperar una interpretación restrictiva, coincidente con el sentido del término arma en otros preceptos de la parte especial.

Pero ha de ponerse de relieve que si bien los arts. 142.2 y 152.2 CP que tipifican respectivamente el homicidio y las lesiones imprudentes, prevén la imposición de esta pena

¹³ Según el Diccionario de la Real Academia, arma es el instrumento, medio o máquina destinados a atacar o a defenderse.

¹⁴ LÓPEZ BARJA de QUIROGA, J., Las penas privativas ..., pág. 142.

¹⁵ ROCA AGAPITO, L., Las penas privativas y restrictivas de derechos. El sistema de sanciones en el Derecho Penal español. <http://vlex.com>

¹⁶ QUINTERO OLIVARES, G., (Dir.), *Comentarios al Código Penal Español*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pág 441.

cuando se hubieran utilizado armas de fuego, lo cierto es que al describir la misma no hacen referencia al adjetivo de fuego, sino que únicamente especifican la privación del derecho a la tenencia y porte de armas en general, sin circunscribirse únicamente a las armas de fuego. En otro orden de cosas, debe tenerse en cuenta que la normativa sobre armas exige un certificado de antecedentes penales en vigor como condición para la expedición de las licencias de armas y esta circunstancia ya asocia implícitamente la condena a la no autorización para el uso de las armas. El Reglamento de Armas prevé además la posibilidad de revocación de las autorizaciones concedidas en cualquier momento, si se aprecia que no se reúnen los requisitos exigibles para la concesión (artº 97-5).

MAPELLI CAFARENA¹⁷ que entiende que el mismo ha de restringirse al de todo instrumento que, tanto se pueda destinar a ofender como a defenderse, siempre que requiera, en cualquier caso, para su uso, una licencia administrativa.

En definitiva, no aclara el legislador ni se pone de acuerdo la doctrina en qué tipo de armas han de incluirse en la prohibición a su porte y tenencia. Discuten incluso si es necesario privar del derecho a ambas cosas si se tiene en cuenta que si se priva de la tenencia no es necesario privar del porte, ya que no se puede portar lo que no se tiene.

Particularmente considero que en el intento de encontrar una solución, más que analizar el término que el legislador incluyó en el CP, debería afrontarse al análisis atendiendo a la finalidad que tiene esta pena, a cual es el fundamento de su castigo y si la misma es proporcionada, adecuada y ajustada a los principios que inspiran el derecho penal y a la alarma social o repercusión social de las conductas analizadas y desde este planteamiento integrar el concepto que el legislador nos ofrece.

V. ¿PUEDE IMPONERSE COMO PENA ACCESORIA EN CUALQUIER CLASE DE DELITO?

La opción elegida por el legislador parece indicar sin género de dudas que esta pena privativa de derechos no puede imponerse como accesoria a cualquier delito sino sólo a aquellos que lo tienen previsto dentro del precepto, pues el respeto al principio de legalidad obliga a extraer esta consecuencia. Son muchos los argumentos que avalan su naturaleza de

¹⁷ MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, Thomson Reuters, Madrid, 2011, pág. 272.

pena principal, postura esta que se encuentra doctrinalmente consolidada, aunque no faltan autores como BAUCCELLS LLADÓS ¹⁸ que mantienen la contraria, considerando factible la aplicación de la pena como accesoria, planteándose que el Código Penal vigente permite ya imponer la sanción con tal naturaleza. Según este autor, la expresión "o cualquier otro derecho" del art. 56.1.3 CP serviría de asidero legal para poder sustentar una eventual sanción accesoria de privación del derecho a la tenencia y porte de armas. De este modo, y mediante una justificación motivada, se puede salvar el aparente vacío legal existente en la actualidad. No obstante, ese argumento no goza de gran fortaleza y es el mismo autor quien asume que no sería aplicable por ejemplo a los autores de muertes dolosas consumadas, ya que las penas de prisión son superiores a diez años y este artículo fija el límite superior de la sanción privativa de libertad en diez años.

A nuestro juicio, esta postura es difícilmente defendible. En primer lugar porque la dicción literal del citado precepto nos indica que lo que se describe es un catálogo de inhabilitaciones especiales de la más variada naturaleza. Pero inhabilitar y privar tienen significados diferentes. El Diccionario de la Real Academia nos dice que privar es despojar a alguien de algo que poseía, e inhabilitar es declarar a alguien inhábil o incapaz de obtener o ejercer cargos públicos o de ejercitar derechos civiles o políticos. De hecho, el propio precepto se refiere a la privación de la patria potestad y si privar fuera lo mismo que inhabilitar, no sería necesaria esa expresa referencia y bastaría con referirse a inhabilitar de la patria potestad. Por otra parte, cuando el legislador ha querido dotar a una pena de una naturaleza de accesoria no ha dudado en dejarlo claro, pues su configuración es bien distinta. Aquellos preceptos que contienen penas accesorias expresan de una forma muy detallada tanto el marco como las condiciones de su imposición y su extensión. Pero el principal argumento en contra de la consideración de la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas como pena accesoria aplicable a cualquier delito se encuentra en el hecho de que aún en el caso de entenderla integrada en el art 56, no podría imponerse en los delitos de homicidio o asesinato doloso, aunque se hubieran usado armas en su comisión ni en todos aquellos delitos que tienen penas superiores a 10 años.

Por el contrario, el artº 67 de la L.O.1/2004, de Medidas Integrales de Violencia contra la Mujer establece la posibilidad de que el Juez pueda acordar, respecto de los inculpados en delitos relacionados con la violencia a que se refiere esta Ley, la suspensión del derecho a la

¹⁸ BAUCCELLS LLADÓS, J., *Comentarios al Código Penal español*. QUINTERO OLIVARES, G., (Dir.), Editorial Aranzadi, Pamplona 2011, pág. 487.

tenencia, porte y uso de armas, con la obligación de depositarlas en los términos establecidos por la normativa vigente. En cuanto a los delitos a los que se refiere la Ley estos son los previstos en el artº 153, 171,172 y 468, dándose la circunstancia que parece que en este último podría acordarse como medida cautelar pero no como pena después de una sentencia condenatoria, lo que resulta un tanto atípico y contradictorio.

VI. SOBRE EL CATÁLOGO DE DELITOS SANCIONADOS CON ESTA PENA.

Un repaso por la parte especial del CP nos acerca a dos perspectivas bien diferentes. Por una parte, la aquellos delitos que tienen como pena principal la de privación del derecho a la tenencia y porte de armas, y por otra parte, aquellos delitos que ven agravada la pena a imponer por haber hecho uso de las armas como medio comisivo, siendo que estos preceptos no incluyen entre sus catálogos de penas la de privación del derecho a la tenencia y porte de armas. A consecuencia de lo anterior, decae a mi juicio uno de los fundamentos de esta pena como sería el hecho de encontrar su significado generalista en la prevención especial, al imponerla a quienes cometan el delito haciendo uso de las armas, pues esta circunstancia añade un plus de peligrosidad y aumenta las posibilidades de éxito. La ausencia de fines comunes y generales convierte en necesario el análisis de cada clase de delito. Y todo ello, a fin de encontrar una justificación del por qué el legislador decidió que su configuración fuera la vigente.

Ya hemos comentado que aparece como pena principal en los delitos de los artículos 142.1 y 152.1 que se refieren al homicidio y las lesiones imprudentes, siempre que los hechos se hayan cometido con armas de fuego, pero sin embargo, como ya hemos anticipado, no está prevista esta pena ni en el homicidio doloso, ni en las lesiones dolosas, si bien en el caso de las lesiones, a no ser que se trate de maltrato de obra sin lesión o lesiones que requieran para su sanidad primera asistencia facultativa y se hayan causado en el ámbito de la violencia contra la mujer o de la violencia intrafamiliar a alguna de las personas a las que se refiere el artº 173.2 CP a las que ahora nos referiremos.

Por otra parte, ha de ponerse de relieve que hasta la L.O. 15/2003 esta pena no estaba prevista para los delitos de tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones y explosivos, a tenor de lo dispuesto en el art. 570.1 CP. De modo un tanto incomprensible, la redacción originaria de estos delitos en el CP de 1995 no la había previsto y se introducen con la reforma citada.

Pero fue la entrada en vigor de la L.O. 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, la que vino a revolucionar los cimientos de esta pena, dado que el legislador aún sin ofrecer justificación alguna, decidió que debía pasar a tener la condición de pena principal, junto a otras, en una serie de delitos relacionados con la violencia intrafamiliar. Así, el recorrido por la parte especial del Código nos lleva a encontrar esta pena como principal junto a la prisión o los trabajos en beneficio de la comunidad, en las lesiones de los apartados 1 y 2 del artº 153, en las amenazas de los apartados 4 y 5 del artº 171 y en las coacciones del artº 172.2, con una duración en todos los casos de 1 a 3 años. Igualmente, el artº 173-2 prevé la imposición de esta pena como principal junto con la pena de prisión, en los supuestos de violencia psíquica o física habitual, teniendo una duración en este caso de 2 a 5 años, tratándose igual que en los casos anteriores de una pena menos grave.

Desde otra perspectiva, y en cuanto a los preceptos que agravan pena por el hecho de utilizar armas en su comisión estos son: las lesiones del artº 148; las lesiones intrafamiliares del artº 153.3; las agresiones sexuales de los artº 178 y 179, pues así lo establece el artº 180; el robo con violencia e intimidación del artº 242.3; el maltrato injustificado a animales del artº 337.2¹⁹; el tráfico de drogas del artº 368, según el artº 369.8º; la realización arbitraria de su propio derecho del artº 455.2; el atentado del artº 551, según el artº 552.1; la organización delictiva del artº 570 bis y el grupo criminal del artº 570 ter, aunque en realidad en estos dos últimos preceptos se castiga el mero hecho de su tenencia aunque no lleguen a usarse las armas.

VII. EL QUEBRANTAMIENTO DE LA PENA DE PRIVACIÓN DEL DERECHO A LA TENENCIA Y PORTE DE ARMAS.

Según los datos que nos ofrece el Instituto Nacional de Estadística, en el año 2013, 28.578 personas fueron privadas del derecho a la tenencia y porte armas. Si nos ubicamos en el quehacer diario de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, en el momento de producirse una condena por un delito que lleva aparejada esta pena como principal, pocos son los interrogantes que los operadores jurídicos se plantean en torno a la misma, pues generalmente las otras penas impuestas son las que captan la atención todos ellos.

En la práctica, la condena a esta pena se presenta como una cuestión menor a la que como decimos se presta poca atención por lo general, pues parece que se trata de una pena cuyo cumplimiento sólo sería susceptible de provocar inconvenientes en aquellas personas

¹⁹ Según la redacción dada al precepto por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/95, de 23 de noviembre, del Código Penal.

que desarrollan actividades cinegéticas o que han de portar armas en el desempeño de sus actividades laborales. No obstante, no puede olvidarse que el incumplimiento de esta pena puede dar lugar a un delito de quebrantamiento de condena. ¿Pero, portar un arma en cualquier circunstancia ha de ser considerado siempre delito de quebrantamiento?

Primeramente ha de hacerse referencia a que para la existencia del delito de quebrantamiento de condena, que tipifica el art. 468.2º del Código Penal, no puede obviarse que por tratarse de figura delictiva eminentemente dolosa, que no admite forma culposa en su comisión, es preciso que concurra y quede perfectamente acreditado, como elemento subjetivo típico del injusto, la conciencia y voluntad en el sujeto agente de quebrantar la condena impuesta al mismo. Pero antes de atender a este aspecto ha de integrarse el elemento normativo del tipo en el caso concreto como sería el quebrantar el derecho a la tenencia y porte de armas.

Dado que el derecho a la tenencia y porte de armas es de configuración legal, hay que analizar la legislación sectorial para conocer su alcance, para así comprobar que conductas pueden considerarse incumplidoras de la pena. Ya hemos dicho con anterioridad que la doctrina no se pone de acuerdo sobre cual ha de ser el concepto de arma al que se ha de extender la pena, si las reglamentadas, de fuego o de cualquier tipo, aunque la prudencia aconseja la utilización de un criterio restrictivo y más desde que la misma se impone como pena principal en los delitos relacionados con la violencia intrafamiliar. Por tanto, la pregunta que se plantea es si sería suficiente la mera tenencia de un cuchillo, por ejemplo de 23 cm de hoja, para cometer el delito de quebrantamiento, porque de ser así, cualquier persona a la que se condene a esta pena está expuesta a la comisión de un delito de quebrantamiento.

La STC 24/2004 de 24 de febrero estableció que *“el delito de quebrantamiento de la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas viene a constituir una subespecie de tenencia ilícita de armas, donde la ilicitud de la tenencia no deviene de la norma que regula qué armas pueden ser poseídas y portadas legalmente y cuáles no, sino de la sentencia que impone una pena privativa del derecho a la tenencia y porte de armas”*.

El examen del Reglamento de Armas nos indica que, un cuchillo de las características señaladas es un arma reglamentada y no un arma prohibida (artº 3, apartado 1º, categoría 5ª). Sólo cabría incluir un cuchillo como el descrito en la categoría de arma prohibida si se considerara que tiene cabida en el art. 4.1.h) del Reglamento que prevé dentro de dicha categoría cualesquiera otros instrumentos especialmente peligrosos para la integridad física de

las personas. La indeterminación de dicho apartado h) impide que el mismo pueda completar la conducta típica penal por ausencia del requisito de taxatividad o certeza de la norma penal.

Así las cosas, de la lectura del Reglamento de Armas se desprende que para la tenencia y porte de un cuchillo como el referido no se necesita permiso, licencia ni tarjeta alguna. La conducta que se sanciona administrativamente es su porte, exhibición y uso fuera del domicilio o lugar de trabajo (artº 146), por lo que parece que el porte, sin exhibición y sin uso quedaría fuera del ámbito de lo prohibido, salvo que, como dice el artº 146.2 quien porte el arma hubiera sufrido una condena por delito o falta contra las personas o la propiedad o por uso indebido de armas o sanción por infracción del Reglamento, conductas las anteriores que serían constitutivas de una falta administrativa leve, salvo que constituyera delito. Consecuencia de lo anterior es que en principio cabría estimar que quien está cumpliendo condena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas como consecuencia de un delito contra las personas la quebranta con la simple posesión de un arma reglamentada para cuya tenencia no se exige licencia. Aunque dicha conclusión parece desproporcionada.

La STC 24/2004 de 24 de febrero interpretó constitucionalmente el contenido del art. 563 del Código Penal, concluyendo que "a tenor del art. 563 CP las armas cuya tenencia se prohíbe penalmente son, exclusivamente, aquellas que cumplan los siguientes requisitos:

- a) Que sean materialmente armas, pues no todos los objetos prohibidos con ese nombre en la norma administrativa lo son,
- b) Que su tenencia se prohíba por una norma extrapenal con rango de ley o por el reglamento al que la ley se remite,
- c) Que posean una especial potencialidad lesiva y, por último,
- d) Que la tenencia se produzca en condiciones o circunstancias que la conviertan, en el caso concreto, en especialmente peligrosa para la seguridad ciudadana, quedando excluida la intervención del Derecho penal cuando no concurra realmente ese concreto peligro sin perjuicio de que se acuda, en ese caso.

Una solución al supuesto enunciado nos la proporciona la SAP de Valencia de 10 de diciembre de 2010²⁰ en la que se establece que si la tenencia o porte de armas por parte del

²⁰ Esta sentencia desestima el recurso de apelación contra la Sentencia de primera instancia en la que se condenaba a una persona que, teniendo privado el derecho a la tenencia y porte de armas, iba en su

condenado lo es de un arma reglamentada y no prohibida, no sujeta en su tenencia o porte a autorización administrativa alguna y en circunstancias que no revelan peligrosidad en la tenencia, cuando, además, dicha conducta está sancionada administrativamente como falta leve, considerar dicha conducta constitutiva de delito de quebrantamiento de la pena de prohibición de tenencia y porte de armas sería tanto como considerar delictiva la contravención de la prohibición de tenencia, reglamentariamente impuesta, cuando se trata de un arma no prohibida y su tenencia se produce sin generación de riesgo.

Si por el contrario, la tenencia se produce en circunstancias reveladoras de la disposición de quien tiene el arma a utilizarla contra las personas, concurre el supuesto en el que dicha tenencia constituye infracción quebrantadora de la pena de privación del derecho a la tenencia y uso de armas. El delito de quebrantamiento de privación del derecho a la tenencia y porte de armas deberá quedar para situaciones de incumplimiento de la prohibición impuesta en sentencia o resolución judicial firme, en que la tenencia vaya acompañada de exhibición y/o uso o para supuestos de tenencia, en circunstancias peligrosas, bien de armas reglamentadas cuya tenencia no exija autorización, bien de aquéllas que exijan la concesión de licencia administrativa - supuestos en los que, además, el quebrantamiento exige una omisión de obtención de licencia administrativa para la tenencia del arma, lo que explicita la voluntad quebrantadora de la pena-.

Por tanto en aquellos casos en los que un cuchillo de 23 cm de hoja sea portado por el condenado con finalidades no lícitas, podría incurrir en el delito de quebrantamiento, lo que considero que debería ser advertido expresamente en el inicio de la ejecución. Generalmente, los requerimientos que se hacen a condenados a quienes se impone esta pena privativa no contienen grandes detalles. Una vez comprobado si la persona tiene o no armas, si las tiene, deberán ser depositadas ante la autoridad competente, pero el requerimiento no va más allá. No contempla ni advierte de la posibilidad que se acaba de exponer. Parece que al pensar en un arma, sólo pensamos en aquella que tiene capacidad para disparar, pero ya hemos advertido de la posibilidad de que se considere arma a un cuchillo de 23 cm de hoja. Así las cosas, impuesta la pena, y realizado un requerimiento son mayores detalles, considero que no puede exigirse al condenado que sea él quien integre el contenido de la privación. Se trataría además de concretar unas circunstancias en las que podrán usarse o no determinados objetos o elementos a los que pueda otorgárseles la condición de armas, que ni siquiera desde la doctrina se exponen con claridad.

vehículo sólo y llevaba escondido bajo el asiento un cuchillo de 24 cm de hoja, a fin de defenderse de las amenazas de las que decía ser objeto.

De esta manera, en el supuesto de que a un condenado a esta pena le fuere imputado un delito de quebrantamiento de condena, en determinadas circunstancias no sería extraño que alegara la existencia de error de prohibición por estar en la creencia de estar obrando lícitamente, que como se establece en el artº 14.3 CP puede ser vencible o invencible. En este último caso, le llevaría directamente a la exención de responsabilidad al no haber en el CP un delito imprudente de quebrantamiento de condena. Pero y en el caso del error vencible? De qué fuente/s de conocimiento debería el condenado obtener la información necesaria? ¿La diligencia exigida a un hombre medio significaría que habría de acudir al Juzgado a preguntar lo que no se le explicó cuando se le requirió de la privación? La respuesta a esta última cuestión parece que tendría que ser positiva, pero a la vez transmite cierta tristeza y lo expresa todo a cerca del poco protagonismo que se concede a la pena de la que tratamos en el momento de la ejecución.

VIII. REFLEXIÓN SOBRE LA FINALIDAD DE ESTA PENA

Y realizado un análisis en profundidad sobre la regulación legal de esta pena y sus consecuencias prácticas, para concluir debemos adentrarnos en el análisis de las eventuales finalidades que cumple la misma y si se trata de una pena adecuada y ajustada a los principios que inspiran el Derecho Penal y a la alarma social o repercusión social de las conductas contenidas en los tipos delictivos para los que está prevista.

Como dice GRACIA MARTÍN²¹, la discusión sobre el fundamento y fines de la pena es tan antigua como la pena misma. El análisis de las finalidades asignadas al castigo en general nos lleva a detenernos en las distintas teorías que clásicamente se han desarrollado para comprobar si alguna de ellas o todas ellas, o tal vez ninguna, nos pueden ser de utilidad a la hora de buscar los fundamentos de la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas.

Así las cosas y recapitulando, podemos decir que tres son los ámbitos en los que el legislador decide introducir esta pena privativa de derechos como principal.

²¹ GRACIA MARTÍN, L., Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, pág. 55.

Por una parte, en el homicidio y las lesiones imprudentes, ya sean por imprudencia grave o menos grave²², cuando se hubieran utilizado armas de fuego en su comisión. A mi juicio, en este supuesto la imposición de la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas parece tener como justificación el hecho de castigar el imprudente manejo en el uso de las armas de fuego en el caso de personas que tuvieran licencia, como por ejemplo accidentes de caza o accidentes producidos a causa de disparos fortuito de las armas, por lo que su finalidad estaría justificada y parece claro que la privación se referiría a armas de fuego, pues una interpretación extensiva del concepto arma, en este caso, alejaría a la pena de su finalidad de prevención especial, que parece que podría cumplir en este tipo de delitos, pero no es acorde con el principio de proporcionalidad, por defecto, desde el momento en que no puede imponerse al autor de lesiones u homicidio doloso cometido con armas de fuego o de cualquier otra clase.

En el caso de los delitos del Capítulo V del Título XXII referidos a la tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones y explosivos el artº 570, actuando como cláusula de cierre, establece en su primer apartado que en los casos previstos en este capítulo se podrá imponer la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo superior en tres años a la pena de prisión impuesta. La finalidad de la prolongación de la duración por encima de la pena de prisión se encuentra en el hecho de seguir teniendo la prohibición cuando ya se encuentre en libertad, tras cumplir la pena privativa de libertad. En esta reforma, introducida en el CP por la L.O. 15/2003 y que entró en vigor el 1 de octubre de 2004, tampoco ofreció el legislador ninguna explicación del motivo por el que efectuó la modificación, pero parece que podría hallarse una justificación en el hecho de querer castigar a aquellas personas a quienes se impusiera esta pena por haber hecho un mal uso del derecho a portar armas, por no haber respetado las normas administrativas sobre tenencia y porte de armas, ni sobre su normal uso. Pero llama la atención de la redacción del precepto que la imposición de esta pena no resulta imperativa, sino potestativa, lo que deja al arbitrio judicial su imposición. En este caso, se trata de una pena accesoria y su imposición si que parece proporcionada con la naturaleza del delito de que se trata.

Pero al margen de los dos supuestos mencionados, donde verdaderamente el legislador decide otorgar un mayor protagonismo a esta pena es en los delitos relacionados con la

²² La reforma efectuada por el Código Penal por la L.O. 1/2015, ha introducido un nuevo precepto en el que se establece esta pena como principal que es el caso del artº 142.3 que regula las lesiones por imprudencia menos grave, otorgándole una extensión de 3 a 18 meses, lo que según el nuevo artículo 13.4 CP nos sitúa ante una pena leve.

violencia intrafamiliar. Como ya hemos analizado, la apuesta decidida que el legislador realizó contra la violencia intrafamiliar, de género y doméstica a través de la L.O. 1/2004 trajo consigo, aún sin justificación aparente, la aparición de esta pena con carácter de principal en numerosos delitos de esta naturaleza, ya que antes de esa fecha sólo existía desde la reforma llevada a cabo en el precepto por la L.O. 11/2003 en el caso de las lesiones del artº 153 CP. Parece que el legislador quiso con ello que el condenado por delitos de esas características no pudiera, durante el tiempo de duración de la pena, generar situaciones de riesgo para la libertad, la seguridad, la integridad física y la vida de personas, cuando con su conducta previa ya había generado ese riesgo o había menoscabado dichos bienes jurídicos.

Desde entonces, habida cuenta de los numerosos procedimientos que se inician cada día en todo el territorio español por estos delitos, el número de condenados a esta pena ha aumentado considerablemente. Pero el respeto al principio de legalidad y la imposibilidad de considerarla como pena accesoria provoca situaciones indeseadas y sobre las que el legislador no ha reparado y si lo ha hecho no ha tenido ninguna capacidad de reacción, pues esta pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas sólo puede imponerse en los tipos delictivos de lesiones o amenazas intrafamiliares más leves, no siendo posible su imposición si las lesiones causadas a la esposa o mujer unida por análoga relación de afectividad pueden incardinarse en los artículos 148, 159 o 150, o las amenazas proferidas en el artº 169, ya que a estos preceptos, cuando el sujeto pasivo sea la esposa o mujer unida por análoga relación de afectividad, debe apreciarse la circunstancia mixta de parentesco como agravante, lo que nos sitúa ante la paradoja de que la privación del derecho a la tenencia y porte de armas será de imperativa imposición en un supuesto de maltrato de obra sin causar lesión del artº 153.1, aunque no haya mediado arma en su comisión y no será posible su imposición en un caso de lesiones con un resultado lesivo más grave o incluso gravísimo, en las que sí se haya utilizado arma en su comisión. Y lo mismo ante una amenaza grave a la esposa o mujer con análoga afectividad cometida por el esposo o compañero el cual ha utilizado un arma, donde tampoco será posible la imposición de la pena privativa de derechos de la que se trata. Tampoco sería posible su imposición en el caso de la muerte violenta de una mujer a manos del esposo o compañero, aunque esta muerte se hubiera producido por el disparo de un arma de fuego.

De lo anterior se infiere lo poco cuidadoso que ha sido el legislador en la regulación de esta pena y la poca capacidad de reacción que ha tenido una vez advertida la evidencia. Y como consecuencia de esta anárquica regulación, considero que puede afirmarse que la introducción de esta pena en los delitos de violencia no fue debido a un estudio profundo de los fines que debía cumplir, ni antes de la publicación de la ley, ni en los 10 años siguientes al

inicio de su vigencia, pues si sólo puede imponerse en los delitos más leves significa que su presencia obedece a finalidades de política criminal o a otros fines distintos a aquellos que otorgarían a la sanción un fundamento dirigido a velar por el bien jurídico protegido en concreto, por lo que, por defecto, la sanción no es ni adecuada, ni proporcionada a la alarma social o repercusión social de las conductas analizadas.

Y a continuación acudiremos a los postulados de las distintas teorías sobre los fines de la pena para ver si desde alguna ellas encontramos el fundamento a la que nos ocupa.

Así, las teorías absolutas, contemplan la pena de una exigencia ineludible de la justicia para quien haya delinquido, por lo que la pena es un valor a imponer desvinculado de la búsqueda de otros fines ajenos a ella misma. La teoría retributiva presenta dos lados o vertientes: uno objetivo, dirigido al suceso externo, al acto injusto que sería compensado con la causación del mal que supone la pena, y otro subjetivo, en cuanto la pena opera como medio de la expiación del sujeto. Por ello la pena retributiva es entendida como un bien al que el delincuente tendría derecho pues le permitiría expiar su culpa y alcanzar así su libertad moral. Las teorías absolutas se fundamentan en la culpabilidad del sujeto entendida como capacidad de libre determinación del mismo. El sujeto es libre para actuar y ello lo hace responsable. La culpabilidad se deriva del libre albedrío del sujeto que pudiendo haber actuado de otra manera realizó no obstante el comportamiento prohibido y por ello merece el castigo. No obstante, la inmensa mayoría de la doctrina viene desde antiguo manteniendo que no es posible determinar la libertad de voluntad, esto es, si el sujeto en cuestión era libre o no para cometer el delito, ni en consecuencia, si podía o no actuar de otra manera, pues ello rebasa los límites de lo científicamente factible. Las teorías absolutas, si bien dominaron ampliamente el panorama penal hasta finales del siglo XX en la actualidad ya no son mantenidas de manera pura por la doctrina, que no obstante continúa otorgando un papel importante en la teoría de la pena a la culpabilidad como límite infranqueable del quantum de la pena. Y en lo que afecta a la pena que nos ocupa, considero que no pueden explicarse los fundamentos de la misma desde las teorías absolutas, pues como ya hemos visto, su regulación no responde a criterios lógicos, como no resulta lógica la imposibilidad de imponerla en un homicidio violento cometido con un arma de fuego y por tanto, mal puede fundamentarse la necesidad de justificar un castigo que sólo se prevé para supuestos leves de violencia intrafamiliar y no para otros graves, o para quien produce un disparo de un arma de fuego de forma imprudente y no para quien lo realiza de forma dolosa. Y desde la prevención especial, considero que tampoco puede explicarse la finalidad de estas penas, pues no tienen

efectos preventivos a fin de evitar la reincidencia, ya que no parece que vaya a ser el miedo a que se le imponga una condena de esta naturaleza lo que les hará no volver a delinquir, dado que además se trata de una pena cuya existencia es desconocida seguramente para la gran mayoría de la población.

Las teorías relativas buscan en su imposición utilidades sociales, en el caso de la prevención general, o individuales, en el caso de la prevención especial. La pena se justifica por su necesidad de evitar la comisión de nuevos delitos, por lo que sólo deberá imponerse en los supuestos en los que cumpla dicha finalidad. Este objetivo se puede conseguir de forma positiva (prevención general positiva), fortaleciendo el sentimiento de fidelidad del derecho de los ciudadanos, o reeducando al delincuente (prevención especial positiva). Pero también de una forma negativa, es decir, mediante la intimidación dirigida al colectivo social para que sus miembros se abstengan de cometer hechos delictivos (prevención general negativa o clásica) o dirigida a los sujetos que ya han delinquido (prevención especial negativa). Y trasladándonos al caso concreto, tampoco creo que esta pena cumpla finalidades de prevención general, ni positiva ni negativa. Aunque en los supuestos de homicidio y lesiones imprudentes y los supuestos de violencia intrafamiliar se trata de una pena principal, considero que puede llegar a tener más efectos preventivos generales la pena accesoria de prohibición de aproximación que la de privación del derecho a la tenencia y porte de armas. Además, como ya se ha puesto de manifiesto, considero que puede afirmarse que en estos casos de violencia intrafamiliar tampoco el infractor conoce o puede suponer que en caso de delinquir puede imponérsele esta pena, pues si lo supiera podría decidir cometer un delito grave de lesiones en lugar de uno leve, ya que esa sería una opción para eludirla, tal y como hemos apuntado. Y en el caso de las lesiones y homicidio imprudentes, al tratarse de conductas no dolosas sino imprudentes pensar en criterios preventivos generales parece alejarse de las especiales características de la acción en estos delitos.

Las teorías unificadoras constituyen una posición intermedia que trata de conciliar las anteriores e intentan ofrecer una justificación global al problema de la unificación de la pena, a través de la conjugación de los distintos fines de la misma y actualmente son las dominantes en la doctrina. Siguiendo a CASTRO MORENO²³, diremos que conocen básicamente dos posiciones distintas: las que otorgan más importancia a la idea de justicia que es la que delimita el marco de la pena a imponer, llamada teoría aditiva o conservadora y las que otorgan mayor importancia a las exigencias preventivas, o teoría dialéctica o progresista,

²³ CASTRO MORENO, A., El por qué y el para qué de las penas, Dykinson, Madrid, 2008, pág. 116.

según la cual, la pena cumple diferentes finalidades según la fase o momento en el que nos encontremos. En la fase legislativa, cumple una función amenazante o intimidatoria y de prevención general. Una vez realizado el hecho delictivo, a pesar de la amenaza de la pena, tiene en ese momento una función de reafirmación de la vigencia de la norma puesta en entredicho por el acto delictivo reforzando la confianza en el funcionamiento del sistema penal. Durante la fase de ejecución esta debería atender a criterios de reeducación y reinserción social del delincuente. Y tampoco considero que desde esta teoría pueda encontrarse finalidad a la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas, pues como ya hemos dicho, es una pena de existencia desconocida para los sujetos pasivos, no constituye ninguna reafirmación del sistema penal, dado que se concede más importancia a las penas privativas de libertad que la acompañan, las cuales si que suponen una amenaza para el sujeto pasivo. Y durante la fase de ejecución, se da a su imposición una importancia relativa

No obstante lo anterior, lo cierto es que como dice ZUGALDÍA ESPINAR la opción a favor de alguna de las teorías de la pena es libre ya que desde el punto de vista metodológico ninguna de ellas está en condiciones de fundamentar de forma última sus puntos de partida. Por eso, como en todos los problemas últimos, se podría admitir la solución de cualquier teoría de la pena siempre y cuando con ello no se pretenda cerrar la discusión sobre las mismas²⁴. Y a mi juicio es este pensamiento el que resulta plenamente aplicable a la pena que nos ocupa. Como ya hemos mencionado, la heterodoxia utilizada por el legislador dificulta enormemente la tarea de hallar un fundamento a la pena. Y lo dificulta por defecto, dado que sólo está regulada para determinados delitos. Podría encontrarse la utilidad de imponerla a los delitos para los que está prevista, pero ese fundamento desaparece en el momento en el que se recuerda la cantidad de delitos en los que resulta imposible su imposición, aunque se haya hecho uso de un arma en su comisión.

De *lege ferenda* sería necesario que se llevara a cabo una regulación cabal y lógica de esta pena y que su imposición fuera preceptiva en todos aquellos delitos, cualquiera que sea su bien jurídico protegido, en cuya comisión el delincuente hiciera uso de armas u otros instrumentos a los que se les otorgue esa condición. También sería necesario que se definiera el concepto arma a efectos de esta pena. Lo anterior no sería óbice para que igualmente se pudiera imponer como pena en otros delitos en cuya comisión no se hiciera uso de las armas, como ocurre en la actualidad con algunos delitos relacionados con la violencia de género, pero en todos ellos, a fin de no quebrantar el principio de proporcionalidad de las penas. Por

²⁴ ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. ¿Otra vez la vuelta a Von Listz?, en Von Listz, F. La idea del fin en el Derecho Penal. Programa de Magurgo, 1882, Granada, Comares, 1995, pág. 27.

ello, lo más sencillo sería que se regulara como una pena accesoria, en términos similares a como se encuentra conceptuada la pena del artº 57 del CP. Es por tanto necesario que el legislador aclare sus contornos para que la doctrina pueda encontrarle una definitiva finalidad. Y aclarados todos los anteriores conceptos, será necesario que esa claridad traspase la frontera de la sentencia donde se imponga y que el condenado a ella conozca sin género de duda cuales serían las conductas que le abocarían a la comisión de un delito de quebrantamiento, pues sólo cumpliendo los anteriores condicionantes podría proclamarse que esta pena cumple alguna finalidad.

BIBLIOGRAFÍA

BAUCELLS LLADÓS, J., Comentarios al Código Penal español. QUINTERO OLIVARES, G., (Dir.), Editorial Aranzadi, Pamplona 2011.

CASTRO LIÑARES, D., *Las penas en particular*. La pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas. FARALDO CABANA, P., (Coor.), Tirant lo Blanch, Valencia 2013.

CASTRO MORENO, A., *El por qué y el para qué de las penas*, Dykinson, Madrid, 2008.

LÓPEZ BARJA de QUIROGA, J., Las penas privativas de derechos, *Revista del Poder Judicial*, nº 53, 1.999.

MAPELLI CAFFARENA, B. *Las consecuencias jurídicas del delito*, Thomson Reuters, Madrid, 2011.

MAZA MARTÍN, J.M. Penas privativas de derechos y accesorias en el nuevo Código Penal. *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 24, Consejo General del Poder Judicial, 1.996.

QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Comentarios al Código Penal*, Madrid 1996.

QUINTERO OLIVARES, G., (Dir.), *Comentarios al Código Penal Español*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011.

ROCA AGAPITO, L., Las penas privativas y restrictivas de derechos. El sistema de sanciones en el Derecho Penal español. <http://vlex.com>

TAMARIT SUMALLA, J.M., “Art. 47”, en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Thomson Reuters, Navarra, 2011.

VALLDECABRES ORTÍZ, I., En: VIVES ANTÓN, T., (Coor.) *Comentarios al Código Penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.