

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

FACULTAD DE DERECHO

Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho

Libertad de tenencia y portación de armas de fuego por parte de civiles en relación al Estado y sus facultades de coacción (análisis comparativo del derecho anglosajón y el derecho continental europeo)

JOSÉ ANTONIO MIRANDA NÚÑEZ

2016



06 de mayo de 2016
FD-AI-365-2016

Dr. Alfredo Chirino Sánchez
Decano
Facultad de Derecho

Estimado señor:

Para los efectos reglamentarios correspondientes, le informo que el Trabajo Final de Graduación (categoría Tesis), del estudiante: José Antonio Miranda Núñez, carné B03931 denominado: "Libertad de tenencia y portación de armas de fuego por parte de civiles en relación al estado y su facultades de coacción (análisis comparativo del derecho anglosajón y el derecho continental europeo)" fue aprobado por el Comité Asesor, para que sea sometido a su defensa final. Asimismo, el suscrito ha revisado los requisitos de forma y orientación exigidos por esta Área y lo apruebo en el mismo sentido.

Igualmente, le presento a los (as) miembros (as) del Tribunal Examinador de la presente Tesis, quienes firmaron acuso de la tesis (firma y fecha) de conformidad con el Art. 36 de RTFG que indica: **"EL O LA ESTUDIANTE DEBERA ENTREGAR A CADA UNO DE LOS (AS) MIEMBROS (AS) DEL TRIBUNAL UN BORRADOR FINAL DE SU TESIS, CON NO MENOS DE 8 DIAS HABLES DE ANTICIPACION A LA FECHA DE PRESENTACION PUBLICA"**.

Tribunal Examinador

Informante	Dr. Olivier Gassiot
Presidente	Dra. Karla Blanco Rojas
Secretario	Lic. Gustavo Montero Ureña
Miembro	Dr. Luis Diego Brenes Villalobos
Miembro	Dr. Luis Antonio Sobrado González

Por último, le informo que la defensa de la tesis es el **26 de mayo del 2016**, a las 4:00 p.m. en el primer piso de la Facultad.

Atentamente,

Ricardo Salas Porras
Director



lcv
Cc: arch. expediente



San José, 27 de abril de 2016

Señor

Dr. Ricardo Salas Porras

Director del Área de Investigación

Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica

Estimado Señor:

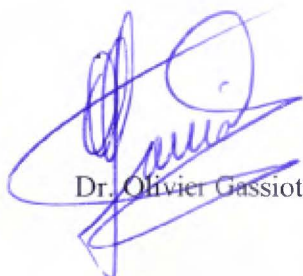
Por medio de la presente hago de su conocimiento que luego de revisar exhaustivamente el Trabajo Final de Graduación del estudiante José Antonio Miranda Núñez, carné B03931, titulado “Libertad de tenencia y portación de armas de fuego por parte de civiles en relación al Estado y sus facultades de coacción (análisis comparativo del derecho anglosajón y el derecho continental europeo)”, he decidido darle la aprobación como Director de la misma.

En efecto, el trabajo del señor Miranda Núñez cumple con los requisitos de forma y fondo solicitados por los reglamentos y directivas universitarias concernientes a los trabajos de graduación, pero además, cuenta con una calidad investigativa importante. Destaca entre sus aportes una interesante exposición de derecho comparado y sobre todo, al hecho de que se trata de un tema novedoso y poco investigado, al menos a nivel local.

Después de una cuidadosa guía por mi parte y el empeño demostrado, José Antonio Miranda Núñez está listo para poder defender su trabajo. El tema que él ha elegido es de gran relevancia al Derecho Constitucional y de completo interés social hoy en día a nivel internacional y a nivel nacional. Su exposición sobre la teoría de la limitación del poder público, los derechos fundamentales y sus límites legales, junto con el análisis concreto de la realidad jurídica de dos Estados de tradiciones jurídicas distintas, demuestran que su plan de trabajo contiene una cuidadosa síntesis, respondiendo a su metodología y sobre todo al problema y objetivos planteados.

Agradezco de antemano toda la ayuda que pueda brindarle al estudiante para concluir exitosamente su Licenciatura en Derecho.

Cordialmente,



Dr. Olivier Gassiot

San José, 4 de mayo de 2016

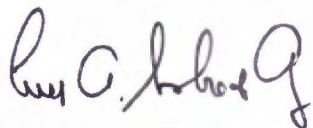
Señor
Prof. Ricardo Salas Porras
Director
Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica
Presente

Estimado señor:

Por medio de la presente me permito informarle, en mi condición de lector del trabajo final de graduación -para optar por el título de Licenciado en Derecho- del egresado José Antonio Miranda Nuñez (carné universitario n.º B03931), titulado "*Libertad de tenencia y portación de armas de fuego por parte de civiles en relación al Estado y sus facultades de coacción (análisis comparativo del derecho anglosajón y el derecho continental europeo)*", que esa investigación satisface los requisitos de forma y fondo dispuestos en la reglamentación universitaria.

En consecuencia, el trabajo cuenta con mi aprobación a los efectos de que sea sometido al respectivo trámite de réplica.

De usted, atento se suscribe,



Prof. Luis Antonio Sobrado González

San José Costa Rica, 4 de mayo de 2016

Señor
Dr. Ricardo Salas Porras
Director Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica
Presente

Estimado señor Director:

Me permito informar que en mi calidad de lector de la investigación del estudiante José Antonio Miranda Núñez, carné B3931, he impartido mi aprobación al Trabajo Final de Graduación titulado "Libertad de tenencia y portación de armas de fuego por parte de civiles en relación al Estado y sus facultades de coacción (análisis comparativo del derecho anglosajón y el derecho continental europeo)" y presentado para optar al grado y título de Licenciatura en Derecho.

La investigación cumple con los requisitos formales y sustantivos que exige la normativa universitaria para su defensa oral y pública. Asimismo, la temática abordada procura una investigación comparativa de complejidad y polémica no solo jurídica empero política y social.

Recomiendo se realicen los trámites administrativos correspondientes a fin de que el estudiante Miranda Núñez concrete la presentación de su trabajo ante el Tribunal Examinador correspondiente.

Atentamente,



Dr. Luis Diego Brenes Villalobos
Lector

San Rafael de Heredia, 4 de mayo de 2016

Señores
Universidad de Costa Rica
Facultad de Derecho

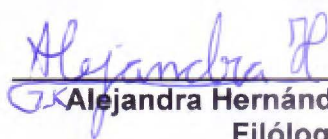
Estimados señores:

En mi calidad de filóloga, hago constar que he revisado el trabajo para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, bajo el título:

Libertad de tenencia y portación de armas de fuego por parte de civiles en relación al Estado y sus facultades de coacción (análisis comparativo del derecho anglosajón y el derecho continental europeo), elaborado por el estudiante José Antonio Miranda Núñez.

La revisión se hizo en la parte morfosintáctica, forma, estilo, redacción, puntuación y ortografía; por lo cual este trabajo está listo en tales aspectos para ser presentado ante la Universidad.

Atentamente,



Alejandra Hernández Arguedas
Filóloga
Cédula 4 193 626
Carné 66820 del Colegio de
Licenciados y Profesores en Letras,
Filosofía, Ciencias y Artes

AGRADECIMIENTOS

A mis padres, por el apoyo constante.

*A mi profesor de Investigación Jurídica y Derecho Constitucional, Dr. Olivier Gassiot,
por acompañarme como director en este trabajo final de graduación.*

A los miembros del Tribunal Examinador, por sus consejos y recomendaciones.

*A las distintas personas que de una u otra forma intercambiaron conmigo información,
conocimientos y datos sobre el tema de las armas de fuego en Costa Rica y el mundo.*

ÍNDICE GENERAL

INTRODUCCIÓN GENERAL.....	1
i. Justificación inicial.....	1
ii. Contenido esencial del valor jurídico “libertad” en esta investigación	6
a) Libertad individual vs otras libertades	6
b) Coacción como antítesis de libertad	16
iii. Armas de fuego y derecho constitucional	19
a) Armas de fuego de uso discriminado y uso civil	19
b) Interés del derecho constitucional por el tema de tenencia y portación de armas de fuego.	25
iv. Planteamiento particular de esta investigación.....	37
a) Problemática, hipótesis, objetivos y metodología	37
b) Presentación del plan de trabajo en términos de la problemática	40
I. TÍTULO PRIMERO. DILUCIDANDO UN DERECHO COMO LIBERTAD INDIVIDUAL DE LOS CIVILES A TENER Y PORTAR ARMAS DE FUEGO EN EL TERRENO DEL DEBATE AXIOLÓGICO ENTRE EL DERECHO ANGLOSAJÓN Y EL CONTINENTAL EUROPEO.....	42
A) CAPÍTULO PRIMERO. Cómo entender el <i>Rule of Law</i> y el <i>Rechtstaat</i> en torno al reconocimiento del valor libertad y de la limitación del poder público.....	43
i. SECCIÓN PRIMERA. El derecho como ley y tres puntos básicos del <i>Rule of Law</i>: explicación de la contención de la arbitrariedad por el derecho anglosajón ..	44
ii. SECCIÓN SEGUNDA. El <i>Rechtstaat</i> y su trascendencia en el Estado de derecho actual: libertad y limitación del poder	58

B) CAPÍTULO SEGUNDO. Síntesis de derechos fundamentales que respaldan la tenencia y portación de armas de fuego, una visualización del problema social del uso de armas de fuego por parte civiles y la limitación a derechos fundamentales.....	74
i. SECCIÓN PRIMERA. Tríptico de derechos fundamentales que establecen una libertad de tenencia y portación de armas de fuego	76
ii. SECCIÓN SEGUNDA. Uso extralimitado de armas de fuego por parte de civiles: interés del Estado y limitación a los derechos fundamentales	93
II. TÍTULO SEGUNDO. ANÁLISIS PARTICULAR SOBRE LA TENENCIA Y PORTACIÓN DE ARMAS DE FUEGO EN EL DERECHO ESTADOUNIDENSE Y COSTARRICENSE.....	114
a) CAPÍTULO PRIMERO. Caso de los Estados Unidos de América.	116
i) SECCIÓN PRIMERA. Por qué es más aceptada a nivel axiológico la tesis de la tenencia de armas de fuego como derecho	117
ii) SECCIÓN SEGUNDA. Interpretación de la Segunda Enmienda a la Constitución estadounidense por parte de la Corte Suprema de Justicia	131
b) CAPÍTULO SEGUNDO. Caso de Costa Rica.....	156
i) SECCIÓN PRIMERA. Reticencia general de tratar el tema del uso de armas de fuego por parte de civiles para usos legítimos como un derecho	157
ii) SECCIÓN SEGUNDA. Interpretación de la Sala Constitucional sobre la tenencia y portación de armas de fuego y el límite a los derechos fundamentales	179
CONCLUSIÓN.....	195
BIBLIOGRAFÍA	208

RESUMEN

El presente trabajo parte de la comparación entre los sistemas de derecho anglosajón y continental, consecuentemente Estados Unidos y Costa Rica, pasando por el estudio de derechos fundamentales involucrados en lo que se considera una libertad de los individuos a tener y portar armas de fuego, valorando el peso esencial del Estado en el control y minimización de peligros, junto con el combate oportuno de las armas ilegales.

El análisis parte de lo más general a lo específico, tomando como base el valor jurídico libertad y prosiguiendo con los demás temas involucrados: la limitación del poder en el *Rule of Law* y el Estado de derecho, los derechos fundamentales, la limitación de los derechos fundamentales y el uso civil de las armas de fuego para propósitos legítimos. La consiguiente comparación concreta entre dos países que integran cada una de las dos tradiciones jurídicas lleva a consolidar la conclusión de la adecuación o compatibilidad de esos principios y valores jurídicos analizados en la primera parte y la interpretación concreta con los matices que los jueces han dado al respecto.

Problema: ¿Las características propias del *Rule of Law* y del Estado de derecho pueden influir en la determinación de una libertad de tenencia y portación de armas de fuego por parte de civiles, deduciendo un derecho de los derechos fundamentales presentes y valorados en ambas tradiciones jurídicas?

Hipótesis: La propiedad y portación de armas de fuego sería compatible con ciertos derechos fundamentales y parte de la libertad jurídica, tanto en el sistema anglosajón como en el continental europeo. La libertad con responsabilidad no puede ceder a las pretensiones de seguridad de un Estado de derecho respetuoso de los derechos fundamentales que visualice correctamente el problema del uso extralimitado o ilegal de las armas de fuego.

Objetivo general: Fundamentar el derecho a la propiedad y portación de armas de fuego por parte de civiles. Esto dentro de los sistemas de libertad jurídica y derechos fundamentales presentes a la luz de las herramientas de limitación del poder del *Rule of Law* y del Estado de derecho, dejando en claro la adecuada intervención estatal en los derechos involucrados de tenencia y portación de armas.

Metodología

La investigación hace uso del método analógico-comparativo, así por medio de un estudio de semejanzas y diferencias de los sistemas jurídicos anglosajón y continental europeo, se arribará a la conclusión que demostrará el plan de trabajo.

Asimismo, se emplea el método inductivo, con el cual primero se hace una observación de la cuestión por tratar, la situación jurídica actual que se desea analizar y con esto se abre el camino a la inducción, ya que se plantean el problema y la hipótesis particular y vía constatación de datos, registros y realidades de las tradiciones jurídicas involucradas, se logra llegar a una conclusión.

Como resumen conclusivo, haciendo un análisis de derechos fundamentales, se puede determinar que la tenencia y portación de armas está fundamentada supralegalmente, sin importar si existe una expresión literal declarativa del derecho en la norma fundamental de un Estado. Esto se demuestra al entender la lógica de funcionamiento del *Rule of Law* anglosajón y del Estado de derecho material, cuyo entramado de derechos fundamentales puede perfectamente involucrar los intereses jurídicos relativos de la defensa de la vida, la propiedad privada sobre un arma de fuego que pueda tener una persona y la posibilidad de hacer todo lo no prohibido y todo lo que no afecte derechos de terceros.

FICHA BIBLIOGRÁFICA

Miranda Núñez, José Antonio. Libertad de tenencia y portación de armas de fuego por parte de civiles en relación al Estado y sus facultades de coacción (análisis comparativo del derecho anglosajón y el derecho continental europeo). Tesis de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica. 2016. vi y 229.

Director: Dr. Olivier Gassiot

Palabras claves: libertad, tenencia, portación, armas de fuego, coacción, estado de derecho, *Rule of Law*, derecho a la vida, derecho a la propiedad privada, autonomía de la voluntad, limitación, Estados Unidos, Costa Rica, jurisprudencia.

INTRODUCCIÓN GENERAL

i. Justificación inicial

El estudio comparado de principios y valores generales que determinan el pensamiento jurídico del *Rule of Law* y el Estado de derecho sirve de base para la fundamentación jurídica y armónica de un sistema de libertad donde el particular pueda tener, en propiedad privada, armas de fuego de uso civil y, sobre todo, donde el Estado tenga un papel de control, prevención y minimización de peligros sin llegar a frustrarle esa libertad.

El sistema de libertades individuales nace con la intención de proteger a la persona del poder público. La posibilidad de limitar derechos fundamentales en un Estado controlado y regido por el derecho no es sencilla y ha de estar investida de una rigurosidad que haga de los valores base forjados por una sociedad, resistentes al poder en una coyuntura política o social.

Las armas de fuego son instrumentos que sirven a la voluntad de quien los utilice, el uso estará dentro o fuera del marco de la ley (si se cometen infracciones a la ley con ellas o no). No puede afirmarse categóricamente que entre mayor cantidad de armas de fuego exista en manos de civiles, mayor cantidad de homicidios se cometerán o el índice de otros delitos crecerá.¹ El uso responsable de armas de fuego para propósitos legítimos de defensa o deporte, respetando los derechos de terceros y las regulaciones de un Estado que acate el marco de derechos fundamentales, además del constante entrenamiento del usuario para evitar malas prácticas, hace que sea sensible y polémico cualquier intento de control de armas de fuego de uso civil.

¹ En la sección segunda del capítulo segundo del título primero, se encontrará la explicación acerca de este dato.

Un Estado que se diga realizar el imperio del derecho como ideal de limitación del poder legislativo y la discrecionalidad administrativa, deberá tener como objetivo el respeto de la esfera individual de cada ciudadano para dirigir su vida de acuerdo a sus intereses, respetando a su vez los derechos de sus iguales, siendo que el Estado mismo deberá proteger la libertad individual y reducir la coacción a ámbitos preestablecidos en normas generales y abstractas, conocidas y ciertas, que sean proporcionales entre el interés público envuelto y el derecho individual en cuestión.

El presente estudio responde al interés académico de indagar el contenido de derechos fundamentales y de principios rectores en un Estado, siendo estos parte del derecho anglosajón o el derecho continental europeo, entendiéndose que el Estado de derecho o el *Rule of Law* son dos institutos jurídicos que aunque originalmente diferentes, con sus matices en una u otra forma tienen el ideal de Estado controlado por el derecho en pro de garantizar reglas claras de cara al individuo que debe convivir con dicha entidad.²

El tema de las armas de fuego siempre desata discusiones y es un excelente campo de prueba para los valores constitucionales y el de la libertad, asimismo con la seguridad de los habitantes porque, por ejemplo, por un lado se encuentran grupos organizados que

² Sobre el Estado de derecho y diferentes problemáticas que pueden abrirse camino con base en él, véase: Michel Miaille, *El Estado de derecho: introducción al derecho constitucional* (México: Ediciones Coyoacán, 2008). Castellanos Milton, *Del Estado de derecho al estado de justicia* (México: Porrúa, 2004). Joseph Razet et al., *Estado de derecho: concepto, fundamentos y democratización en América Latina* (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2002). Josef Thesing, *Estado de derecho y democracia*. (Buenos Aires: Centro Interdisciplinario de Estudios sobre el Desarrollo Latinoamericano, 1997). Ernst Böckenförde, *Estudios sobre el Estado de derecho y democracia* (Madrid: Editorial Trotta, 2000). Magally Hernández, *Fisuras, desafíos y mutaciones: del Estado de derecho y el derecho público* (San José: Editorial Universidad de Costa Rica, 2007). Fernando Conesa, *Libertad de empresa y Estado de derecho* (Madrid: Ediciones Rialp, 1978). Joaquín González, *Protección internacional de derechos humanos y Estado de derecho* (Bogotá: Washington College of Law, 2009).

critican fuertemente a las armas de fuego, los instrumentos en sí, y las consideran como un gran peligro que habita en la sociedad.³

Por otro lado, están los ciudadanos que respetan las reglas impuestas por el Estado, organizados o no y siguen cada uno de los procedimientos para poner en regla su propiedad sobre sus armas de fuego.⁴ Estas personas deben permanecer en constante capacitación y tener mucho sentido de responsabilidad en el uso de estos instrumentos.

Además, existen ciudadanos que no ven en la regulación de la vida civil algo digno de respeto y no siguen las reglas de derecho; más bien, el violarlas es el medio para conseguir todo lo necesario en sus vidas (delincuencia convencional y crimen organizado). Este sector, por definición, nunca cumplirá una regulación de armas de fuego y siempre tendrá acceso a ellas en la informalidad.⁵

Se debe partir de un supuesto esencial sobre el trabajo que está por exponerse. Se trata de un estudio acorde al nivel de un trabajo final de graduación para obtener el grado de licenciado en Derecho, por tanto, es un trabajo de contenido estrictamente jurídico. El análisis que se hace comprende lo que debe interesar al derecho y desde una óptica abstracta abordará el estudio comparativo de institutos esenciales que lidian día tras día con los diferentes derechos fundamentales. Cualquier otro estudio de fondo, por ejemplo de tipo criminológico, sociológico, etc., por más importante que sea, no puede exigirse como determinante para una tesis en derecho.

³ Por ejemplo, en Costa Rica la Fundación Arias para la Paz y el Progreso Humano o la Fundación para la Paz y el Desarrollo.

⁴ En Costa Rica existe la Asociación Pro Defensa Civil y de la Seguridad Ciudadana que promueve el uso responsable de las armas de fuego y se dedica a defender los derechos de los propietarios y portadores legales de armas de fuego.

⁵ Informalidad entendida como mercado negro de armas ligeras, pequeñas etc. Véase al respecto: Lumpe Lora, *Tráfico de armas: el Mercado negro mundial de armas ligeras* (Barcelona: Intermon Oxfam, 2004). María Núñez, “Un mercado negro de armas”, *Council of Hemispheric Affairs* (2014): 17-09. Disponible en Web: <http://www.coha.org/un-mercado-negro-de-armas/>. Consultado el 8 de octubre de 2015.

El estudio desarrollado a continuación versará sobre derechos fundamentales, la tradición jurídica anglosajona y continental en lo referente al tema en cuestión, las vías de formación del derecho y de interpretación constitucional acerca del tema de la libertad de tenencia y portación de armas de fuego por parte de civiles y el papel del Estado, así como de la limitación que se hace de estos derechos fundamentales. Se iniciará por definir el objeto de estudio.

La temática de los derechos fundamentales y la limitación de estos es de importancia en la actualidad precisamente a raíz de los intereses envueltos, por la necesidad de seguridad en los Estados y por los reclamos de protección de las libertades individuales ante eventuales excepciones a la protección de estos. El tema de las armas de fuego usadas por civiles siempre estará lleno de polémica, sobre todo porque ocurren tragedias que las involucran y surgen movimientos en pro del control de armas que intentan coartar más su uso por parte de civiles.⁶ Incluso, de manera general, hay una tendencia constante en intentar hacer excepciones a los derechos fundamentales en pro de una seguridad comunitaria o una seguridad nacional en los casos relacionados al terrorismo;⁷ asimismo movimientos y difusión de ideas en pro de moderación y no una restricción de derechos.⁸

⁶ Patricia Clarembaux, “Obama vuelve al debate sobre el control en la venta de armas”, *Noticias Univisión* (octubre 2015): 01-10. Disponible en Web: <http://noticias.univision.com/article/2484443/2015-10-01/estados-unidos/noticias/armas-obama-control-leyes>. Consultado el 8 de octubre de 2015. Marks Bassets, “Armas de fuego, el debate aplazado”. *El País* (agosto 2015): 30-08. Disponible en Web: http://internacional.elpais.com/internacional/2015/08/29/actualidad/1440806494_061130.html. Consultado 8 de octubre de 2015. En Costa Rica aún cuando no hay eventos polémicos a la fecha que motiven un control de armas en los políticos, sí existe una propuesta en la corriente legislativa: Aaron Sequeira, “Partidos mayoritarios impulsan ley de armas más restrictiva”, *La Nación* (setiembre 2015): 29-09. Disponible en Web: http://www.nacion.com/nacional/politica/Partidos-mayoritarios-Ley-Armas-restrictiva_0_1515048524.html. Consultado el 8 de octubre de 2015.

⁷ Gabriela Cañas y Carlos Yarnoz, “Francia se rearma con medidas sin precedentes para combatir el terrorismo”, *El País* (noviembre 2015): 17-11. Disponible en Web:

Acá es donde el derecho tiene pleno campo de acción para la determinación de criterios de análisis de los intereses relacionados a estos problemas sociales y donde se intentan conciliar los valores más sagrados de una sociedad, con los diferentes problemas que surgen tanto por el uso de la tecnología de las armas como por los diferentes movimientos del crimen organizado, terrorismo, etc., que constantemente amenazan la paz y la libertad de las personas alrededor del mundo.

El motivo general de realizar esta investigación es traer a debate un tema polémico de actualidad, de pleno interés social, pero sobre todo, jurídico. No se pretende en ningún momento decir que lo argumentado aquí constituye la única forma de ver el tema tratado, sin embargo la línea de argumentación que analizará el tópico tiene como enfoque una óptica de libertad de las personas para hacer todo lo no prohibido, con responsabilidad y con un Estado que posea clara su razón de ser y su verdadero interés sobre el problema de la extralimitación en el uso de las armas de fuego.

Los temas de axiología jurídica siempre tienden a desatar intensos y provechosos debates, por esa razón se fomentará el debate apropiado sobre derechos fundamentales en un Estado de derecho. El valor que en esta investigación se tendrá como central será precisamente la libertad, la cual posee gran cantidad de formas e interpretaciones, siempre respondiendo a una intensión interior de justicia de cada ser pensante, una valoración del “deber ser” que no solo debe quedarse como mera intensión, sino justificarse con argumentos.

http://internacional.elpais.com/internacional/2015/11/16/actualidad/1447691479_418681.html. Consultado el 20 de noviembre de 2015.

⁸ Ryan Mckaken, “Gun Control. Fashionable prohibition for modern Lawmakers”, *Mises Institute* (2015). Disponible en Web: <https://mises.org/library/gun-control-fashionable-prohibition-modern-lawmakers>. Consultado 9 de octubre de 2015.

Se comenzará este análisis introductorio con la definición de las palabras involucradas en el título de esta investigación, para luego analizar el interés actual y temas conexos en el marco del uso de armas de fuego por parte de civiles en el mundo occidental.

ii. Contenido esencial del valor jurídico “libertad” en esta investigación

a) Libertad individual vs otras libertades

Puntualizando la definición del título de esta investigación, se presentará el significado de las palabras que se desean aclarar para entender el contenido demostrativo de este trabajo. En el tanto se comprenda el enfoque empleado, partiendo de la base teórica, sustantiva, con elementos de comprensión jurídica, muy abstractos algunos y otros más sencillos, se entenderá el objetivo general que se plantea.

Es esencial el tema de la libertad, las libertades, la libertad individual, la libertad jurídica y las libertades específicas (como se verá seguido) que se pretendan dilucidar, siendo un aspecto fundamental con el cual están vinculados los abogados y juristas. Esta investigación en sí misma es un intento más de hablar sobre libertad, concepto que varía dependiendo de la óptica filosófica, argumentativa o política que se pueda dar en el universo lingüístico. El enfoque de libertad que se presenta es el que el autor considera más beneficioso para la vida en sociedad y lograr con mayores oportunidades de crecimiento personal los diferentes anhelos que un individuo pueda tener en su vida, desarrollándose en armonía con sus semejantes.

Dos autores básicos que ayudarán a la comprensión de lo que puede ser una libertad ligada particularmente a la tenencia y portación de armas son Enrique Pedro Haba y Bruno Leoni. La discusión de qué es libertad, qué son libertades o el hecho de que se puede entender distinto dicho valor, con la consecuente controversia y discusión jurídico-política, se concreta en una famosa frase de Abraham Lincoln: “(...) para algunos, la palabra libertad puede significar, que cada hombre haga lo que quiere de sí mismo y del producto de su trabajo; mientras que para otros, la misma palabra puede significar que algunos

hombres hagan lo que les dé la gana con otros hombres y con el producto del trabajo de éstos”.⁹

Para Bruno Leoni, “libertad” es ante todo una palabra que en el campo de lo inmaterial resulta difícil definir, así como cualquier inmaterialidad. Es muy sencillo afirmar que ciertas ideas inmateriales están “ahí”, “existen” o “son”, como sería el caso del derecho, el Estado, la igualdad y la libertad. Ante esto es necesario encontrar una raíz común, un juicio de valor base,¹⁰ con el cual intentar dilucidar una definición de “libertad” o concluir que es imposible. Más aún, en un estudio de derecho comparado no se pueden considerar totalmente aplicables los institutos jurídicos de un país de determinada raíz y tradición jurídica, con otro distinto. Lo único por hacer es comprender el instituto particular y entender que puede utilizarse de manera general, véase por ejemplo el empleo del término *Rule of Law* y el Estado de derecho.

Puede haber aparente facilidad al intentar definir cosas inmateriales (como derecho, Estado, justicia, libertad) o estimar que un término no tiene más significado que tal o cual,¹¹ pero como explica Leoni:

La ingenua creencia de que las cosas no materiales se pueden definir fácilmente termina bruscamente tan pronto como intentamos traducir, por ejemplo, al italiano, al francés o al español, términos jurídicos tales como «trust», «equity» o «common law». En todos estos casos, no sólo somos incapaces de señalar cualquier cosa material que pudiera permitir a un italiano, a un francés o a un español entender lo

⁹ Roy Basler, *The Collected Works of Abraham Lincoln*. Vol. VII. (New Jersey: Rutgers University Press, 1990), 303.

¹⁰ Ese elemento general que contiene la palabra libertad. Ante tantas formas de definirla, debe tener una característica común que estará presente aunque luego se quiera dar a la palabra una óptica ideológica particular.

¹¹ Como sería saber distinguir, por ejemplo, cualquier otro objeto material, que puede ser señalado, dibujado, representado y puede entenderse como objeto en sí mismo sin importar el idioma de la persona cuyos sentidos lo constatan.

que queremos decir, sino que ni siquiera podemos encontrar un diccionario italiano, francés o español que nos dé las palabras correspondientes en estos idiomas. Así, notamos que algo se ha perdido al pasar de un lenguaje al otro. En realidad, no se ha perdido nada. El problema es que ni los franceses, ni los italianos, ni los españoles tienen exactamente los mismos conceptos que denotan las palabras inglesas «trust», «equity» y «common law». En cierto sentido, «trust», «equity» y «common law» son entidades, pero como ni los americanos ni los ingleses pueden señalarlas simplemente a un francés, a un italiano o a un español, es difícil que éstos puedan entenderles en una cuestión tal.¹²

Esto es un antecedente que presupone la difícil tarea de comparar sistemas jurídicos tan distintos como lo que es intentar una valoración en el mundo anglosajón y en el continental europeo. Una simple traducción de un término no sería suficiente, a lo sumo, como indica Leoni: “(...) sería necesario recurrir a una explicación larga, engorrosa y complicada del origen histórico de muchas instituciones, de su manera actual de funcionar en los países anglosajones y de la función análoga de instituciones similares, si las hay, en la Europa continental”.¹³

Ni *freedom* ni libertad podrían entonces entenderse exactamente de la misma manera, así como no tienen una raíz histórica idéntica, por un lado habría que comprender qué entiende el derecho anglosajón por *freedom* o *liberty* y qué entiende el derecho romano por libertad.

¹² Bruno Leoni, *La libertad y la ley*. Traductor Cosmopolitan Translation Service. 3ra ed. ampliada. (Madrid: Unión Editorial, 2010), 47.

¹³ *Ibíd.*, 48.

Leoni pone en cuestión la palabra *free* y la incompatibilidad de usar la misma forma en el castellano para determinar que se está libre de algo y que algo es gratuito:

La misma palabra *free* (libre), para usar un ejemplo trivial, en su empleo en el lenguaje inglés ordinario, puede corresponderse o no con la palabra española libre, o la italiana libero. Desde luego, los italianos y los españoles otorgan a este término acepciones que corresponden a las de los ingleses y americanos, por ejemplo, cuando se dice que los negros americanos quedaron «libres» —esto es, dejaron de estar sujetos a la esclavitud— después de la Guerra Civil. Sin embargo, ni los españoles ni los italianos utilizan jamás libreo libero de la misma manera que los ingleses y los americanos emplean *free* para significar, por ejemplo, algo gratuito.¹⁴

A lo sumo, a lo que se puede llegar es a tener un significado en apariencia similar según un sistema u otro, un intento aproximado de significado. En términos cotidianos, hablando por el sentir de tantas personas que dicen valorar su libertad, no es un asunto que se deba minimizar, simplemente el lenguaje de una esfera poblacional específica, con cierta experiencia de vida y cierto desarrollo histórico, comprenderá de una u otra forma lo que pueda significar un valor.

Leoni explica:

(...) es cierto que no se puede mostrar la «libertad»; no es una cosa material. Aun cuando la consideráramos como una cosa material, la «libertad» no podría ser lo mismo para todo el mundo, puesto que hay diferentes sentidos de ese término. A pesar de todo, muy probablemente podemos afirmar que la «libertad» es, al menos para toda persona que habla de ella, una realidad, una cosa definida. «Libertad» puede ser una situación en que aquellos que la alaban creen firmemente; puede ser un objeto de experiencia no sensorial que provoca la conciencia de la presencia de cosas no materiales, tales como valores, creencias, etc. «Libertad» parece ser un

¹⁴ *Ibíd.*, 54.

objeto de experiencia psicológica¹⁵. Eso significa que la gente normal y corriente no lo concibe simplemente como un término, como una entidad nominal, cuyo significado es sólo necesario para ponerse de acuerdo sobre él mediante una convención similar a la de la matemática y a la de la lógica.¹⁶

Volviendo al tema del término *free*, utilizado por cualquier persona de habla inglesa, presenta usos que no se entenderían o no tendrían sentido en español u otros idiomas derivados del latín, ese “libre” significaría que se está libre de algo que si se tuviera, no sería algo positivo.¹⁷

¹⁵ Dichas experiencias psicológicas “son diferentes en distintos momentos y lugares, y además se relacionan con conceptos abstractos y términos técnicos, pero no se pueden identificar meramente con los conceptos abstractos ni se pueden reducir a un simple término. Por último, es posible, y probablemente también útil, e incluso necesario, formular una definición convencional de «libertad», pero las convenciones no pueden eludir la investigación lexicográfica, ya que únicamente esta última es capaz de revelar los significados que la gente, realmente, atribuye a esa palabra en su uso ordinario”. *Ibíd*, 66.

¹⁶ *Ibíd*, 64.

¹⁷ Al respecto Hayek hace esta explicación: “Una razón puramente lingüística de la transferencia de “libre” y de sus correspondientes sustantivos a varios usos parece haber sido la carencia en el inglés (y aparentemente en todas las lenguas germánicas y románicas) de un adjetivo que pueda utilizarse generalmente para indicar la ausencia de algo. *Devoid* (libre, exento) o *lacking* (carente, necesitado, falta) son usados generalmente tan sólo para expresar la ausencia de algo deseable o normalmente presente. No existe el correspondiente adjetivo (distinto de *free of* –libre de-) para describir la ausencia de algo indeseable o ajeno a un objeto. Por tanto, en inglés, generalmente, se dice que algo está *free of* (libre de) impurezas, vicios, corrupción y, por tanto, libertad viene a significar la ausencia de algo indeseable. Similarmente, siempre que queremos expresar algo que actúa por sí mismo, indeterminado o carente de influencias, producidas por factores externos, hablamos de algo que está *free of* (libre de) influencias, anormalmente relacionadas con ello. En términos científicos hablamos incluso de “grados de libertad” cuando hay varias posibilidades entre las cuales los determinantes conocidos o presumidos no deciden”. Friedrich Hayek, *Los fundamentos de la libertad*, 2da ed. (Madrid: Unión Editorial, 1975), 28.

Una palabra esencial para entender el estudio de la libertad es la “coacción”. Según Leoni:

(...) nadie puede considerarse «libre de» otras personas, si éstas son «libres» de restringirle en alguna manera. En otras palabras, todo el mundo es «libre» si, de una u otra manera, puede forzar a los demás a que no le coarten en ningún respecto. En tal sentido, «libertad» y «coacción» están inevitablemente ligadas, y esto probablemente se olvida demasiado cuando las personas hablan de «libertad».¹⁸

Esto se relaciona con la concepción negativa que expone el profesor Pedro Haba. En Leoni, por tanto, se entiende libertad como ausencia de coacción, donde se es más o menos libre en el tanto haya menos o más coacción.

La raíz de una idea de libertad se centra en el ámbito en el que un individuo puede obrar o no sin ser coaccionado por otro individuo y la libertad de ese otro individuo será la misma en el tanto el primer individuo no lo coarte y, así, en masa, aplicaría para todos los individuos y entes jurídicos creados (dotadas de personalidad jurídica). Trayendo a colación una definición conexas, en palabras de Friedrich Hayek:

El que una persona sea libre no depende del alcance de la elección, sino de la posibilidad de ordenar sus vías de acción de acuerdo con sus intenciones presentes; o de si alguien más tiene el poder de manipular las condiciones hasta hacerla actuar según la voluntad de ordenancista más bien que de acuerdo con la voluntad propia. La libertad por tanto, presupone que el individuo tenga cierta esfera de actividad privada asegurada; que en su ambiente exista cierto conjunto de circunstancias en las que los otros no pueden interferir.¹⁹

¹⁸ Bruno Leoni, *La libertad y la ley*. Traductor Cosmopolitan Translation Service. 3ra ed. ampliada. (Madrid: Unión Editorial, 2010), 67.

¹⁹ Friedrich Hayek, *Los fundamentos de la libertad* (Valencia: Fundación Ignacio Villalonga, 1961), 64.

Por último, pero no menos importante, es el análisis sobre libertad individual y libertad jurídica que hace el profesor Enrique Pedro Haba, quien señala:

Libertad individual es la experiencia de vivenciar como elección de uno mismo la decisión de llevar a cabo determinada conducta suya propia o la de no efectuarla, y poder realizar tal decisión; pero el sujeto de esta decisión la ve como ejercicio de su «libertad», verdaderamente, sólo cuando presupone que poner en práctica dicha conducta no habrá de acarrearle, por lo normal, consecuencias desfavorables – molestias graves- tales que le resulte preferible desistir de esta. Tal experiencia, fenómeno típico de la mente humana, se presenta en la conciencia de cada quien al practicar unos u otros comportamientos: todo individuo siente dentro de sí, como un poder real propio, que es él mismo quien resuelve, según su voluntad, si va a hacer o no hacer esto o aquello²⁰.

El profesor Haba tiene claro además que la concepción de una u otra forma de libertad tiene su base en un momento y lugar determinado y que podría incluso caber la idea de que la libertad de unos sea la no-libertad de otros. Como todo juicio de valor, se estará en uno u otro plano definitorio según la ideología de fondo que se tenga. La idea general de libertad individual está centrada en el terreno de lo práctico, concreto o fáctico.

El otro terreno, el terreno jurídico, está categorizado como el terreno de la libertad como derecho o libertad jurídica. La libertad jurídica está centrada en lo que es jurídicamente potestativo, o sea, lo no prohibido. Por esa razón en las páginas que seguirán, y el título de la investigación, se entiende que esa libertad de tenencia y portación de armas de fuego significa que, más que un derecho expreso y escrito, es una posibilidad de actuación del individuo de acuerdo al margen potestativo que el ordenamiento le reconoce de manera amplia y limitado como cualquier acción individual, por el derecho de terceros y por el orden público.

²⁰ Enrique Pedro Haba, *Axiología jurídica fundamental: bases de valoración en el discurso jurídico*. 2da ed. (San José: Editorial Universidad de Costa Rica, 2007), 100-101.

Haba también define, desde el punto de vista positivo, lo que es para él esa libertad como derecho:

(...) es la facultad que toda persona tiene de optar entre el ejercicio y el no ejercicio de sus derechos subjetivos, cuando el contenido de los mismos no se agota en la posibilidad normativa de cumplir un deber propio. La precedente definición presupone, como de sus términos claramente se colige, el agrupamiento de los derechos subjetivos en dos categorías: la de los derechos como ejercicio potestativo y la de los derechos de ejercicio obligatorio. Revela, además, que la libertad, en sentido jurídico, solo puede manifestarse en relación con las facultades del primer grupo, ya que consiste en la posibilidad de optar entre el ejercicio y el no ejercicio de las mismas. (...) La posibilidad, dependiente del libre albedrío de la persona, en que esta se encuentra de ejercitar o no sus derechos subjetivos, y de cumplir o no sus deberes jurídicos, no es la libertad como derecho, sino un supuesto del ejercicio o no ejercicio de las facultades que la ley concede, lo mismo que del cumplimiento o del incumplimiento de las obligaciones que impone. El ejercicio de la libertad, como derecho, implica el de la libertad como poder o, lo que es igual, la manifestación exterior del albedrío de cada persona.²¹

Concluye el profesor Haba de una manera que conecta con el profesor Leoni. Acerca de la libertad jurídica, esta consiste “en hallarse libre de coacciones o injerencias indebidas, públicas o privadas (...)”²². En ambos autores analizados se encuentran puntos de conexión específicos que enriquecen la presente investigación.

Haba se refiere a libertades, o sea, que no podría hablarse de la libertad, mucho menos de que alguien sea libre a secas. Siempre una libertad es de alguien para hacer algo o no con respecto a otro. Para Leoni, como se expuso, la raíz de una libertad es

²¹ *Ibíd.*, 102-103.

²² *Ibíd.*, 104.

precisamente el antagonismo con la coacción y se puede decir que se es más o menos libre, en el tanto otras personas coaccionen menos o más.

Leoni afirma también que “el término libertad apenas tiene significado cuando se completa sólo con la expresión «de algo», y esperamos de las personas que nos digan también qué es lo que son libres de hacer. No obstante, la presencia de una implicación negativa en la palabra libertad y en ciertos términos emparentados, como libre, parece fuera de cuestión”.²³ Libertad en sí misma no significa nada si no se entiende con respecto a todos los individuos o al Estado. Una libertad particular de tenencia y portación de armas de fuego entra acá a estudio y debe ser con respecto al Estado, el cual tiene la posibilidad abstracta de coartar derechos de los individuos, ejerciendo facultades de imperio por su posición superior, en términos generales, en cuanto al ciudadano.

Dicha concepción de la libertad individual es separada, en general, de la concepción de libertad política. La libertad política de un pueblo se mide en el tanto su conjunto de habitantes tenga la posibilidad de darse su gobierno según su voluntad, o sea, en poder elegir sus representantes o sus funcionarios sin interferencia externa. Bajo este sentido, sería libre todo aquel país que se autoorganice y dé la posibilidad a sus habitantes de tener la misma cuota de poder para poder elegir.

Sería libre el país, en términos de libertad política, si sus habitantes pueden elegir sus gobernantes, aunque en aspectos más específicos estas personas no tengan sus libertades individuales o el Estado esté de una u otra forma perturbándolas. Piénsese hipotéticamente, por ejemplo, aquel Estado donde el gobernante es elegido limpiamente, pero la institucionalidad y respeto por las libertades individuales, como libertades negativas,²⁴

²³ Bruno Leoni, *La libertad y la ley*. Traductor Cosmopolitan Translation Service. 3ra ed. ampliada. (Madrid: Unión Editorial, 2010), 67.

²⁴ Se manifiesta en la no interferencia externa a quien la ejerce.

distan de ser reconocidas y protegidas y día tras día son violadas de una pequeña o gran forma.²⁵

La concepción de libertad individual también debe precisarse en relación con la libertad como poder, entendiendo como materializada esa libertad individual en tanto todos puedan satisfacer sus necesidades de igual manera. Es precisamente la idea de libertad como poder, que los partidarios de la libertad individual no precisamente comparten. En el tanto se dé énfasis en que se pueda ejercer libertad si todos pueden satisfacer sus necesidades, se caerá en la situación donde es la libertad individual el medio por sacrificar para poder intentar obtener igualdad, no ya jurídica, sino material.

Bajo esta perspectiva, se pone en análisis, por ejemplo, considerar quién es más libre (y aquí será necesario entender la coacción como antítesis de libertad que se presentará a continuación),²⁶ aquel individuo con limitaciones económicas, pero que puede levantarse cada mañana a dirigir su vida como le plazca, pudiendo trabajar en lo que le sea más útil y sea este más apto, o aquel individuo que no puede dirigir su vida como le place, sin embargo, disfruta de comodidades alimento, vestido y servicios que el primero no disfruta.²⁷

²⁵ Al respecto: “ (...) a veces tal esfuerzo [la autodeterminación, su libertad política] ha llevado a un pueblo a preferir el déspota de su propia raza al gobierno liberal de la mayoría extranjera, y a menudo ha facilitado el pretexto para despiadadas restricciones de la libertad individual de los miembros de las minorías. Incluso, aunque el deseo de libertad del individuo y el deseo de libertad del grupo al cual el individuo pertenece descansen a menudo en emociones y sentimientos iguales, es todavía necesario mantener los dos conceptos claramente diferenciados”. Friedrich Hayek, *Los fundamentos de la libertad* (Valencia: Fundación Ignacio Villalonga, 1961), 30.

²⁶ En los términos de Leoni y Hayek antes citados.

²⁷ Piénsese, por ejemplo, en Eduardo VIII (rey y posterior duque de Windsor, quien abdicara el trono inglés en 1936 para poder contraer matrimonio con la estadounidense Wallis Simpson) quien, si deseaba seguir viviendo como rey con todo el privilegio que esto le traería, debía dirigir su vida no de la forma como él deseaba, compáresele con un vendedor dependiente en un mercado londinense que ve sus necesidades económicas limitadas, pero puede dirigir su vida como desea, casarse con quien quiera y levantarse cada

b) Coacción como antítesis de libertad

En el mundo contemporáneo es imposible abstraerse de la realidad jurídica de un territorio y de la existencia misma del Estado y sus potestades. El Estado, entendido como territorio con población y soberanía, con posibilidad plena para darse su propio derecho, tendrá consigo facultades de ordenar la vida pública en beneficio de sus habitantes. Por lo anterior, los diferentes ordenamientos jurídicos conceden de forma amplia o restringida facultades de coacción contra las acciones privadas de los habitantes de su territorio.

El tema que se trata en esta investigación habla de las facultades de coacción de un Estado en relación con la tenencia y portación de armas de fuego. Si algo se tiene por aceptado es que los Estados deben garantizar seguridad a los habitantes de su territorio, hacer respetar el orden jurídico, castigar los delitos cometidos de acuerdo a sus leyes y proporcionar justicia a sus habitantes de manera eficiente. En resumen, posee deberes que necesita ejecutar con el uso de la fuerza si es necesario. La Administración Pública cuenta con facultades de auto-ejecutoriedad en la mayoría de países de tradición jurídica continental que han seguido el derecho administrativo francés y otras necesitan la intervención judicial para poder irrumpir en los intereses particulares de los habitantes.

Pero la palabra “coacción” necesariamente evoca un poder fáctico de lograr que otras personas puedan ordenar su actuar o abstenerse de actuar, según lo disponga un individuo o un grupo, o, en el caso que interesa, el Estado. “Coacción”, como vocablo, tendrá siempre una cierta dificultad para clarificarse y dependerá de una correcta definición. Explica sobre ello Hayek:

La coacción tiene lugar cuando las acciones de un hombre están encaminadas a servir la voluntad de otro; cuando las acciones del agente no tienden al cumplimiento de sus fines, sino al de los otros. Esto no quiere decir que el que

mañana a hacer lo que mejor sabe hacer y con gusto, aunque no viva en lujo y comodidad. Será más libre el que pueda decidir qué hacer con su vida y esté libre de coacción, en la mayor medida, para realizarlo.

sufre coacción se vea privado de la facultad de elegir. Si le faltara dicha facultad no cabría hablar de “su acción”. Si mi mano, utilizando la pura fuerza física, es obligada a firmar, o si mi dedo es presionado contra el gatillo de una pistola, no se puede decir que tales acciones sean mías. Por supuesto, una violencia como la antedicha, que reduce mi cuerpo a mera herramienta física de otra persona, es tan mala como la coacción propiamente dicha y debe prohibirse por las mismas razones. Sin embargo, la coacción implica que yo poseo la facultad de elegir, pero que mi mente se ha convertido en la herramienta de otra persona hasta el extremo de que las alternativas que se presentan a mi voluntad han sido manipuladas de tal suerte que la conducta que mi tirano quiere que yo elija se convierte para mí en la menos penosa. No obstante la coacción, soy yo quien decide cuál de las alternativas que se presentan a mi elección es la menos mala. (...) Aunque el que sufre coacción tiene capacidad de elección, el que la ejerce ha combinado las alternativas que se presentan a la voluntad del otro de tal modo que el primero hará lo que el segundo quiera. El que sufre coacción no está privado, simplemente, de utilizar sus facultades, pero sí de la posibilidad de emplear sus conocimientos al servicio de sus propios fines. El uso efectivo que hace una persona de su inteligencia y de sus conocimientos para alcanzar sus fines requiere que sea capaz de prever algunas de las condiciones del mundo que le rodea y de trazar un plan de acción. (...) Por tanto, la coacción es mala porque se opone a que la persona use de un modo completo su capacidad mental, impidiéndole, por tanto, hacer a la comunidad la plena aportación de que es capaz. Aunque el que sufre coacción hará lo que más le convenga en un momento dado, para entender plenamente sus acción será preciso referirse a los propósitos de otra persona.²⁸

²⁸ *Ibíd*, 147-148. Otra forma de ver coacción sería decir que “es la arbitraria manipulación de los términos o alternativas de elección de otros y de ordinario podemos calificarla igualmente de interferencia injustificada” Frank H. Knight, *Conflicts of Values: Freedom and Justice*, en *Goals of Economic Life* (Nueva York: A. Dudley Ward, 1953), 208. Citado en *Ibíd*, 148.

Lo importante es distinguir que el coaccionado siempre tendrá un margen de acción que no precisamente es alterado por fuerzas físicas inmediatas que le compelen (no quiere decir que una intimidación y amenaza de daño inminente o mediato no sea coacción) y comúnmente de parte del Estado existe una amenaza de coacción de aplicar la ley con rigor, incluso con la fuerza.

Sin embargo, no solo con la coacción física de las autoridades públicas es que existe coacción estatal. El Estado, por medio de su ordenamiento, puede programar el margen de acción de sus habitantes y determinar el modo como ellos deban regir sus vidas en pocos aspectos, los necesarios, o en múltiples aspectos, hasta en el consumir, o intentar consumir y controlar cada aspecto de la vida de las personas como sucedería en Estados autoritarios o totalitarios.

Un ejemplo sencillo de coacción como definición *a priori* del margen de acción de las personas constituye imponer que solo se pueden usar determinados servicios públicos de una lista o medicamentos de un catálogo, y no más que esos; o bien poder adquirir automóviles entre ciertos tipos y modelos; asimismo, y de interés para esta investigación, que el Estado diga que los civiles pueden únicamente poseer armas de fuego según una lista establecida por ley. El ejercicio y creación de esa lista es una forma de coacción contra las personas, que no importa de momento si es correcta, a la medida, buena, mala, irracional, etc., solo que en efecto eso constituye coacción.

Si solo por medio de las opciones específicas indicadas por el Estado se puede dirigir la voluntad, al fin y al cabo es por voluntad que alguien adquiere X o Y bien mueble o inmueble de las opciones dadas, no obstante la sola acción de formular y limitar las opciones de escogencia se considera coacción en los términos antes explicados.

iii. Armas de fuego y derecho constitucional

a) Armas de fuego de uso discriminado y uso civil

Arma de fuego se puede definir “como aquellas que utilizan la energía de los gases producidos por la deflagración de la pólvora para lanzar un elemento sólido, denominado proyectil, a distancia”.²⁹ Entre varias clasificaciones, se encuentran las llamadas armas pequeñas: revólveres, pistolas, rifles, carabinas, subametralladoras³⁰ y ametralladoras ligeras; y las armas livianas: ametralladoras pesadas, morteros de calibre inferior a 100 mm, lanzagranadas, armas antiaéreas portátiles, cañones antitanques, cañones sin retroceso, lanzadores portátiles de cohetes anti-ataques.³¹

El término “uso discriminado” antepone el hecho de que el arma de fuego, en el momento de ser accionada, puede causar un daño particular y no masivo, como lo serían las pequeñas en los términos antes definidos. Las clasificadas como livianas son en su mayoría de utilización militar, por ende de un potencial daño masivo por el poder de fuego y explosivos; estas no son las que interesan en el objeto de estudio de esta investigación.

Los ordenamientos jurídicos de los diferentes Estados determinarán qué especificaciones de armas podrán adquirirse, poniendo listas taxativas, especificaciones

²⁹ Marvin Salas, *Manual de Ciencias Forenses*. Tomo I. (Heredia: Poder Judicial, 2011), 253.

³⁰ Mientras que las ametralladoras son armas automáticas, las subametralladoras son semiautomáticas, aunque tienen selector de fuego para poder disparar en ráfaga. En la mayoría de países del mundo las armas automáticas están prohibidas. En Estados Unidos con un permiso especial en algunos estados pueden ser autorizadas para ser poseídas, mientras que rifles semiautomáticos, como el AR-15, aun con “aparición militar”, son de venta civil. Véase: Sarah Parker, “Balancing Act: Regulation of Civilian Firearm possession”, *Small Arms Survey*. (2011). Disponible en Web: <http://www.smallarmssurvey.org/fileadmin/docs/A-Yearbook/2011/en/Small-Arms-Survey-2011-Chapter-09-EN.pdf>. Consultado el 12 de octubre de 2015.

³¹ Sarah Parker, “Definitions of Small and Light Weapons”, *Small Arms Survey*. (2011). Disponible en Web: <http://www.smallarmssurvey.org/weapons-and-markets/definitions.html>. Consultado el 12 de octubre de 2015.

que den margen de escogencia, aunque siempre limitado, o dejar plena posibilidad a las personas para adquirir cualquier arma de fuego pasando un filtro básico.

En cuanto al uso común de la frase “tenencia y portación”, se debe hacer la diferenciación de estos términos, ya que en la práctica influye lo que es permitido sin mayor restricción estatal y lo que puede necesitar permisos administrativos o ciertos comportamientos y precauciones específicos. En este punto particular se debe acudir al desarrollo de los derechos reales, para poder definir tenencia y propiedad. Cabe mencionar que el uso de la palabra tenencia se ha generalizado, pero el significado que debe tener, y es más apropiado, como sucede en los diferentes Estados, funciona bajo la figura de la propiedad como derecho real más perfecto: el dominio.

En cuanto a la tenencia, como mera posesión o manipulación momentánea de un objeto, no vendría a tener tanta significancia jurídica ya que en general las armas de fuego solo se pueden adquirir por seguridad y orden, con la figura de la propiedad, entrando así al patrimonio del titular. En el momento en que una persona pacta cosa y precio por un determinado modelo, tipo, calibre, de arma de fuego; ahí se configuraría el negocio jurídico de compraventa y al surtir efectos, pasa al patrimonio privado.

Al ser un objeto que se convierte en un bien material, en el momento en que una determinada persona pone en él un interés jurídico, podría entrar, técnicamente según la teoría del derecho civil, al patrimonio de la persona por hallazgo. Aunque la normativa especial al derecho civil puede establecer restricciones en este sentido al tener la desaparición de armas su regulación y es deber del propietario reportar desaparición o robo, además, la adquisición legítima de un arma de fuego sin un negocio jurídico bilateral posee cierta rigurosidad, pues para inscribirla no basta la mera tenencia material.

El derecho de propiedad se define como “el poder jurídico ejercido por una persona en forma directa e inmediata sobre una cosa, que le permite su aprovechamiento total en

sentido jurídico, y demás oponible a terceros”.³² Por su parte, la tenencia en el sentido jurídico más estricto es relacionada a la posesión actual de un bien mueble o inmueble y en general se define como “una relación o estado de hecho, que confiere a una persona el poder exclusivo de retener una cosa para ejecutar actos materiales de aprovechamiento, animus domini o como consecuencia de un derecho real o personal, o sin derecho alguno”.³³

Debe quedar claro que el uso de la palabra tenencia hará referencia a la propiedad privada de las armas de fuego, al ser la figura que se adecúa, en la práctica, a la forma como las personas tienen en su poder armas de fuego (ya que las de uso militar o policial son de dominio público, las de uso civil entran como dominio y ligado al derecho civil patrimonial). El que el título de la investigación utilice la palabra tenencia es solamente por facilidad en cuanto al uso diario y generalizado de este tema particular y de la existencia de armas de fuego en la esfera de custodia de particulares.

Al lado de la propiedad sobre las armas de fuego, está otra figura denominada “portación”. Dicha palabra es definida por la Real Academia de la Lengua como “Acción y efecto de portar o llevar, especialmente armas”.³⁴ Portación será la acción de manipular armas, llevarlas consigo en sus pertenencias en áreas públicas o privadas, entendiendo especialmente que no se manipulen en el domicilio o aposentos del propietario de estas.

Cada legislación establece el estatus que deben cumplir las personas para poseer armas (ciudadano por nacimiento, naturalizados, residentes, en general civiles), siempre teniendo como base criterios objetivos generales y abstractos que busquen proteger a la comunidad de habitantes de un Estado y no criterios que pretendan crear grados de

³² Jorge Domínguez, *Derecho civil: parte general, personas, cosas, negocio jurídico e invalidez* (México: Porrúa, 2008), 323.

³³ Rafael Rojina, *Bienes, derechos reales y sucesiones* (México: Porrúa, 2012), 189.

³⁴ Real Academia Española, “Portación”, *Diccionario de la Lengua Española*, 2014. <http://lema.rae.es/drae/?val=portaci%C3%B3n>. Consultado el 9 de octubre 2016.

discriminación entre personas sin antecedentes penales o problemas mentales o psicológicos.

La distinción de la definición de arma de fuego es importante, debido a que el centro de estudio de esta investigación gira en torno a armas que utilizan el mecanismo de deflagración de la pólvora. El término arma es amplio y es definido por la Real Academia de la Lengua como “Instrumento, medio o máquina destinados a atacar o defenderse”.³⁵

Históricamente el antecedente fundamental de interés jurídico sobre el uso y portación de armas como defensa se encuentra en Roma y este va desde la Ley de las XII Tablas, el Corpus Iuris Civilis, pasa por el primer derecho internacional, con profundas raíces en el derecho natural, además presenta un desarrollo semejante en tierras inglesas y pasa a las colonias americanas de igual forma, como derecho anglosajón. Como se observa, la utilización de las armas como medio necesario para protegerse sigue un desarrollo indistinto de la tradición jurídica romana o anglosajona.

En la Ley de las XII Tablas se aprecia un principio de defensa de la propiedad. Específicamente en la tabla segunda se habla del robo y cómo quien sorprenda a alguien robando de noche puede matar al ladrón y esto sería libre de pena.

De hecho una de las fuentes más importantes de la defensa propia y utilización de armas es Marco Tulio Cicerón, quien en la *Defensa de Milón* afirma:

4. Y por cierto, que si en algún tiempo hay derecho para quitar la vida a un hombre (y la hay en muchas ocasiones), sin duda que el de hacerlo con justicia, y aún por necesidad, es cuando se repele la fuerza con la fuerza. (...) ¿Para qué son nuestros acompañamientos, para qué nuestras espadas? Las cuales ciertamente no se podrían tener, si de ningún modo fuera lícito usar de ellas. Es pues esta, Jueces, una ley, no escrita, sino natural: que no la hemos aprendido, oído o leído; sino que la tomamos,

³⁵ Real Academia Española, “Arma”, Diccionario de Real Academia Española, 2014, <http://dle.rae.es/?id=3a3iLLv>. Consultado el 20 de febrero de 2016.

bebimos y sacamos de la misma naturaleza: en la que no hemos sido enseñados, sino criados; no se nos ha impuesto, sino imbuido; de que si nos viésemos caer en alguna emboscada o invadidos a la fuerza y armas de salteadores o enemigos, fuese justo y bueno todo medio por donde nos pudiésemos salvar. Porque callan las leyes entre las armas, y no mandan que se les atiendan cuando el que quiera atenderlas, antes ha de sufrir una pena injusta, que reclame una justificación. Aunque con mucho acuerdo, y en cierto modo callando, nos da la misma ley facultad de defendernos; pues no solo prohíbe matar a un hombre, sino también tener armas para hacerlo: para que tratándose de la intención, y no de las armas, se juzgase que, quien las tuviese para su defensa, no las tenía para matar a otro. Por lo cual quede, jueces, esto asentado: pues no dudo que os haré ver la justicia de mi causa, si tuvieres presente (¿y cómo podréis olvidarlo?), que podemos matar justamente al que nos pone asechanzas.³⁶

Ahora bien, en cuanto al Corpus Iuris Civilis, o Código de Justiniano, que data del año 529 dC, del desarrollo del *ius gentium* se extrae que la ley aplica igual para individuos, cualquier no romano (a los romanos les aplicaban el *ius civile*); según los autores, esa ley aplica para individuos y Estados, que los componen los pueblos. En el Corpus Iuris Civilis, Libro 1.1.3 se menciona: “Florentino en el libro I de las Instituciones. Para repeler la violencia e injuria. De este derecho ha dimanado, que todo o que cualquier hace en defensa de su propia persona, se juzgue haberlo hecho justamente. Y como la naturaleza ha constituido entre nosotros cierto parentesco, se sigue no ser lícito, que un hombre maquine contra otro hombre”.³⁷

³⁶ Sandalio Díaz y Francisco Fernández, *Obras completas de Marco Tulio Cicerón, T. XVI, Vida y discursos: en defensa de T.A.Milón* (Madrid: Librería de Perlado, Páez y Cía, 1919), 212-213

³⁷ Manuel Gómez y Pascual Gil y Gómez, *El digesto del emperador Justiniano*. Traducido y publicado en el siglo anterior por el licenciado don Bartolomé Agustín Rodríguez de Fonseca. No. 20. (Madrid: Imprenta de Ramón Vicente, Cuesta de Santo Domingo, 1872), 32.

En el Digesto también sobresale el comentario de Gayo:

4. Gayo al Edicto provincial, libro VII. –Por tanto si matase a tu siervo, que era ladrón, y me acechaba, estaré seguro; porque la razón natural permite defenderse del peligro. §1. La ley de las doce tablas permite matar al ladrón que se halla robando de noche, con tal que esto se justifique dando voces; y al que se halla de día, es permitido matarlo se defiende con dardo, justificándolo también dando voces.³⁸

En el mismo libro 9no, título II punto 5, se menciona de parte de Ulpiano:

Ulpiano; Comentarios al Edicto, libro XVIII. –Si alguno matase a otro que iba a matarle a él con espada, no parece que lo mató con injuria: mas si alguno matase al ladrón por miedo de la muerte, no se dudará que no está obligado por la ley Aquilia; pero si pudiendo aprehenderlo, quiso más bien matarlo, es más cierto que cometió injuria, y por esto se obligará por la ley Cornelia. §1. Injuria debemos entender en este título no cualquiera palabra afrentosa, así como en la acción de injurias, sino lo que no se hizo con derecho, esto es, si por su culpa matase uno a otro contra derecho, y por tanto en algunos casos concurre una y otra acción, la de la ley Aquilia, y la de injurias; pero habrá dos estimaciones, una la del daño, otra de la palabra injuriosa: esto supuesto, por injuria entendemos aquí el daño causado por culpa, aún por aquel que no lo quiso causar.³⁹

En la actualidad las regulaciones son distintas sin perder un espíritu fundamental que ha recorrido siglos de historia. Se entiende la necesidad de la legítima defensa, la defensa de la propia persona o de un tercero, asimismo la defensa del pueblo en contra de gobernantes que violen las garantías y vida de las personas, siendo que en la historia pueblos enteros se han alzado en armas para hacer reformas sociales en un ambiente en

³⁸ *Ibíd.*, 350.

³⁹ *Ibíd.*, 351.

que otra forma pacífica no era posible. El espíritu de defensa de la vida y la integridad física persiste, el paso del tiempo solo ha hecho adaptar el uso de las armas al imperio de las leyes.

b) Interés del derecho constitucional por el tema de tenencia y portación de armas de fuego

En las democracias occidentales existe una polémica relacionada al tema de las armas de fuego, en relación con si pueden o no tener dominio de estas la población civil y, si es así, qué tipo de armas de fuego pueden adquirir. Los diferentes Estados parten del supuesto de que los individuos que viven bajo sus fronteras y tienen consigo una serie de derechos y obligaciones, deben contar con una serie de límites para la adquisición de armas de fuego, siendo que los ciudadanos demandan armas para la defensa personal, familiar y del patrimonio, así como para el deporte o el desarrollo de actividades comerciales como la prestación de servicios de seguridad privada.

Se afirma que el monopolio de la seguridad corresponde al Estado, específicamente al Poder Ejecutivo, pero los ordenamientos jurídicos también dejan la puerta abierta para la defensa personal o de terceros, siempre y cuando se esté ante una agresión ilegítima, exista la necesidad razonable del medio empleado para repeler o impedir la agresión y no haya una grave desproporción; asimismo la legislación civil permite a un propietario de un bien defender su propiedad repeliendo la fuerza con la fuerza.

Ligado a lo anterior, el mismo Estado, por medio de su Constitución Política, es el primero en afirmar que la vida humana es inviolable y esto posee una significancia especial, ya que tal afirmación no hace referencia exclusivamente a que se debe mantener viva a una persona bajo cualquier panorama médico desfavorable, sino que nadie puede arrogarse un derecho a disponer de la vida o la integridad física de un ser distinto a sí mismo, lo cual trae como consecuencia que existan leyes penales que castiguen el homicidio, el aborto bajo la mayoría de supuestos y las lesiones y haya ordenamientos jurídicos que no permitan la pena de muerte.

La defensa de un bien jurídico como la vida es consecuente con la utilización de un medio eficaz para hacer efectivo esa acción. Por su parte, el derecho desarrolla toda una teoría sobre el abuso de derecho, siendo que actúa antijurídicamente quien de mala fe, sin utilidad o sin razonabilidad ejerce una acción que en principio es legítima o no prohibida, pero la lleva a un ámbito que sobrepasa esa buena fe, utilidad o razonabilidad. Por esa razón, la utilización responsable de armas blancas o armas de fuego es un tema que en sí mismo no debe causar tanto temor en las autoridades si hay adecuación con las leyes. Es más bien un tema esencial para el Estado el monitoreo del trasiego ilegal de armas y su relación con el crimen organizado y bandas delictivas, que no siguen ningún procedimiento burocrático para registrar las armas que utilizan para llevar a cabo sus actividades delictivas.

La existencia de personas que irrespeten los derechos de los demás a la vida, integridad física, que interfieran en la libertad y la propiedad de los demás no debe llevar en ningún momento a que otro grupo de personas (el Estado y sus funcionarios), en miras de garantizar una “seguridad pública”, cercenen, debiliten o imposibiliten esos mismos derechos que todos deben respetar en una democracia que se diga ensalzar las libertades de sus ciudadanos.

Son precisamente muchísimos ciudadanos quienes desean cumplir con todo el marco jurídico y respetar los derechos de los demás, por eso, la libertad de tener en propiedad armas de fuego para la defensa legítima en caso de ser necesario, no debe cercenarse, hacerlo sería atacar el problema desde el frente equivocado, ya que endurecer la tenencia y portación de armas para civiles no garantiza que quienes deseen atacar los derechos de los demás no puedan conseguir armas, situación que el Estado no podrá desaparecer.

Se deducirá en esta investigación que la libertad de tenencia de armas de fuego y la portación de estas es un aspecto más del derecho a la vida, se puede decir que el derecho de defensa de la vida es derivado necesario de ese derecho, tal como es la integridad física

o el derecho a la salud. Esto se verá ligado al tema del ejercicio libre de portar armas como parte de la propiedad privada y la autonomía de la voluntad y el deber de responder por los actos propios contra terceros.

En Costa Rica los partidarios de un excesivo control estatal de la población y sus intereses alegan que el uso de armas no es un derecho, sino una concesión estatal⁴⁰, por esa razón en esta investigación se desea determinar, haciendo un análisis de ponderación de derechos fundamentales -principalmente el derecho a la vida, a la propiedad privada y la autonomía de la voluntad-, que tal afirmación es errada pues sería obviar disposiciones que las mismas constituciones establecen sobre la propiedad y el uso de esta, no dañando derechos de terceros.

Las normas jurídicas deben establecer un mínimo básico de requisitos para que una persona pueda portar armas de fuego y evitar que personas con alguna limitación psicológica o cognoscitiva pueda acceder libremente y utilizar armas, esto como aspiración que no siempre se logrará cumplir si hay un exceso de requisitos para el acceso legal a las armas. Lo deseable en este aspecto sería que los controles sean concretos y efectivos para evitar que personas con esas limitaciones psicológicas o con antecedentes penales puedan manipular armas.

De todo lo anterior, puede preguntarse válidamente cuál es el papel que el Estado debe tener en la vida de la población civil y el derecho constitucional es protagonista. El Estado no es la razón para dejar de tener libertades, renunciando todos a la libertad cuando se crea un Estado poderoso, sino todo lo contrario, el Estado está para respetar la libertad del hombre y no menoscabarla en grandes o pequeñas formas, el Estado está para servirle.

⁴⁰ Véase: Ministerio de Seguridad Pública de Costa Rica, *Estar armado no es un derecho es una concesión* (2012): 10-01. Disponible en Web: <http://www.fuerzapublica.go.cr/2012/01/estar-armado-no-es-un-derecho-es-una-concesion/>. Consultado el 9 de octubre de 2015. Arguedas Carlos, “Plan faculta a Estado a suspender uso de armas”, *La Nación* (abril 2013): 21-04. Disponible en Web: http://www.nacion.com/sucesos/Plan-faculta-suspender-uso-armas_0_1336866403.html. Consultado 9 de octubre de 2015.

No hay libertades a medias, o libertades que se crea que es mejor no reconocer, para evitar al Estado ciertas concesiones a sus protegidos.

Se cuenta con libertad para poseer cosas, esos hechos que se consideran jurídicos en el momento en que se les da una valoración específica, los convierte en bienes. La vida de cada una de las personas no puede ser perturbada por nadie, asimismo su propiedad, y el Estado se crea para resolver diferencias, pero este no puede actuar en todos los casos, estar en cada uno de los momentos en que dos o más personas coincidan e interactúen, por eso el hombre como parte de su derecho a la vida posee también un derecho fundamental a defender esa vida de lesiones graves o mínimas y la forma de protegerla debe ser la necesaria para repeler o impedir agresiones.⁴¹

Para lograr el interés investigativo descrito anteriormente, es necesario hacer un estudio de derecho comparado, para entender la lógica que en torno al tema tienen las dos principales tradiciones jurídicas en occidente: el derecho anglosajón y el derecho continental europeo. Intentar dilucidar la base axiológica de ambos sistemas hará más sencillo comprender de qué manera puede incorporarse la tenencia y portación de armas de fuego como parte de la libertad jurídica. No cabrá posibilidad para entenderla como mera concesión u otorgamiento estatal, sino como parte de varios derechos de los individuos.

Como sociedad se deben entender varios aspectos y es que la industria de las armas de fuego es una realidad y sería muy fácil solamente cuestionar su existencia y abogar por su desaparición absoluta para así pretender que se acabe la violencia en el mundo o en un determinado país. Debe poder conciliarse la existencia de las armas de fuego en la sociedad con la libertad de las personas, libertad que debe entenderse como ausencia (en la medida de lo posible para la paz social) de coerción para una persona por parte de otra u otras, incluido el Estado como persona moral de derecho público, y en este entendido la

⁴¹ El medio que utilice una persona para defender su vida o propiedad no debe importar en el tanto sea un medio que razonablemente impida la agresión.

ausencia de coerción trae consigo la aceptación de que la libertad de una persona termina cuando choca con la libertad de otra.

Por eso esta investigación no pretende ser una apología de la utilización sin ningún límite de las armas de fuego ni tampoco una condena a ultranza de estos instrumentos. Es apreciable el tema desde el punto de vista del derecho constitucional ya que los diferentes Estados, incluido el Estado costarricense, siempre enfrentan el reto de atacar problemas de criminalidad estando limitados por las libertades individuales. Esta rama del derecho entra como principal involucrada desde que se dice que las personas tienen derechos inalienables, inherentes a su persona física y hay grupos que defienden las armas como parte de sus derechos individuales, como parte de su libertad con responsabilidad. También es cierto que el uso irresponsable de estos instrumentos hace más sencillo el daño físico entre personas, porque para hacer daño a los semejantes siempre se pueden encontrar formas e instrumentos.

Una libertad individual no puede ser cercenada por un tema de política criminal, por más nobles y con buena fe que sean los argumentos de los funcionarios públicos o miembros de los supremos poderes involucrados, solamente se puede suspender en caso estricto de emergencia según lo diga la Constitución. Las causas de la criminalidad deben atenderse desde frentes que respeten los derechos individuales pues la seguridad de todos los habitantes parte de la certeza jurídica que tenga el individuo frente al Estado, es una globalidad de intereses y temas, donde no se puede atenderse unos cercenando o imposibilitando otros.

Hasta que se respeten y se comprendan los alcances y nivel de seguridad que las armas de fuego demandan, las personas no podrán eximirse de situaciones de peligro con ellas, será el constante entrenamiento en la defensa personal la que reduzca los peligros de accidentes. El punto fundamental es que una cultura de aprendizaje, responsabilidad y uso adecuado de armas de fuego en la prevención del delito, el deporte y la legítima defensa no debe ser un tema tabú, debido a que las armas de fuego en un mundo globalizado siempre

se podrán adquirir, el punto es hasta dónde el Estado debe apostar por restringir su uso y adquisición legalmente, causando que quienes siempre cumplen las reglas no posean otra alternativa que restringirse y apegarse al limitado espacio que pretende el Estado dar para tener o portar armas de fuego o, en el peor de los casos, adquirir sus armas de fuego en el mercado negro.

El ciudadano que se apega a las reglas puede quedar desprotegido y es indefendible el argumento vinculado con que la seguridad de los habitantes de un Estado lo garantiza plenamente el Estado ya que por razones lógicas la Policía no puede estar en cada rincón del país monitoreando cada uno de los movimientos de los individuos. Siempre habrá situaciones donde las personas tengan mínima posibilidad o absoluta imposibilidad de pedir auxilio de las autoridades de seguridad estatales o, en otro caso, que estas acudan tarde en su ayuda.

La idea general del uso de las armas para la defensa en el desarrollo del pensamiento jurídico se puede precisar mejor con un estudio de derecho que interesa al derecho constitucional, precisamente el origen preestatal del derecho de legítima defensa en el derecho natural y la consecuente inclusión en el derecho positivo de un Estado.

David Kopel, Paul Gallant y Joanne Eisen, en su artículo *The human right of Self-Defense*⁴² (título traducido como *El derecho humano de autodefensa*), analizan la situación internacional con respecto al derecho de tener y portar armas, pero desde una perspectiva histórica de derecho internacional. Los autores estudian el tema en una forma que interesa mucho a esta investigación y es que se intenta dilucidar un derecho humano a la autodefensa, partiendo del análisis de los primeros juristas que publicaron sobre derecho: Hugo Grocio y Samuel Putendorf, agregando además al suizo Jean-Jaques Burlamaqui.

⁴² David Kopel, Paul Gallant y Joanne Eisen, "The human right of Self-Defense", *BYU Journal of Public Law* 22. (2007). Disponible en Web: <http://digitalcommons.law.byu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1396&context=jpl>. Consultado el 1 de octubre de 2015.

Según los autores, citando los primeros trabajos en la historia sobre derecho internacional, se observan temas consistentes, entre ellos la defensa legítima como derecho esencial del individuo, igualmente esa legítima defensa es un tema básico en la fundación de ese derecho internacional desde el siglo catorce hasta la publicación del tratado de Grocio en 1625. Las reglas y límites de la defensa legítima personal fueron ampliados a las aplicaciones internacionales con modificaciones apropiadas.⁴³ Dichas reglas en su momento también tuvieron el propósito de regular situaciones de guerra. El principal aporte de estos juristas fue que los Gobiernos en su momento tuvieran una obligación legal a constreñir la conducta de militares. Para estos juristas (considerados los padres del derecho internacional), el derecho de autodefensa era la piedra angular.

Otro jurista destacado fue Giovanni da Legano, quien en lo esencial, no consideró ninguna diferencia entre la violencia individual y la violencia Estatal, teniendo como fuente, principalmente, el derecho romano, la Biblia, otros filósofos y la lógica. Entre esto, y de acuerdo con Legano, la legítima defensa procede del derecho natural y no del derecho positivo o canónico.⁴⁴ No es una creación positiva, es un instinto inherente al ser humano. Toda persona que fuera víctima de una ofensa a su integridad, sea de quien sea, podía hacer uso de la autodefensa, para Legano, la autodefensa se puede llevar a cabo para salvaguardar la propia vida y la propiedad, incluso provocando la muerte del ofensor de ser necesario. Igualmente el principio aplica para la defensa de terceros, no solo sería autodefensa, sino la legítima defensa más como se conoce hoy, aun cuando no se utilicen los mismos medios, por ejemplo, ante un ataque cuerpo a cuerpo una persona para defenderse puede hacer uso de una espada.

Para Honoré de Bonet, que siguió la línea de Legano, la defensa de un tercero a un atacado injustamente debía ser permitida, mas no obligada. Otra autora destacada,

⁴³ *Ibíd*, 43.

⁴⁴ Thomas Erskine, *Introducion to Giovanni da Legano, De Bello, de Represaliis et de Duello ix* (1917), 70-278, citado por *Ibíd*, 60.

Christine Pisan (1364-1430), en su obra *Le Livre de Faits d'Armes et de Chevalrie*, afirmó que un caballero podría defenderse a sí mismo incluyendo el recurrir a la muerte del ofensor, puesto que a un hombre en su defensa debía permitírsele herir a otro. Rehusó de la idea de que una víctima debiera ser procesada por usar la fuerza y provocar la muerte del ofensor solo por un reclamo de gobierno que le dijera que no debía nunca provocar la muerte aún cuando no hubiera otra salida.⁴⁵

Asimismo, en España, en la Salamanca del siglo XVI, Francisco de Vitoria (1486-1546), profesor de teología, ética y filosofía, quien además era dominico, y según James Brown Scott, en su obra *El origen español del derecho internacional moderno: Francisco de Vitoria y su derecho de las naciones*, era un liberal y un internacionalista puro; con ambas particularidades, su derecho internacional es un derecho liberal internacional.⁴⁶ Para de Vitoria, el derecho internacional no debía estar limitado a la cristiandad, sino que debía aplicarse a todos los Estados, sin distingo de zona geográfica, credo o raza; no para menos él criticó la conquista española de las Indias, así como las prácticas contrarias a la dignidad humana que hacían los aztecas, como por ejemplo, los sacrificios humanos. No resta decir que de Vitoria fue esencial para el trabajo de Grocio.

En su tratado *Sobre el derecho de guerra*, Vitoria explicó varias razones por las cuales la autodefensa individual y nacional es legítima, una razón es que una regla contraria pondría el mundo en total miseria si los opresores pudieran cometer sus crímenes con impunidad oprimiendo al inocente y estos últimos no pudieran tomar represalias contra ellos. Dice además que cualquiera persona puede aceptar y librar una guerra defensiva, siendo esto demostrado por el hecho de que se puede repeler la fuerza con la fuerza, para garantizar su vida, propiedad y bienes en general.⁴⁷

⁴⁵ *Ibíd.*, 63.

⁴⁶ James Brown, *The Spanish origin of international law: Francisco de Vitoria and his law of nations* 73 (Inglaterra: Oxford University Press, 1934), citado por *Ibíd.*, 63.

⁴⁷ *Ibíd.*, 67.

Desde el punto de vista del derecho internacional, de Vitoria puntualiza que el principio aplica también para los Estados, pudiendo estos recurrir a la guerra en legítima defensa y los principios de legítima defensa fueron también influyentes para crear restricciones humanitarias a la guerra. Asimismo, este fundamento serviría para hablar de un derecho de autodefensa contra la tiranía, conocido y desarrollado más en Estados Unidos. Para Vitoria los principios morales básicos aplican universalmente, sin importar raza, religión, etc.

Con base en los primeros desarrollos del derecho de guerra, los principales juristas antes citados y otros como Pierino Belli desarrollan sus ideas hablando de un derecho natural a repeler la fuerza con la fuerza, las armas con las armas. También Francisco Suárez (1548-1617), de Salamanca, comprendía el derecho a la autodefensa como el más grande de los derechos que ningún Gobierno podía abolir porque la autodefensa es parte del derecho natural; para los individuos y para el Estado, defenderse del agresor no solo es un derecho, sino un deber. Alberico Gentili (1552-1608) desarrolló sus ideas en Inglaterra, pero no las basó en el derecho natural, sino en el principio de solidaridad humana.⁴⁸ Según su punto de vista, la autodefensa es consistente con la corriente de los fundadores del derecho internacional, explicando que la legítima defensa es un instinto de todos los seres vivos y una razón natural para levantarse en armas.⁴⁹

El autor más relevante en el artículo objeto de análisis en este estado de la cuestión es Hugo Grocio (1583-1645), con su obra principal *El derecho de guerra y paz*, quien es considerado el fundador de las relaciones internacionales modernas. El propósito de Grocio en su obra fue civilizar la guerra, en especial para proteger a los no combatientes de ataques, ante ello Grocio comienza con el derecho de defensa personal. Según Grocio, se ha observado previamente que si un hombre es asaltado en alguna forma tal que su vida

⁴⁸ *Ibíd.*, 73.

⁴⁹ Phillipson y Coleman, *Introduction to Alberico Gentili, De Iure Belli Libri Tres*. 10ma ed. Traducción de William S. Hein (1998), citados en *Ibíd.*, 72.

corra peligro inevitable, él puede no solo hacer la guerra, sino también destruir al agresor y desde esta instancia parece que tal “guerra privada” es justa y legal. Es de observar que este derecho a la legítima defensa surge directa e inmediatamente del interés de la propia preservación.⁵⁰ Para Kopel, Gallant y Eisen el derecho a la legítima defensa implica un derecho a las armas que sean necesarias para esa defensa necesaria.

Otro autor de relevancia, como se apuntó anteriormente, fue Samuel Pufendorf, alemán, quien fue el primer profesor de derecho internacional (en inglés *Law of Nations*, en francés *Le droit des gens*), para poder difundir el pensamiento de Grocio. En 1674 publicó su obra principal titulada *De la ley de la naturaleza y de las naciones*. Pufendorf argumentó que el derecho, el deber y la práctica de la legítima defensa a nivel personal o nacional es la esencia de la preservación de la sociedad, ambos a nivel local o global.⁵¹

La legítima defensa es un fundamento esencial de la sociedad ya que si las personas no se defienden a sí mismas, entonces sería imposible vivir en sociedad, esto en el tanto la seguridad que proporciona el Estado no puede estar presente con certeza siempre ante una amenaza. Pufendorf afirmó que no hay razón para que un hombre no pueda defenderse con un arma distinta o más letal que la que esté utilizando su agresor si ese es el único medio que tiene a mano para actuar, por ejemplo disparar a quien hace uso de una espada.⁵² Las palabras de Pufendorf no incluyen en ningún momento la idea de que la legítima defensa sea una forma de justicia privada, ya que esta le corresponde al Estado, pero en sí misma la legítima defensa es más antigua que la creación del Estado y por esa razón ningún Estado podría moral o legítimamente prohibirla.

Asimismo, la legítima defensa está para proteger a quien la ejerce de una agresión ilegítima, o lo que en derecho actual se conoce como la no obligación del individuo de soportar lo antijurídico, siendo que puede hacer uso de esa legítima defensa incluso en

⁵⁰ Parafraseando a Grocio, citado por *Ibíd.*, 77.

⁵¹ *Ibíd.*, 81.

⁵² Samuel Pufendorf, *Of the Law of Nature and Nations* (The Lawbook Exchange, 2005), citado en *Ibíd.*, 84.

casos donde su integridad pelagra por una persona enferma mental. De igual forma, la rebelión de una sociedad en contra de la tiranía de un gobernante es también defensa legítima para Pufendorf. Esta idea además está presente en el pensamiento de John Locke, en su *Segundo tratado del Gobierno civil* (§210), donde para él un tirano está en un estado de guerra con su pueblo, justificando así un derecho de resistencia contra el Gobierno. Este punto también lo defendió Emmenerich de Vattel (1714-1767)⁵³.

Posterior a Grocio, sobresale el jurista Jean-Jacques Burlamaqui (1694-1748), con su tratado *Principes du droit naturel* de 1747 y *Principes du droit politique* publicado en 1751.⁵⁴ El constitucionalismo de Burlamaqui tuvo notable influencia en los fundadores estadounidenses como Thomas Jefferson, siendo que la búsqueda de la felicidad debe ser un derecho, además todo hombre por solo nacer hombre tiene un derecho a procurar su felicidad y seguridad, por lo cual puede emplear la fuerza de las armas contra aquellos que lo ataquen.

La necesidad es esencial para el uso de la legítima defensa contra un agresor, siendo esto parte de la naturaleza del hombre, defenderse al estar amenazado. El derecho de rebelión contra un gobernante opresor es también derivado de ese derecho individual a la legítima defensa, ya que no hay distinción entre un daño provocado por un individuo no gobernante como por uno que lo sea. En la misma línea se encuentran los juristas Johann Wolfgang Textor⁵⁵, George Frederick von Martens⁵⁶, George Bowyer⁵⁷ y George B. Davis⁵⁸.

⁵³ Emmerich De Vattel, *The Law of Nations; Or, Principles of the Law of Nature, Applied to the Conduct and Affairs of Nations and Sovereigns* (The Lawbook Exchange, 2005). Disponible en: <http://www.constitution.org/vattel/vattel.htm>, citado en *Ibíd.*, 90.

⁵⁴ La fuente disponible para Burlamaqui es la de Petter Korkman, *Introduction to Jean-Jacques Burlamaqui, The Principles of Natural and Politic Law*. Editor Petter Korkman. (Liberty Fund, 2006), citado en *Ibíd.*, 93.

⁵⁵ Sobre este autor se encuentra la obra de Ludwing von Bar, *Introduction to Johann Wolfgang Textor, Synopsis Juris Gentum (Synopsis of the Law of Nations)*. Editor Ludwig von Bar, traductor John Pawley Bate y William S. Hein (1995), citado en *Ibíd.*, 93.

Acerca de este punto, se concluye que cualquier intento actual de negar la existencia de un derecho a la autodefensa no solo desconoce todo el desarrollo histórico y la idea central detrás, sino que además puede tener implicaciones devastadoras. Los fundadores del derecho internacional no solo hablan de una regulación de la guerra, también de la necesidad natural de defensa personal, un tema que hoy no se puede desconocer y las armas en sí mismas son solo instrumentos de defensa que pueden ser utilizados responsablemente.

De esta investigación se extrae la idea de que si no existiera un derecho a la autodefensa, la estructura de más de cinco siglos de derecho humanitario colapsaría; sería ignorar y desechar, más aún, el desarrollo de lo que es hoy el derecho de guerra. Los autores critican el positivismo que pretende negar la existencia histórica de derechos, de una serie de ideas y pensamientos arraigados alrededor de los siglos; para el positivismo, las personas no tienen otros derechos que aquellos que los Estados crean vía tratados internacionales u otros instrumentos de derecho positivo. Dicho sea de paso, Johannes Textor fue un internacionalista que defendió el positivismo y un firme defensor de la autodefensa⁵⁹, el desarrollo histórico mencionado no solamente tiene pensadores del derecho natural.

Cabe destacar cómo distintos autores norteamericanos utilizan una fundamentación en varios sistemas jurídicos diferentes al derecho anglosajón para fundamentar válidamente la existencia histórica de un derecho a la defensa personal con armas (de cualquier tipo). Resulta atractivo porque se esperaría que solo se basen en la óptica anglosajona, pero no es así, y esto es fundamental para el objeto de esta investigación ya que en el tanto se esperaría que sean los anglosajones los únicos que fundamentan

⁵⁶ George Frederick Martens, *Summary of the Law of Nations Founded on the Treaties and Customs of the Modern Nations of Europe*. Traductor William Cobbet y Fred B. Rothman (1986), citado en *Ibíd.*, 22.

⁵⁷ George Bowyer, *Commentaries on Universal Public Law* 6, citado en *Ibíd.*, 76.

⁵⁸ George Davis, *The Elements of International Law* (1900), citado en *Ibíd.*, 76.

⁵⁹ *Ibíd.*, 99.

válidamente de acuerdo a su concepción de la libertad, un derecho a la tenencia y portación de armas, con base en el derecho romano y en otros sistemas jurídicos diferentes al anglosajón, se pueden encontrar bases para poder referirse a un derecho a la defensa personal y consecuentemente argumentar que es totalmente posible hablar de un derecho a la tenencia y portación de armas.

El derecho de legítima defensa en sí mismo, con sus necesarias implicaciones al derecho de usar las armas apropiadas para esa legítima defensa, fue considerado como establecido por el derecho natural y hoy interesa al derecho constitucional en los temas relacionados al derecho fundamental a la vida. A efectos del uso de armas de fuego por parte de civiles y la protección del derecho a la vida, este tema no puede ignorarse. El análisis que se expondrá de derechos fundamentales pone al derecho constitucional como campo de provecho de esta investigación sobre el controversial tema de la tenencia y portación de armas de fuego.

iv. Planteamiento particular de esta investigación

a) Problemática, hipótesis, objetivos y metodología

El problema concreto que este investigador ubica para poder servir de paso a la ulterior demostración en el desarrollo del trabajo, es el resumen de todo lo planteado anteriormente en la siguiente pregunta: ¿Las características propias del *Rule of Law* y el Estado de derecho pueden influir en la determinación de una libertad de tenencia y portación de armas de fuego por parte de civiles, deduciendo un derecho de los derechos fundamentales presentes y valorados en ambas tradiciones jurídicas?

El enfoque de ese problema debe comprenderse como una mira del punto medular de la polémica de las armas de fuego y el papel del Estado. Como se analizará en el contenido del trabajo, la comprensión de la base axiológica del *Rule of Law* y el Estado de derecho material, además de los derechos fundamentales y su limitación, clarifica que el Estado estaría enfocando mal el problema y utilizando mal sus facultades coactivas contra las

libertades individuales y ciertos derechos fundamentales ligados al uso de las armas de fuego por parte de civiles.

Por esa razón, la hipótesis del trabajo estriba en que la propiedad y portación de armas de fuego sería compatible con ciertos derechos fundamentales y parte de la libertad jurídica, tanto en el sistema anglosajón como en el continental europeo. La libertad con responsabilidad no puede ceder a las pretensiones de seguridad de un Estado de derecho respetuoso de los derechos fundamentales que visualice correctamente el problema del uso extralimitado o ilegal de las armas de fuego.

Objetivos

Objetivo general: Fundamentar el derecho a la propiedad y portación de armas de fuego por parte de civiles. Esto dentro de los sistemas de libertad jurídica y derechos fundamentales presentes a la luz de las herramientas de limitación del poder del *Rule of Law* y del Estado de derecho, dejando en claro la adecuada intervención estatal en los derechos involucrados de tenencia y portación de armas.

Objetivos específicos

1) Contrastar los sistemas jurídicos anglosajón y continental europeo en la búsqueda de una explicación sobre la libertad y la limitación del poder público, y qué tanto puede influir la concepción de esos principios para fundamentar un derecho a tener y portar armas a través del *Rule of Law* y el Estado de derecho constitucional.

2) Demostrar que el uso responsable de armas de fuego por parte de civiles para defenderse y cualquier otro uso legítimo, se deriva de un tríptico jurídico presente en una Constitución que respete el Estado sometido al derecho, siendo que la argumentación en contra de la propiedad de armas de fuego por parte de civiles no ubica bien el problema del uso extralimitado de estas.

3) Sintetizar la lógica del sistema anglosajón, concretamente en los Estados Unidos de América, para entender por qué es más aceptada la tesis menos prohibicionista

con respecto al uso, tenencia y portación de armas de fuego por parte de civiles y entender así lo dictado por la Corte Suprema de esa nación.

4) Interpretar el argumento de fondo mayoritario de Costa Rica con respecto a la tenencia y portación de armas de fuego por parte de civiles e identificar el criterio base por el cual la Sala Constitucional considera limitable ese derecho.

En cuanto a la metodología del trabajo, la investigación utiliza el método analógico-comparativo, así por medio de un estudio de semejanzas y diferencias de los sistemas jurídicos anglosajón y continental europeo, se arribará a la conclusión que demostrará el plan de trabajo que a continuación se presentará.

Asimismo, se emplea el método inductivo, al hacerse primero una observación de la cuestión por tratar, la situación jurídica actual que se desea analizar y con esto se abre el camino a la inducción, al plantearse el problema y la hipótesis particular que se presenta y vía constatación de datos, registros y realidades de las tradiciones jurídicas involucradas se logrará una conclusión.

Lo explicado se conjuga armónicamente y de forma sintética, tan importante en la investigación jurídica, pues no se debe cometer el error de fabricar investigaciones vía yuxtaposición y descripción masiva de datos sin tener un problema que entre a tratar una cuestión polémica y rica académicamente sobre el tema particular de fondo por estudiar. Partiendo de la información teórica, se arribará a un problema que se encuentre en esa temática de fondo; por esto, la síntesis de elementos rigurosamente recabados y girando en torno a la problemática planteada brindará una conclusión general, haciendo uso del contenido del trabajo como respuesta a ese problema y en la conclusión del trabajo se constatará dicha síntesis armónica.

De los principios abstractos generales de Estado como medio adecuado para conseguir el beneficio y progreso de los individuos, sujeto a principios generales de libertad y armonía social, se verá que los derechos fundamentales que se encuentran positivados son el límite a la ley ordinaria y la actuación de la Administración. Un derecho

a tener y portar armas está ligado a diversos principios fundamentales presentes en el bloque de constitucionalidad de un Estado y los casos concretos que se explican en la segunda parte del trabajo confirman una forma de valoración más liberal y otra, la costarricense con un modelo de derecho continental, que exalta su libertad, pero no valora las armas de fuego de la misma forma que lo hacen los anglosajones. La investigación sigue el plan de dos partes para comprender mejor el argumento de fondo y abstracto y cómo se han materializado esas ideas en dos zonas de cada sistema de derecho estudiado.

b) Presentación del plan de trabajo en términos de la problemática

La estructura del desarrollo de la investigación constituye el elemento más valioso para comprender una demostración de la existencia del problema. Lo que se pretende confirmar es que los sistemas de contención de la arbitrariedad y el apego a la ley (*Rule of Law* y el Estado de derecho) son compatibles con la tenencia y portación de armas de fuego por parte de civiles en un esquema general de libertad. Este es sin duda un punto polémico que debe superar la mera opinión o creencia personal y sustentarse en elementos jurídicos que aportan las constituciones políticas o cartas de derechos de los Estados.

El plan de la investigación consta de dos partes, cada una de ellas dividida en dos capítulos y cada uno de estos capítulos en dos secciones. El título primero corresponde concretamente a dilucidar un derecho, como libertad jurídica, a la tenencia y portación de armas de fuego por parte de civiles con base en los sistemas jurídicos anglosajón y continental europeo, siendo importante en el capítulo primero analizar la esencia del *Rule of Law* y del Estado de derecho. Un segundo capítulo es concretamente sobre el análisis de los derechos fundamentales que se consideran ligados y nutren ese derecho como libertad jurídica de aplicación tanto en el derecho anglosajón como en el continental, además del estudio sobre el tema comúnmente confundido cuando se habla de tenencia y portación de armas y que genera más polémica: el uso inadecuado de estas.

El título segundo comienza haciendo un análisis concreto de los dos países por estudiar, uno por cada tradición jurídica: Estados Unidos de América y Costa Rica. Para

ello se comenzará en el respectivo capítulo analizando las razones teóricas y prácticas de peso para una argumentación más permisiva o más restrictiva según sea el país y las razones jurisprudenciales más trascendentes que han tocado el tema de las armas de fuego en manos de civiles en cada jurisdicción constitucional respectivamente.

Estudiando ambos países en su historia jurídica y su jurisprudencia, se pueden entrelazar las ideas generales del apego al imperio de las leyes o la contradicción que puede aparecer en un sistema de derecho como el costarricense, ya que la justificación de los derechos fundamentales que se hace en el título primero del trabajo debería ser compatible con la Constitución Política costarricense y, por ende, con su jurisprudencia constitucional.

Las características propias del *Rule of Law* y el Estado de derecho serán la base para determinar los límites de la acción estatal y la censura de toda forma de arbitrariedad administrativa, un respeto y apego total a la legalidad y, sobre todo, una manera de comprender la ley como instrumento de orden social con ciertas características.

La siguiente demostración, por medio del plan de trabajo, dejará claro que la pretensión estatal de control nace limitada por la existencia de derechos fundamentales y si un Estado está dispuesto a llamarse a sí mismo “democracia constitucional” o “república constitucional”, deberá seguir una serie de criterios a la hora de intentar limitar esos derechos fundamentales, en particular, el derecho de un ciudadano a tener y portar armas de fuego, derivado de principios claros del derecho constitucional, siguiendo las reglas claras, lógicas y necesarias para inscribir su propiedad y limitar el uso con criterios objetivos necesarios de seguridad en general.

I. TÍTULO PRIMERO. **Dilucidando un derecho como libertad individual de los civiles a tener y portar armas de fuego en el terreno del debate axiológico entre el derecho anglosajón y el continental europeo**

El derecho anglosajón y el continental europeo poseen bases suficientes para dar por existente una libertad particular del individuo a tener y portar armas de fuego pues el desarrollo del *Rule of Law* y del Estado de derecho como doctrinas de limitación del poder público y de protección del individuo contra la arbitrariedad del legislador o la Administración Pública, demuestran que en el tanto una persona adecúe su vida de acuerdo a sus intereses respetando la misma facultad en sus semejantes, o sea, sin perturbarles, podrá, entre tantas acciones, tener armas de fuego en propiedad y usarlas para los propósitos legítimos que mejor le plazcan.

Lo anterior comprendiendo que, de una serie de derechos y principios fundamentales derivados de cualquiera de esos dos sistemas de derecho, se puede ejercer en libertad cualquier actividad privada que no afecte a terceros y el Estado debe reservar su poder coactivo a verificar la idoneidad del usuario de armas y, con mayor fuerza, combatir los diversos delitos conexos y propios del uso de armas de fuego, por la criminalidad común u organizada, ya que la limitación de derechos fundamentales no es sencilla de ninguna forma.

Este debate sirve para enriquecer el conocimiento y determinar que la raíz e idea general de limitación del poder puede servir de base para múltiples estudios sobre derechos y polémicas que puedan atraer. La tenencia y portación de armas de fuego definitivamente es una de ellas, desde el momento en que tanto el *Rule of Law* como el Estado de derecho, inspirado en el ideal del *Rechtstaat*, pueden facilitar el campo para argumentar que el Estado debe respetar el ámbito privado de las personas y su propiedad y concentrar sus esfuerzos en prevenir el uso inadecuado e ilegal de las armas de fuego.

A) **CAPÍTULO PRIMERO. Cómo entender el *Rule of Law* y el *Rechtstaat* en torno al reconocimiento del valor libertad y de la limitación del poder público**

Lo usual sería pretender separar tajantemente la tradición jurídica anglosajona de la europea, pero lo cierto es que ambas no son ajenas en su totalidad y responden a objetivos concretos que actualmente son considerados esenciales en toda sociedad democrática con un control del poder estatal. La característica principal de ambos institutos jurídicos es precisamente la limitación de ese poder público, como se observará, en función de los intereses de los individuos.

El aspecto más importante en la determinación de un valor de libertad y de limitación del poder es entender el papel propio que debe tener un Estado como sujeto de derecho dentro del derecho. El *Rule of Law* concentra una lógica de mucho provecho para poder entender este aspecto y el Estado de derecho por sí solo tiene la base suficiente de apego al marco de legalidad y de constitucionalidad para llegar a ello. En ambos sistemas de limitación del poder público se encuentra ambiente propicio para el desarrollo del individuo en sus diferentes aspectos, conjugando los intereses de carácter jurídico que son parte de la propiedad y portación de armas de fuego.

Dos elementos importantes que no deben olvidarse sobre lo que a continuación se explicará son precisamente la sujeción del poder público a la ley y la protección del individuo por la ley, pues esta solo limita el margen donde el poder público puede actuar y en el sistema anglosajón y en el continental esto es importante, al determinar el nivel de responsabilidad del funcionario en caso de trasgresión de la ley.

Primero se expondrá la razón de ser del imperio del derecho anglosajón y del Estado de derecho continental como se conoce hoy y cómo fue concebido en su momento. La explicación del ambiente para la tenencia y portación de armas de fuego se desprenderá como consecuencia necesaria de los principios de cada uno de esos sistemas de orden jurídico.

i. **SECCIÓN PRIMERA. El derecho como ley y tres puntos básicos del *Rule of Law*: explicación de la contención de la arbitrariedad por el derecho anglosajón**

El *Rule of Law* implica que las reglas jurídicas están basadas en leyes y no en arbitrariedad de hombres particulares.⁶⁰ El estudio del *Rule of Law* tiene varios elementos importantes para considerar si se quiere deducir cómo puede ser compatible la propiedad privada de armas de fuego con el control del Estado y cómo puede ser ese control. El *Rule of Law* posee características similares al *Rechtstaat*, que dio base al Estado de derecho como se conoce en la actualidad.

Un punto importante es que imperio de la ley o imperio del derecho no es en su totalidad diferente a lo que se conoce como Estado de derecho, por ejemplo en su acepción

⁶⁰ Pueden ser de interés para comprender más el *Rule of Law*: Jeremy Waldron, “Is the Rule of Law an Essentially Contested Concept (in Florida)?”. 21, no. 137 (2002). Disponible en Web: <http://www.jstor.org/stable/3505128>. Consultado el 30 de diciembre de 2015. Richard Epstein, “The perilous position of the Rule of Law and the Administrative State”, *Harvard Journal Law* 36 (2013). Disponible en Web: http://www.harvard-jlpp.com/wp-content/uploads/2013/01/36_1_005_Epstein.pdf. Consultado el 30 de diciembre de 2015. Arthur Garrison, “The traditions and history of the meaning of the Rule of Law”, *Georgetown Journal of Law & Public Policy*, 12 (2014). Disponible en Web: <http://www.kutztown.edu/Documents/Criminal%20Justice/The%20Traditions%20and%20History%20of%20the%20Meaning%20of%20the%20Rule%20of%20Law.pdf>. Consultado el 30 de diciembre de 2015. Daniel Farber, “El “Rule of Law” y el derecho de los precedentes”, *Palestra del Tribunal Constitucional* no. 1 (2008). Fletcher Baldwin y Theresa Diperna, “The Rule of Law. An essential component of the financial war against organized crime and terrorism in the Americas”, *Journal of Financial Crime* 14, no. 4 (2007). Disponible en Web: www.emeraldinsight.com/1359-0790.htm. Consultado el 30 de diciembre de 2015. Csilla Csonka, *The Rule of Law and the British Constitution*. (Szeged: Lap Lambert, 2011). William Pryor, “Moral duty and the Rule of Law”, *Harvard Law Review* 31, no. 1 (2008.). Disponible en Web: http://www.law.harvard.edu/students/orgs/jlpp/Vol31_No1_Pryoronline.pdf. Consultado el 30 de diciembre de 2015.

formal⁶¹. Dicho de otro modo, el *Rule of Law* es un conjunto uniforme de pensamiento, de respeto a un orden establecido, un ideal de derecho o ley como “deber ser”, que no es tan fácil cambiar por la voluntad de los hombres. Es una forma de convivencia entre el poder público y los derechos de los particulares, derechos de diferentes aspectos que reunidos forman el marco de garantías del individuo, es un sistema que no se puede imaginar, en principio, como diferente⁶².

La ley en sí tendrá un contenido de control en la forma de crearse a sí misma, pero no puede decirse que no contiene fines. De hecho el *Rule of Law* es fundamentado en sus orígenes en un profundo apoyo a las libertades de los individuos.⁶³

⁶¹ La doctrina norteamericana presenta las dos formas de comprender el *Rule of Law* que vendría siendo similar al Estado de derecho formal y material, para ello puede verse: Cheryl Saunders y Katherine LeRoy, “Perspectives on the Rule of Law”, *The Rule of Law* (2003): 5. Disponible en Web: https://books.google.co.cr/books?id=CmbkY_OJ_4gC&printsec=frontcover&hl=es#v=onepage&q=liberty&f=false. Consultado el 31 de diciembre de 2015.

⁶² La influencia del derecho natural es notable, no solo para el entender que la búsqueda de la felicidad y la libertad son derechos inalienables, sino para comprender cualquier aspecto básico donde entren en conflicto seres humanos, la resolución de los casos por el *Common Law* es parte integrante de ello. El derecho natural influye notablemente en la concepción de la sociedad norteamericana, que instaura el *Rule of Law* a nivel nacional, para muestras la siguiente idea: el gobierno de las leyes debe su origen a ciertos principios del derecho natural, justo como otros aspectos de la vida ligados a otras disciplinas científicas basan sus criterios en leyes naturales de la física, véase Randy Barnett, *The Structure of Liberty: Justice and the Rule of Law*. 2da ed. (Oxford: Oxford University Press, 2014). Disponible en Web: <https://books.google.co.cr/books?id=gwnEAgAAQBAJ&printsec=frontcover&dq=rule+of+law&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwiq0pH9npHKAhUGYyYKHXUYBwY4FBD0AQhOMAc#v=onepage&q&f=false>. Consultado el 4 de enero de 2016.

⁶³ La ley como sinónimo de justicia, buscando evitar el riesgo de permitir un poder totalitario o despótico. Se vendría a hablar de una “moralidad de la ley”. Véase: Ronald Cass, *The Rule of Law in America* (Estados Unidos: Johns Hopkins University Press, 2003), 2. Disponible en Web: https://books.google.co.cr/books?id=_1UmQalPtqsC&printsec=frontcover&hl=es#v=onepage&q&f=false. Consultado el 6 de enero de 2015.

Lo más destacable de este sistema es que nace en la lucha viva de las personas contra las pretensiones de concentración del poder o de tiranizar un territorio. Es en la práctica que surge el *Rule of Law* y son más las justificaciones filosóficas⁶⁴ (y la labor de la resolución de casos) que leyes escritas las que lo nutren.

Un sistema como el *Rule of Law* inglés y estadounidense existe porque sus habitantes ven en él el medio más idóneo para controlar el poder⁶⁵. Si en el pasado el rey era la fuente del derecho, ahora se considera como violatorio que sea la voluntad de un hombre o grupo el que determine sin más qué es y qué no es ley.

⁶⁴ En el momento de formación de un contrato social, las personas pueden ordenar su vida en sociedad de forma que conserven ciertas cuotas de libertad o la entreguen toda. En cuanto a la ideología que mejor ha fundamentado el *Rule of Law* se encuentra la ideología liberal clásica, con la preeminencia de la figura de John Locke. Sobre esto Tamanaha comenta que Locke es el máximo teórico para la influencia liberal en el *Rule of Law*. Los individuos bajo la libertad natural estarán posibilitados para buscar su propia visión de bien. Todos poseen la posibilidad de reclamar la restitución de sus derechos por violación de sus derechos naturales, véase: Brian Tamanaha, *On the Rule of Law: History, Politics, Theory* (Inglaterra: Cambridge University Press, 2004), 48. Disponible en Web: <https://books.google.co.cr/books?id=p4CReF67hzQC&printsec=frontcover&dq=rule+of+law&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwibnLGzmJHKAhUFSiYKHdzjAOwQ6AEISTAG#v=onepage&q&f=false>. Consultado el 04 de enero de 2015.

⁶⁵ Una idea interesante surge cuando se intenta adecuar el concepto de imperio del derecho con la democracia o el sistema democrático, que de hecho hoy está plenamente relacionado. En efecto también puede suponerse el caso donde exista un sistema no democrático, pero con una contención importante de la arbitrariedad. Esta idea es expuesta por Corey Brettschneider (Corey Brettscheider, "A substantive Conception of the Rule of Law: Nonarbitrary Treatment and the Limits of Procedure", *Getting to the Rule of Law* (Nueva York: New York University Press, 2011), 60. Disponible en Web: <https://books.google.co.cr/books?id=ZtwWj43CxGIC&printsec=frontcover&dq=rule+of+law&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwiEzvPsnZHKAhXG0iYKHW5HABg4ChDoAQhOMAc#v=onepage&q&f=false>. Consultado el 11 de enero de 2016), donde se asimila que los principios de autogobierno del pueblo necesariamente están garantizados por el sistema del *Rule of Law*, más aún, en los términos que se expone en el presente trabajo, van de la mano en el sistema del derecho anglosajón.

El elemento más importante que se puede precisar es el de la igualdad, en la forma más mínima pensable, la igualdad formal de aplicación de la ley a todos sin diferencias por rangos y con un apego de los que gobiernan a esa igualdad entre ellos y los gobernados.⁶⁶ Las personas con libertad de dirigir sus vidas en el rumbo que mejor les plazca tendrán la garantía de que se les tratará en igualdad y con un conjunto de reglas claras que limitan que el poder público se sobrepase.

El contenido preciso del principio del imperio del derecho contempla, por un lado, la fidelidad a las reglas. La ley está para obedecerse, el poder no está contenido por la fuerza, sino por la sujeción de todos a la obligatoriedad de la idea de la ley⁶⁷, pero sobre todo, por la firme convicción de buena fe para con ella. Con esto, la fidelidad es el aprecio general que se le tiene a ese orden constituido y que para concretizar, eventualmente puede llegar a determinar qué tanto los actores políticos o funcionarios de una Administración Pública pueden maniobrar o ejercer sus funciones, algunas con cierto grado de discreción, que no puede extenderse a un punto donde no exista buena fe o fidelidad a la idea de ley.

Las reglas como cánones o instrucciones, pero con una característica de determinabilidad,⁶⁸ establecen la orden dada a la generalidad y difiere así de cualquier otra forma de exhortación o mera imposición de un criterio que desee determinar las acciones

⁶⁶ Ronald Cass lo expone como cierta igualdad en el derecho en su fuente, su contenido o ambos. Debe estar presente para explicar por qué los mandatos legales están fijados aparte y superpuestos a la voluntad de los gobernantes. Véase Ronald Cass, *The Rule of Law in America* (Estados Unidos: Johns Hopkins University Press, 2003), 3.

⁶⁷ Las reglas representan caminos de acción impregnados de ciertos valores. Esos valores y reglas le dirán a la autoridad como ejercer ese poder que ostenta, cómo adecuarse al ser propio de la ley y si llegasen a actuar contra la ley estarían cercenando los valores que entretejen el entramado jurídico global, véase esta idea en el derecho anglosajón en *Ibíd.*, 4.

⁶⁸ Sobre esto señala Cass que las reglas no requieren un margen de interpretación personal porque se exponen en sí mismas como cánones, generales, diferenciable de los estándares que establecen la necesidad de un juicio de valor de quien lo aplique. *Ibíd.*, 5.

de quienes tenga por destinatarios. La ley estaría destinándose a una prescripción general⁶⁹ y abstracta de las acciones humanas. No cualquier disposición de voluntad de quien ostente el poder de crear reglas crearía ley⁷⁰ en términos anglosajones. Habrá de ajustarse a ciertos valores de aplicación superior que definen la totalidad del edificio jurídico.

Esa ley debe proveer los elementos para su aplicación, o sea, ser determinable y preexistentes a su aplicación. En otras palabras, estar establecida de antemano para que las actuaciones de todos sean predecibles de acuerdo a ella. El lenguaje comprensivo para todos por igual es fundamental. Predictibilidad que debe tener un fundamento coherente con el ser propio de la ley, o sea, debe interpretarse por sí misma sin dejar criterio a la interpretación personal de un funcionario, solo así se asegura que no se restringirá más allá de lo que la ley dice, ya que esta no da posibilidad de interpretarse más.⁷¹

Uno de los más destacados comentaristas del *Rule of Law* es Albert Venn Dicey⁷². Este autor elabora un esquema de tres principios básicos que se ligan a los enunciados anteriormente para poder entender cómo puede el derecho tomar vida plena en ese sistema y lidiar con la amenaza de la arbitrariedad.

Cualquier arbitrariedad es censurada pues el verdadero gobierno reside en la legalidad, en el conjunto de normas que previamente dicte el órgano democrático encargado, normas que presentarán una serie de características particulares que las harán

⁶⁹ Las reglas son generales y como tales ha de descansar en principios neutrales, menos comunes a reflejar un juicio de valor individual de alguien particular sobre otros, por esa razón se requiere generalidad y neutralidad, eso caracteriza al “gobierno de las leyes y no de los hombres”: véase *Ibíd*, 9.

⁷⁰ El uso de la palabra “ley” en el derecho anglosajón tiene semejanza con el término jurídico del derecho continental “ley en sentido amplio”, o sea cualquier disposición normativa válida y de aplicación vigente.

⁷¹ Las reglas en sí mismas cargarán con ellas la guía de contenido, sin dejar el peso de la interpretación a un funcionario del poder público. Véase por ejemplo el contenido de lo predecible de la ley en *Ibíd*, 7.

⁷² Véase con énfasis: Albert Dicey, *Introduction to the study of the Law of the Constitution* (Liberty Fund, 1982).

ley. Al respecto se menciona la siguiente idea de John Locke, quien en su *Ensayo sobre el Gobierno civil* cita razones para entender el rechazo a la arbitrariedad:

La libertad del hombre sometido a un poder civil consiste en disponer de una regla fija para acomodar a ella su vida, que esa regla sea común a cuantos forman parte de esa sociedad, y que haya sido dictada por el poder legislativo que en ella rige. Es decir, la facultad de seguir mi propia voluntad en todo aquello que no está determinado por esa regla; de no estar sometido a la voluntad inconstante, insegura, desconocida y arbitraria de otro hombre, tal y como la libertad de naturaleza consiste en no vivir sometido a traba alguna fuera de la ley natural.⁷³

Las leyes que coarten a los individuos serán aquellas que, siendo generales, abstractas, conocidas, ciertas y de aplicación igualitaria, exijan el apego al orden o armonía en la libertad de todos, con responsabilidad.⁷⁴ Más allá de ello sería arbitrariedad e iría contra ese orden natural de convivencia humana y de desenvolvimiento sin sometimiento a la voluntad de otros.⁷⁵

Albert Venn Dicey establece una pauta de tres principios generales que determinan ese imperio del derecho anglosajón. Esos principios pasan por el sometimiento de quienes

⁷³ John Locke, *Ensayo sobre el Gobierno civil*. Traducción del inglés por Amando Lázaro Ros. (Madrid: Editorial Universidad, 1990), 19.

⁷⁴ “Las leyes pueden ser justas o injustas, pero al obedecerlas se tiene en cuenta que se obedece no la voluntad de otros hombres, sino que se sigue la propia voluntad de la ley, esto es bueno porque es la realización de la libertad”. Traducción propia. Véase: Michel Troper, “The Limits of the Rule of Law”; en *The Rule of Law*. (Australia: Federation Press, 2003), 82. Disponible en Web: https://books.google.co.cr/books?id=CmbkY_OJ_4gC&printsec=frontcover&hl=es#v=onepage&q=liberty&f=false. Consultado el 13 de enero de 2016.

⁷⁵ Las reglas fijas, como expone Locke, tienen un contenido de estabilidad, un fundamento predecible, son hechas públicas y su significado es aprehensible para quienes se dirigen, eso es parte integral del *Rule of Law* y su sometimiento está por encima de un criterio particular de un servidor público. Véase sobre ello en el derecho inglés: Jeremy Waldron, “The Rule of Law and the Importance of Procedure”; en *Getting to the Rule of Law* por James E. Fleming (Nueva York: University School of Law, 2011), 4.

dirigen los asuntos públicos a la ley para evitar arbitrariedad o castigarla⁷⁶, asimismo llevando necesariamente a la sujeción de todos por igual a la ley sin importar el cargo o rango, aplicaría el derecho común a todos sin distinción o separación de un derecho para los funcionarios públicos y los actos de la naturaleza propia de sus funciones⁷⁷ y, por último, ese derecho común necesariamente tendrá que derivar de los tribunales ordinarios a los que todos están sometidos igualmente y que sería el último bastión de la defensa de la legalidad contra cualquier tipo de violación.⁷⁸ El involucrado necesario será entonces el *Common Law*.⁷⁹

⁷⁶ Sobre el primer punto de Dicey sobre el *Rule of Law*, con traducción personal, menciona: “Queremos decir, en primer lugar, que ningún hombre es sancionable o puede legalmente ser hecho objeto en cuerpo o bienes sino es por una específica rama del derecho establecida según ley ordinaria y ante los tribunales del país”. Albert Dicey, *Introduction to the study of the Law of the Constitution* (Liberty Fund, 1982), 110.

⁷⁷ Sobre el segundo punto del *Rule of Law*, de acuerdo con Dicey y traducido personalmente al castellano: “Queremos decir en segundo lugar, cuando hablamos del imperio de la ley como una característica de nuestro país, no solo que ningún hombre está por encima de la ley, sino (lo cual es diferente) que aquí cada hombre, sin importar su rango o condición, está sujeto al derecho común del reino y sujetos a la jurisdicción de los tribunales ordinarios. En Inglaterra la idea de la igualdad legal, o la sujeción universal de todas las clases a una ley administrada por los tribunales ordinarios, ha sido impulsado a sus máximos límites. Con nosotros cada funcionario, desde el primer ministro hasta el alguacil o el recolector de tributos, está bajo la misma responsabilidad por cada acto desempeñado sin justificación, como cualquier otro ciudadano” (Ibíd., 114).

⁷⁸ Sobre el tercer punto fundamental del *Rule of Law*, con traducción personal al castellano, Dicey indica: “Queda todavía un tercer y diferente sentido en el cual el imperio de la ley o la predominancia del espíritu legal puede ser descrito como atributo especial de las instituciones inglesas. Podemos decir que la Constitución está impregnada por el imperio de la ley sobre la base de los principios generales de la Constitución (como por ejemplo el derecho a la libertad personal o el derecho de reunión) que están con nosotros resultado de las decisiones judiciales que determinan los derechos de los sujetos privados en casos particulares ante los tribunales; mientras que en las constituciones extranjeras la seguridad (tal como es) dada a los derechos de los individuos resulta, o parece ser el resultado, de los principios generales de la Constitución. (...) Sin embargo, aunque esto es así, el dogma de que la forma de gobierno es una especie de desarrollo espontáneo tan estrechamente ligado a la vida de un pueblo de que apenas podemos tratarlo como

Dichos principios nacen como exclusivos de Inglaterra y las naciones con su herencia⁸⁰. Allá donde haya discrecionalidad hay arbitrariedad, sin importar si es república o monarquía. La autoridad pública siempre significaría potencial peligro para la libertad de los sujetos que integran un territorio. Si bien es cierto la Administración o los funcionarios han de tomar sus decisiones y sus consecuencias las sufrirán otras personas, el peso del cargo público se ve amortiguado por el orden legal y en ese sentido, si se sobrepasa en su poder, ese funcionario será sometido al igual que cualquier otra persona a la ley y a los tribunales ordinarios.

El primer punto de apego a las reglas llevará a que un ciudadano no pueda en ningún momento ser objeto de una restricción a su propiedad, integridad física o, aún más, a su vida, si no es con base en un debido proceso⁸¹ correctamente desarrollado de acuerdo a una

un producto de la voluntad y energía humana, lo hace, aunque de manera suelta e imprecisa, traer a la vista el hecho de que algunas políticas, y entre ellas la Constitución inglesa, no se han creado de un solo golpe, y, lejos de ser resultado de la legislación, en el sentido ordinario del término, son el fruto de competencias que atañen a los tribunales a favor de los derechos de los individuos. Nuestra Constitución, en resumen, es de creación judicial, y ella porta en su ser todas las características, buenas y malas, del derecho de creación judicial. (...) En la Constitución inglesa hay ausencia de esas declaraciones o definiciones de derechos tan queridas por los constitucionalistas extranjeros. Tales principios, por otra parte, como se puede descubrir en la Constitución inglesa son, como todas las máximas establecidas en el derecho de creación judicial, meras generalizaciones elaboradas ya sea de las decisiones o sentencias de los jueces o de estatutos que, creados para satisfacer necesidades especiales, portan un gran parecido a las decisiones judiciales y son en efecto juicios pronunciados por la Corte superior del Parlamento” (Ibíd., 115-116).

⁷⁹ Una persona no puede ser privada o molestada en sus derechos si no es por decisión de un tribunal que arriba a una decisión con un debido proceso sometido al marco global de legalidad, véase: Jeremy Waldron, “The Rule of Law and the Importance of Procedure”; en *Getting to the Rule of Law* por James E. Fleming (Nueva York: University School of Law, 2011), 10.

⁸⁰ Albert Dicey, *Introduction to the study of the Law of the Constitution* (Liberty Fund, 1982), 110.

⁸¹ La concepción procesalista del *Rule of Law* es la que ayuda a entender que la ley cobra vida, o sea, es diseñada para las personas vidas y sus intereses siendo extremadamente difícil pasar por encima del legítimo derecho de una persona, siendo necesario un esquema estricto de trabajo para poder operar. El derecho no

ley de existencia previa que así lo determine, en el tanto sea de estricta necesidad y sobre todo, respondiendo a una necesidad y no a un capricho o voluntad particular de alguien o un algunos. La ley en sí misma no es capricho o voluntad particular, está trazada con un norte común de protección a la libertad de todos y el beneficio de la generalidad.

La concepción de esa igualdad jurídica por el *Rule of Law* inglés, que abarca a todos los ciudadanos sin importar su rango, es algo realmente revolucionario para una sociedad comparándolo con los países del continente que vivían el absolutismo o un parlamentarismo muy limitado, que trataban a sus funcionarios de manera distinta en cualquier disputa o controversia que pudiese surgir entre estos y los ciudadanos.⁸²

El principio general de responsabilidad y sujeción igualitaria a la ley es uno de los aspectos que ha permeado a todos los países del continente y en diferentes formas y estilos, la idea de que el funcionario debe ser juzgado al propasar la ley es ejemplar, pero lo que más debe pesar al analizar este detalle es precisamente que esa ley que será igual para todos, tendrá un contenido uniforme que será difícil cambiar.

Independientemente del sistema del *Common Law*, de la regla del precedente o del derecho continental de creación legislativa, la protección de ciertos principios va de la mano con el juzgamiento de las diferentes faltas cometidas si se ejerce arbitrariedad. Siendo más específicos, no debería importar si los principios jurídicos que rigen una nación se desarrollan por creación jurisprudencial o por creación legislativa, esto es un aspecto de característica particular de cada sistema, lo que realmente incumbe para

vendría a ser un conjunto de normas sin más, es un conjunto de vida e intereses. Véase una idea similar en *Ibíd*, 14.

⁸² El trato igualitario que da la ley es el centro de estudio o atención. En literatura en inglés se encuentra la idea del derecho aplicado de dos vías, o dos maneras, tratando de forma más privilegiada a unos que a otros. Véase: Adam Przeworski y José Maravall, *Democracy and the Rule of Law* (Inglaterra: Cambridge University Press, 2003), 22. Disponible en Web: <https://books.google.co.cr/books?id=EMB-F6Forx8C&printsec=frontcover&dq=rule+of+law&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwibnLGzmJHKAhUFSiYKHdzjAOwQ6AEIGzAA#v=onepage&q&f=false>. Consultado el 7 de enero de 2015.

comprender este segundo punto del *Rule of Law* es esa concepción de que nadie está ni debe estar por encima de la ley⁸³ y hay principios que describen incluso la legislación misma, habiendo constitución escrita o no habiéndola, y este es uno de ellos.

En Reino Unido no existe una Constitución Política escrita, rígida, que contemple taxativamente el organigrama del Estado o especifique los distintos derechos fundamentales, sin embargo esto no ha impedido que siempre se conserve esta lógica particular del *Rule of Law*, descrita anteriormente, lo cual llega a probar correctamente que aún cuando las normas formalmente creadas se comprendan en el continente como únicas creadoras del derecho, en Reino Unido hay un sistema meta legal, como anhelo de orden⁸⁴. Es una fe en tales principios de control de la arbitrariedad y de libertad individual, que no han considerado necesario establecer una constitución escrita y aún con el inconveniente que muchas veces constituye el principio de supremacía del parlamento.

⁸³ “El derecho ha de ser considerado no solo como asunto de práctica, sino también como una ciencia racional” Adagio del derecho anglosajón presente en *II Commentaries 2*, citado en Daniel Boorstin, *The Mysterious Science of Law: An Essay on Blackstone’s Commentaries* (Chicago: University of Chicago Press, 1996), 20. Texto y cita en Brian Tamanaha, *Law as a Means to an End: Threat to the Rule of Law*. (Inglaterra: Cambridge University Press, 2006), 15.

⁸⁴ Desde Locke se concibió la moralidad de la ley como derivable de los principios del derecho natural. Véase John Locke, *Ensayo sobre el Gobierno civil*. Traducción del inglés por Amando Lázaro Ros. (Madrid: Editorial Universidad, 1990). En relación con esto se observa el siguiente razonamiento sobre la desobediencia civil según el cual las leyes naturales no son totalmente aprehensibles por la mente humana, dificultando así la labor concreta de legislar: Véase Catherine Valcke, *Civil Disobedience and the Rule of Law*. En *The Rule of Law*. Editado por Ian Shapiro. (Estados Unidos: New York University School of Law Press, 1995), 52-53. Disponible en Web: <https://books.google.co.cr/books?id=EmPAcSiKUaEC&printsec=frontcover&dq=rule+of+law&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwibnLGzmJHKAhUFSiYKHdzjAOwQ6AEIJDAB#v=onepage&q&f=false>. Consultado el 7 de enero de 2015. La labor más compatible con esa dificultad de interpretar las leyes naturales es precisamente la práctica constante de los jueces en la creación y concreción del derecho en los distintos casos sometidos a su conocimiento.

El conjunto de las instituciones políticas y principios generales de pertinencia de la vida pública como lo serían los diferentes derechos de los individuos, a saber, vida, propiedad privada, libertad y seguridad personal, libertad de reunión, derechos políticos etc., determinan la existencia de una Constitución inglesa. Esto se ve conjugado con la labor que desempeñan los tribunales en el derecho anglosajón, con el sistema del *Common Law, equity, stare decisis*, etc., que van formando el derecho del país, fruto precisamente de las decisiones reiteradas⁸⁵ de los tribunales ordinarios.

La característica principal de ese tercer elemento del *Rule of Law* es precisamente la seguridad jurídica. El elemento *seguridad* toma vida en el momento en que las características de procedimiento propio de ese imperio del derecho se aplican. El mejor ejemplo es precisamente el hecho de que la regla de la limitación de la autoridad traiga aparejado un respeto por algunos derechos básicos que mantienen la constante en el tiempo, más aún si estos han sido reconocidos por las decisiones reiteradas de los jueces ordinarios.

Unidos a las características de generalidad, publicidad, previsibilidad, inteligibilidad, consistencia, practicidad, estabilidad y congruencia⁸⁶, con esa seguridad ya será más sencillo mantener en el ambiente jurídico derechos como el de un juicio justo e imparcial con base en evidencia fundada, independencia de la judicatura, derecho a representación

⁸⁵ “El derecho tiene base en las vivencias de las personas en sociedad, la sabiduría colectiva reconocida y refinada en la ley (...) el Common Law es la encarnación misma de las leyes naturales y principios de costumbre universal”. Traducción personal. Brian Tamanaha, *Law as a Means to an End: Threat to the Rule of Law* (Inglaterra: Cambridge University Press, 2006), 13.

⁸⁶ Véase Lon Fuller, *The Morality of Law* (Estados Unidos: Connecticut Yale University Press, 1964). Comentarios sobre dicho texto en: Edwin Tucker, “The Morality of Law, by Lon L. Fuller”, *Indiana Law Journal*, 40 (1965). Disponible en Web: <http://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3571&context=ilj>. Consultado el 11 de enero de 2016.

letrada, el derecho a confrontar testigos o acusadores, derecho a apelar y demás derechos que conforman el debido proceso.⁸⁷

El hecho de que diversos tribunales hayan reconocido, poniendo un ejemplo hipotético, que la tenencia y portación de armas de fuego es un derecho que debe ser respetado, aún en un momento histórico determinado o doscientos años atrás, los demás tribunales seguirán aplicando el precedente específico y adecuando las nuevas necesidades a la idea general de un derecho a la legítima defensa personal o colectiva. La legislación que se introduzca podría variar los matices, pero no arrancar del espectro jurídico un principio como el derecho reconocido judicialmente.

La institucionalidad, la lógica y los valores más apegados a proteger al individuo en contra de un Estado que pueda oprimirle serían los aspectos que hacen al *Rule of Law* muy compatible con la propiedad privada de armas de fuego por parte de particulares. La seguridad jurídica⁸⁸, la certeza de la ley como protectora de los derechos de los individuos, sería el bastión de protección, el juez ordinario como protector en las disputas entre particulares y de particulares con el Estado. El nacimiento de los Estados Unidos de América, por ejemplo, y la aplicación de esos principios de imperio del derecho hacen de

⁸⁷ Véase al respecto: Jeremy Waldron, *The Rule of Law and the Importance of Procedure; Getting to the Rule of Law* por James E. Fleming (Nueva York: University School of Law, 2011), 6.

⁸⁸ Sobre el particular, Bruno Leoni expone en su *Libertad y la ley* lo controvertido del tema de la seguridad jurídica para el derecho anglosajón contra la idea de esta en el derecho continental: “La certeza de la ley, en el sentido de una fórmula escrita, se refiere a un estado de cosas inevitablemente condicionado por la posibilidad de que la ley actual puede ser reemplazada en cualquier momento por otra. Cuanto más intenso y acelerado sea el proceso legislativo, más incierto resultará el problema de la duración de la legislación presente. Además, nada puede impedir que una ley que en el sentido antes indicado es cierta resulte imprevisiblemente alterada por otra ley igualmente «cierta». Por tanto, la certeza de la ley, en este sentido, podría ser calificada de certeza a corto plazo de la ley. (...) De una manera más general, los sistemas jurídicos y políticos de casi todos los países, hoy en día, podrían definirse a este respecto como sistemas a corto plazo, en contraste con algunos de los sistemas clásicos a largo plazo del pasado”. Bruno Leoni, *La libertad y la ley*. Traductor Cosmopolitan Translation Service. 3ra ed. ampliada. (Madrid: Unión Editorial, 2010), 99.

fácil comprensión la existencia de un derecho específico a poder tener armas en propiedad privada para fines legítimos.

En el *Rule of Law*, con el sistema de la regla del precedente propio del *Common Law*, donde habrán principios generales y abstractos en la ley, no debe interpretarse que esta no puede modificarse del todo porque se mantenga pétrea, sino que los principios generales darán una protección meta legal que será la guía en caso de querer entrar a retocar detalles.⁸⁹

Aún con las posibilidades de interpretación del derecho a tener y portar armas en el mundo anglosajón, tanto en Gran Bretaña como en los Estados Unidos el principio general

⁸⁹ Ese punto no está exento de polémica, la protección de ciertos principios básicos de libertad individual en el Reino Unido que no tiene Constitución Política escrita y de carácter rígido, para poner un ejemplo preciso, puede chocar con el llamado principio de soberanía del parlamento y ser modificados de forma que pueda haber fricciones de los estatutos con principios del imperio del derecho o con libertades civiles. Dicey comenta que el parlamento tiene el derecho de hacer o deshacer cualquier ley y que ningún juez o persona puede irrespetar la voluntad de ese legislador. Este es el principio de soberanía del parlamento. Véase Albert Dicey, *Introduction to the study of the Law of the Constitution* (Liberty Fund, 1982), xxxvi. La polémica estriba en que las decisiones del parlamento pueden limitar o incluso extinguir libertades civiles cuando se considere que peligran los intereses gubernamentales. Véase: Michael Principe, “Albert Venn Dicey and the Principles of the Rule of Law: Is Justice Blind? A Comparative Analysis of the United States and Great Britain”, *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review* 22 (2000), 361. Afirma Principe que mucha gente en el Reino Unido ha llegado a considerar los derechos humanos mejor protegidos en el continente que en su país. Sobre esto véase: *Ibíd.*, 362-363. La necesidad de implementar un sistema que aplique cambios dentro del esquema de Dicey es necesario en palabras de Principe. Aún cuando se es parte de la Unión Europea, Reino Unido aprobó su propia versión de la Convención Europea de Derechos Humanos, con el *Human Rights Act* del 9 de noviembre de 1998, que limita a los tribunales a declarar la incompatibilidad con la Convención sobre actuaciones o normativas contrarias a esta, permitiendo que el Parlamento modifique lo necesario para paliar y remediar, no siendo posible que los jueces directamente declaren la inaplicabilidad de legislación emitida por Westminster, véase *Ibíd.*, 365. Sobre el *Human Rights Act* de 1998, véase: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/data.pdf>. Consultado el 13 de enero de 2016.

de autodefensa⁹⁰ es parte integrante del desarrollo jurídico de esos países. Si en un momento histórico la decisión mayoritaria es la prohibición de cierto tipo de armas de fuego, eso no excluye la posibilidad para el derecho de hurgar en las bases del desarrollo del derecho de autodefensa y encontrar elementos de más peso para afirmar que el balance entre el uso civil de las armas y las regulaciones es más favorable a una prohibición total que simplemente anule el papel de la libertad individual de hacer todo aquello que no lesione derechos de terceros, como tener armas de fuego para defensa personal o deporte.

La lucha contra el abuso de la autoridad en los países anglosajones da las bases para la protección de la libertad del individuo y entre esas libertades se ha desarrollado y se puede afianzar más el derecho de autodefensa y con él el derecho de poder tener y portar armas, con las variantes y posibilidades que cada país se ha trazado.

Lo anterior muestra esa óptica del derecho anglosajón, su lucha particular para definir y limitar el poder estatal. La lucha en contra de la discrecionalidad sin control, hablando ya de los diferentes Estados-nación europeos, trae también consigo intentos de control del poder y de satisfacción de garantías plenas para los habitantes de los diferentes Estados, en miras de procurar respetar la libertad del individuo para determinar su destino sin sufrir arbitrariedad, con esto se desarrolló el *Rechtstaat*, que se estudiará a continuación. A partir de ahí se determinará cómo puede extralimitarse un Estado al querer controlar en exceso al ciudadano al punto de señalarle que lo que él considera derechos no lo son más y más bien se han convertido en concesiones.

⁹⁰ Sobre la autodefensa en el derecho inglés, véase Dicey, Albert. Op. cit. pp. 341 en adelante. Ese derecho no es ilimitado, pero es parte de la cultura jurídica inglesa: “*Let it further be remarked that the right of natural self-defence, even when it is recognized by the law, does not imply a right of attacking, for instead of attacking one another for injuries past or impending, men need only have recourse to the proper tribunals of justice*” O sea, que ese derecho de defensa propia, aún reconocido por la ley natural no es un derecho a hacer daño. Albert Dicey, *Introduction to the study of the Law of the Constitution* (Liberty Fund, 1982), 341. Explica dos principales teorías de la legítima defensa, sobre el uso de la fuerza en lo estrictamente necesario y cuanta sea necesaria, aún sobrepasándose.

ii. **SECCIÓN SEGUNDA. El *Rechtstaat* y su trascendencia en el Estado de Derecho actual: libertad y limitación del poder**

Para hablar de Estado de derecho formal y material, se debe recurrir a la fuente continental de esta idea, cómo y con qué fin surge. Con esto se pasa a entender el subsecuente desarrollo y el estado actual del concepto de Estado de derecho, que representa un ambiente jurídico compatible para una libertad individual a la tenencia y portación de armas de fuego por parte de civiles.

El sometimiento al principio de legalidad no debe ser en sí mismo lo único con que identificar el inicio del Estado de derecho. En la Revolución Francesa y en la era napoleónica nunca se utiliza el término Estado de derecho como se emplea hoy,⁹¹ dándose más énfasis a la limitación del poder con la instauración de un complejo régimen administrativo. No se desarrolla tal idea del Estado de derecho, sino hasta que en pensadores alemanes se interioriza como aspiración, más que como concreción estable. En siglo XX tiene su acogida definitiva como Estado de derecho material.

La base del pensamiento que inspira el Estado de derecho en el derecho continental se suele atribuir a Kant, afirmándose que:

(...) en el trasfondo de la cuestión lo que hay es dos maneras de legitimar las leyes que deben y pueden legislar positivamente en una sociedad organizada democráticamente: por un lado, el demos o el pueblo y por otro la razón. A la voluntad del pueblo le corresponde dar contenido a las leyes positivas que deja

⁹¹ Al respecto del término “*État de Droit*” y el hecho de que no son sinónimos en sentido estricto, véase: Claudio Contreras, “La crisis del Estado de derecho: una aproximación desde a teoría política” (Tesis para optar al grado de Doctor en Ciencias Jurídicas por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata, 2004), 23-26.

indeterminada la razón pura práctico-jurídica y a la razón le corresponde diseñar a priori la forma misma de aquello en lo que consiste un estado de derecho.⁹²

En el ideal de Kant, vendría a existir ley positiva, pero esa idea de apego a un principio superior para cualquier organización civil queda ligada a una ley universal.

El apego de la comunidad de hombres a normas superiores⁹³ y el límite al poder de la ley es precisamente el conjunto de principios fundamentales que constituyen la ley universal y que es puntualizada de mejor manera en el imperativo categórico kantiano. Existen principios supremos sobre los cuales debe regir cualquier legislación positiva, aún proviniendo de la voluntad del pueblo, porque se considera a la razón como fuente trascendental de derecho, no el mero hecho de la adecuación a una forma específica de crearse. Este ideal nutre las primeras referencias a *Rechtstaat* en Prusia⁹⁴.

⁹² Óscar Cubo, “Democracia y estado derecho: Reflexiones en torno a Kant”, en *Presente, pasado y futuro de la democracia*. (Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2009), 129. Disponible en Web: <http://congresos.um.es/sefp/sefp2009/paper/viewFile/3171/3071>. Consultado el 25 de enero de 2016.

⁹³ Una mejor explicación sería la siguiente: “Toda constitución civil debe venir regulada por mecanismos impersonales de gobierno y en último término tiene que estar en consonancia con el derecho natural de los hombres. Sólo bajo esta consonancia puede el arbitrio de cada cual conciliarse con el arbitrio de los demás según una ley universal de libertad. En este sentido es fundamental distinguir y no confundir aquello que dicen o han dicho las leyes en un determinado lugar y en un determinado tiempo con los preceptos jurídicos de la razón pura práctica. La idea es bien clara: aquello a lo que debe acomodarse cualquier constitución civil no es algo determinado ni condicionado antropológicamente, porque la fuente del derecho no procede ni del arbitrio humano ni del arbitrio del pueblo, sino de la razón pura práctico-jurídica. Esta es el núcleo esencial que nosotros queremos aquí destacar de la ontología-política de Kant. La voluntad del pueblo tiene cabida, por supuesto, dentro del derecho positivo de un determinado estado. Pero este derecho positivo remite a una legislación positiva de una determinada época y cultura y, por tanto, a algún determinado espacio de tiempo. Sobre el contenido de dicha jurisprudencia versa la ciencia positiva del derecho que siempre tiene que ser conforme, empero, con el derecho natural de los hombres”. *Ibíd.*, 130-131.

⁹⁴ Ya en Prusia y Austria se observan las primeras muestras del Estado limitándose, al considerar precisamente la necesidad de actuar en un marco de reglas y garantizar así mejor el margen de libertad de los

La ley universal del derecho debe ser entendido, para esta filosofía kantiana, de la siguiente forma: “Es justa toda acción que por sí, o por su máxima, no es un obstáculo a la conformidad del arbitrio de todos con la libertad de cada uno según leyes universales”.⁹⁵ Este será el patrón fundamental por el cual se conceden o se limitan derechos en cualquier Estado. Con el pensamiento de Kant entonces se podrían ver Estados apegados a la razón “como legisladora *a priori*” y otros con leyes positivas que pueden por mucho alejarse de ciertos principios y valores que consideran a la libertad como eje por el cual debe restringirse la coacción o el arbitrio de otro impuesto sobre la persona⁹⁶.

ciudadanos. Con Hayek se puede encontrar una explicación al respecto: “Dos de los desarrollos legales de la Prusia del siglo XVIII adquirieron después tal importancia, que es obligado analizarlos más detenidamente. El primero hace referencia a la iniciación por parte de Federico II —mediante su Código de 1751— de ese movimiento a favor de la codificación legal, que se expandió rápidamente, concretándose en los códigos napoleónicos promulgados entre 1800 y 1810 sus logros mayores. Este movimiento, en conjunto, debe ser considerado como uno de los más importantes aspectos de los esfuerzos continentales para establecer el Estado de Derecho, toda vez que determinó en gran medida no solamente su carácter general, sino la dirección de los progresos logrados, al menos en teoría, más allá del nivel alcanzado en los países de derecho común. (...) No puede caber duda alguna de que los esfuerzos de la codificación condujeron a la formulación explícita de algunos de los principios generales que encarna el Estado de Derecho. El suceso más importante de esta clase fue el reconocimiento formal del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, que primeramente fue incorporado al Código penal austríaco de 1787 y, después de su inclusión en la Declaración francesa de los Derechos del Hombre, apareció en la mayoría de los códigos continentales europeos” Friedrich Hayek, *Los fundamentos de la libertad* (Valencia: Fundación Ignacio Villalonga, 1961), 223.

⁹⁵ Immanuel Kant. *Principios metafísicos del Derecho*. Traducción de G. Lizarraga. (Madrid: Librería de Victoriano Suarez, 1873), 42. Disponible en Web: <http://fama2.us.es/fde/ocr/2006/principiosMetafisicosKant.pdf>. Consultado el 25 de enero de 2016.

⁹⁶ La reflexión que hace Kant es la siguiente: “Si, pues, mi acción, o en general, mi estado, puede subsistir con la libertad de los demás, según una ley general, me hace una injusticia el que me perturba en ese estado; porque el impedimento (la oposición) que me suscita no puede subsistir con la libertad de todos según leyes generales” *Ibíd.*, 43.

La coacción sí estará en un Estado para hacer respetar el orden legal de libertad o imponerlo. Se estaría también ante una coacción recíproca de todos contra todos para mantener el orden de libertad. La ley no debe obstruir ese margen de acción de la persona si no tiene como miras asegurar el ambiente de recíproca limitación como respeto a la libertad del otro. Por tanto, toda aquella disposición tomada por quien ostente el poder, que no tenga como fundamento esta idea de ley universal de libertad, será contraria a derecho.

Ese elemento “coacción” es parte necesaria del Estado de derecho. El *Rechtstaat* nace como limitación al poder estatal, no obstante también sirve de garantía para la sobrevivencia del derecho, ya que es el medio de imponerse. Esa paradoja no es obstáculo alguno si se entiende que el ambiente para un derecho que imponga leyes que respeten la libertad debe tener otro ambiente propicio para imponer el peso del orden. En efecto aquel que no respete la libertad de los demás experimentará el peso de la coacción (fijada, limitada) por coaccionar a otros extralimitándose en su libertad.

La guía del derecho en los términos expuestos es la razón pura práctico-jurídica, que es el parámetro objetivo de la legislación positiva. Por eso, cuando se use el término ley jurídica, deberá entenderse que esta no puede ser que el legislador estipule lo que desee sin más, sino las que abarquen el contenido de protección de la libertad de uno contra la imposición del arbitrio de otros. La coacción estatal deberá estar acorde a ese ideal de ley, por la cual se asegura el individuo frente al ataque de sus semejantes y del mismo Estado.

La génesis de un Estado y su Derecho debe ser, en suma, la limitación de la creación del derecho positivo a normas de aseguramiento del individuo. El *Rechtstaat* es en sí mismo autolimitación: el mismo Estado al nacer lo hace autolimitándose para asegurar el margen de actuación de los individuos y, en sí mismo, es el opuesto del Estado de policía.⁹⁷

⁹⁷ “El sustento de esta doctrina se encuentra en el objetivo de limitar y enmarcar el poderío del Estado por el derecho, como medio para la defensa en contra de la arbitrariedad de las autoridades estatales. Explica el

Los seres humanos, viviendo su libertad, se enfrentan ante la posibilidad de constreñir a sus semejantes de acuerdo a su voluntad. Esa actitud humana trae la necesidad de evaluar la mejor solución al conflicto entre libertad y el choque del arbitrio de uno con el arbitrio de otro. Kant en su *Doctrina del Derecho* intenta solucionar proponiendo una sociedad donde la libertad de cada uno es límite tanto de sus semejantes como del poder estatal.

Esa libertad base para comprender el *Rechtstaat*, con fundamento kantiano, es entendida comúnmente como libertad negativa, pero también como libertad positiva,⁹⁸ en el tanto la autodeterminación del arbitrio del hombre es la base para considerar que es libre y no meramente la no interferencia de los otros contra su libre voluntad.⁹⁹

sometimiento del Estado de Derecho por la teoría de la autolimitación, según la cual, como no hay derecho anterior o superior al Estado, es el mismo Estado quien se auto limita, observando las reglas que él mismo ha dictado”. Magally Hernández, *Fisuras, desafíos y mutaciones: del Estado de Derecho y del Derecho Público* (San José: Editorial UCR, 2007), 6. Sobre el Estado de policía menciona esta autora: “(...) el Estado de policía es aquel en el cual la autoridad administrativa puede, de una manera discrecional y con una libertad de decisión más o menos completa, aplicarle a los ciudadanos todas las medidas que juzgue necesarias tomar, para hacer frente a las circunstancias y lograr en cada momento los fines que se propone” (Ibíd., 6).

⁹⁸ Kant, en su *Cimentación para la metafísica de las costumbres*, evalúa la voluntad y la libertad del hombre, y explica la relación entre ellas: “Pues sirviendo la moralidad como ley para nosotros en cuanto seres racionales, tiene que ser válida también para todos los seres racionales y, ya que ha de ser derivada sencillamente de la propiedad de la libertad, la libertad debe ser demostrada como propiedad de la voluntad de todos los seres racionales y no basta con mostrarla desde ciertas supuestas experiencias de la naturaleza humana (...), sino que debe demostrársela como perteneciente a la voluntad de los seres racionales y dotados de una voluntad. Ahora yo digo: todo ser que no puede conducirse sino como bajo la idea de la libertad es, precisamente por eso, verdaderamente libre prácticamente considerado, para él son válidas todas las leyes que van inseparablemente unidas a la libertad, de igual modo que si su voluntad fuera declarada libre con validez tanto en sí misma como en la filosofía teórica”. Immanuel Kant, *Cimentación para la metafísica de las costumbres*. Traducción de Carlo Martín Ramírez. 4ta ed. (Buenos Aires: Aguilar Argentina, 1973), 137.

⁹⁹ Esta idea es expuesta con mayor explicación, por ejemplo, en Julián Carvajal, *Moral, derecho y política en Immanuel Kant* (Cuenca: Ediciones de la Universidad Castilla-La Mancha, 1999), 60. Disponible en Web:

Esto influye notablemente en los teóricos alemanes¹⁰⁰ que buscan una limitación del poder público. La libertad y la seguridad es tema de debate entre los teóricos del Estado. El paso del siglo XVIII al XIX trajo consigo la influencia de ilustrados y tratadistas que, como Locke¹⁰¹ o Montesquieu¹⁰², ejercieron un papel determinante en el continente para hacer frente al poder del absolutismo.

https://books.google.co.cr/books?id=bDNyjNDFf6UC&pg=PA365&dq=Doctrina+del+derecho+kant&hl=es&sa=X&redir_esc=y#v=onepage&q&f=false. Consultado el 22 de enero de 2016.

¹⁰⁰ Seguramente no sea posible citar a todos los pensadores que forjaron la idea del *Rechtsstaat* o Estado sometido al derecho. De hecho el origen ha sido interpretado de maneras distintas a la que se propone en esta investigación, Hernández por ejemplo: “Se dice que esta palabra [*Rechtsstaat*] fue utilizada por primera vez por Johann Wilhelm Placidus a finales del siglo XVIII, aunque será hasta finales del siglo XIX con los escritos de los juristas Gerber, Ihering, Laband y Jellinek que se le va dando forma a esta doctrina”. Magally Hernández, *Fisuras, desafíos y mutaciones: del Estado de Derecho y del Derecho Público* (San José: Editorial UCR, 2007), 6.

¹⁰¹ John Locke, *Ensayo sobre el Gobierno civil*. Traducción del inglés por Amando Lázaro Ros. (Madrid: Editorial Universidad, 1990). 19.

¹⁰² Si se entiende que el hombre ha de ser libre y está sujeto al poder de las leyes: “La libertad es el derecho de hacer todo lo que las leyes permiten, y si un ciudadano pudiera hacer lo que le prohíben, no tendrá más libertad, porque los otros tendrían el mismo poder”. Charles Louis de Secondant Montesquieu, *El espíritu de las leyes* (San José: Asociación Libro Libre, 1986), 132. La característica enunciada por el *Rule of Law* y también por el *Rechtsstaat*, sobre la generalidad de la ley, estaría contraviniéndose en el momento en que uno sobrepasa el límite de su libertad. Incluidos los funcionarios del Estado y el margen donde pueden llevar a cabo sus actuaciones. La ley según el análisis de Montesquieu ha de estar dotada de universalidad, con la ley natural como reguladora: “No basta, pues, subrayar (...) el estatuto que Montesquieu atribuye a la ley: hemos visto que ésta debe ser conforme a las disposiciones de la naturaleza humana (dotada de universalidad), lo que confiere a ley natural el rol de un ideal regulador y que el mejor medio para este fin es el de “hacer un sistema”, de manera que en lugar de reducirse a un “acto puro de poder”, la ley positiva resultará de transacciones, conciliaciones y esfuerzos diversos”. Lucien Jaume, *La libertad y la ley: los orígenes del liberalismo filosófico* (Buenos Aires: Del Signo, 2008), 78. Disponible en Web: https://books.google.co.cr/books?id=PGtH0189mgQC&printsec=frontcover&hl=es&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false. Consultado el 25 de enero de 2016.

Kant no habla explícitamente de un *Rechtstaat*, aunque sí de libertad bajo el dominio de la ley y la ley con miras en la libertad (que es causalidad del arbitrio, como voluntad y conciencia), en el sometimiento de las leyes a criterios universales. El análisis debe ser sobre qué es el derecho; a partir de la determinación de una idea de justicia, puede analizarse el derecho positivo.¹⁰³

Sobre un *Rechtstaat*, von Mohl¹⁰⁴ menciona que es ante todo una característica del Estado, con exigencias materiales particulares, que resume Villegas de la siguiente forma:

a) la necesidad de una organización y regulación de la actividad estatal guiada por principios racionales; b) el rechazo de cualquier tipo de transpersonalismo en la definición de los objetivos del poder. El Estado no es una institución puesta al servicio de fines trascendentes de carácter divino, ni de los intereses de quienes gobiernan, sino que se encuentra en función del beneficio de todos los individuos que lo integran; c) limitación de las tareas del Estado a la garantía de la libertad, la seguridad y la propiedad de sus ciudadanos a través de la ley, concedida como norma general emanada de los representantes de la voluntad popular.¹⁰⁵

¹⁰³ “Lo que aquí se define es el concepto de justicia, criterio básico para la determinación del derecho. En unos principios metafísicos no se trata de saber qué es derecho en sentido positivo (*quid iuris*), sino “qué es el derecho” (*quid ius*) en su sentido racional o, o que es lo mismo, qué es lo justo, como base para enjuiciar la legislación positiva” José López, *La fundamentación del derecho en Kant* (Murcia: Anuario de Filosofía del Derecho IX, 1992), 400.

¹⁰⁴ Se atribuye a Robert von Mohl en su obra *Staatsrecht des Königreichs Württemberg*, que data de 1829. Véase: Robert von Mohl, *Das Staatsrecht des Königreiches Württemberg* (Tübingen: Laupp, 1846). Disponible en: <https://books.google.co.cr/books?id=8p1GAAAACAAJ&pg=PA120&dq=Staatsrecht+des+K%C3%B6nigreichs+W%C3%BCrttemberg&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwj10anO5b7KAhUF9h4KHY10BiUQ6AEIHAB#v=onepage&q&f=false>. Consultado el 22 de enero de 2016.

¹⁰⁵ Enrique Pérez, *Derechos humanos, Estado de derecho y constitución*, 8va ed. (Madrid: Tectnos. 2003), 220. Citado en César Villegas, “La sumisión del poder público al derecho en el Civil Law y en el Common

La finalidad que persigue el Estado es su razón de ser y sus objetivos no son creados según este lo determine. Esto es el *Rechtstaat* en su acepción más primeriza, una acepción teleológica. El Estado que se autolimita.

Esa garantía de libertad, seguridad y respeto a la propiedad de los ciudadanos trae consigo un medio como garantía: la coacción. Stahl, en su *Philosophie des rechts*,¹⁰⁶ brinda una explicación más concreta:

El Estado ha de ser de derecho; ésta es la consigna y, en verdad, también la tendencia de los nuevos tiempos. Ha de utilizar el derecho para determinar con precisión y asegurar de modo inquebrantable, tanto las vías y los límites de su actividad como la esfera de libertades de sus ciudadanos. No ha de llevar la realización estatal más allá de lo que es propio de la esfera jurídica, esto es, reducir la coacción a lo estrictamente indispensable.¹⁰⁷

Continuamente se hace hincapié en la necesidad de una ley fuerte que controle al Estado y dé espacio al libre desenvolvimiento del particular. Un límite material del *Rechtstaat* ha de ser precisamente este.

Law: Estado de Derecho, Rule of Law y su expansión al ámbito internacional”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, no. 137 (2013), 717.

¹⁰⁶ El texto en alemán puede consultarse en: Friedrich Stahl, *Die Philosophie des Rechts: Bd. Geschichte der Rechtsphilosophie*, 3ra ed. (J.C.B. Mohr, 1854). Disponible en Web: <https://books.google.co.cr/books?id=X1APAAAAYAAJ&printsec=frontcover&hl=es#v=onepage&q&f=false>. Consultado el 22 de enero de 2016.

¹⁰⁷ Friedrich Stahl, *Philosophie des rechts, Bd. II, rechts und staatslehre auf der grundlage christlichen weltanschauung* (Hildesheim, Georg Olms, 1963), 137, citado en César Villegas, “La sumisión del poder público al derecho en el Civil Law y en el Common Law: Estado de Derecho, Rule of Law y su expansión al ámbito internacional”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, no. 137 (2013), 718.

El hecho de que en el *Rechtstaat* exista una jurisdicción administrativa¹⁰⁸ protectora del individuo ante la arbitrariedad administrativa, es lo que se considera en mayor parte como la materialización de un Estado de derecho¹⁰⁹. Primero, se ve en ello la materialización del control del poder por el poder, se intenta dar protección al individuo. El *Rechtstaat*, como se ha expuesto, nunca ha desaparecido del universo jurídico y aún hoy la idea misma del Estado de derecho material tiene suficiente fundamentación en ese primario *Rechtstaat*.

El desarrollo del derecho y el Estado de derecho lleva también a acercarse a una visión formalista y positivista del derecho, que no toca el contenido de los derechos fundamentales del individuo, al intentar dar con un derecho puro y cuyo máximo

¹⁰⁸ No con la estricta división que hay en Francia con el Consejo de Estado, pero sí con un control efectivo de las actuaciones de la administración por los Tribunales de Justicia administrativos: “Esta posición específica del Estado en relación con el derecho explica que no se pueda ser regulado por las mismas reglas de los sujetos particulares, sino que debe sujetarse a un derecho especial, el Derecho Administrativo, rama que el alemán Otto Mayer ayudó a promover (...)” Magally Hernández, *Fisuras, desafíos y mutaciones: del Estado de Derecho y del Derecho Público* (San José: Editorial UCR, 2007), 7.

¹⁰⁹ Para Hayek, “una de las necesarias tareas de dichos tribunales consistirá en formular como normas legales lo que hasta entonces han sido meras reglas internas de la Administración, y al hacerlo así les será muy difícil distinguir entre los de carácter general y aquellos otros que expresan sólo objetivos particulares de la política en vigor. No otra cosa ocurrió en Alemania por los años 1860 y 1870, cuando se intentó poner en práctica el ideal, largamente acariciado, del *Rechtstaat*. El razonamiento que en definitiva desbarató la dialéctica durante largo tiempo esgrimida en favor del «justicialismo» se redujo a afirmar que sería inoperante dejar a los jueces ordinarios, sin preparación adecuada, la misión de resolver las intrincadas cuestiones que originan los actos administrativos. En su consecuencia, se implantó la nueva jurisdicción administrativa, con la intención de que actuara con plena independencia y se ocupara tan sólo de cuestiones legales, con la esperanza de que, andando el tiempo, asumiría un completo control judicial sobre toda la acción administrativa. Para los hombres que idearon el sistema, especialmente para su principal arquitecto, Rudolf von Gneist, y para la mayoría de los administrativistas germanos esta creación de un sistema de tribunales administrativos independientes se les antojó la piedra que coronaba el edificio del *Rechtstaat*; la perfección definitiva del imperio de la ley” Friedrich Hayek, *Los fundamentos de la libertad* (Valencia: Fundación Ignacio Villalonga, 1961), 227.

exponente es Hans Kelsen.¹¹⁰ Por otro lado, para Hayek, por ejemplo, influye considerablemente en la desaceleración de la defensa del individuo contra el Estado, una situación política, como lo sería el paso del Estado limitado al Estado benefactor o *L'Etat Providence*¹¹¹. Sin embargo, para esta investigación lo esencial será determinar que mientras el peso de criterios materiales para el Estado sometido al derecho no sea primario, el formalismo llegará a su máxima expresión, al punto de dar aceptación a cualquier disposición legal o administrativa que calce con las formas, aun cuando estas tengan suficientes características de Estado policial.

Aunque el Estado de derecho en la doctrina francesa y el derecho post Revolución Francesa tuviera como objetivo la eliminación de la arbitrariedad administrativa, un sistema con régimen administrativo francés en cualquier sitio donde rija el derecho continental puede tener tanto apego al principio de legalidad que puede caer en excesos de tipo legalistas: caer en un Estado legal y no de derecho. Situación que no puede en ninguna forma desacreditar o restar valor a la enorme influencia del derecho administrativo francés

¹¹⁰ Para Kelsen, en palabras de André Hauriou, “el Estado y el Derecho son lo mismo. En la concepción tradicional, se define al Estado como una agrupación humana fija sobre un territorio y sometida a un orden jurídico determinado; pero, observándolo más de cerca, lo que constituye el Estado es justamente la reglamentación, el orden jurídico al que se someten los hombres en sus relaciones recíprocas. El Estado no es, en realidad, más que un sistema de reglas, un orden de normas; es el conjunto de reglas jurídicas aplicables a un grupo humano determinado sobre un territorio dado”. André Hauriou, *Derecho constitucional e instituciones políticas*. 2da ed. (Madrid: Ariel Derecho, 1980), 174-175. El énfasis es del original.

¹¹¹ “Por los años 70 y 80, cuando en los estados germánicos (y también en Francia) el sistema de tribunales administrativos alcanzó su configuración final, comenzó a ganar fuerza el nuevo movimiento en pro del socialismo de Estado y del Estado-providencia. En consecuencia, se abandonó el impulso de perfeccionar la concepción del gobierno limitado mediante las nuevas instituciones ideadas para atenuar a través de una legislación gradual los poderes discrecionales todavía poseídos por la Administración. La pretensión ahora se cifraba en ampliar aquellos resquicios que habían quedado en el recién creado sistema, eximiendo explícitamente de los métodos judiciales de revisión las facultades discrecionales exigidas por las nuevas tareas del gobierno”. Friedrich Hayek, *Los fundamentos de la libertad* (Valencia: Fundación Ignacio Villalonga, 1961), 228.

en la forma de operar el derecho en un Estado de derecho material. Simplemente es una forma muy concreta de adecuar la labor de los funcionarios públicos bajo la noción de servicio público y apego a los derechos fundamentales.

Lo que sí debe considerarse para descartar el Estado de derecho formal como suficiente, es la óptica kelseniana donde todo Estado es símil de derecho. Ahí no importa el contenido ideológico o el contenido en general que pudiera tener este: si hay adecuación entre norma y actuación estatal, no habría ilegalidad¹¹². Esto es en resumen el Estado de derecho formal, una noción de estricto apego a un principio de legalidad.

Muchos sistemas constitucionales calificados como democráticos poseen muchísima influencia de Hans Kelsen, pero también, en teoría, la jerarquía de las normas de Kelsen tiene plena aplicación en regímenes totalitarios. Por esa razón, se analiza y se acepta el valor del formalismo como diseñador del Estado y de su jerarquía normativa, no obstante también se deberá sustanciar, dar vida al derecho con la guía ideológica de los principios y valores que deben ser espíritu de la Constitución Política de un Estado.

Este Estado de derecho con jerarquía de normas y con límites formales a la creación de la ley puede dar apariencia de orden y culminación de los esfuerzos por controlar el poder, pero no es tan sencillo desde el momento en que los fines del Estado para garantizar

¹¹² La crítica a esta visión estricta del positivismo jurídico es comentada por el profesor André Hauriou: “En primer lugar, y por lo que se refiere al Estado, no parece que, fuera de la agrupación humana y del territorio, todo se reduzca, en este fenómeno político y social, a una pura reglamentación. Al lado, e incluso por encima de las reglas jurídicas, que no son para él más que medios, hay que hacer aparecer los fines del Estado. Ante todo, el Estado es, en su realidad compleja una empresa humana sostenida por consentimientos, la empresa del gobierno de una nación mediante el establecimiento de una “cosa pública” que proteja los comportamientos, iniciativas y actividades privadas, es decir, la creación de un medio colectivo en el que sea posible el juego y desarrollo de las actividades privadas. Sin duda, esta especie de protectorado se obtiene, en gran parte, gracias a la reglamentación, pero ¿quién no percibe que aquí, como en otros casos, la idea domina sobre la obra y que de mil golpes de cincel no se obtiene necesariamente una estatua?” André Hauriou, *Derecho constitucional e instituciones políticas*. 2da ed. (Madrid: Ariel Derecho, 1980), 175.

los intereses de la mayoría necesitan de una Administración Pública que desempeñe esas funciones. Aquí, incluso con una Constitución y esquema de jerarquía de normas, no puede limitarse el actuar administrativo solo por formas, sino que debe tenerse en cuenta un límite por principios y valores de los cuales un Estado y su Constitución Política deben regirse y por los cuales su ley pueda nacer y desarrollar su vida útil.

Esta preocupación la comparte García-Pelayo, cuando explica la idea de Estado de derecho:

Pero no toda norma es ley, sino que para tener tal carácter ha de cumplir con ciertas exigencias. En primer lugar, su contenido ha de derivar de unos postulados de justicia y de unos fines de valores objetivos situados más allá de la voluntad subjetiva del legislador. En segundo lugar, la ley ha de ser una norma de carácter general establecida con el asentimiento de la representación popular a través de la discusión y de la publicidad, requisitos a los que se consideraba ofrecían ciertas garantías en cuanto a la corrección de su contenido. Se entendía, en efecto, que el asentimiento de la representación popular garantizaba que la ley no lesionase el principio de la libertad, ya que es impensable que los representantes del pueblo atenten contra sus propias libertades; la generalidad de la ley no sólo era considerada como garantía de la igualdad, sino también como excluyente de intervenciones arbitrarias de los poderes públicos en funciones de personas o de situaciones concretas y, en fin, su adopción a través de la discusión y de la publicidad garantizaba la racionalidad de la ley –puesto que de la discusión sale la luz- y su concordancia con los intereses generales.¹¹³

El Estado de derecho material (también puede hablarse de él como Estado constitucional de derecho) es precisamente el contrapeso al Estado legal y del control sustancial del desarrollo legislativo, presentando un papel determinante el establecimiento

¹¹³ Manuel García-Pelayo, “Estado legal y Estado constitucional de derecho”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas Universidad Central de Venezuela* no. 82 (1991), 36.

de los tribunales constitucionales, como garantía jurisdiccional del cumplimiento de la Constitución que debe tener vida y determinar la vida de las demás esferas públicas.

Ese Estado material de derecho pone la Constitución en la cúspide del orden normativo y axiológico. El contenido axiológico de esta no deberá tampoco formularse por el pleno arbitrio del poder constituyente, poniendo este lo que desee sin más, sino que debe seguir una lógica de norma superior jerárquica y fundadora del orden axiológico y jurídico de un Estado. El contenido axiológico debe ser coherente con el desarrollo de las nuevas concepciones de derechos humanos y, sobre todo, con la visión de protección al individuo en su autonomía de toma de decisiones en el tanto su accionar no constituya coacción a otros individuos.

El ambiente para los derechos individuales en ese Estado de derecho material estaría suficientemente garantizado por el respeto de los funcionarios desde el Poder Ejecutivo, el mismo Poder Legislativo con el límite material a la creación de la ley y con el Poder Judicial que es la última garantía de defensa de los derechos de la persona en cualquier ámbito.

Ese paso de un Estado de derecho formal a uno material lo expone de manera sintética Agustín Gordillo, cuando menciona:

Se llega por fin a la etapa que comenzamos ahora a transitar, de la existencia de un orden jurídico supranacional de garantías individuales, que opera como derecho interno, aplicado por los jueces nacionales, sin perjuicio del control ulterior en el plano internacional en caso de no remediar los jueces locales la transgresión a los derechos individuales. El individuo aparece así protegido contra los avances injustos de los poderes públicos en una doble faz: por un lado, que la administración respete la ley, y por el otro, que el legislador respete a la Constitución y a la Convención. El centro de la cuestión radica siempre, como se

advierte, en que los derechos individuales no sean transgredidos por parte de los poderes públicos.¹¹⁴

En este entender, el Estado está al servicio de los derechos de los individuos¹¹⁵ y tendrá un margen de acción para operar en la vida pública, no solamente se está ante una concepción de libertad negativa, sino que el Estado puede echar mano a solucionar problemas sociales y así facilitar la vida de la población. Los derechos fundamentales son la garantía para la persona de que el Estado respetará sus derechos individuales y, además, hará lo mejor a su alcance para garantizar el bienestar de los habitantes, ayudará a quien se le violente en sus derechos y a los más desprotegidos y cumplirá efectivamente los instrumentos del derecho internacional vigentes en el territorio.

Esos principios y valores constitucionales deben protegerse para poder garantizar al individuo su margen de acción privada. Esto se ve en conjunto ligado a los demás derechos que pueda garantizar la Constitución o los tribunales, pero nunca en el entendido que unos dinamiten la existencia de los otros.¹¹⁶ El principio de autonomía de la voluntad es

¹¹⁴ Agustín Gordillo, *Tratado de derecho administrativo: parte general*. Tomo I. 2da ed. (Buenos Aires: Ediciones Macchi, 1992), III. 23.

¹¹⁵ “(...) la doctrina de los derechos fundamentales es el segundo componente esencial del Estado de Derecho [luego de la doctrina del poder limitado que hemos expuesto como sujeción de los funcionarios a la “ley”], lo que unido al proceso de constitucionalización y democratización hace que, poco a poco, los derechos humanos o derechos fundamentales se vayan incorporando a las constituciones políticas con el objetivo de darles mayor garantía y la máxima importancia. (...) De esta forma un Estado de Derecho no es solo el Estado que se somete a un régimen de derecho, sino que lo hace al mismo tiempo que reconoce la existencia de una serie de derechos fundamentales”. Magally Hernández, *Fisuras, desafíos y mutaciones: del Estado de Derecho y del Derecho Público* (San José: Editorial UCR, 2007), 12.

¹¹⁶ Gordillo habla sobre la imposibilidad de hablar de antítesis entre el Estado de derecho, de origen liberal y el Estado de bienestar: “(...) si tomamos la noción tradicional de Estado de Derecho parecería tal vez que ha sido sustituida por la del Estado de Bienestar; pero ello no es así. La noción de “Estado de Bienestar” ha venido a operar como un correctivo para la noción clásica de Estado de Derecho, revitalizándola pero no suprimiéndola. En rigor, la noción de “Estado de Bienestar”, tomada aisladamente, también es insuficiente, por cuanto hace hincapié en la acción positiva que el Estado debe tener, dando por supuesta la existencia de

perfectamente desarrollable en cualquier sistema de derecho, en cualquier Constitución que lo coloque junto a otros derechos individuales o sociales.

Una libertad particular de las personas a tener y portar armas de fuego apegados a la ley encuentra terreno óptimo en el Estado de derecho desde su origen en el *Rechtstaat*. Si cada uno de los principios enunciados se materializa en un Estado, o sea, si las leyes que nacen en el parlamento ordenan la situación de las armas de fuego en un determinado territorio, las actuaciones administrativas del ejecutivo o administraciones descentralizadas operan con base en esa ley (principio de legalidad) y las decisiones jurisdiccionales se apegan a los valores que presenta la Constitución interpretada integralmente (si se someten a ella casos), no puede decirse que sea fácil para la ley eliminar, restringir sin más y sin fundamentación obstaculizar una libertad de las personas a tener y portar armas de fuego.

Siguiendo esa lógica de normatividad jerarquizada, una Administración Pública que debe apegarse a la ley (que en sí misma no está para determinar cómo puede afectarse al individuo, sino para protegerlo) solo en lo que ella le mande, puede interferir contra el sujeto de derecho privado y en la omisión de la ley, la tenencia y portación de armas de fuego tendrá la protección constitucional en los valores específicos donde se entre en cada escenario de hecho particular: armas de fuego relacionadas con la protección de la vida humana, armas de fuego vinculadas con el patrimonio protegido por el derecho de propiedad privada, la necesaria asociación con la libertad de comercio, etc.; pero sobre todo en el principio de autonomía privada que deja por fuera de la acción de la ley todo lo que no afecte derechos de terceros, además de permitirle al individuo hacer todo lo no prohibido.

los límites negativos que la doctrina del Estado de Derecho ha construido. Este supuesto no puede perderse de vista, ni aislarse conceptualmente, so pena de caer en los excesos totalitarios a que ya hemos referido. (...) la afirmación del Welfare State no implica de por sí una negación del *Rechtstaat*, sino que presupone en cambio su permanencia y hasta su expansión” Agustín Gordillo, *Tratado de derecho administrativo: parte general*. Tomo I. 2da ed. (Buenos Aires: Ediciones Macchi, 1992), III-30.

Según los criterios de uso responsable, que la norma general y abstracta pueda restringir con buena técnica legislativa, conciliando la autonomía privada con el deber estatal de otorgar seguridad a la población de un Estado, es posible sustraer del Estado de derecho material principios que fundamenten una libertad individual, entendida como un margen de posibilidad dentro de lo no prohibido, de tener armas en propiedad portar y portar armas de fuego, siendo que el Estado tendrá también un margen de coacción que se analizará en el capítulo siguiente.

B) CAPÍTULO SEGUNDO. Síntesis de derechos fundamentales que respaldan la tenencia y portación de armas de fuego, una visualización del problema social del uso de armas de fuego por parte civiles y la limitación a derechos fundamentales

Acerca de la tenencia y portación de armas de fuego por parte de civiles, hay una serie de elementos valorativos que dan paso a un espacio de libertad, un margen de maniobra que una norma de carácter legal o inferior no puede obstaculizar o anular, por tanto constituye un ámbito de protección para el individuo. La propiedad privada sobre armas de fuego por parte de civiles es un tema que debe ser tratado con cuidado por el derecho, por su complejidad y, sobre todo, porque no puede ceder ni constituir de plano excepciones a derechos fundamentales positivizados y ampliamente reconocidos por la doctrina que poseen una importante conexión con la tenencia y portación de armas de fuego.

Si bien es cierto las armas de fuego son instrumentos de un alto grado de peligrosidad por el mecanismo físico de acción y su potencial letal contra cualquier ser vivo, la utilidad que tienen en la vida de muchas personas para su protección o ejercicio deportivo constata los intereses que envuelve el tema: por un lado, evitar que lleguen a manos de personas con antecedentes penales o incapacitados mentalmente y, por otro, que quienes las necesitan para seguridad o deporte las utilicen con capacitación y responsabilidad. Desde una óptica jurídica, de un Estado constitucional de derecho, la acción de limitar derechos debe estar estrictamente regulada y constituir la excepción.

El Estado mismo posee una función esencial, como se ha argumentado en líneas anteriores y, sobre todo, nace limitado en sus funciones. Hoy su actuar no puede responder a cualquier arbitrio de quienes ostenten el poder. Esto es fundamental ya que al necesitar justificación las acciones de los funcionarios estatales, podrá ser común que se intente dar cuerpo a argumentaciones más populares que jurídicas para la restricción de armas de fuego a los particulares.

Sin duda las acciones delictivas deben preocupar al Estado y el uso de armas de fuego de manera desregulada y sin un respeto al orden puede desembocar en un grave daño social. No obstante, también es aún más cierto que entre más regulación estatal y menor posibilidad de satisfacer los intereses de los ciudadanos responsables, se podría caer en un ámbito informalidad y comercio ilegal de armas de fuego que puede tomar fuerza cada vez más a favor de aquellos que frecuentemente cometen delitos. Lo que no se debe dejar de lado nunca es que la política criminal del Estado debe estar subordinada al derecho constitucional.

Las diversas constituciones, cartas y declaraciones de derechos pueden tener disposición expresa de un determinado derecho o libertad ciudadana o pueden no tenerla literalmente, pero sí contar con las bases suficientes para extraer principios que fundamenten estos derechos o libertades, principalmente por disposición jurisprudencial.¹¹⁷

En el presente capítulo se arriba a la cuestión de los derechos fundamentales involucrados en la tenencia y portación de armas de fuego por parte de particulares y las limitaciones propias a esos derechos fundamentales, cómo y por qué pueden manifestarse; asimismo, cómo el uso extralimitado de las armas de fuego en la comisión de delitos debe analizarse con detalle para lograr la más balanceada limitación de los derechos consagrados por las normas fundamentales de un Estado de derecho.

¹¹⁷ Sobre el sometimiento de los jueces al derecho como disciplina general y no únicamente a la literalidad de los textos normativos, interesa el siguiente extracto de sentencia del Tribunal Federal Constitucional Alemán: “(...) La fórmula reconoce que la ley y el Derecho en la práctica generalmente se cubren, pero no siempre y necesariamente. El Derecho no es idéntico a la totalidad de las leyes escritas. Frente a la reglamentación positiva del Poder del Estado puede existir según las circunstancias una sobrante en el Derecho que posee sus fuentes en el orden jurídico constitucional como un todo lógico y que pretende actuar como correctivo frente a la ley escrita; encontrar tal resultado y hacerlo realidad en decisiones es tarea de la Jurisprudencia (BVerfGE 9, 338/349) (BVerfGE 34, 269/286)”. Alexander Espinoza, *Derecho constitucional en Alemania y Austria* (Caracas: Colinas del Bello Monte, 1997), 52.

i. **SECCIÓN PRIMERA. Tríptico de derechos fundamentales que establecen una libertad de tenencia y portación de armas de fuego**

De manera abstracta, haciendo un estudio pormenorizado de los derechos fundamentales¹¹⁸, o sea, positivizados en las diversas constituciones políticas o cartas de derechos, se puede hacer una interpretación integral de principios que ayudan a entender que la tenencia en propiedad de armas de fuego y la consecuente (aunque no necesaria) portación de estas puedan ubicarse en el terreno de la libertad jurídica como derecho, entendida como libertad de acción o posibilidad de hacer todo aquello que no lesione el derecho ajeno.

En este apartado se analizarán, en general, tres derechos fundamentales que se consideran básicos para poder entender la tenencia y portación de armas de fuego como una libertad, más en el campo de la actividad privada que no viole derechos de terceros y, sobre todo, fundamentada en un bloque de constitucionalidad.

Estos tres derechos fundamentales constituyen ese tríptico que establece todo lo que se argumentará de seguido. Los principios deben tener una categorización y lo mejor es

¹¹⁸ Sobre el carácter jurídico de tales derechos: ““Derechos fundamentales” es un término técnico; son fundamentales ante el valor de la dignidad humana, porque son los más importantes en el conjunto jurídico, porque se vinculan con los valores del ordenamiento y por el rango que tienen como norma jurídica. (...) Para que los derechos fundamentales se consideren protegidos, deben serlo a nivel constitucional. Sin embargo, también es cierto que no tiene por qué tratarse de un texto que formalmente se llama Constitución, pero sí es necesario que esos contenidos se aseguren mediante normas superiores (por tanto, no modificables por simples normas con fuerza de ley, o, de otra forma, por mayorías ordinarias)”. Dilenny Camacho, *Los derechos fundamentales: importancia y funcionalidad*. Por: VLex (2011). Disponible en web: <http://vlex.com/vid/derechos-importancia-360766882>. Consultado el 7 de febrero de 2016. Esto es necesario traerlo a colación porque se cierra toda posibilidad para las leyes de restringir sin razones de peso las libertades ejercidas por las personas, libertades particulares o acciones donde se involucran una o más libertades. No es requisito *sine qua non* para los derechos fundamentales que una ley los regule para poder ejercerse: la libertad no necesita de la ley para existir; pero cuando la ley exista, debe estar sujeta a las libertades.

ubicarlos como un triángulo imaginario, en posición piramidal, donde el derecho a la vida es el vértice superior y el derecho de propiedad privada y la autonomía de la voluntad son los vértices inferiores en plena concordancia e igualdad de importancia. Los segmentos que unen dicho triángulo serán precisamente la correcta interpretación y conjugación que los hará compatibles. Solo así se podría concretar un derecho del individuo a tener armas en propiedad y usarlas para los propósitos legítimos que sean.

No hablamos acá de un “derecho a tener y portar armas” como fin en sí mismo, sino que la libertad de tener y portar armas de fuego vive, jurídicamente hablando, en el tanto esté unido a los tres derechos fundamentales anteriormente enunciados, que serán los fines por su posición jerárquica en el ordenamiento. Solo así toma forma el derecho a tener y portar armas, en un ordenamiento jurídico que consagre y proteja efectivamente esos derechos.

Por supuesto, la interpretación jurídica en general podrá acuerpar otros campos también necesarios, como por ejemplo la libertad de comercio involucrada. Lo cierto del caso es que para el propósito de análisis de una libertad del individuo a tener y portar armas, la libertad de comercio no entra como eje central, sino que es de conexidad necesaria (tampoco podría lesionarse para poder hacer inefectivo los otros tres que se analizarán).

Ahora bien, aunque esa libertad de tenencia y portación de armas de fuego parezca lógica y suficiente desde el punto de vista del derecho de propiedad, podría intentarse hacer la excepción y considerar las armas prohibidas, únicamente para uso policial y de las fuerzas armadas de un Estado o simplemente que la tenencia y portación de armas no es un derecho o una libertad, sino solo una concesión según las reglas que el mismo Estado establezca (algo así como un privilegio), en miras de proteger la seguridad de los ciudadanos y de regulación de sus propios procedimientos para dar un clima e imagen de orden y apego correcto a las formas. Sin embargo, la figura de la propiedad privada tiene rango constitucional y las excepciones que puedan hacerse a ella están limitadas. Afirmar

que es una concesión y no un derecho adquirible (por haber libertad para ejercerlo) no es algo que un servidor público pueda fácilmente hacer.

La propiedad de armas de fuego y la portación de estas debe adecuarse a los requisitos necesarios que la normativa establezca (normativa que se adapte a los principios del Estado de derecho material explicados en páginas atrás), o sea, la eficacia de los negocios jurídicos donde se traslade la propiedad de un arma de fuego estará limitada por la ley (en el tanto las armas en cuestión sean las permitidas). Una vez hecho el negocio jurídico particular, un contrato por ejemplo, el propietario tiene toda la protección del derecho como cualquier otro propietario con cualquier otro tipo de bien mueble o inmueble.

En cuanto a la portación como un atributo propio de la propiedad sobre armas de fuego, es coherente e importante que se tenga una serie de reglas para permitirle a la persona la portación (requisitos subjetivos). Estos requisitos no pueden hacer imposible o dificultar de tal modo que sea más probable que se nieguen permisos, por ausencia de criterios sustantivos o por discrecionalidad administrativa.¹¹⁹ En este caso, el acto administrativo que emita la Administración para denegar el ejercicio de un derecho habrá de estar suficientemente fundamentado para determinar que la persona no puede tener acceso al uso de un arma de fuego (por primar el bienestar general sobre la pretensión particular de portar un arma de fuego, siendo que la persona no cuente con los requisitos subjetivos para ello).

Estas aseveraciones previas ayudan a entender que la idea central –al constatar, como se observará, la existencia de una libertad de tenencia y portación de armas de fuego, más allá de eso siendo inútil cualquier regulación que tenga en miras bloquear sutilmente el

¹¹⁹ Discrecionalidad por vías de hecho o por medio de ordenanzas o circulares que toma la Administración Pública con carácter normativo. Sobre las circulares y el peligro de arbitrariedad administrativa en estas, véase Jorge Romero, *Derecho Administrativo General* (San José: EUNED, 1999), 47.

acceso a ellas¹²⁰ es que las armas de fuego no pueden ser usadas a la ligera, sin conocimiento para ello o para atacar derechos de terceros, pero debe respetarse esa libertad de toda persona, en principio de poder tener acceso a ellas. El Estado debe respetar eso y proceder a poner en orden y regla a las personas interesadas en cumplir la ley.

La regulación del permiso de portación reconocería un derecho del individuo sobre su arma de fuego, en armonía, procurando el bienestar general al restringir el acceso a ciertas personas, pero no vendría a constituir la creación de un derecho del ciudadano a portar armas, entendiendo que antes de dicho acto jurídico de la Administración, no existía este derecho. La libertad particular para acceder, teniendo capacidad de actuar en el ordenamiento, está acuerpada y nace en la Constitución.

Según toda la argumentación dada en el anterior capítulo, sobre el desarrollo y terreno de acción del Estado de derecho como ideal de materialización de derechos fundamentales y de autolimitación constante del Estado, se parte de esa concepción que inicia en Locke y tiene suficiente fundamentación con Kant, para afirmar que un Estado de derecho o donde la regla o imperio de las leyes se encuentre vigente, deberá aceptar la libertad de los ciudadanos para armarse, sea por seguridad o para practicar deportes.

Primero que todo, en la cúspide del ordenamiento jurídico en cuanto a derechos fundamentales se trata, está el derecho a la vida.¹²¹ La vida humana se considera inviolable y toda alteración, atentado y finalización de esta, de forma causal, por acciones humanas, es ilegítima e imputable, según el caso, a una persona, tomando en cuenta además que

¹²⁰ Regulaciones que no solo interfieren de forma incorrecta contra los derechos fundamentales, sino que están vacías de conveniencia práctica según datos y experiencia en diferentes países, como se expondrá más adelante.

¹²¹ Ubicado por la doctrina como parte de los “derechos de la persona en su dimensión vital”, encontrándose junto al derecho a la vida también el derecho a la integridad física y moral y el derecho a la salud. Véase: Rubén Hernández, *Régimen jurídico de los derechos fundamentales*. 2da ed. (San José: Editorial Juricentro. 2010), 145 y ss.

existen consecuencias civiles intrínsecas en el momento en que se produzca un daño (sea que quien interfiera en la vida humana sea un particular o el Estado).

Esto hace que los ordenamientos jurídicos regulen toda forma especial de interferencia sobre dicho derecho, como lo vendría a ser la prohibición absoluta del aborto (o permitida bajo supuestos) en cualquiera de sus modalidades e incluso un derecho a la muerte digna. Se incluye también la proscripción de la pena de muerte y la escala de penalidad más alta de los delitos contra la vida y la integridad personal.

La vida humana es ese derecho que hace posible todos los demás, pues al nacer la persona ya es el primer derecho que poseerá y verá venir hacia sí todo el conjunto de derechos de los cuales es potencial acreedor por reconocer el derecho en él personalidad jurídica fruto de tener vida dentro y fuera del vientre materno.

Es tan valiosa la vida humana que el derecho (desde el derecho constitucional) simplemente adecúa las vías (no interfiere artificialmente, negando vida en unos y en otros no, o determinando arbitrariamente cuándo comienza o termina la vida) sobre las cuales puede una persona actuar para no ver perturbado ese derecho, y solamente adecúa el derecho a la realidad, por ejemplo, exceptuando la existencia de delitos al haber un estado de necesidad justificante, exculpante o una causa que elimine la antijuricidad, como lo es la legítima defensa.

Como fenómeno prejurídico, la vida humana hace necesario protegerla en todas las formas posibles, existiendo el Estado y sus cuerpos de seguridad precisamente para proteger la dignidad humana y acudir en caso de que se perturbe la existencia biológica de una persona.

Como menciona Hernández Valle sobre la esencia de éste derecho fundamental:

En otros términos, el ser humano es titular de un derecho fundamental a no ser privado ilegítimamente de su vida ni de sufrir ataques ilegítimos del Estado o de sus semejantes. Inclusive, tanto el poder público como la sociedad en su conjunto, tienen la obligación correlativa de ayudarlo a defenderse de los peligros naturales y sociales que lo rodean, tales como la insalubridad de su hábitat, el hambre, etc. El derecho a la vida está indisolublemente unido al hecho biológico de la existencia humana, la cual constituye justamente su presupuesto. Por ello, es posible afirmar que se tiene derecho a vivir, porque ya se vive. (...) En él, por el contrario, lo más importante de su existencia es el aspecto espiritual, dado que es el único ser de la Naturaleza cuya conducta es teleológica, es decir, el único ser que introduce fines en ella, para tratar de conformarla de acuerdo con sus ideas y aspiraciones espirituales. En esa condición de ser cultural, que es propia, exclusiva e inherente al hombre, radica la explicación de que la vida biológica, además de ser un hecho natural, constituya también un derecho fundamental.¹²²

La legítima defensa es una posibilidad que el ordenamiento otorga a la persona para que de forma útil pueda repeler una agresión ilegítima en su contra o contra otra persona, siendo que en general se acepta¹²³ que debe estarse frente a una agresión ilegítima actual,

¹²² Rubén Hernández, *El Derecho de la constitución* (San José: Editorial Juricentro, 1994), 362-363. Agrega Hernández, como extensión del derecho a la vida, que “su primera manifestación la constituye el derecho de todo ser humano a que los demás miembros de la colectividad no atenten ilegítimamente contra su vida. Se le da el calificativo de ilegítimo por dos razones: primero, porque es evidente la justicia de la defensa legítima, de la autodefensa, cuando en el momento del peligro no hay ninguna autoridad que pueda hacer efectiva la protección; y, en segundo lugar, porque en los llamados casos de “estado de necesidad”, el ser humano tiene el legítimo derecho para luchar por su supervivencia”. *Ibíd.*, 364.

¹²³ Sobre las causales de aceptación para que opere la legítima defensa, véase: Diego Luzón, *Aspectos esenciales de la legítima defensa* (Barcelona: Bosch, 1978). Alfredo Chirino y Ricardo Salas, *La legítima defensa: alcances y límites dogmáticos y jurisprudenciales* (San José: Investigaciones Jurídicas, 1993). Francisco Castillo, *La legítima defensa*. 2da ed. (San José: Jurídica Continental, 2004). Rubén Rojas, *La*

que exista cierta proporcionalidad o cuando menos, que no haya grave desproporcionalidad entre el medio empleado para hacer frente a la agresión y la agresión misma, pues en efecto el que defiende su integridad o su derecho con un instrumento puede no estar siendo exactamente el mismo con el que está siendo atacado.

La defensa de la propia vida o de la vida de otros es uno de los aspectos propios y necesarios del derecho a la vida. La dignidad humana es la que justifica la existencia de la legítima defensa y el hecho de poder tener armas para defender esa vida. Luis Recasens Siches explica ese aspecto de ese derecho fundamental cuando menciona:

La extensión o alcance del derecho a la vida comprende varios aspectos (...) A) El derecho de todo ser humano a que los demás individuos, o grupos no atenten injustamente contra su vida, ni contra su integridad corporal o contra su salud. Se dice “injustamente” por dos razones: en primer lugar, porque es obvia la justicia de la legítima defensa, de la autodefensa, cuando eventualmente no está presente un órgano del Derecho para hacer efectiva la protección; y, en segundo lugar, porque hay también el problema llamado “caso de necesidad” (...) B) El derecho de todo ser humano a que el Estado proteja su vida y su integridad corporal contra cualquier ataque por otras personas.¹²⁴

Sobre esto piénsese que como parte del derecho a la vida, el derecho a defenderla con medios apropiados viene siendo una forma más de brindarle plenitud al derecho fundamental dentro del ordenamiento. El Estado mismo como garante de la seguridad de los habitantes acepta la legítima defensa en los casos donde la agresión ha de ser repelida en la ausencia de la autoridad pública, pero la aceptación de que no puede estar en todos

legítima defensa y su aplicabilidad (San José: YA, 1998). Carlos Niño, *La legítima defensa: fundamentación y régimen jurídico* (Buenos Aires: Astrea, 1982).

¹²⁴ Luis Recasens, *Tratado general de filosofía del Derecho* (México: Editorial Porrúa, 1979), 559. Una categorización basada en la explicación de Recasens la hace Rubén Hernández: véase Rubén Hernández, *Régimen Jurídico de los Derechos Fundamentales*, 2da ed. (San José: Editorial Juricentro, 2010), 150-153.

los espacios físicos de un territorio debe también abarcar la aceptación de que las personas pueden tener armas para poder defender ese derecho fundamental.

El carácter esencial de un arma de fuego en una defensa efectiva contra una agresión ilegítima no debe pasarse por alto. Podría cuestionarse por qué precisamente la legítima defensa está ligada al tema de las armas de fuego, si para hacer uso de la legítima defensa no es estrictamente necesario hacer uso de armas de fuego. Lo cierto del caso es que dicha afirmación es engañosa ya que la persona no estaría en igualdad de condiciones, en la mejor de las circunstancias, en caso de ser atacada en su integridad física si al ser apuntada con un arma de fuego es probable que no tenga éxito repeliendo esa agresión con un objeto contundente o arma blanca. El arma de fuego es un medio muy eficaz para ser usado en una situación de emergencia.¹²⁵

La libertad de tenencia de armas en propiedad y el la posibilidad de ejercer la legítima defensa son necesarias para hacer efectivo, en una faceta más, el derecho a la vida, puesto que si no se tiene derecho a defenderse con el instrumento más efectivo, se niega un aspecto que hace pleno el derecho a la vida (deja a la persona otros medios de defensa menos efectivos que un arma de fuego con peso y la peligrosidad de un eventual peligro o ataque ilegítimo).

¹²⁵ Este detalle puede resultar polémico si se dijera que el remedio es más peligroso que el problema. Lo cierto del caso es que se entiende que hay más probabilidad de que alguien que quiere cometer un delito se vea intimidado para proceder a ejecutar la acción si sabe que la o las personas que desea atacar se encuentran armadas. Véase Ernesto Villanueva y Karla Valenzuela, *Seguridad, armas de fuego y transparencia: mito y realidad sobre el derecho de posesión y portación de armas de fuego en México* (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2012), 36 y ss. Disponible en Web: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3097>. Consultado el 5 de febrero de 2016. Dicho estudio también menciona que la tenencia de un arma de fuego no solo protege al propietario por el accionamiento de la misma en una emergencia, sino también por el solo hecho de mostrarla como elemento disuasorio sin necesidad de ser accionada (o sea, la presencia de un arma de fuego evita forcejeos o golpes). Sobre ello véase también: John Lott, *More Guns Less Crime. Understanding Crime and Gun Control Law*. 3ra ed. (Chicago: The University of Chicago Press, 2010), 101.

Las armas de fuego tienen una utilidad innegable para repeler o impedir agresiones hechas con cualquier tipo de arma. Si se utilizara un arma de fuego para repeler una agresión que no sea de arma de fuego, el análisis debe responder a la proporcionalidad del uso y no si es un medio idóneo al ser idóneo cualquier medio del que se disponga para salvar la vida.

La vida humana, como derecho fundamental a no ser perturbado en la integridad física o en la existencia biológica,¹²⁶ puede ser defendida con armas de fuego y el ordenamiento no puede limitar la propiedad de estas a civiles si las armas de fuego constituyen una importante herramienta en manos de una persona entrenada y responsable. En todo caso, a menos que se dispare con total disposición de matar (cabeza o tórax), existe igual necesidad de requerir atención médica con una herida de arma de fuego que con una de arma blanca o un objeto contundente utilizado únicamente para repeler o impedir la agresión.¹²⁷

¹²⁶ La Convención Americana de Derechos Humanos y la Declaración Universal de Derechos Humanos aceptan la obligación negativa de no perturbar a ninguna persona en los derechos que esta reconoce, además establece una obligación positiva del Estado de garantizar la seguridad personal de los ciudadanos (art. 1.1 Convención Americana), asimismo el artículo 4to de dicha Convención determina el derecho a la vida de toda persona y a no ser privado de esta arbitrariamente, consecuentemente se confirma la validez de la legítima defensa, se interpreta como lógicamente derivada de éste principio. La Declaración Universal, por su parte, afirma en su artículo 3ro que “toda persona tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”. Siendo más concreta al especificar vida, libertad y seguridad, que en un sentido amplio, como deben ser interpretados los tratados de derechos humanos, abarcaría la defensa de la vida con medios efectivos en el caso de ser necesario. El Estado acepta la legítima defensa y no entra a penalizar una actuación de ese tipo bien ejercida.

¹²⁷ En relación con esto: “La probabilidad de que una víctima sea lesionada es mucho menor si ésta se defiende con un arma de fuego a que si lo hace con un arma blanca, debido a que una vez que el agresor descubre que su víctima porta un arma de fuego, éste tiende a mostrar una actitud de sumisión más que de resistencia, y las probabilidades de que la agresión evolucione de amenaza a ataque son menores. Además, las probabilidades de requerir atención médica son las mismas si alguien es atacado por arma de fuego que

La defensa de la vida humana, como un aspecto esencial junto con el derecho a la salud y la integridad física dentro del derecho fundamental a la vida, se ve conjugada de manera coherente dentro del ordenamiento con la figura de la propiedad privada. Se hace referencia particularmente de la propiedad sobre bienes muebles como lo serían las armas de fuego permitidas para el comercio privado. El arma de fuego en sí misma es una cosa, que al ser objeto de una valoración jurídica particular (su fabricación para la venta y posterior perfeccionamiento del traslado de dominio sobre ella de un comerciante o vendedor a un comprador) está revestida de un interés jurídicamente relevante para el derecho.¹²⁸

En ese momento es que pasa a ser propiedad una cosa que esté en la posibilidad legal de ser comerciada (en el caso de las armas de fuego, lo están las que la ley no prohíbe por criterios generales de seguridad del uso civil), cumpliendo con los requisitos de todo negocio jurídico (incluyendo requisitos subjetivos o formalidades sustanciales propias de

por arma blanca”. Ernesto Villanueva y Karla Valenzuela, *Seguridad, armas de fuego y transparencia: mito y realidad sobre el derecho de posesión y portación de armas de fuego en México* (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2012), 40.

¹²⁸ Sobre hechos jurídicos y los efectos jurídicos véase Angelo Falzea, *Eficacia jurídica*. Traducción de Walter Antillón. 3ra ed. (San José: Investigaciones Jurídicas, 2009), 50. Interesa también lo que dice dicho autor sobre el componente de hecho jurídico: “Claramente hecho jurídico y componente de hecho del efecto jurídico tienen la misma estructura lógica fundamental: son “*species facti*”, especies fácticas en el sentido etimológico del término, esquemas o tipos abstractos de existencia. Cada especie fáctica está referida a un momento propio y da lugar a una situación temporal (...) Correspondiendo a las dos especies fácticas se tienen por lo tanto dos situaciones temporales: una temporaliza el hecho jurídico, la otra temporaliza el comportamiento de hecho del efecto jurídico. Y es fácil apreciar que entre las dos situaciones temporales existe precisamente la relación axiológica (...): la situación que hace entrar en el tiempo al hecho jurídico, es decir (...), la verificación del evento (...) constituye para la comunidad jurídica una exigencia o un problema fáctico; por lo tanto, dicha comunidad busca una satisfacción de la exigencia y una solución al problema y encuentra finalmente la exigencia satisfecha y resuelto el problema práctico en la otra situación, esto es, la de hacer entrar en el ámbito temporal al componente de hecho del efecto jurídico (...)”. *Ibíd.*, 146.

las leyes de armas), no pudiendo ser interferido ese derecho, ni del comprador de comprar ni del vendedor de ofrecer al público.

El hecho de que exista la restricción legal sobre ciertos aspectos propios de las armas de fuego no equivale a la posibilidad abstracta de eliminación de la figura de la propiedad privada (haciendo uso de la legislación ordinaria) sobre algún tipo de bienes, como las armas de fuego de uso civil, que son útiles para la defensa de la vida o para otras actividades como deportes de tiro al blanco o al plato, etc. El derecho de propiedad privada es limitado por razones muy estrictas que se expondrán más adelante, suponiendo que la restricción es la excepción suficientemente justificada.

La propiedad privada se ha garantizado como una protección a los bienes muebles, inmuebles, materiales, inmateriales, de propiedad intelectual, etcétera, vía Constitución Política y tratados internacionales.¹²⁹ La base del instituto jurídico “propiedad privada”, que se conoce hoy en la forma del derecho positivo, ha sido heredado de las constituciones y códigos civiles del siglo XIX, teniendo partida en la Revolución Francesa y en el *Bill of Rights* estadounidense. Por esto, las normas jurídicas sobre derecho de propiedad que predominan en el mundo occidental reconocen como raíz indiscutible el carácter individual de la propiedad. Los instrumentos jurídicos en cuestión son la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano,¹³⁰ proclamada por la Revolución Francesa en 1789; la

¹²⁹ La Declaración Universal de Derechos Humanos habla en su artículo 17 sobre la imposibilidad de privar arbitrariamente a nadie de su propiedad. La Convención Americana de Derechos Humanos se refiere al uso de la propiedad privada, en su artículo 21: “1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social”. El interés social será el más difícil de determinar y si se analizan los derechos individuales involucrados, deberá determinarse una limitación que concilie el interés colectivo con el individual.

¹³⁰ La Declaración dice en su ordinal XVII: “Siendo inviolable y sagrado el derecho de propiedad, nadie deberá ser privado de él, excepto en los casos de necesidad pública evidente, legalmente comprobada, y en condiciones de una indemnización previa y justa”.

Quinta Enmienda de la Constitución estadounidense¹³¹, introducida en 1791, y dos artículos del Código Civil francés promulgado en 1804.¹³²

El carácter individual del derecho de propiedad parte del entendimiento de que es un derecho natural¹³³ y con el paso del tiempo se le sigue respetando en su esencia, no obstante, se entiende que tiene límites naturales a su ser, piénsese en las relaciones de vecindad y en la teoría de los abusos de derechos y las mismas limitaciones que son impuestas por ley que son de interés común para que la propiedad pueda cumplir su función en la sociedad.

Con respecto a los bienes muebles, como lo sería el arma de fuego, podrán existir limitaciones de interés público en el comercio, en el uso en lugares públicos, incluso en especificaciones como calibres, cantidades permitidas, etc. De hecho esto es lo que los diferentes Estados intentan hacer, en principio, siempre que regulan las armas de fuego, lo cual confirma que sobre ellas sí intervienen intereses jurídicamente relevantes y abarcan aspectos propios de los derechos fundamentales que no pueden pasarse por alto.

¹³¹ La Enmienda norteamericana referida dispone que a nadie “se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni se ocupará la propiedad privada para el uso público sin una justa indemnización”.

¹³² Los preceptos del Código Civil francés son los artículos 544 y 545.

¹³³ Véase sobre ello más a profundidad varias explicaciones sobre el carácter de derecho natural de la propiedad privada: Hans Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado*. Traducción de Eduardo García. 2da ed. (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1995), 12 y ss; Adolfo Castañeda, *Dignidad humana y doctrina social cristiana* (Miami: Vida Humana Internacional, 2002), 30 y ss; Jesús María Casal, *Tendencias actuales del derecho constitucional: homenaje a Jesús María Casal Montbrun*. Vol. 1. (Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2007), 462 y ss. La teoría de la personalidad en la propiedad privada puede encontrarse en Ramón Areitio, *Derecho natural: lecciones elementales* (Bilbao: Universidad de Deusto, 1996), 119; José Lassalle, *John Locke y los fundamentos modernos de la propiedad* (Madrid: Editorial Dykinson, 2001).

Hay abuso de derecho cuando un titular de un derecho de propiedad y, en general, de cualquier derecho, hace un uso que no tenga en común una utilidad, una razonabilidad y la buena fe en el ejercicio de este.¹³⁴ Puede haber utilidad y razonabilidad, pero no buena fe o haber buena fe y utilidad, sin embargo no razonabilidad; etc. Estos principios son recogidos por lo general en los códigos civiles.¹³⁵ El ejercicio de un derecho está limitado en su naturaleza por el uso adecuado de este, ya que si se usa para un propósito perjudicial a otros, es ahí donde ya no es propiamente derecho y el Estado debe proceder a imponer efectos jurídicos en su contra¹³⁶.

¹³⁴ La teoría del abuso de los derechos con respecto a propiedad la expone Louis Josserand: “En materia de propiedad, el interés serio y legítimo es el que constituye el justo motivo, el móvil legítimo. Mientras el propietario obedece a un móvil de este género, se libra en principio de toda responsabilidad por razón de daños causados a terceros; pero si se aparta de esta línea de conducta, si va contra el espíritu mismo de su derecho, comete una falta susceptible, cuando resulta un perjuicio para el prójimo, de comprometer su responsabilidad con relación a la víctima”. Louis Josserand, *Derecho civil: la propiedad y los otros derechos reales y principales*. Tomo I, Vol. III. (Buenos Aires: Bosch y Cía Editores, 1952), 105.

¹³⁵ En el Código Civil costarricense se encuentra la mención a que “La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial de éste” (artículo 22). De igual forma en códigos civiles como el argentino en su artículo 1071. El Código Civil español lo aclara en el artículo 7.2. Se puede deducir del artículo 1382 del Código Civil francés, del 1546 del Código Civil de Chile y del 1902 del Código Civil español. Con respecto al Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) o Código Civil alemán en su parágrafo 226 y 826.

¹³⁶ Al respecto Josserand establece tres puntos para considerar excesivos o abusivos acciones en el ejercicio de un derecho: “1° En primer lugar y sobre todo, los que proceden de la intención de perjudicar al prójimo; todo uso malicioso, malévolo de la propiedad presenta un carácter abusivo. Podemos nosotros, haciendo obra de propietarios, causar un perjuicio a otro, pero no podemos producir, con propósito deliberado, ese perjuicio: el daño puede ser un efecto, una resultante de nuestra actividad, pero nunca podría constituir el objeto de dicha actividad. (...) 2° Son igualmente abusivos los actos ejecutados para la satisfacción de un interés egoísta, pero que no es serio y legítimo, como si un propietario territorial hace la vida insoportable a su vecino con la esperanza de que éste terminará de comprarle su propiedad a más alto precio a fin de desembarazarse de su vecino insoportable. 3° La jurisprudencia francesa, y más todavía la jurisprudencia belga, reconocen el carácter abusivo del acto realizado por un propietario que, teniendo para escoger entre varias maneras de ejercer su derecho, opta por la que puede perjudicar más gravemente a un tercero; y esto sin necesidad, sin

En cuanto al derecho de propiedad privada, si como derecho fundamental se acepta una concepción liberal de la misma, considerándosele inviolable¹³⁷, el derecho de la constitución debe tener muy claros los supuestos en los cuales puede limitarse. Bajo este entendido, las armas de fuego entran a ser propiedad privada inviolable cuando dos sujetos pactan cosa y precio (suponiendo que la mayoría de las adquisiciones son por compraventa en una armería o entre dos sujetos particulares no comerciantes) y se cuenta con los requisitos de ley para perfeccionar el negocio jurídico.

No hay forma de hacer una excepción jurídica dentro del orden del derecho constitucional a la propiedad privada sobre algo como un bien mueble específico que está en el comercio de los hombres, como para considerar que no existe un derecho a poseer armas de fuego (en su capacidad jurídica y de actuar una persona tiene derecho a ser propietario de armas de fuego según lo anterior, o sea, no es una Administración Pública la que otorga el derecho). Una vez que el arma está en el patrimonio de la persona, habrá de respetársele con todo el rigor que se le presta a cualquier otro bien mueble o inmueble.

Ese principio general de dominio sobre la propiedad privada se conjuga con la libertad como posibilidad de hacer lo no prohibido y aquí es donde se arriba al principio de

ninguna utilidad. Éste tampoco obedece a la satisfacción de un interés serio y legítimo; lo mismo ocurre con quien no toma todas las medidas necesarias para evitar que otro se perjudique, medidas cuya observancia le es cada día más efectivamente impuesta por la jurisprudencia y por la autoridad legislativa o reglamentaria” Louis Josserand, *Derecho civil: la propiedad y los otros derechos reales y principales*. Tomo I, Vol. III. (Buenos Aires: Bosch y Cía Editores, 1952), 105-106

¹³⁷ En la doctrina de la propiedad privada se encuentran diferentes teorías de su fundamentación como por ejemplo la de la ocupación, cuyos defensores fueron los jurisconsultos romanos y discípulos de Hugo Grocio; la teoría del trabajo, con Locke, Stuart Mill y Adam Smith como defensores; la teoría del convenio, con Grocio, Puffendorf, Kant y Fichte; la teoría de la ley cuyos principales defensores fueron Mirabeau, Montesquieu y Bentham. Todas estas teorías, junto con la de la personalidad, concuerdan en que existe un deber de respeto oponible a todo no propietario sobre la propiedad. Sobre estas teorías véase: Ramón Areitio, *Derecho natural: lecciones elementales* (Bilbao: Universidad de Deusto, 1996), 118.

autonomía privada o autonomía de la voluntad, terreno en el cual ninguna norma inferior a la Constitución Política puede limitar.

De manera general, el principio de autonomía de la voluntad especifica que las acciones de sujetos de derecho privado que no afecten derechos de terceros no pueden ser limitadas o prohibidas. Acá se encuentra plena realización de ese valor de libertad del que se ha hablado, libertad que en su esencia constituye dirigir las actividades propias sin ninguna interferencia, o sea coacción, y que dicha actividad privada tenía como único límite el derecho de terceros.

La autonomía de la voluntad se ubica en la libertad jurídica (aspecto negativo de la libertad). Constituye esta la línea de defensa de la persona contra sus semejantes o la autoridad pública si ejercieran contra ella injerencia injustificada, desproporcionada o arbitraria. Sobre esto explica Recasens:

La libertad jurídica, consistente en hallarse libre de coacciones o injerencias indebidas, públicas o privadas, abarca múltiples aspectos, entre los cuales importa destacar sobre todo los siguientes: (...) A) Libertad consistente en ser dueño del propio destino (...) B) Seguridad de la persona (...) seguridad en su propia vida, en la integridad física, en la integridad moral y en todas las manifestaciones de la libertad jurídica individual.¹³⁸

Los ordenamientos jurídicos podrían afirmar que las actividades privadas que no dañen a terceros están fuera de la acción de la ley, pero también podrían sujetar dicha actividad a criterios indeterminados o determinables como la moral, de bienestar general o el orden público. Sobre el bienestar general debe tenerse claro que no puede imponerse por mayorías limitaciones que excedan el bienestar de todos los individuos.¹³⁹

¹³⁸ Luis Recasens, *Tratado general de filosofía del Derecho* (México: Editorial Porrúa, 1979), 561.

¹³⁹ Sobre utilizar o no el término “bien común” o “bienestar general”, Luis Recasens Siches se decanta por la segunda expresión: “Así sucede que algunos pensadores y algunos políticos –sobre todo inspirados por *ideas*

En el título primero de esta investigación se expone que el ser del Estado de derecho estriba precisamente en limitar la interferencia estatal contra el individuo a los casos precisos que la ley puede especificar. La ley debe ser clara, pública, igual para todos los individuos y, sobre todo, general y abstracta. Además, con el desarrollo del Estado de derecho material, la ley en sí misma estaría limitada en su contenido por criterios de derechos fundamentales superiores a ella y las mayorías no pueden limitar ese aspecto de derechos que garantizan la actividad libre de interferencias.

En términos generales, “la autonomía privada más bien es un poder de gobierno de la propia esfera jurídica, y como está formada por relaciones jurídicas, que son cauce de realización de intereses, la autonomía privada puede conceptuarse como el poder de la persona para reglamentar y ordenar las relaciones jurídicas en que es parte”.¹⁴⁰ Este principio entra a cubrir cualquier aspecto de la vida del ser humano en cualquier forma imaginable que conlleve que este rijan su vida de un modo y con el límite de los derechos de otros.

El uso de armas de fuego cabe en dicho principio, donde esa autonomía privada posee interés ya que el ser propietario de armas de fuego para defender la vida o realizar deportes son acciones individuales que en sí mismas no dañan derechos de terceros y en un marco de armonía con la preparación para el manejo de estos instrumentos y el cuidado

antihumanistas o transpersonalistas– han entendido el bien común como un bien exclusivamente propio de la sociedad o del Estado, aparte e independiente del bien de sus miembros individuales, separado del bien de los seres humanos de carne y hueso, y sin relación directa con éste. (...) debemos interpretar el bien común como la suma de la mayor cantidad posible de bien para el mayor número posible de individuos (...) y, además, como el conjunto de condiciones objetivas que hagan posible la realización de los fines de la persona, y la obtención de aquella máxima realización de bienes individuales. Ahora bien, esta idea queda expresada en términos más claros con las palabras “bienestar general”. (...) las palabras “bienestar general” denotan mejor que se trata del bienestar humano generalizado” *Ibíd*, 597.

¹⁴⁰ Ismael Verdugo, “La relación entre la autonomía privada y los contratos atípicos”, *Revista Ars Boni et Aequi*, no. 4 (2008), 102. Disponible en Web: <http://www.ubo.cl/icsyc/wp-content/uploads/2011/09/7-Verdugo.pdf>. Consultado el 25 de enero de 2016.

responsable, el orden público o el bienestar general no son comprometidos de ninguna forma. La acción de la ley para tocar los detalles de esa acción privada está limitada por esa libertad jurídica que el ordenamiento jurídico le reconoce a cualquier persona.

En un inicio toda persona siendo libre y teniendo los requisitos de ley, cuenta con el derecho a adquirir armas de fuego, el derecho le confiere esa libertad negativa para dirigir su vida según sus intereses particulares. El Estado no puede censurar esa autonomía de acción (negar *a priori* que las personas puedan comprar armas de fuego) porque negaría la figura misma de la autonomía de la voluntad y la tenencia y portación de armas de fuego para protección de la vida o el deporte, que en sí mismas no violan derechos de terceros o afectan el bienestar general o el orden público.

Como se observó, la vida y la posibilidad de defenderla constituyen el mayor argumento a favor de tener armas de fuego en propiedad y no se debe caer en el engaño de considerar que perfectamente se puede hacer uso de la defensa con cualquier objeto menos las armas de fuego, porque como se dijo, la legítima defensa incluye cualquier medio eficaz para repeler o impedir la agresión. La escogencia de ser propietario de armas de fuego y no de otro tipo, para defender la vida o practicar un deporte, no es más que la manifestación misma de la autonomía de la voluntad en los términos antes explicados. Así mismo decidir de manera autónoma nunca adquirir un arma de fuego es una manifestación libre.

En este punto de análisis se debe entender que si el Estado está limitado en su ser y su ley está supeditada a criterios valorativos que no pueden ser cambiados por arbitrios legislativos o administrativos, si hay una serie de derechos fundamentales básicos que acompañan la posibilidad de tener armas de fuego, entonces el Estado no puede interferir ante las acciones privadas de los individuos de ninguna forma que sobrepase el orden jurídico.

Lo que se analizará es precisamente la limitación de los derechos fundamentales en general y en específico, cómo deberían limitarse los derechos fundamentales involucrados

en la tenencia y portación de armas de fuego, pues ante todo constituyen en abstracto derechos plenos para el individuo y el uso de estos instrumentos en sociedad traerá consigo una serie de acciones para adecuar la libertad individual con el orden público y la vida en seguridad que debe gozar la comunidad, ya que en efecto hay un sector poblacional, como se apreciará, que puede utilizarlas para violentar derechos de terceros y el Estado debe ubicar dónde realmente está el abuso de derecho.

ii. **SECCIÓN SEGUNDA. Uso extralimitado de armas de fuego por parte de civiles: interés del Estado y limitación a los derechos fundamentales**

La limitación general a los derechos fundamentales siempre es un tema obligatorio al hacer análisis en derecho constitucional. Las armas de fuego pueden ser utilizadas con propósito de dañar la integridad física de las personas, es un hecho que dichos instrumentos pueden llamar la atención y preocupación del Estado y también de las personas que buscarán cómo puede interferirse el derecho a tener y portar armas. El uso abusivo de estos instrumentos debe analizarse con cuidado porque en medio de la discusión hay derechos fundamentales involucrados y no solo un margen libre de actuación por parte del Estado.

Se parte del hecho de que el Estado de derecho se refleja en la existencia de reglas sobre las cuales pueden relacionarse los individuos entre sí o estos con el Estado. La certeza jurídica es vital con el fin de que un ordenamiento jurídico cuente con uniformidad, para garantizarle al individuo que el Estado no le quitará de pronto el ejercicio de sus derechos. Los derechos fundamentales expuestos en la sección anterior poseen limitaciones que son consecuentes con la relación individuo-sociedad.

El análisis en esta sección se centrará precisamente en dos puntos importantes y ligados entre sí: por un lado, la limitación general a los derechos fundamentales involucrados en la tenencia y portación de armas de fuego (facultades de coacción en un Estado de derecho); por otro lado, el verdadero punto que debe interesar al Estado con respecto al uso de las armas de fuego por parte de personas que por dolo, culpa,

imprudencia o impericia dañan derechos de terceros. El pleno entendimiento de estos dos puntos ayudará a estudiar el tema desde una perspectiva moderada que vele por el orden público, pero sobre todo que respete el margen de acción individual sobre el cual ni el Estado ni ningún sujeto particular puede intervenir.

Existe suficiente consenso en el hecho de que los derechos fundamentales no son ilimitables. En diversas formas se entiende que los derechos tienen un margen limitado, encuadrado y, además, al conciliarse con los intereses colectivos, pueden estos ser intervenidos por el poder estatal en cierta forma, sin modificar su esencia. Las facultades de coacción del Estado y las acciones privadas de las personas cuentan con límites infranqueables.

Desde el punto de vista anglosajón y de filosofía liberal, existe una distinción clara entre derechos alienables e inalienables, entre los cuales los primeros pueden ser transferidos a decisión del individuo y los segundos nunca pueden ser arrebatados al individuo. Parece muy sencillo, pero en la lógica anglosajona esto tiene como consecuencia que el derecho de resistencia de un pueblo esté vigente como posibilidad abstracta en caso de que se mancillen las libertades ciudadanas.¹⁴¹

El derecho a la vida se comprende que es ilimitable, desde el momento en que se dice que es inviolable. La propiedad privada en muchas constituciones y cartas de derechos se comprende también como inviolable, no obstante siempre se enumeran taxativas excepciones a dicho derecho fundamental (por ejemplo, la compensación en la expropiación por interés público). La autonomía privada no se salva de regulación y se dice que está limitada por el derecho ajeno, el orden público y muchas veces a la moral y a las buenas costumbres.

¹⁴¹ Véase: George Smith, *The System of Liberty. Themes in the History of Classical Liberalism* (New York: Cambridge University Press, 2013), 88-89.

En cuanto a la limitación de los derechos fundamentales, Hernández Valle afirma:

La reglamentación de los derechos plantea el problema inherente a todo régimen democrático de las relaciones entre ciudadano y Estado; es decir, el eterno conflicto entre libertad y autoridad. Tal antinomia es irreductible y la reglamentación constituye justamente el enlace jurídico entre ambos términos antitéticos. (...) Ahora bien, todos los derechos fundamentales nacen limitados porque se ejercitan dentro del marco de la sociedad. En otros términos, la relatividad de los derechos fundamentales es consustancial a su propia naturaleza. El orden democrático, por consiguiente, es instrumento de la libertad justamente en cuanto organiza su ejercicio, ya que hoy día no es posible concebir a los derechos fundamentales como exentos de reglamentación por parte del Estado.¹⁴²

La limitación se distingue del límite propio del derecho, siendo que el derecho nace limitado en su ser (se ejercita de una manera y más allá de eso no es derecho). La limitación se entiende como los “límites al ejercicio del derecho que impone el ordenamiento en forma general para todos, o bien específicamente para algunos”¹⁴³ y Hernández Valle menciona el caso del orden público, la moral y las buenas costumbres y los derechos de terceros.

Ahora bien, no se abordará en el fondo la moral y las buenas costumbres, criterios jurídicamente indeterminados y que en el contexto cambiante de una sociedad pueden tener varios significados. Lo cierto es que dichos términos realmente deberían pasar por el filtro constitucional,¹⁴⁴ por lo que si una sociedad considera como necesario, por moral y

¹⁴² Rubén Hernández, *Régimen jurídico de los derechos fundamentales*. 2da ed. (San José: Editorial Juricentro, 2010), 336.

¹⁴³ *Ibíd.*, 336.

¹⁴⁴ En Costa Rica, por ejemplo, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha definido buenas costumbres en la sentencia 3550-1992, diciendo que es el conjunto de reglas y principios fundamentales vigentes en una sociedad en un momento histórico determinado.

buenas costumbres, regular algo vía ley, entonces deberá conciliarse dicha ley con el marco constitucional general, para analizar si es compatible.

En este aspecto también coincide Gabriel Baudry-Lacantinerie cuando afirma que “la libertad de los ciudadanos estaría demasiado amenazada, si el juez, extendiendo excesivamente, con el pretexto de consideraciones morales, la esfera del Derecho, pudiese siempre invalidar sus actos, como contrarios a las buenas costumbres, si no a las leyes”.¹⁴⁵ La preocupación esencial en este aspecto es precisamente que la moral y el derecho se entremezclen y sean perjudiciales para la libertad de acción en el ámbito de lo privado.

La noción de orden público también es necesaria comprenderla y saberla aplicar como limitación a derechos fundamentales. Si no se tiene clara la estabilidad de estos conceptos jurídicos se caería en una relativización de los derechos fundamentales, en incertidumbre e inseguridad jurídica.

Para Hernández Valle, orden público se divide en el orden público constitucional y el orden público administrativo. El primero se define como aquel que “puede deducirse del ordenamiento jurídico en su conjunto, inclusive sin apoyo en normas determinadas, porque se encuentra permeado de valores extrajurídicos”.¹⁴⁶ El orden jurídico constitucional son las reglas y derechos reconocidos, una unidad que debe prevalecer ante cualquier interés contrario.

El orden jurídico administrativo interesa más en esta investigación. Hernández Valle lo divide en tres categorías: la tranquilidad, la salubridad y la seguridad. El derecho le concede facultades a la Administración para que precisamente encuentre medios que le permitan satisfacer el interés general y evitar conflictos entre los ciudadanos.

¹⁴⁵ Gabriel Baudry-Lacastinerie y Barde, *Personnes, I*, no. 269 bis., citado por Diego Espín, “Los límites de la autonomía de la voluntad en el Derecho Privado”, *Anales de la Universidad de Murcia* XIII no. 1. (1954), 12. Disponible en Web: <http://hdl.handle.net/10201/4616>. Consultado el 10 de febrero de 2016.

¹⁴⁶ Rubén Hernández, *Régimen Jurídico de los Derechos Fundamentales*. 2da ed. (San José: Editorial Juricentro, 2010), 337.

Comenta el autor:

La tranquilidad concierne al descanso de los habitantes, a la calma de la ciudad (...) La salubridad, por su parte, consiste en el mantenimiento de una cierta higiene que salvaguarde la salud pública contra las epidemias y enfermedades (...) Finalmente, la seguridad tiene como fin prevenir comisión de delitos, lo que presupone una actividad de vigilancia (...).¹⁴⁷

El límite a los derechos fundamentales relacionados al uso de las armas de fuego en manos de civiles necesariamente será un tema de choque entre orden público y derechos individuales. Un choque muy particular porque no es el mismo trato que se da a otro tipo de bienes susceptibles de entrar en la propiedad de un ciudadano. Polémico porque el Estado puede decidir restringir este bien con el objetivo de procurar una deseada seguridad para todos, mientras que los ciudadanos pueden querer sus armas precisamente para proveerse su propia seguridad en casos de emergencia o practicar deportes.

Limitar un derecho fundamental no es fácil porque si los derechos fundamentales son límites al poder público, entonces poder limitar un límite al poder público no es un asunto sencillo. Aunado a lo anterior, se comprenden las limitaciones como “Aquellas restricciones al ejercicio de un determinado derecho básico, de manera tal que toda pretensión de ejercicio del atributo respectivo que vulnere los límites impuestos por las mismas, es por esencia antijurídica y puede derivar para el titular infractor, en las responsabilidades que para tal efecto, prevea el ordenamiento jurídico positivo”.¹⁴⁸

El criterio de John Rawls, por ejemplo, sobre la limitación de estas libertades es precisamente que la restricción son ellas mismas, o sea, hasta donde estas se configuran. Si se limitan libertades básicas (término utilizado por Rawls), deberá ser precisamente por la

¹⁴⁷ *Ibíd.*, 339.

¹⁴⁸ Miguel Fernández, “Aspectos constitucionales de la nueva ley de OPAS”, *Revista Chilena del Derecho* 29 (2002), 695.

obstrucción de unas con otras, por tanto será con base en ellas mismas que se debe limitar y no a partir de otro criterio. Eso sí, la idea es que ninguna de ellas es absoluta.¹⁴⁹

La ley en sentido amplio, como se mencionó, solo puede tener un norte esencial en un Estado de derecho (la protección de la persona de la arbitrariedad y la garantía de sus derechos fundamentales) y no puede constituir el capricho legislativo o una argumentación que en el fondo pueda poner en peligro el contenido esencial de una libertad individual.

Si bien es cierto los distintos derechos fundamentales están vigentes para la protección del individuo, el ejercicio de las libertades individuales puede crear un choque entre personas del cual el derecho no debe quedar sin respuesta. El criterio general es que la libertad ha de estar limitada en el ejercicio de la libertad de otro individuo.¹⁵⁰ Pero las anteriores no son las únicas pensables (derechos de terceros y orden público junto con moral y buenas costumbres), como se indicó, sino que también se encuentra que podría hablarse de una ética social y el bien común.¹⁵¹

¹⁴⁹ Rawls distingue entre restricción y regulación: “La prioridad de estas libertades no se viola cuando están sólo reguladas, como debe ser, para que se combinen en un esquema y se adapten a ciertas condiciones sociales necesarias para su ejercicio durable. En la medida en que se establezca lo que llamaré “el rango central de aplicación” de las libertades básicas, se habrán satisfecho los principios de justicia. (...) Pienso que es sensato limitar las libertades básicas a aquellas verdaderamente esenciales (...) La razón de esta limitación en la lista de las libertades básicas estriba en la situación especial que se atribuya a estas libertades. John Rawls, *El liberalismo político*. Traducción de Sergio Rene Madero Báez. (México: Fondo de Cultura Económica Universidad Autónoma de México, 1995), 275-276.

¹⁵⁰ Sobre ello se observa con Recasens: “(...) una libertad debe poder ser ejercida hasta el punto en que no se interfiera con el justo ejercicio de la libertad de los otros seres humanos. Se trata no sólo de no interferirse en el ejercicio de la misma libertad por parte de otros, sino de no interferirse tampoco con el ejercicio de otras libertades: así, la libre expresión de la opinión queda limitada por el respeto al derecho que los demás tienen a la honra y a la reputación (...)”. Luis Recasens, *Tratado general de filosofía del Derecho* (México: Editorial Porrúa, 1979), 596.

¹⁵¹ *Ibíd.*, 596-597. Anteriormente se explicó que este autor prefiere el término bienestar general al de bien común. Véase lo hablado sobre la autonomía de la voluntad como garante de la tenencia responsable de

La garantía para los derechos fundamentales y su limitación se encuentra en la protección del contenido esencial del derecho, además del principio de reserva de ley¹⁵², junto con la razonabilidad de este.¹⁵³ En un Estado de derecho se está limitando tanto la creación del derecho como la aplicación de este, por tanto el ejercicio legislativo pasa, principalmente, por los anteriores criterios.

El contenido esencial del derecho fundamental lo explica Hernández Valle:

Se trata, en consecuencia, de reconocer el núcleo en el contenido de los derechos fundamentales que no puede sobrepasarse; es decir, se trata de salvaguardar un contenido mínimo del derecho, incluso frente a derechos o bienes constitucionalmente relevantes. Conforme a la doctrina alemana, que es la que más ha profundizado sobre el tema, una limitación afecta el contenido esencial de un derecho fundamental cuando el administrado queda convertido en mero objeto de la actividad estatal, especialmente cuando se condiciona el uso de un derecho fundamental a la existencia de ciertos presupuestos cuyo cumplimiento no puede lograrse a pesar de poner su titular su mayor empeño ello (sic) (DURIG). En otros términos y como dice otro jurista alemán “Los derechos de libertad protegen determinados intereses particulares. Se trata de hacer posible que los particulares puedan conseguir los intereses protegidos por el Derecho Constitucional. Cualquier limitación a un derecho fundamental a favor de los intereses estatales dificulta el logro de aquellos intereses particulares. Pero si la limitación va tan lejos que los particulares no pueden de ninguna manera lograr sus intereses protegidos por el

armas de fuego, o como libertad con responsabilidad. Bienestar general quiere decir el mayor bien para la mayor cantidad de individuos, porque la dignidad humana la tienen los individuos, no los grupos.

¹⁵² La regulación sobre el derecho compete a la ley, no al reglamento o a la directriz.

¹⁵³ El legislador no puede regular más allá de lo útil a la seguridad de todos: por ejemplo las conductas que no son dañinas y competen a la vida privada de las personas no puede ser objeto de sanción. El motivo y el fin de la regulación serán las que determinen qué tanto puede interferirse en la actividad de las personas, sin nunca anular el ejercicio del derecho en sí.

derecho fundamental, porque se cierran todos los caminos que conducen a su realización, tal limitación afecta su contenido esencial y es, por tanto, inconstitucional” (STEIN).¹⁵⁴

Una libertad, como posibilidad de hacer con la propiedad privada de armas de fuego lo que se desee siempre que se ajuste a situaciones legítimas, sin violar derechos de terceros, constituiría un aspecto cuyo contenido esencial debe ser, precisamente, la posibilidad de utilizar las armas (propiedad privada) para lo que se desee (autonomía privada), sea deportes o seguridad personal (derecho a proteger la vida). La libertad de tenencia y portación de armas de fuego por parte de civiles tiene un triple contenido, esenciales los tres y fundamentales desde el punto de vista constitucional.

El interés que puede intentar limitar las armas es precisamente el constante llamado al orden público administrativo, donde se puede pretender restringir a tal punto que el usuario no puede dirigir su voluntad más que a un escaso y desventajoso número de posibilidades. Piénsese, por ejemplo, que se intente limitar al número de uno la cantidad de armas que puede tener una persona en su propiedad o reducir el calibre a unos pocos específicos, sin mayor justificación y sin ser los demás calibres de uso civil, un peligro.¹⁵⁵

En el mundo anglosajón la garantía es precisamente el *Rule of Law* y la necesidad de acoplar a un debido proceso las acciones de las autoridades para restringir derechos

¹⁵⁴ Rubén Hernández, *Régimen Jurídico de los Derechos Fundamentales*. 2da ed. (San José: Editorial Juricentro, 2010), 347-348.

¹⁵⁵ El porqué de esto es simple: si se limita a un arma de fuego por persona, el ejercicio de la defensa de la vida, la propiedad privada y la libertad de desempeñarse según los propios intereses se ve reducida, bastará que se ejerza una defensa personal con el arma para que esta sea incautada para la investigación judicial de rigor, y mientras el proceso dura, la persona estará desposeída de sus derechos ya que legalmente no podrá acceder a otra arma. En todo caso, las armas para defensa (posiblemente con menos poder de fuego) difieren en algunas características de las más usadas para deporte, por tanto si se obligara a escoger solo una sencillamente se discriminará por la que tenga más poder de fuego.

fundamentales¹⁵⁶. En el derecho continental la garantía es el apego al derecho de la Constitución y la garantía de la jurisdicción constitucional (o administrativa) como parámetro de control de los derechos frente a la actividad estatal y en algunos Estados, frente a la actividad de sujetos de derecho privado.

El criterio rector de por medio en este tema es el principio de proporcionalidad que debe utilizarse en todo momento en el derecho de la Constitución. A este respecto, se debe aceptar que todo legislador goza de una cierta discrecionalidad para ponerse a llenar el contenido de la ley que él dicta, pero ante una conveniencia política o necesidad social, que nunca está exenta de elementos emotivos, podría caer en medidas que se pueden considerar como de corte populista.¹⁵⁷ Toda restricción de derechos debe tener un criterio de proporcionalidad. En la doctrina constitucional alemana¹⁵⁸ está bien aceptado que el

¹⁵⁶ En el caso estadounidense solo la ley aprobada por el Congreso, estatal o federal, podría regular las armas de fuego (aún cuando podría discutirse la constitucionalidad de una ley federal que menoscabe la autonomía de los Estados), nunca las órdenes ejecutivas. Esto solo es aplicar el *Rule of Law* al proceso de limitación de los derechos.

¹⁵⁷ El querer abogar por una eliminación paulatina de las armas también tiene una contracara, como lo sería el arme total y sin control de los ciudadanos, por problemas graves de seguridad, donde no se estime en criterios de control de quienes estén comprando y adquiriendo armas, y donde el Estado no sabe ni tiene idea de qué está sucediendo. Recordemos que los partidarios del uso responsable de armas de fuego no precisamente son personas que están buscando comprar armas de fuego como si estuviera hablando de ir, cualquier persona, sin identificarse, a comprar un fusil de asalto en la tienda de la esquina. Esto se abordará al hacer el análisis del caso costarricense en el título segundo.

¹⁵⁸ En la doctrina alemana se encuentra estos que “F. Schnapp, por ejemplo, ha preconizado la opinión de que el principio de proporcionalidad debe definirse básicamente como un límite para las leyes que intervienen en los derechos fundamentales. De manera similar, A. Bleckmann ha sostenido que la expresión «límite de los límites» se refiere en concreto a los presupuestos materiales y procesales que toda intervención en los derechos fundamentales debe observar. De acuerdo con Bleckmann, uno de estos presupuestos indeclinables es el principio de proporcionalidad”. Friedrich Schnapp, *Die Verhältnismäßigkeit des Grundrechtseingriffs*. No. 11. (JuS, 1983), 850 y ss. y sobre: Albert Bleckmann, *Staatsrecht II Die Grundrechte* (Köln: Carl Heymanns Verlag KG, 1997), 447. Ambos citados por Carlos Bernal, *El principio de proporcionalidad y los*

principio de proporcionalidad es el criterio rector para confrontar coacción estatal y libertad individual.

Dicho principio de proporcionalidad engloba una misión particular:

(...) consiste en fundamentar la determinación de los contenidos normativos o los contenidos vinculantes que se derivan de los enunciados iusfundamentales. Por esta razón, si bien este principio se diferencia ontológica y conceptualmente de las disposiciones que enuncian tales derechos, no se puede entender ni aplicar como una entidad autónoma. El principio de proporcionalidad no tiene la capacidad de operar sin una disposición iusfundamental que le sirva de base (...) la proporcionalidad debe ser considerada como un instrumento metodológico para concretar los límites que las propias disposiciones iusfundamentales imponen a la acción legislativa, cuando dichos límites aparecen de modo indeterminado, es decir, cuando con base en la literalidad de la disposición relevante en el caso no es posible deducir una norma adscrita bajo la cual se pueda subsumir la regla jurídica que constituye el fallo. (...) No es un límite del límite, sino un instrumento metodológico mediante el cual se hace explícito hasta dónde el derecho fundamental limitado tolera las limitaciones que se le imponen. (...) De lo anterior se desprende que en todo caso las propias disposiciones iusfundamentales –y en general todos los enunciados constitucionales– son, por antonomasia, el canon de control de constitucionalidad de las leyes que intervienen en tales derechos. Los llamados límites de los límites hacen referencia únicamente a un conjunto de reglas procesales o metodológicas, mediante las cuales se hacen operativos los enunciados constitucionales.¹⁵⁹

derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador. 3ra ed. (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007), 526.

¹⁵⁹ *Ibíd.*, 531-533.

Este es el aspecto que se busca para hablar del uso extralimitado de armas de fuego por parte de civiles. Como se expuso, si se evade cualquier criterio emotivo que abogue por la restricción sin límites o por la permisión sin ningún tipo de interés estatal de por medio, debe analizarse en su lugar la situación general y abstracta del problema que el Estado debe tener como fundamental con respecto a las armas de fuego.

El Estado debe procurar el orden público y el éxito y peso de los controles los tiene en su equipo humano capacitado. Piénsese que ocurren accidentes con armas inscritas debidamente o que en determinado caso un portador o propietario de un arma de fuego presenta un estado de emoción violento que hace disparar a otros seres humanos. Esta persona es puesta bajo las órdenes de un juez y procesada penalmente, la solución no es prohibirle el derecho a tener armas a las demás personas.¹⁶⁰ Pero la ocasión y la cobertura mediática demandan acciones políticas específicas que muchas veces son sumamente dudosas sobre su adecuación con el derecho constitucional.¹⁶¹

¹⁶⁰ Así como el alcohol provoca accidentes o muertes, la solución no es prohibir el alcohol, sino limitarlo a personas mayores de edad. Las acciones cometidas bajo efectos del alcohol son sancionadas, no por beber alcohol, sino por abusar de este. Sobre el alcohol y las armas resulta importante el análisis hecho en Ryan Mckaken, “Gun Control. Fashionable prohibition for modern Lawmakers”, *Mises Institute* (2015). Disponible en Web: <https://mises.org/library/gun-control-fashionable-prohibition-modern-lawmakers>. Consultado 9 de octubre de 2015. En Estados Unidos las muertes relacionadas al alcohol son dos veces más comunes que las relacionadas con las armas de fuego. Dos tercios de las muertes con alcohol involucraron algún arma de fuego.

¹⁶¹ En Costa Rica, véase: Carlos Arguedas, “Francisco Segura: hay que prohibir las armas de fuego”, *La Nación* (2014): 31-08. Disponible en Web: http://www.nacion.com/sucesos/crimenes-asaltos/Francisco-Segura-prohibir-armas-fuego_0_1436256409.html. Consultado el 12 de octubre de 2015. El entonces director del Organismo de Investigación Judicial, Francisco Segura, afirmó que había que prohibir las armas de fuego que hoy son legales ya que es la fuente en buena parte de las armas que se utilizan en Costa Rica para delinquir, afirmación que no fundamenta o hace referencia a dónde constatar ese dato. El mismo funcionario en su momento propuso una medida para combatir los delitos que también rozaría derechos constitucionales, esa vez proponiendo prohibir usar motocicletas en las que transiten dos personas, véase: Carlos Arguedas, “OIJ pide prohibir motos con dos personas a bordo”, *La Nación* (2015): 13-03. Disponible

Una falsa creencia de que a mayor cantidad de armas de fuego en manos civiles hay más cantidad de crimen ha quedado debatida y comprobada con datos. Un estudio que no puede ignorarse en ese sentido es el de Don Kates y Gary Mauser, quienes han demostrado que la tasa de propietarios de armas de fuego no es directamente proporcional a la tasa de homicidios por cada cien mil habitantes, mucho menos la tasa de homicidios con arma de fuego por cada cien mil habitantes.¹⁶²

El ejemplo más importante de cómo se entienden mal los datos y se generaliza es precisamente Estados Unidos, país con mayor cantidad de armas de fuego en manos de civiles en el mundo. La tendencia¹⁶³ es que cuando se permite a las personas la tenencia y portación oculta de armas para seguridad personal, el promedio de homicidios baja, por ser ese hecho un índice muy importante (aunque no único) en la reducción.

La muestra más significativa¹⁶⁴ la da una tabla de los años 2001-2004, se compara las naciones europeas y las tasas de homicidio con la tasa de propietarios de armas y el dato que arroja revela la tendencia: mientras Rusia tiene 4000 armas de fuego por cada 100000 habitantes, con una tasa de homicidios de 20.54 por cada 100000 habitantes, Noruega tiene 36000 armas de fuego por cada 100000 habitantes y una tasa de homicidios

en Web: http://www.nacion.com/sucesos/seguridad/OIJ-prohibir-personas-viajen-moto_0_1475052503.html. Consultado el 12 de octubre de 2015.

¹⁶² Don Kates y Gary Mauser, “Would banning firearms reduce murder and suicide? A review of international and some domestic evidence”, *Harvard Journal of Law & Public Policy* 30, no. 2 (2007). Disponible en Web: http://www.law.harvard.edu/students/orgs/jlpp/Vol30_No2_KatesMauseronline.pdf. Consultado el 12 de octubre de 2015.

¹⁶³ Véase Florez Plassmann y John Whitley, “Confirming “More Guns, Less Crime”, *Stanford Law Review* 55, no.4 (2003), 1313-1369. Por JStor: <http://www.jstor.org/stable/1229604>. Consultado el 13 de febrero de 2016.

¹⁶⁴ Don Kates y Gary Mauser, “Would banning firearms reduce murder and suicide? A review of international and some domestic evidence”, *Harvard Journal of Law & Public Policy* 30, no. 2 (2007), 652. Disponible en Web: http://www.law.harvard.edu/students/orgs/jlpp/Vol30_No2_KatesMauseronline.pdf. Consultado el 12 de octubre de 2015.

de 0.80 por cada 100000 habitantes. Asimismo Luxemburgo, que prohíbe la tenencia de armas en propiedad, con 0 armas de fuego, tiene una tasa de homicidios de 9.01 por cada 100000 habitantes, Alemania tiene 30000 armas de fuego por cada 100000 habitantes y 0.93 homicidios por cada 100000 habitantes. El caso francés no se queda atrás, la tendencia es similar: 30000 armas de fuego por cada 100000 habitantes y 1.65 homicidios por cada 100000 habitantes.

No existe una relación directa de aumento entre mayor cantidad de armas de fuego por cada cien habitantes y el número de homicidios con arma de fuego por cada cien mil habitantes.¹⁶⁵ No todas las sociedades que posean más armas tendrán por tanto más cantidad de homicidios que aquellas que restringen más su uso a los particulares.

En Suiza (8725000 habitantes), para 2012, existían 45.7 armas de fuego (lícitas o ilícitas) por cada 100 habitantes, una tasa anual de 0.23 homicidios por cada cien mil habitantes. Honduras, con similar número de habitantes que Suiza (8140000), con una tasa estimada de 9.9 armas de fuego por cada 100 habitantes (lícitas o ilícitas), presenta una tasa anual de homicidios en 2013 de 66.59 homicidios por cada cien mil habitantes.

¹⁶⁵ Un buen ejemplo lo constituye Estados Unidos, que en los últimos 30 años ha visto multiplicada la presencia de armas de fuego en su territorio (construidas, importadas), véase: Bureau of Alcohol, Tobacco, Firearms and Explosives, *Firearms Commerce in the United States: Annual Statistical Update* (2015). Disponible en Web: <https://www.atf.gov/file/89561/download>. Consultado el 5 de febrero de 2016. En cuanto al uso de las armas para la legítima defensa, en Estados Unidos alrededor de unas 62200 víctimas de crímenes violentos utilizaron armas de fuego para legítima defensa, otras 20000 las utilizaron para defender su propiedad: véase William Krouse. "Gun Control Legislation" *Congressional Research Service* (2012). Disponible en Web: <http://fpc.state.gov/documents/organization/201083.pdf>. Consultado el 5 de abril de 2016. La tasa de homicidios con arma de fuego en Estados Unidos bajó drásticamente aún cuando subió masivamente la propiedad de armas de fuego en manos de civiles, véase: Federal Bureau of Investigation, *Crime in the United States by Volume and Rate per 100,000 Inhabitants, 1995-2014* (2014). Disponible en Web: <https://www.fbi.gov/about-us/cjis/ucr/crime-in-the-u.s/2014/crime-in-the-u.s.-2014/tables/table-1>. Consultado el 5 de febrero de 2016.

Si se dijera que no se puede comparar Suiza con Honduras por motivo de su situación socioeconómica, tal vez para sacar de la discusión la posibilidad de un derecho a tener y portar armas, se estaría dando la razón más bien al hecho de que las armas de fuego no son el problema: la violencia en general responde a situaciones socioeconómicas principalmente, no a los medios que usen las personas para hacerse daño.

En el caso de Alemania, para 2012, existen 30.3 armas por cada 100 habitantes y 0.07 homicidios con arma de fuego por cada cien mil habitantes. Francia posee, para 2012, 32.2 armas de fuego por cada 100 habitantes y una tasa anual de homicidios con arma de fuego de 0.21 por cada cien mil habitantes. En Noruega la tasa de armas es de 31.3 armas por cada 100 habitantes en 2012 y se producen 0.10 homicidios con arma de fuego por cada cien mil habitantes. En Venezuela existen para 2012 11.2 armas por cada 100 habitantes (tanto lícitas como ilícitas) y una tasa anual de homicidios con arma de fuego de 39.0 por cada cien mil habitantes. En Brasil la tasa de armas de fuego lícitas o ilícitas es de 8.99 por cada 100 habitantes y 18.5 homicidios con arma de fuego por cada cien mil habitantes. En Costa Rica hay una tasa de 8.6 armas de fuego por cada 100 habitantes y 5.61 homicidios con arma de fuego por cada cien mil habitantes.¹⁶⁶

En Estados Unidos existe más seguridad en general, no estrictamente hablando de delitos con arma de fuego, que en Inglaterra.¹⁶⁷ Según Kates y Mauser, está mal concebido

¹⁶⁶ Todos los datos fueron extraídos de la Organización Gun Policy. Véase Philip Alpers, “Violencia armada y leyes de armas de fuego, país por país”, *The University of Sydney* (2012). Fecha de última actualización: 2015. Disponible en Web: <http://www.gunpolicy.org/es/firearms/home>. Consultado el 8 de octubre de 2015.

¹⁶⁷ Don Kates y Gary Mauser, “Would banning firearms reduce murder and suicide? A review of international and some domestic evidence”, *Harvard Journal of Law & Public Policy* 30, no. 2 (2007), 656-657. Disponible en Web: http://www.law.harvard.edu/students/orgs/jlpp/Vol30_No2_KatesMauseronline.pdf. Consultado el 12 de octubre de 2015. Consultándose las bases de datos de Reino Unido, previendo que la clasificación de “crímenes violentos” en dicho país es distinto que en Estados Unidos y comparando solamente (para unificar y no comparar cosas distintas) homicidio, asalto y violación (considerados crímenes violentos en ambos países), se desprende que en Reino Unido para el año 2011 la tasa de homicidios por cada 100000 habitantes

atribuir el bajo índice de homicidios al estricto control de armas de fuego en países europeos. La afirmación criticada no puede ser correcta porque desde antes de los controles de armas los índices estaban bajos.¹⁶⁸ La comparación más precisa es la de Inglaterra, que en el siglo XIX tenía menos controles de armas y menos crímenes y hoy posee una tasa de delitos mucho más alta que la de otros países europeos con un mayor control de armas.¹⁶⁹

En los años 90, Inglaterra se movió de estrictos controles de armas a una completa prohibición de muchos tipos de armas largas, muchas armas fueron confiscadas y el índice de violencia creció en la primera década del siglo XXI.¹⁷⁰ En Estados Unidos¹⁷¹ hubo una

en Reino Unido fue de 1.2 mientras que en Estados Unidos fue de 4.7. En el caso del asalto (en Reino Unido no hay una figura concreta como el asalto agravado en Estados Unidos, por lo que la tasa se obtiene con el promedio entre las subclasificaciones de intento de homicidio, heridas serias e intentos de provocar otros daños, lesiones intencionales, lesiones y heridas por motivos de odio religioso o racial) para 2011 Reino Unido tuvo una tasa de 591 asaltos por cada 100000 habitantes mientras que en Estados Unidos fue de 241,44 asaltos agravados por cada 100000 habitantes. En el caso de la violación, en Reino Unido (como no unifican la tasa como Estados Unidos, es el promedio entre violación de mujer, violación de mujer menor de 16 años y mayor de 13, violación de niña menor de 13 años, violación de hombre, violación de hombre menor de 16 años y mayor de 13, violación de niño menor de 13 años), dando una tasa de 28.3 violaciones por cada 100000 habitantes, mientras que en Estados Unidos la tasa de violación forzada es de 26,8 violaciones por cada 100000 habitantes. Government Digital Service United Kingdom, *Historical Crime Data* (2011) Disponible en Web: <https://www.gov.uk/government/statistics/historical-crime-data>. Consultado el 6 de febrero de 2016. Federal Bureau of Investigation, *Crime in the United States by Volume and Rate per 100,000 Inhabitants, 1995-2014* (2011). Disponible en Web: <https://www.fbi.gov/about-us/cjis/ucr/crime-in-the-u.s/2014/crime-in-the-u.s.-2014/tables/table-1>. Consultado el 6 de febrero de 2016.

¹⁶⁸ Don Kates y Gary Mauser, “Would banning firearms reduce murder and suicide? A review of international and some domestic evidence”, *Harvard Journal of Law & Public Policy* 30, no. 2 (2007), 653. Disponible en Web: http://www.law.harvard.edu/students/orgs/jlpp/Vol30_No2_KatesMauseronline.pdf.

¹⁶⁹ *Ibíd.*, 655.

¹⁷⁰ Los autores citan a Esther Bouten et al. *Criminal Victimization in Seventeen Industrialized Countries, en Crime Victimization in Comparative Perspective: Results from the International Crime Victims Survey, 1989–2000* at 13, 15–16 (Paul Nieuwebeerta ed., 2002). *Ibíd.*, 655.

reducción dramática de violencia y crimen en los años 90.¹⁷² Lo único que resuena en Estados Unidos son los eventos relacionados a los tiroteos en centros educativos, en las llamadas “zonas libres de armas”, donde no se permite portar armas con permiso de portación oculta y resulta mucho más seguro, para alguien determinado a matar, actuar sin resistencia.¹⁷³

¹⁷¹ De hecho incluso dentro del conjunto de estados no existe una correlación entre tasa de homicidios y las leyes estatales que son más permisivas, o viceversa, menos crimen donde hay más controles. Véase: Eugene Volokh, “Zero correlation between state homicide rate and state gun laws”, *The Washington Post* (2015): 06-10. Disponible en Web: <https://www.washingtonpost.com/news/volokh-conspiracy/wp/2015/10/06/zero-correlation-between-state-homicide-rate-and-state-gun-laws/>. Consultado el 12 de octubre de 2015. Como tesis contraria, afirmando que sí existe correlación, véase: Carroll, Lauren. “Obama: More gun laws means fewer gun deaths. En *Politifact*. (2015): 06-10. Disponible en Web: <http://www.politifact.com/truth-o-meter/statements/2015/oct/06/barack-obama/obama-more-gun-laws-means-fewer-gun-deaths/>. Consultado el 15 de abril de 2016. Al consultar GunPolicy y la base de datos del FBI se determina que no existe una relación directa entre cantidad de homicidios con leyes restrictivas: la situación varía de tal forma que no se pueden establecer patrones que determinen que ese es el único método para determinar la efectividad o no de las leyes de armas. Véase: Federal Bureau of Investigation, *Murder by State, Types of Weapons, 2013* (2013). Disponible en Web: https://www.fbi.gov/about-us/cjis/ucr/crime-in-the-u.s./2013/crime-in-the-u.s.-2013/tables/table-20/table_20_murder_by_state_types_of_weapons_2013.xls. Consultado el 15 de abril de 2016. En la base de datos GunPolicy se determina que no existe relación entre Estados con legislación permisiva y alta cantidad de homicidios con arma, tanto en unos permisivos como en los restrictivos, la tasa varía, no mostrando un patrón único en uno y otro sentido, véase: Philip Alpers, “Violencia armada y leyes de armas de fuego, país por país”, *The University of Sydney* (2012). Fecha de última actualización: 2015. Disponible en Web: <http://www.gunpolicy.org/es/firearms/region/united-states>. Consultado el 8 de octubre de 2015.

¹⁷² Don Kates y Gary Mauser, “Would banning firearms reduce murder and suicide? A review of international and some domestic evidence”, *Harvard Journal of Law & Public Policy* 30, no. 2 (2007), 656. Disponible en Web: http://www.law.harvard.edu/students/orgs/jlpp/Vol30_No2_KatesMauseronline.pdf. Consultado el 12 de octubre de 2015. Véase la muestra actual que se citó anteriormente de la base de datos Gun Policy.

¹⁷³ John Lott, “Gun-free zones an easy target for killers”, *Fox News Opinion* (2015): 18-06. Disponible en Web: <http://www.foxnews.com/opinion/2015/06/18/gun-free-zones-easy-target-for-killers.html>. Consultado

La violencia no será eliminada si existiera una total prohibición de armas de fuego, puesto que hay una tendencia general de que los envueltos en delitos y delincuencia convencional presentan, en general, un historial de comportamiento antisocial, por esa razón, la prohibición a personas que siguen la ley y sus requerimientos no reduciría los delitos, no sería la causa de reducción de la violencia.¹⁷⁴ El ejemplo más notable es Rusia, donde el crimen aumentó y la tenencia de armas legales es reducida.¹⁷⁵

Esto muestra que no es preciso afirmar que más armas de fuego equivale a más crimen y que menos armas significa menos crimen, puesto que no hay tendencia o patrón en ese sentido y consultando todas las bases de datos que muestran cantidad de armas y cantidad de homicidios, la tendencia es variable: cuando hay menos armas de fuego en propiedad de civiles, se está más propenso a tener sociedades más violentas y más aún cuando la situación geopolítica o económica y el grado de acercamiento con el narcotráfico

el 12 de octubre de 2015. Según Kates y Mauser, un hecho que debe ser de especial atención es que la tasa de homicidios en general de Estados Unidos es solo la mitad de frecuente que en otras naciones donde el homicidio específico con arma es inusual, pero que tiene más frecuentes muertes por estrangulamientos, puñaladas o palizas. Véase Don Kates y Gary Mauser, “Would banning firearms reduce murder and suicide? A review of international and some domestic evidence”, *Harvard Journal of Law & Public Policy* 30, no. 2 (2007), 663. Disponible en Web: http://www.law.harvard.edu/students/orgs/jlpp/Vol30_No2_KatesMauseronline.pdf. Consultado el 12 de octubre de 2015.

¹⁷⁴ *Ibíd.*, 661, citando a Elliot Delbert S., “Life-Threatening Violence is Primarily a Crime Problem: A Focus on Prevention”, *Law Review* 69 (1998).

¹⁷⁵ Véase la noticia reciente sobre Rusia: Tom Porter, “Russia Legalises Guns for Self Defense with Murder Rates Among Highest in World”, *International Business Times* (2014): 19-11. Disponible en Web: <http://www.ibtimes.co.uk/russia-legalises-guns-self-defence-murder-rates-among-highest-world-1475681>. Consultado el 12 de octubre de 2015.

y otros tipos de organizaciones criminales acechan, la tendencia de crímenes violentos aumenta, siendo que las prohibiciones de armas entran a ser inefectivas.¹⁷⁶

La discusión principal sobre seguridad ciudadana no puede estar en el tema de las armas de fuego de uso civil permitido, ya que el problema del uso extralimitado de las armas (en general) se encuentra en la tenencia ilegal de armas (prohibidas o permitidas al uso civil) y la expansión del crimen común y organizado. Incluso en cuanto a los suicidios la situación no puede atribuirse solo a las armas de fuego, de hecho quien esté determinado a cometer suicidio encontrará la manera de hacerlo.¹⁷⁷ La preocupación por las armas de fuego no puede verse por las armas en sí mismas, disponiendo casi como única solución implícita la eliminación progresiva,¹⁷⁸ es más un asunto de situaciones que hacen

¹⁷⁶ Véase por ejemplo Venezuela: Ewald Scharfenberg, “Venezuela es el segundo país más peligroso del mundo”, *El País* (2014): 30-12. Disponible en Web: http://internacional.elpais.com/internacional/2014/12/30/actualidad/1419976892_348730.html. Consultado el 12 de octubre de 2015. Venezuela tiene prohibición de tenencia y portación de armas a civiles, y con un permiso especial podría tenerse acceso a un arma calibre .22, que es de las armas con menor poder lesivo. El dato sobre Venezuela se extrae de Sarah Parker, *Balancing Act: Regulation of Civilian Firearm possession* (2011). Disponible en Web: <http://www.smallarmssurvey.org/fileadmin/docs/A-Yearbook/2011/en/Small-Arms-Survey-2011-Chapter-09-EN.pdf>. Consultado el 12 de octubre de 2015.

¹⁷⁷ Los autores Kates y Mauser citan una referencia al respecto: si las armas y la negación de darlas para evitar suicidios en efecto consiguieran su objetivo, el efecto real sería aumentar suicidios con otros métodos. Don Kates y Gary Mauser, “Would banning firearms reduce murder and suicide? A review of international and some domestic evidence”, *Harvard Journal of Law & Public Policy* 30, no. 2 (2007), 662. Disponible en Web: http://www.law.harvard.edu/students/orgs/jlpp/Vol30_No2_KatesMauseronline.pdf. Consultado el 12 de octubre de 2015.

¹⁷⁸ Max Loría, *Violencia armada y seguridad ciudadana en Costa Rica* (Friedrich Ebert Stiftung y FUNPADEM, 2014). Disponible en Web: <http://library.fes.de/pdf-files/bueros/fesamcentral/11117.pdf>. Consultado el 12 de octubre de 2015. En estudios de este tipo se comete un error que no puede pasarse por alto ya que lo que hacen es comparar el porcentaje de homicidios con arma de fuego (y en efecto en Latinoamérica es alto, en Oceanía por ejemplo, el porcentaje más alto es con arma blanca), para considerar que las armas son peligrosas para la sociedad y por tanto son el problema. Lo que no se hace es ver el panorama amplio de comparación que sí hacen Kates y Mauser. Más bien estudios como los de Loría

propensas a personas a delinquir, personas que se dedican a cometer delitos con habitualidad o la misma delincuencia organizada.¹⁷⁹

La comparación de países con políticas prohibicionistas de armas de fuego con otras menos prohibicionistas arroja los siguientes datos: en Polonia, por ejemplo, las armas de mano son permitidas y tienen para 2003 una tasa de homicidio de 1.98 por cada 100000 habitantes; mientras que Rusia, donde están prohibidas, hay una tasa de 20.54 por cada 100000 habitantes. En el caso de Luxemburgo y sus vecinos Francia y Alemania, como se observó, la situación es de diferencia notable, asimismo entre dos países que sí permiten armas de fuego a civiles, Finlandia (1.98 homicidios por cada 100000 habitantes) y Noruega (0.81 homicidios por cada 100000 habitantes) y Rusia que no.¹⁸⁰

La situación entra a ser confusa para quienes afirmen categóricamente que existe más violencia con mayor presencia de armas de fuego, puesto que eliminando los factores sociales que aumentan la violencia con medios ilegales, entre ellas armas ilegales, la mera tenencia de armas en manos de propietarios ciudadanos no es el factor de incremento de violencia. Por ejemplo, Dinamarca tiene alrededor de la mitad de propietarios de armas de fuego que Noruega, pero presenta un 50 % más de tasa de homicidios; asimismo Rusia tiene solo una novena parte de las armas que Noruega, sin embargo cuenta con una tasa de

muestran que precisamente algo anda mal, porque la situación tan pesimista que pone no calza con la tasa de propietarios de armas de quienes se tienen datos (por ejemplo en Costa Rica), quedando ciego ante la situación de otros países donde la violencia, el verdadero factor decisivo, no afecta tanto y las armas sí están muy presentes en sus sociedades: esto solo demuestra que las armas por sí solas no son el problema.

¹⁷⁹ Sobre la tasa de reincidencia delictiva y uso de armas de fuego véase Don Kates y Gary Mauser, “Would banning firearms reduce murder and suicide? A review of international and some domestic evidence”, *Harvard Journal of Law & Public Policy* 30, no. 2 (2007), 666. Disponible en Web: http://www.law.harvard.edu/students/orgs/jlpp/Vol30_No2_KatesMauseronline.pdf. Consultado el 12 de octubre de 2015.

¹⁸⁰ *Ibíd.*, 664. Tabla 2.

homicidios 2500 % más alta.¹⁸¹ Las muertes con arma de fuego o sin arma de fuego responden a la situación socioeconómica y cultural, los factores de desarrollo humano, etc., no es un tema que derive *únicamente* de la propiedad de armas en manos de particulares.¹⁸²

Aquellas naciones donde la tasa de violencia ha incrementado y han aumentado las restricciones de armas de fuego a civiles, no redujeron la proporción de delitos con la legislación.¹⁸³ Este dato no arroja en sí mismo y categóricamente que solo entre más armas de fuego menos delincuencia existe, no obstante sí muestra un patrón internacional que se mantiene.¹⁸⁴

¹⁸¹ *Ibíd.*, 671. La tasa de propietarios en Dinamarca, según este estudio es de 19000 por cada 100000 habitantes y la tasa de homicidios es de 1.21, el caso de Noruega es de 36000 armas de fuego por cada 100000 habitantes pero una tasa de homicidios de 0.81. Ambos datos del periodo 2001-2003. En Estados Unidos, por otro lado, existen para la fecha de la publicación del estudio (2007) una tasa de más de 100 millones de armas de fuego en propiedad de la gente, principalmente para defensa propia, mientras 3.5 millones tienen permiso de portación oculta. Según Kates y Mauser, existe más cantidad de usos de arma de fuego para defensa que para crímenes. Las armas se están usando más para defensa. Véase Philip J. Cook y Jens Ludwig, “Defensive Gun Uses: New Evidence from a National Survey”, *Journal of Quantitative Criminology* 111 14 (1998); Marvin Wolfgang, “A Tribute to a View I Have Opposed”, *Journal of Criminal Law and Criminology* 86 (1995). Referidos por *Ibíd.*, 670. Estos datos solo pueden ser demostrativos para Estados Unidos, ya que no hay estudios citados para los demás países, para ello solo queda hacer la relación vía datos generales de propiedad de armas de fuego y tasa de homicidios.

¹⁸² Kates y Mauser lo argumentan en el caso estadounidense. Véase *Ibíd.*, 672. La situación de evidencia que arroja que en Estados Unidos son más usadas las armas para legítima defensa es un asunto propio de su fenómenos sociocultural, la razón por las que otras naciones con cantidad de armas bastante amplia (como Suiza, Noruega, Alemania, Finlandia) no tengan la cantidad de homicidios de Estados Unidos es un aspecto que viene propio de su situación sociocultural: ellos no han tenido nunca tasas altas de homicidios, aún antes de tener controles. Véase *Ibíd.*, 672.

¹⁸³ Lo que afirman los autores es (traducción propia): “Ya sea que la disponibilidad de armas es vista como una causa o como una mera coincidencia, la evidencia macro cósmica a largo plazo es que la propiedad de armas extendida ampliamente en todas las sociedades se correlaciona constantemente con la tasa de homicidios estables o en disminución”. *Ibíd.*, 673.

¹⁸⁴ *Ibíd.*, 673.

Un derecho particular de tenencia y portación de armas de fuego, derivado de los tres derechos expuestos, se respalda correctamente en el tanto se entienda que el Estado está limitado por los derechos fundamentales. El derecho lo podrán ejercer las personas que no abusen de él y el límite está dado en el límite mismo de la propiedad privada y la no violación de derechos de terceros. El derecho a la vida y la posibilidad de defenderla confirman aún más esa libertad. La limitación por motivos de orden público deberá ser proporcional, o sea, no limitar al punto de obstruir.

El uso extralimitado de armas legales tiene su castigo particular a quien atente contra los derechos de otros, pero no equivaldrá a eliminar el derecho a otros. El uso extralimitado de armas ilegales, principal problema relacionado a las armas de fuego, demanda acciones estatales que no violenten la libertad con responsabilidad de las personas, principalmente porque quienes siguen la ley pueden estar desprotegidos y quienes no la siguen y delinquen no verán en la ley motivo para desistir en su accionar.

Los propietarios legales de armas bien entrenados y con responsabilidad en su propiedad y en la portación no deben representar el peligro mayor del orden público y por tanto la limitación no debe pesar en ellos sino en lo estrictamente necesario (antecedentes penales e idoneidad psicológica). El derecho aquí apuntado es dilucidado y comprendido mejor al considerar el papel del Estado de derecho, los derechos fundamentales y el norte de la limitación de estos: la proporcionalidad entre interés individual y orden público no resultará en la limitación desproporcionada del uso civil de armas de fuego.

II. TÍTULO SEGUNDO. ANÁLISIS PARTICULAR SOBRE LA TENENCIA Y PORTACIÓN DE ARMAS DE FUEGO EN EL DERECHO ESTADOUNIDENSE Y COSTARRICENSE

La defensa de un derecho diferirá del contexto donde surja la necesidad e interés en dar la lucha por él. Esta idea tiene como fuente a Rudolf von Ihering, quien en *La lucha por el Derecho* dice: “Bien puede afirmarse que la energía y el amor con que un pueblo defiende sus leyes y sus derechos, están en relación proporcional con los esfuerzos y trabajos que les haya costado el alcanzarlos”.¹⁸⁵

Se debe precisar que aquí se tratará el tema con base en la situación de dos Estados muy diferentes y que enfrentan el tema de las armas de fuego en manos de civiles de forma distinta, con peculiaridades opuestas muchas de ellas y con criterios de acercamiento en otras. El pensamiento jurídico anglosajón y el heredado por Costa Rica del continente europeo, ambos distintos y con retos políticos diferentes, conducen a un plano de comparación en el que el lector, vía demostración de los criterios en cada sección que se presentará, verá la conclusión del espíritu de cada sistema concretizado.

Lo que se procede a hacer en este título es precisamente hablar de lo que realmente sucede en estas dos naciones, observando su desarrollo jurídico para aterrizar en lo que unos consideran un derecho (no sin objeciones) y otros más bien un privilegio estatal que un derecho (no sin objeciones también).

La existencia moral de un pueblo, el sentimiento de derecho que pueda tener, es evidente, según el grado de necesidad e interés y esto difiere¹⁸⁶ en los norteamericanos

¹⁸⁵ Rudolf von Ihering, *La lucha por el Derecho*. 2da ed. (Buenos Aires: Valleta, 2004), 57.

¹⁸⁶ La observación de Ihering es la siguiente: “(...) todo individuo atacado, defiende en su derecho las condiciones de su existencia moral (...) la reacción del sentimiento legal no se produce exclusivamente como una pasión ordinaria, según la naturaleza especial del temperamento y carácter del individuo, sino que, una

respecto de los costarricenses. Sin embargo, esto no significa que desde una óptica estrictamente jurídica, apegada al derecho constitucional, analizando el conjunto de derechos fundamentales y la historia del pensamiento jurídico costarricense, no se pueda formar suficiente base para fundamentar una lucha por lo que se considera necesaria, la de definir el papel del Estado según un criterio de valores superiores que el legislador no puede quebrantar, otorgando un margen de actuación al individuo para ser propietario de armas de fuego.

Se debe tener en cuenta que el individuo no está aislado, la vida en sociedad demanda todo tipo de acciones que todos los individuos, sumados, buscarán para regir su vida en apego a sus valores supremos. La lucha por el derecho en el plano individual pone a muchas personas a defenderse del Estado en cualquier faceta, pero no es una defensa dada sin respetar la existencia del Estado, sino examinando con base en qué valores debe actuar este y teniendo claro el papel y límites de la actuación individual.

El análisis que se realizará a continuación reconocerá la situación en ambos países, que con una tradición distinta, histórica y jurídica, tratan el tema con sus peculiaridades. De este análisis se arribará a la determinación del ambiente concreto en ambos países, con base en los criterios del *Rule of Law* y el Estado de derecho, para el desarrollo de los derechos envueltos en la tenencia y portación de armas por parte de civiles, asimismo la facultad o límite de coacción estatal en ambos casos y la interpretación jurisprudencial sobre el tema.

causa moral obra en ella, y esta es el sentimiento de que tal o cual título o sección del derecho, es precisamente de una necesidad absoluta para el fin particular de la vida de esta clase o de aquel individuo. El grado de energía con el cual el sentimiento se levanta contra la lesión es, a nuestro modo de ver, una regla cierta para conocer hasta qué punto un individuo, una clase o un pueblo, sienten la necesidad del derecho; tanto del derecho en general, como de una de sus partes, dado el fin especial de su existencia” *Ibíd.*, 72-73.

a) **CAPÍTULO PRIMERO. Caso de los Estados Unidos de América**

Los Estados Unidos de América son un referente mundial en el tema de las armas de fuego en manos de civiles. Aquí se retratará que el caso estadounidense no es uniforme y la polémica general de las armas de fuego ha pasado por mucho desde que se fundó el país, luego de la Declaración de Independencia hasta la actualidad. Para ello no es necesario hacer mera descripción histórica, sino concentrar varios principios esenciales únicos del caso estadounidense, para que, en orden, se forme el criterio general acorde con el objetivo de esta investigación.

En el momento donde el esquema de principios generales esté expuesto al lector, se pasará el análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema, ya que es este el órgano esencial desde el punto de vista jurídico político, encargado de interpretar la Constitución y la Declaración de Derechos, siendo último vocero constitucional cuando llegan casos en alzada de los Estados. Para eso se analiza el peso de los argumentos de la mayoría de este alto tribunal sobre el tema en cuestión y se dejará abierto el camino para el posterior análisis de Costa Rica.

Los aspectos fundamentales que se deben tener presentes para comprender a Estados Unidos en este tema son, primero, el constitucionalismo y de ahí el federalismo, la necesidad o no de una carta de derechos, la función de las enmiendas constitucionales, el contenido específico de la Segunda Enmienda a la Constitución, los intereses que en esta se encierran y los nuevos retos del desarrollo tecnológico. A partir de esto, será necesario estudiar qué ha decidido la Corte Suprema, porque la Segunda Enmienda es de las que menos jurisprudencia ha producido y no es sino hasta 2008 donde la situación es explicada de mejor manera, al tomarse la Segunda Enmienda e interpretarse en plenitud, no sin generar controversia, como se expondrá.

i) **SECCIÓN PRIMERA. Por qué es más aceptada a nivel axiológico la tesis de la tenencia de armas de fuego como derecho**

Para iniciar se planteará una pregunta inicial vinculada con esta sección y que será respondida de mejor manera al analizar todo lo que se presentó en Estados Unidos, lo cual ayudará a entender la situación actual sobre las armas de fuego en ese país: ¿Tenía razón Alexander Hamilton? La pregunta surge porque el criterio del padre fundador sobre la necesidad de una Carta de Derechos es el mejor y más importante impulso que podría tener un derecho de portación de armas en Estados Unidos.

Cabe señalar que, esencialmente, las trece colonias americanas se independizan de la corona británica en 1776 bajo el lema del derecho a la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad.¹⁸⁷ El inicio de vida independiente de las colonias mostró el reto de madurar en el tiempo, que vendría a probar cómo podían sobrevivir como estados independientes o como conjunto de estados asociados, que procurarían la colaboración y protección común. Por esto, la idea y movimiento por crear una Constitución escrita que garantizara un límite al poder absoluto del Parlamento, pero sobre todo para constituir pacto de alianza entre los

¹⁸⁷ “Sostenemos que estas Verdades son evidentes en sí mismas: que todos los Hombres son creados iguales, que su Creador los ha dotado de ciertos Derechos inalienables, que entre ellos se encuentran la Vida, la Libertad y la Búsqueda de la Felicidad. Que para asegurar estos Derechos se instituyen Gobiernos entre los Hombres, los cuales derivan sus Poderes legítimos del Consentimiento de los Gobernados; que el Pueblo tiene el derecho de cambiar o abolir cualquier otra Forma de Gobierno que tienda a destruir estos Propósitos, y de instituir un nuevo Gobierno, Fundado en tales Principios, y de organizar sus Poderes en tal Forma que la realización de su Seguridad y Felicidad sean más viables.(...) Pero cuando una larga Sucesión de Abusos y Usurpaciones, todos ellos encaminados de manera invariable hacia el mismo Objetivo, revelan la Intención de someter a dicho Pueblo al absoluto Despotismo, es su Derecho, es su Deber, derrocar a tal Gobierno y nombrar nuevos Guardianes de su futura Seguridad”. Thomas Jefferson et al., *La Declaración de Independencia y la Constitución de los Estados Unidos de América*. (Washington, DC: Cato Institute, 2003). Disponible en Web: <http://www.elcato.org/bibliotecadelalibertad/la-declaracion-de-independencia/la-declaracion-de-independencia>. Consultado 1 de setiembre de 2015.

diferentes estados que pudieran unirse, daría vida a una creación jurídica adicional sobre los primeros estados que se integraron a la Unión, esa creación es el Estado federal que pondría un Gobierno para la federación, estrictamente limitado en su actuación.

La Constitución escrita limita el poder del Gobierno, en los términos de los valores sagrados que enuncia la Declaración de Independencia. Con esto también nace el régimen presidencial que vendría a ser el modelo que se diferenciaría del parlamentario británico y que tendría en el presidente federal al presidente elegido cada cuatro años, cuyas funciones estaban estrictamente limitadas y sería jefe de Estado y jefe de Gobierno a la vez. Este modelo sirve de inspiración a América Latina con el presidencialismo.

Como menciona Hauriou:

Se trata de una Constitución federal, es decir, de un documento en el que ha sido necesario llevar a cabo un ajuste muy preciso entre los derechos de los Estados miembros y los del Estado federal. Este ajuste no pudo realizarse más que por escrito de forma que cada parte tuviese medios para pensar cuidadosamente los términos y también para que las eventuales violaciones del pacto federal pudiesen ser comprobadas con facilidad por la autoridad competente, es decir, de hecho, por el poder judicial. Este carácter escrito y rígido entraña un cierto número de consecuencias, entre las cuales conviene señalar dos importantes: la Constitución es una regla de Derecho superior a la ley ordinaria y el respeto a esta superioridad debe ser obtenido por un procedimiento determinado, que, de hecho será judicial; la Constitución no puede ser modificada más que por un método muy preciso, el de las enmiendas.¹⁸⁸

El carácter de rigidez influye en la concepción general de que el poder público está absolutamente impedido de hacer más que lo que se le permite y, en este sentido, se

¹⁸⁸ André Hauriou, *Derecho constitucional e instituciones políticas*. 2da ed. (Madrid: Ariel Derecho, 1980), 487-488.

protegen los derechos del pueblo. Lo que es importante es interpretar si el hecho de que la Constitución federal estadounidense es limitada a la organización del Estado federal y no incluye un capítulo de derechos fundamentales, estos son ilimitados o si el contenido de estos podría variar por disposición legislativa.

Al respecto, Hamilton hablando de los propósitos de la Unión proponía una “defensa común de sus miembros; la conservación de la paz pública, lo mismo contra las convulsiones internas, que contra los ataques externos; la reglamentación del comercio con otras naciones y entre los Estados; la dirección de nuestras relaciones políticas y comerciales con las naciones extranjeras”¹⁸⁹. La discusión inicial de Hamilton sobre la formación de la Unión es de sumo interés. ¿Es necesaria la constitución de un ejército nacional, federal, de forma permanente, en tiempos de paz principalmente?

La necesidad de seguridad de la Unión conlleva la existencia de una fuerza militar que el Gobierno federal controle. La potestad militar es compleja para la visión de los padres fundadores estadounidenses, ya que la contingencia propia de las acciones de un ejército hace que no sea posible poner límites precisos a la acción propia de este y, por tanto, el ejército federal, en el momento de estar constituido tendría un margen de maniobra necesario, cierta discreción por parte del comandante en jefe.¹⁹⁰

¹⁸⁹ Alexander Hamilton, “El Federalista XXIII”. En: Alexander Hamilton, James Madison y John Jay, *El Federalista* (México: Fondo de Cultura Económica, 1994), 93.

¹⁹⁰ Al respecto Hamilton dice: “El que deba haber un gobierno federal encargado de velar por la defensa común, es una cuestión susceptible de ser discutida independientemente; pero desde el mismo momento en que la resolvamos en sentido afirmativo, resultará que el gobierno debe ser revestido de todos los poderes indispensables para la completa ejecución de ese encargo. Y a menos de que pueda demostrarse que las circunstancias que amenazan la seguridad pública pueden ser contenidas dentro de ciertos límites definidos, a menos de que pueda sostenerse justa y lógicamente de proposición contraria a la nuestra, habrá que admitir, como consecuencia necesaria, que no puede haber limitaciones en la potestad que ha de proveer a la defensa y protección de la comunidad, en materia alguna que sea esencial a la formación, dirección o sostenimiento de las fuerzas nacionales” *Ibíd*, 93.

En todo el movimiento liberal de limitación del poder en las colonias norteamericanas, que, como se puede ver en la Declaración de Independencia, reunía una serie amplia de críticas y objeciones morales, políticas, económicas y jurídicas a la Corona inglesa, la sola existencia de un Gobierno federal que no estuviera absolutamente limitado era imposible. En ese sentido, si el Gobierno federal tenía a cargo el ejército de la Unión, con facultades discrecionales, era absolutamente lógico temer a una eventual violación de ese Gobierno federal a los derechos de los estados. El poder corrompiendo a su portador es el principal temor en esta generación fundadora de la nación estadounidense.¹⁹¹

El temor al poder ilimitado en los ingleses es con respecto al monarca, procurándose a sí mismos el principio de soberanía del parlamento. En el caso de los estadounidenses, el temor es cualquier tipo de poder no limitado, sea del presidente federal o del Congreso. Por esa razón, el temor inicial por la discrecionalidad con la que se puede manejar un ejército es motivo suficiente para que los estados federados consideraran indispensable garantizarse alguna salida o protección de sus derechos.

Para conciliar esta situación de necesidad de seguridad de la Unión y evitar la tiranía, se ve con plena importancia histórica jurídica el desarrollo de la concepción de milicia bien

¹⁹¹ “En Inglaterra, durante gran parte del tiempo que siguió a la conquista normanda, la autoridad del monarca era casi ilimitada. Poco a poco las prerrogativas reales fueron reduciéndose a favor de la libertad, por parte de los barones primero y del pueblo después, hasta que la mayor parte de sus pretensiones más formidables desaparecieron. Pero hasta la Revolución de 1688, que elevó al príncipe de Orange al trono de Gran Bretaña, no triunfó completamente la libertad inglesa. Como consecuencia incidental del poder ilimitado de hacer la guerra, que era una prerrogativa reconocida de la corona, Carlos II había mantenido en pie, de propia autoridad, en épocas de paz, un cuerpo de mil soldados en línea. Jacobo II lo aumentó a treinta mil, y los pagaba de sus gastos particulares. La revolución, para abolir el ejercicio de facultad tan peligrosa, incorporó a la Declaración de Derechos que se formuló en esa ocasión, un artículo, según el cual “el reclutar o sostener un ejército permanente dentro del reino en época de paz, a no ser que mediase la autorización del Parlamento, era contraria a la ley. En aquel reino, cuando el pulso de la libertad latía más fuerte, no se creyó necesaria otra precaución contra el peligro de los ejércitos permanentes que la prohibición de que los reclutara o mantuviera el magistrado ejecutivo por su sola autoridad”. *Ibíd*, 105.

organizada para contener el poder opresor en caso de necesidad. Aún con un ejército federal posiblemente limitado por periodos, financiamiento y organización, el peligro hipotético constante en toda sociedad que se autoproclame libre de caer en tiranía hará necesario que se cuente con medios efectivos para defender esa aspiración.

El Congreso es el medio de representación política para gestionar la aprobación de actos de naturaleza legislativa y demás que la Constitución estadounidense le autoriza¹⁹², pero siempre podría ser utilizado con propósitos insanos y ser apoyados por el ejército federal si el presidente federal también apoya las intensiones o las lidera, según sea el caso, hipotéticamente. Ante esto Hamilton es consecuente y explica el derecho de rebelión:

Si los representantes del pueblo traicionan a sus electores, no queda otro recurso que el ejercicio de ese derecho primordial de defensa propia que es superior a todas las formas positivas de gobierno, y que puede ejercerse con muchas más probabilidades de éxito contra las usurpaciones de los gobernantes nacionales que contra las de los de un Estado individual. En un Estado centralizado, como los distintos distritos, demarcaciones o provincias en que se divide, no poseen un gobierno aparte, no pueden tomar medidas legales para defenderse en el caso de que las personas investidas de poder supremo se conviertan en usurpadores. Los ciudadanos se verán precisados a acudir tumultuosamente a las armas, sin orden ni concierto, y sin recursos, como no sean los de su valor y su desesperación. Los usurpadores, revestidos de las formas de la autoridad legal, pueden demasiado a menudo aplastar en su germen la naciente oposición. Cuanto más pequeño sea el territorio, más difícil le será al pueblo organizar un plan regular y sistemático de oposición y más fácil resultará vencer sus primeros esfuerzos. Se podrán descubrir más pronto sus preparativos y movimientos, y la fuerza militar, a las órdenes de los usurpadores, se podrán lanzar más rápidamente contra el sitio donde se ha indiciado la oposición. En semejante situación, sería necesaria una coincidencia

¹⁹² Artículo I, Sección 7, de la Constitución estadounidense.

especial de circunstancias favorables para asegurar el éxito de la resistencia popular. Los obstáculos para la usurpación y las facilidades de resistencia aumentan al ser mayor la extensión de un Estado, a condición de que los ciudadanos conozcan sus derechos y se hallen dispuestos a defenderlos. La fuerza natural del pueblo relativamente a la fuerza artificial del gobierno, es mayor en una comunidad numerosa que en una reducida y, por lo tanto, más capaz de luchar contra los intentos tiránicos del gobierno.¹⁹³

El derecho de rebelión y legítima defensa natural sobrepasa cualquier legislación positiva desde el punto de vista estadounidense.¹⁹⁴ La milicia sería el medio por el cual el pueblo puede defenderse de cualquier obstrucción del Gobierno federal en su libertad y la particularidad de que los Estados hermanos se protejan entre sí hace que el pueblo siempre tenga la ventaja para hacer frente a un eventual tirano.

La milicia, en la idea de Hamilton, y mencionada en la Segunda Enmienda a la Constitución, tendría un objetivo particular, la unidad del cuerpo civil de defensa: “proveer lo necesario para organizar, armar y disciplinar a la milicia, y para gobernar aquella parte de ésta que pueda utilizarse en el servicio de los Estados Unidos, reservando a los respectivos Estados el nombramiento de oficiales y la autoridad de instruir a la milicia de acuerdo con la disciplina prescrita por el Congreso”.¹⁹⁵ El poder civil de los estados sería el que se reparte el control sobre esta milicia, como contrapeso al Gobierno federal.

¹⁹³ Alexander Hamilton, “El Federalista XXIII”. En: Alexander Hamilton, James Madison y John Jay, *El Federalista* (México: Fondo de Cultura Económica, 1994), 113.

¹⁹⁴ Al respecto, se considera valioso el trabajo actual explicado en la “Introducción general” de este trabajo: David Kopel, Paul Gallant y Joanne Eisen, “The human right of Self-Defense”, *BYU Journal of Public Law* 22. (2007). Disponible en Web: <http://digitalcommons.law.byu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1396&context=jpl>. Consultado el 1 de octubre de 2015.

¹⁹⁵ Alexander Hamilton, “El Federalista XXIII”. En: Alexander Hamilton, James Madison y John Jay, *El Federalista* (México: Fondo de Cultura Económica, 1994), 115. De hecho, para Hamilton, la buena

Pero Hamilton no apoya la idea del establecimiento permanente de las milicias, o sea, como un grupo, una corporación que tenga constante preparación y educación, pues esto podría incidir en las actividades ordinarias de los estados, en el desarrollo de lo que cada ciudadano pueda mejor hacer para dirigir su vida; influiría, para él, en el terreno económico y social de la nación:

Obligar al estado llano y a las demás clases de ciudadanos a estar sobre las armas con el fin de practicar los ejercicios y evoluciones militares con la frecuencia necesaria que alcancen un grado de perfeccionamiento tal que puedan considerarse como una milicia bien organizada, constituiría una gran molestia para el pueblo, así como un inconveniente y detrimento general produciría una disminución anual de la labor productiva del país, que montaría, si calculamos sobre la base de la población actual, a una cantidad bastante cercana al costo de las dependencias civiles de todos los Estados. Sería una imprudencia intentar una cosa que reduciría tan notablemente la suma del trabajo y la industria; y de realizarse el experimento no podría prosperar, pues no sería tolerado mucho tiempo. Con respecto a la masa del pueblo es difícil aspirar a más que armarla y equiparla convenientemente y para vigilar que no se descuida este punto, habría que reunirlo una o dos veces al año.¹⁹⁶

organización de una milicia sería la mejor forma de hacer más innecesario al ejército permanente dirigido por el Gobierno federal: “Si los ejércitos permanentes son un peligro para la libertad, un dominio eficaz sobre la guardia nacional por parte del cuerpo a cuyo cuidado se confía la protección del Estado, removerá, en cuanto ello es posible, los motivos y pretextos para que se cree esa desfavorable institución. Si el gobierno federal puede solicitar la ayuda de la milicia en las emergencias que exijan que el brazo militar apoye a la legislatura civil, podrá prescindir más fácilmente de emplear otra clase de fuerza. Si no le es posible contar con la primera, tendrá necesariamente que acudir a la segunda. Hacer innecesario al ejército será un procedimiento más seguro de impedir su existencia que mil prohibiciones sobre el papel”. *Ibíd.*, 115-116.

¹⁹⁶ *Ibíd.*, 117. Interesa cuando dice: “Pero si bien hay que abandonar el proyecto de impartir disciplina militar a toda la nación, por perjudicial o irrealizable, es de la mayor importancia que lo antes posible se adopte un plan bien meditado para la buena organización de la milicia. La atención del gobierno debería concentrarse sobre todo en la formación de un cuerpo selecto de un tamaño moderado, con sujeción a las reglas que fueran

El establecimiento de una milicia permanente no sería un objetivo inmediato o actual, en su momento, porque esto perjudicaría la vida privada de los ciudadanos. Ahora bien, esto no quiere decir que ellos estuvieran totalmente seguros del Gobierno federal, por esta razón es que se hace imperativo¹⁹⁷, desde ese punto de vista, que los estadounidenses tengan armas de fuego y nadie les restrinja ese derecho.

La existencia de milicias sí se hizo efectiva por vía legal con la aprobación de la Ley de la Milicia Uniforme de 1792. Este texto legal incorpora la idea de que “Todo ciudadano que se enrole se deberá aprovisionar de un buen mosquetón o trabuco de pedernal, bayoneta y faja apropiados, dos pedernales de repuesto y una mochila, un morral con una caja que contenga no menos de veinticuatro cartuchos (...) y cada cartucho estará cargado con la cantidad apropiada de pólvora y bala”.¹⁹⁸ Esto en el siglo XX se hizo aún más inútil con la entrada de Estados Unidos en guerras mundiales. Al inicio las tropas estadounidenses eran poco organizadas y mal equipadas y fue con la industrialización y comando del Gobierno federal que el ejército permanente fue mejorando. Esto a más de cien años de la aprobación de la Carta de Derechos y a medio siglo de la Guerra Civil.

Lo cierto es que sobre la existencia hoy de una milicia ciudadana que se reúna en algún momento del año, se ve opacada en una sociedad estadounidense con uno de los ejércitos más grandes y equipados del mundo, pero no se ha extinguido en teoría.¹⁹⁹ El

necesarias para capacitarlo efectivamente para servir en casos de urgencia. Reduciendo a esto el plan, sería posible tener un excelente cuerpo de milicia bien preparado, listo para entrar en acción siempre que lo exigiese la defensa del Estado”. *Ibíd.*, 117.

¹⁹⁷ Madison habla al respecto en el *Federalista* No. 46: “Pese a las organizaciones militares que existen en los diversos reinos europeos, a las cuales se imparte todo el auge que permiten los recursos públicos, los gobiernos temen confiarle armas al pueblo”. *Ibíd.*, 203.

¹⁹⁸ Second Congress, *Militia Act of 1792*. Session I, chapter XXVIII, Passed May 2nd, 1792. Disponible en Web: http://www.constitution.org/mil/mil_act_1792.htm. Consultado el 25 de enero de 2016.

¹⁹⁹ Véase: *Active ‘Patriot’ Groups in the United States in 2009* (Alabama: The Southern Poverty Law Center, 2010). Disponible en Web: <https://www.splcenter.org/fighting-hate/intelligence-report/2010/active-patriot-groups-united-states-2009>. Consultado el 13 de febrero de 2016.

siglo XX representó un avance en la sofisticación de las armas de fuego y el ejército, unificado y activo en actividades militares alrededor de ese siglo hizo que decayera el sentimiento antifederal de los primeros años de vida independiente.²⁰⁰

En el inicio de la vida independiente, la situación fue diferente. La implementación de la nueva Constitución trajo una discusión acalorada sobre la conveniencia o no de incorporar al texto de la Constitución, con enmiendas, una declaración de derechos y una consignación de derechos del pueblo que fueran considerados inviolables.

De manera general, la consignación de un derecho en forma de enmienda no sería más que una proclama sobre un punto medular que ningún Gobierno puede privar al pueblo y así en la forma de las diez primeras enmiendas de 1791. Esa sería la idea por la cual puede existir una enmienda, siendo meramente declarativa de un derecho, en ningún momento se considera a la enmienda como un mecanismo positivo de creación de un derecho. De hecho, el desarrollo del derecho natural y la visión de los derechos inalienables con los que nacen todas las personas, en el momento de proclamar su independencia, solo muestra que dicha nación cree firmemente en un catálogo de derechos que derivan del derecho natural.

Los estadounidenses no creyeron en ese momento en la necesidad de positivizar sus derechos para que existieran, menos cuando el sistema del *Common Law* tiene una lógica

²⁰⁰ “En 1901, el presidente Theodore Roosevelt propuso una reforma del sistema, declarando que “nuestra ley de milicia es obsoleta e inútil”. El Congreso aprobó la Ley de la Milicia de 1903 que, a pesar de su nombre, puso punto final al tipo de milicia que fue tan común en la época de la Revolución. El hecho era que la guerra moderna requería hombres capacitados con armamento actual y la ley disponía que ese equipo lo tuviera un ejército regular y también la Guardia Nacional fundada en 1903. Aun cuando la Guardia desciende en muchos aspectos de la antigua milicia desorganizada, es una institución mucho más disciplinada y capacitada cuyo programa se apega hoy a elevadas normas establecidas por el ejército regular. Sus miembros reciben sus armas del gobierno nacional, pero no son dueños de éstas”. Melvin Urofsky, *Los derechos del pueblo: la libertad individual y la Carta de Derechos*. (Estados Unidos: Departamento de Estado de Estados Unidos, Oficina de Programas de Información Interna, 2003), 38.

de declaración de derechos vía judicial. Asimismo, lo que determina el ser de cualquier Gobierno es precisamente el respeto y la promoción de la libertad de las personas: el Estado está al servicio del pueblo y por esta razón nunca puede ser un impedimento o un medio para bloquear derechos o tergiversar el contenido de estos con limitaciones que perjudiquen a los individuos más que beneficiarlos.²⁰¹

La consignación de una Carta de Derechos refuerza entonces el límite de la actuación del Gobierno en pro de los individuos. Esto se ve en un contexto donde ya había una Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano en Francia, en 1789. En 1791 se consideró fundamental emular esa garantía escrita de derechos básicos del pueblo.

Pero ¿y si de alguna forma las declaraciones de derechos pudieran prestarse para maniobras que limiten los derechos inalienables? Esto es lo que motivó un temor en Alexander Hamilton. Él tiene una idea muy clara: las cartas de derechos son más bien un peligro.

Sobre las declaraciones de derechos afirma Hamilton:

Voy más lejos y afirmo que las declaraciones de derechos, en el sentido y con la amplitud que se pretenden, no sólo son innecesarias en la Constitución proyectada, sino que resultarían hasta peligrosas. Contendrían varias excepciones a poderes no concedidos y por ello mismo proporcionarían un pretexto plausible para reclamar

²⁰¹ “Que “el pueblo” debe gobernarse por sí mismo era una doctrina viviente no tanto en la Constitución escrita como en el espíritu norteamericano. Los redactores de 1787, algunos de ellos temerosos de la multitud librara a su propio instituto, más que acoger complacidos la idea del gobierno de la mayoría, accedieron a ella; pero Washington demostró comprender su fuerza la única vez que intervino en el debate de la convención, precisamente en su momento culminante, al apoya la demanda de una representación popular en la Cámara Baja. La eficacia del clamor por una Declaración de Derecho fue otra demostración de que el gobierno había acabado por secundar los deseos y los temores del pueblo. La Guerra de la Independencia había ido acompañada por mucha oratoria y profusión de propaganda impresa acerca de la libertad y la tiranía”. Arthur Sutherland, *De la Carta Magna a la Constitución Norteamericana: ideas fundamentales sobre Constitucionalismo* (Buenos Aires: Tipografía Editora Argentina, 1972), 243.

más facultades de las que otorgan. ¿Con qué objeto declarar que no se harán cosas que no se está autorizado a efectuar? Por ejemplo: ¿para qué se afirmaría que la libertad de la prensa no sufrirá menoscabo, si no se confiere el poder de imponerle restricciones? No es que sostenga que una disposición de esa clase atribuiría facultades de reglamentación; pero es evidente que suministraría a los hombres con tendencias usurpadoras, una excusa atendible para reclamar ese poder. Podrían argumentar con cierta apariencia de razón que no se debe imputar a la Constitución el absurdo de precaverse contra el abuso de una potestad que no existe y que la disposición que prohíbe limitar la libertad de la prensa autoriza claramente a inferir la intención de dotar al gobierno nacional de la facultad de prescribir normas apropiadas en el caso de dicha libertad. Esto puede servir de ejemplo de los numerosos asideros que se ofrecerían a la doctrina de los poderes de interpretación si se transige con este imprudente celo a favor de las declaraciones de derechos.²⁰²

Si la Constitución limita el poder público según una lógica que garantiza toda una serie de derechos inalienables, ¿por qué hacer una lista de derechos? Parecería que la lista es taxativa y que en lo que ella no hable, cabe decir que no existe derecho fundamental y el legislador puede interferir en cualquier ámbito de esos no contemplados. Esto, si se lee el texto de las enmiendas, se ve de alguna forma conciliado en la letra de la novena enmienda: “No por el hecho de que la Constitución enumera ciertos derechos ha de entenderse que niega o menosprecia otros que retiene el pueblo”.²⁰³

Dicho de otro modo, el carácter de un derecho no se relaciona con que determinada enmienda lo mencione. Las enmiendas únicamente son una garantía simbólica de ese conjunto de derechos que constituyen lo más sagrado para los Estados Unidos, pero eso no quiere decir que con el paso del tiempo y el cambio social no se incorporen más derechos a

²⁰² Alexander Hamilton, “El Federalista LXXXIV”. En: Alexander Hamilton, James Madison y John Jay, *El Federalista* (México: Fondo de Cultura Económica, 1994), 368.

²⁰³ First Congress, “Artículos de Enmienda a la Constitución” (1791). En: Alexander Hamilton, James Madison, John Jay, *El Federalista* (México: Fondo de Cultura Económica, 1994), 396.

los ya existentes. Con esto no debe entrarse en confusión, según la óptica estadounidense, de que con el paso del tiempo y el cambio social se pueda o se deba cambiar la esencia de un derecho específico, ya que si se considera la libertad esencial del individuo, ningún arbitrio temporal debe provocar la disminución del contenido de un derecho en detrimento del pueblo.

Desde el mismo momento en que la Constitución limita el poder del Estado y se blindan de decisiones arbitrarias del legislador o del presidente, esto constituye por sí mismo un límite al poder de las minorías. Aunado a esto, en Estados Unidos se tiene una concepción técnica de que su forma constitucional no es una democracia, sino una República.²⁰⁴ En un momento donde el liberalismo político está en su apogeo, concebir a una democracia actuando por mayoría y emulando lo que ocurría con la soberanía del parlamento británica está fuera de cuestión.

El contenido de la Segunda Enmienda a la Constitución es hoy uno de los aspectos más controvertidos, pues el texto literal evoca la época postrevolución y describe precisamente todo lo que se habló anteriormente. La creación del texto no fue algo espontáneo, de hecho hubo discusión en torno a ello.

La versión que hoy se conoce dice, en castellano: “Siendo necesaria una milicia bien organizada para seguridad de un estado libre, no se coartará el derecho del pueblo a tener y portar armas”.²⁰⁵ La versión de James Madison, por otro lado, menciona que “No se

²⁰⁴ Sobre esta distinción de República, como sinónimo de lo que se conoce como democracia representativa: “Una república, o sea, un gobierno en que tiene efecto el sistema de la representación, ofrece distintas perspectivas y promete el remedio que buscamos. (...) Las dos grandes diferencias entre una democracia y una república son: primera, que en la segunda se delega la facultad de gobierno en un pequeño número de ciudadanos, elegidos por el resto; segunda, que la república puede comprender un número más grande de ciudadanos y una mayor extensión de territorio”. James Madison, “El Federalista X”. En: Alexander Hamilton, James Madison y John Jay, *El Federalista* (México: Fondo de Cultura Económica, 1994), 39.

²⁰⁵ En inglés: “*A well regulated militia, being necessary to the security of a free state, the right of the people to keep and bear arms shall not be infringed*”.

coartará el derecho del pueblo a tener y portar armas, considerando que una milicia bien organizada es la mejor seguridad de un país libre: pero no se obligará a prestar servicio militar a ninguna persona que por escrúpulo religioso rehusare portar armas”.²⁰⁶

¿Ese derecho del pueblo a tener y portar armas entonces está limitado a la milicia? La respuesta no es sencilla, esto desde el momento en que se dice la segunda enmienda está desfasada o que esta perdió toda vigencia con la madurez constitucional, existiendo un cuerpo de policía bien entrenado, una guardia nacional y un ejército bien disciplinados y equipados.

Si el derecho del pueblo a tener y portar armas no se puede coartar porque es necesario para una milicia bien organizada (interpretación más sencilla que se puede hacer a la literalidad), entonces, a contrario sensu, ¿en el caso de que no exista tal necesidad de milicia por el avance social y madurez constitucional, ese derecho puede ser coartado o al menos restringido o regulado? Esta es la base para que los partidarios del control de armas llamen a que el Congreso federal legisle sobre este tema, restringiendo y prohibiendo cierto tipo de armas de fuego que son más letales.

Pero, en letras atrás se dijo que la Constitución federal limita el actuar del poder legislativo. Además, la Carta de Derechos es un *numerus apertus* (según la novena enmienda), por tanto, existe un ámbito en el cual perfectamente puede entenderse que cualquier derecho, considerado por el pueblo, no está restringido en su esencia por el poder público. Puede decirse entonces que ese derecho del pueblo a tener y portar armas es ajeno a la existencia o no de las milicias. También, si no se está conforme con la Segunda Enmienda, la solución no es legislar sino hacer una reforma a la Constitución según el procedimiento que esta da.²⁰⁷

²⁰⁶ Arthur Sutherland, *De la Carta Magna a la Constitución Norteamericana: ideas fundamentales sobre Constitucionalismo* (Buenos Aires: Tipografía Editora Argentina, 1972), 236.

²⁰⁷ Esto se rige por el Artículo V de la Constitución: “Siempre que las dos terceras partes de ambas cámaras lo juzguen necesario, el Congreso propondrá enmiendas a esta Constitución, o bien, a solicitud de las

Toda la discusión pone a prueba un tema del que Alexander Hamilton dejó a la posteridad advertido. La Carta de Derechos y en específico la Segunda Enmienda establecen una intención de declarar un derecho del pueblo y esta acción deja abiertas las puertas para que, siguiendo un trayecto que tal vez no pueda haber previsto dicha enmienda, pueda intentar coartarse el derecho del pueblo a tener y portar armas y actualmente la polémica mayor se centra en las armas de fuego.

¿Tenía razón Alexander Hamilton? Su punto es totalmente válido, las cartas de derechos y la enumeración son un medio para proteger, sin embargo, también para que el poder público intente pasar por estrechos espacios de interpretación, de donde una regulación puede salir adelante. Los tribunales serían, y de hecho lo han sido en varias aristas del tema de la Segunda Enmienda, los que interpretan cualquier intención del poder público por regular las actuaciones de los ciudadanos. La interpretación realizada toma en cuenta la época de promulgación de la enmienda. El caso que se expondrá a continuación determina definitivamente la interpretación que puede darse a la Carta de Derechos, a favor y en contra de hablar de derecho individual a tener y portar armas y la problemática planteada por Hamilton sale a la vista principalmente en los votos disidentes.

legislaturas de los dos tercios en los distintos Estados, convocará una convención con el objeto de que proponga enmiendas, las cuales en uno y otro caso, poseerán la misma validez que si fueran parte de esta Constitución (...)" En Alexander Hamilton, James Madison y John Jay, *El Federalista* (México: Fondo de Cultura Económica, 1994), 394.

ii) **SECCIÓN SEGUNDA. Interpretación de la Segunda Enmienda a la Constitución estadounidense por parte de la Corte Suprema de Justicia**

La Segunda Enmienda a la Constitución estadounidense es la norma de referencia a nivel mundial al hablar de la existencia o no de un derecho a ser propietario de armas en general y portarlas. La sentencia del 26 de junio de 2008 de la Corte Suprema, en el caso *Distrito de Columbia vs Heller*²⁰⁸, constituye la fuente más importante para aprender del tema y analizar argumentos de mayoría (a favor del derecho individual a tener y portar armas) y las tesis minoritarias (interpretación de dicha enmienda según el contexto donde nació).

La Segunda Enmienda no había sido analizada tan a fondo por la Corte Suprema sino hasta la sentencia del 2008 que se estudiará. Las otras decisiones históricas que trataron el tema de las armas de fuego no tocaron nunca el contenido estricto de lo que debía entenderse por el derecho del pueblo a tener y portar armas, el cual no debe ser infringido. Algunas decisiones a nivel estatal son importantes en el transcurso del siglo XIX.

Una primera decisión relevante a nivel estatal constituye la de 1829, en la Corte Suprema de Michigan, en el caso *Estados Unidos vs Sheldon*, donde se habla del derecho a tener y portar armas, pero no a violar los derechos de los demás con ellas.²⁰⁹ Otra Corte estatal que trató el tema fue la de Georgia, que en el caso *Nunn vs el Estado* de 1846, deja

²⁰⁸ *Distrito de Columbia vs Heller* 554 U.S. (Corte Suprema de Estados Unidos, 2008). Disponible en web: <http://www.scotusblog.com/wp-content/uploads/2008/06/07-2901.pdf>. Consultado el 30 de octubre de 2015.

²⁰⁹ *United States v. Sheldon*. 5 Blume Sup.Ct.Trans. 337 (Corte Suprema de Michigan, 1829). Se menciona en dicha sentencia (traducción personal): "La Constitución de los Estados Unidos también otorga a los ciudadanos el derecho a poseer y portar armas. Sin embargo, la concesión de este privilegio no puede interpretarse en el derecho de tener un arma para dañar a su vecino. No se pretende que los derechos sean reconocidos por la constitución para un propósito ilegal o injustificable". Sobre el caso de la Corte Suprema de Michigan, véase un pequeño análisis en Avern Cohn, "Vignette", *Michigan Bar Journal* (2011). Disponible en Web: <http://www.michbar.org/file/journal/pdf/pdf4article1934.pdf>. Consultado el 15 de noviembre de 2015.

claro el propósito de la cláusula operativa de la Segunda Enmienda (que a continuación se explicará), estableciendo que el derecho en la enmienda va más allá de la milicia hablando de un derecho natural de autodefensa.²¹⁰

El tema del derecho a tener armas fue tratado por la Corte Suprema a nivel federal, por la sentencia *Estados Unidos vs Cruikshank* del año 1876. En dicha sentencia el aspecto medular incorpora al derecho estadounidense dos ideas importantes: primero, que dicha enmienda no es un cheque en blanco para adquirir cualquier cantidad y clase de armas sin ningún tipo de control estatal y, segundo, que las enmiendas al limitar el poder federal consecuentemente no limitan el poder los estados individualmente y, por tanto, los estados sí pueden establecer regulaciones internas, claras y concisas.²¹¹

Ahora bien, en 1886 la Corte Suprema conoció un caso relativo a la constitucionalidad de una ley de Illinois que prohibió en su momento organismos militares de ciudadanos y realización de operaciones y entrenamiento, asimismo desfiles, sin la autorización del Gobierno: el caso *Presser vs Illinois*. Acá se interpreta también lo que se dijo en 1876, que la Segunda Enmienda aplica únicamente al Gobierno federal, de esta

²¹⁰ En dicha sentencia se menciona un punto importante (traducción personal): "El derecho de todo el pueblo, viejos y jóvenes, hombres, mujeres, y niños, y no milicianos solamente, a poseer y portar armas de todo tipo, y no tan sólo como son utilizados por la milicia, no será infringido, reducido o roto, en el grado más pequeño; y todo esto por el extremo importante que hay que alcanzar: la crianza y la calificación de una milicia bien regulada, tan vitalmente necesaria para la seguridad de un estado libre" *Nunn v. State 1 Ga. 243, 251* (Corte Suprema de Georgia, 1846). Véase en http://www.constitution.org/211/bardwell/nunn_v_state.txt. Consultado el 15 de noviembre de 2015.

²¹¹ Según la Corte, los Estados son libres de proteger o restringir el derecho bajo sus poderes de policía, pero, en dicha sentencia la Corte sí apoya la tesis del derecho individual a tener y portar armas sin conexión con la milicia. Es destacable en dicha que: "(...) el derecho no es un derecho garantizado por la constitución o en cualquier manera dependiente de ese instrumento para su existencia. La segunda enmienda no significa más que el hecho de que no puede ser infringida por el Congreso". *United States v Cruikshank, 92 U.S. 542, 553* (Corte Suprema de Estados Unidos, 1876). Véase el contenido en Justicia, US Supreme Court. Disponible en Web: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/92/542/case.html>. Consultado el 15 de noviembre de 2015.

forma ningún Congreso podría aprobar un control de armas federal ya que el control solo le corresponde a los diferentes estados. Eso sí, la sentencia no cambia la idea del derecho individual protegido en la enmienda.²¹²

A los dos casos anteriores se le debe agregar el caso Estados Unidos vs Miller del año 1934. En ese año se conoció la polémica de la llamada Ley Nacional sobre Armas de Fuego, dicha sentencia puede ser la más polémica entre las opiniones encontradas con respecto al texto de la enmienda, pues su contenido no es totalmente claro y libre de duda.

El tipo de arma en análisis de la sentencia (escopetas de cañón corto), en inglés *sawed-off shotguns*) no entró a ser protegida por la enmienda, sin embargo la discusión no fue sobre si solo se tiene derecho a poseer armas para la milicia o no. No se analiza si es derecho individual o si es derecho de la milicia, eso sí, el contenido de las palabras se presta a interpretaciones, puesto que habla de “armas de uso común en la época”.²¹³

²¹² *Presser v. Illinois*, 116, U.S. 252, 265 (Corte Suprema de Estados Unidos, 1886). En el caso *Heller* la Corte comenta dicha sentencia diciendo que (traducción personal): “(...) el derecho a tener y portar armas no fue violado por una ley que prohibió “cuerpos de hombres que se asocian como organización militar, o para ejercitar o desfilan con armas en ciudades o pueblos a menos que estén autorizados por la ley” (...) Esto no refuta la interpretación de la enmienda como derecho individual”. *Distrito de Columbia vs Heller* 554 U.S. (Corte Suprema de Estados Unidos, 2008), 48. Disponible en web: <http://www.scotusblog.com/wp-content/uploads/2008/06/07-2901.pdf>. Consultado el 30 de octubre de 2015. También especifica que el contenido prohibitivo de la enmienda constriñe únicamente al Estado federal, no a los federados (traducción personal): “Nuestras ulteriores decisiones en *Press v. Illinois*, 116, U.S. 253, 265 (Corte Suprema de Estados Unidos, 1886) y *Miller v. Texas*, 153 U.S. 535, 538 (Corte Suprema de Estados Unidos, 1894), reafirmaron que la segunda enmienda aplica sólo al Gobierno Federal” *Ibíd.*, 48. Sobre el caso *Presser v. Illinois*, 116, U.S. 252, 265 (Corte Suprema de Estados Unidos, 1886), véase Justia, US Supreme Court. Disponible en Web: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/116/252/case.html>. Consultado el 15 de noviembre de 2015.

²¹³ En cuanto al caso *Miller*, la Corte en el caso *Heller* argumenta que (traducción personal): “Es del todo claro que la base de la Corte para decir que la segunda enmienda no aplicaba fue no que los imputados no estuvieran portando armas para un uso distinto a la milicia, sino que fue sobre el tipo de arma en cuestión que

El caso Distrito de Columbia vs Heller tiene una serie de antecedentes que se pasan a comentar. En el año 1975 se aprueba en el Distrito de Columbia el *Firearms Control Regulations Act*²¹⁴, dicha ley prohíbe la portación de armas sin una licencia del alguacil; licencia que si es otorgada, posee una duración de un año. Además, se prohíbe que las armas de fuego ubicadas en el domicilio permanezcan cargadas y deben tener el seguro activado.

Dick Anthony Heller, oficial de policía del Distrito de Columbia de entonces 66 años, solicitó un permiso de portación de arma y este le fue denegado. Ante esto, Heller demandó ante la Corte del Distrito²¹⁵, argumentando que dicha prohibición para permitirle

no era elegible para la protección de la Segunda Enmienda”. *Distrito de Columbia vs Heller 554 U.S.* (Corte Suprema de Estados Unidos, 2008), 49. Disponible en web: <http://www.scotusblog.com/wp-content/uploads/2008/06/07-2901.pdf>. Consultado el 30 de octubre de 2015. Específicamente en el caso Miller se mencionó que (traducción personal): “En la ausencia de alguna evidencia tendiente a mostrar que la posesión o uso de una escopeta de cañón corto en ese momento tuviera alguna relación razonable con la preservación o eficiencia de una milicia bien regulada, no podemos decir que la Segunda Enmienda garantiza el derecho a tener y portar ese específico instrumento”. *United States v. Miller, 307, U.S. 174 (1939), at 178*. Véase Justia US Supreme Court. Disponible en Web: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/307/174/case.html>. Consultado el 15 de noviembre de 2015. La Corte en el caso Heller analiza qué tipos de armas permite entonces la sentencia Miller, indicando (traducción personal): “Creemos que la mención en Miller de “equipo militar bien equipado” debe leerse en lo tendiente a lo que dice de seguido: “Ordinariamente cuando son llamados a servicio se esperaba que los hombres llegaran portando armas suplidas por ellos mismos y del tipo de común uso para su época”. *United States v. Miller 307 U.S. at. 179.*” *Distrito de Columbia vs Heller 554 U.S.* (Corte Suprema de Estados Unidos, 2008), 52. Disponible en web: <http://www.scotusblog.com/wp-content/uploads/2008/06/07-2901.pdf>. Consultado el 30 de octubre de 2015. Lo que menciona la Corte es que las armas de uso no civil no son las que usaría una milicia y por tanto las protegidas por la enmienda son las de uso común en la época.

²¹⁴ Véase el texto en “Internet Archive” <https://archive.org/stream/firearmscontrol00colugoog#page/n18/mode/2up> Consultado el 15 de noviembre de 2015.

²¹⁵ La situación no fue tan sencilla y el caso no estuvo ajeno a controversia incluso entre las mismas personas pro armas. La Asociación Nacional del Rifle y Heller tuvieron sus roces sobre la estrategia a seguir, pidiendo

portar su arma violaba su derecho amparado por la Segunda Enmienda. Esta demanda fue rechazada en primera instancia en el año 2004.

Dick Heller apela ante la Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia y este revierte la decisión de primera instancia. La Corte de Apelación concede a la Corte Suprema avocación para conocer el caso, ante la solicitud del distrito que pasa a ser el demandante.

La Corte Suprema conoció el caso y designó al juez Antonin Scalia como redactor del que sería el criterio de mayoría. La votación fue cinco contra cuatro, estando en la mayoría, además de Scalia, los jueces John Roberts, Anthony Kennedy, Clarence Thomas y Samuel A. Alito. Los jueces John Paul Stevens, David Souter, Ruth Bader Ginsburg y Stephen G. Breyer votaron en contra. Stevens y Breyer redactaron dos disentimientos o votos salvados a los que los otros dos se adhirieron.

Lo primero (1) que se analiza²¹⁶ en la sentencia es el contenido de la Segunda Enmienda. Para ello se interpreta que esta protege el derecho individual a poseer armas de fuego, sin tener exclusiva relación con un servicio en la milicia, además, el derecho a usar armas de fuego para cualquier propósito respetuoso de la ley, haciendo especial mención a la legítima defensa dentro del hogar.

Lo segundo (2),²¹⁷ que como muchos derechos, el contenido en la Segunda Enmienda no es ilimitado. Esto por cuanto no es un derecho a tener y portar cualquier

dicha Asociación más participación, véase Brian Doherty, “How the Second Amendment was restored: the inside story of how a bang of libertarian lawyers made constitutional history”, *Books and Journals: Reason* 40 (2008). Disponible en web: <http://vlex.com/vid/restored-gang-libertarian-constitutional-57023985>. Consultado el 1 de noviembre de 2015.

²¹⁶ *Distrito de Columbia vs Heller* 554 U.S., (Corte Suprema de Estados Unidos, 2008), 2-53. Disponible en web: <http://www.scotusblog.com/wp-content/uploads/2008/06/07-2901.pdf>. Consultado el 30 de octubre de 2015.

²¹⁷ *Ibíd.*, 54-56.

arma, bajo cualquier manera ni bajo cualquier propósito. Se aceptan como posibilidades de limitación la obligación de portar armas de forma oculta, a los condenados penales y a los enfermos mentales, asimismo la prohibición de portar armas en sitios públicos considerados delicados, como escuelas, edificios gubernamentales o también, las condiciones que se puedan a los comercios para vender armas. Las armas específicamente protegidas por la enmienda serán siempre aquellas que se encuentren en uso común en la época que se trate, pero también se entiende que es razonable que se prohíba la portación de armas consideradas mucho más peligrosas e inusuales.

Tercero (3)²¹⁸, que la prohibición de tener armas de mano sin el seguro activo o guardadas sin munición en la mencionada ley del Distrito de Columbia viola la Segunda Enmienda. Además, puesto que no se puede prohibir algún tipo de armas que comúnmente los estadounidenses en gran mayoría utilicen para propósitos aprobados de legítima defensa. Una prohibición de este tipo tendría choque con el derecho a la tranquilidad familiar y a la propiedad privada.²¹⁹

La Segunda Enmienda en su literalidad menciona que siendo necesaria una milicia bien organizada para seguridad de un Estado libre, no se coartará el derecho del pueblo a tener y portar armas. Ante esto la Corte explica (1) que dicha enmienda presenta dos partes independientes entre sí que pueden ser interpretadas como un todo, en el caso de que sea necesario a propósitos de la milicia o puede interpretarse que esa segunda parte es independiente de la primera o preliminar y que solo declara un derecho preexistente.²²⁰ En

²¹⁸ *Ibíd.*, 56-64.

²¹⁹ En los puntos que más se enfoca la investigación serán en el primero y segundo, dejando para el tercero, que toca un aspecto más concreto de ley, solamente algún comentario que se considere necesario y que contribuya a integrar los argumentos de fondo.

²²⁰ Sobre esto menciona la Corte que (traducción personal): “Poniendo todos estos elementos juntos, encontramos que ella garantiza el derecho individual a poseer y portar armas en caso de confrontación. (...) Vemos esto porque siempre ha sido entendido ampliamente que la Segunda Enmienda, como la Primera o la Cuarta Enmienda, codificó un derecho preexistente. El propio texto de la Segunda Enmienda implícitamente

otras palabras, la milicia hace que los ciudadanos tengan garantizado el derecho a poseer y portar armas, pero no toda tenencia y portación de armas es para propósitos de la milicia, por tanto, se distingue la presencia de dos puntos en dicha enmienda.

Si bien es cierto, la redacción de la enmienda se encuentra en una época muy distinta a la actual, el propósito de la Constitución es ser entendida en un lenguaje común que todos puedan comprender y no puede contener más significado que lo que beneficie a las personas.²²¹ Este es el principal punto de polémica porque los detractores hablan que solo se tiene el derecho en el tanto se esté en una milicia o se prepare para estar en ella y, por tanto, si no existe hoy necesidad de milicia, no se puede hablar de un derecho por tener y portar armas, ya que sí se puede restringir por ser la milicia innecesaria. Heller y quienes piensan como él argumentan que la enmienda trata también de proteger el derecho individual de poseer armas para propósitos que se ajusten a la ley.

La Segunda Enmienda se divide en dos partes; primero, una cláusula preliminar (*Siendo necesario una milicia bien organizada para seguridad de un Estado libre...*) que no limita la totalidad de la enmienda a la milicia, sino que esa mención preliminar solamente anuncia un propósito que se considera esencial (el derecho a la rebelión contra la tiranía).²²² En otras palabras, toda milicia lleva necesario el derecho a contar con armas,

reconoce el derecho preexistente y solo declara que “no será infringido”. *Distrito de Columbia vs Heller* 554 U.S. (Corte Suprema de Estados Unidos, 2008), 19. Disponible en web: <http://www.scotusblog.com/wp-content/uploads/2008/06/07-2901.pdf>. Consultado el 30 de octubre de 2015.

²²¹ Menciona la Corte (traducción personal): “Interpretando este texto, somos guiados por el principio de que “la Constitución fue escrita para ser entendida por los votantes; sus palabras y frases fueron usadas en su significado normal y ordinario distinguiéndose del significado técnico” *United States v. Sprague*, 282 U.S. 716, 731 (1931). *Distrito de Columbia vs Heller* 554 U.S., (Corte Suprema de Estados Unidos, 2008), 3. Disponible en web: <http://www.scotusblog.com/wp-content/uploads/2008/06/07-2901.pdf>. Consultado el 30 de octubre de 2015.

²²² La Declaración de Derechos inglesa de 1689 es la base de la Segunda Enmienda, aunque sin la limitación que la primera imponía solamente protegiendo a protestantes. En Inglaterra la Declaración protegía al pueblo de los poderes reales, el derecho no se pensó también oponible al parlamento, ya que como se dijo en la

sin embargo el derecho a tener y portar armas no significa que se deba ser parte de la milicia. Es una relación género especie, siendo el género el derecho a tener armas y su especie el uso en la milicia. La cláusula preliminar no limita o expande el significado de la cláusula operativa, porque no posee exclusiva relación como para determinarla, sino que la complementa.²²³

La segunda cláusula es la operativa, la cual no está determinada por la primera y enuncia solo un derecho del pueblo, preexistente, que puede ser utilizado de muchas formas. El texto de la enmienda protege además el derecho de rebelión, pero este no es en sí el mismo que el derecho a tener armas (que puede tener muchos usos como seguridad personal, deporte, etc.) y que también está incluido en el texto al decir “el derecho del pueblo”.

primera parte de esta investigación, el parlamento es todo poderoso. Sobre el derecho de rebelión la Corte cita a Blackstone (traducción personal): “Su descripción (la Corte refiriéndose a Blackstone) no puede pensarse como atada a la milicia o al servicio militar. Ella fue, dijo él, “el derecho natural de Resistencia y auto preservación” y “el derecho de tener y usar armas para la autopreservación y defensa” *Blackstone 136, 139-140 (1765)*” *Distrito de Columbia vs Heller 554 U.S.*. (Corte Suprema de Estados Unidos, 2008), 20-21. Disponible en web: <http://www.scotusblog.com/wp-content/uploads/2008/06/07-2901.pdf>. Consultado el 30 de octubre de 2015.

²²³ Menciona la Corte (traducción personal): “Calza perfectamente, una vez conocida la historia que la generación fundadora supo y que hemos descrito anteriormente. Esa historia mostraba que la manera como los tiranos eliminaban una milicia consistió no en prohibir la milicia de hombres capacitados, sino confiscando las armas del pueblo, inhabilitando la milicia o el ejército de oponentes políticos. (...) El debate con respecto al derecho a tener y portar armas, como con otras garantías de la Carta de Derechos (todos coinciden en que así fue) fue sobre si era necesaria una codificación en la Constitución”. *Ibíd.*, 25. Esto concuerda con lo expuesto en la sección anterior, respecto a que el motivo del nacimiento de la enmienda era garantizar el derecho a la rebelión contra la tiranía, pero que el contenido de las enmiendas no puede cerrar la protección integral de todos los derechos considerados inalienables o pre-existentes, como lo sería el derecho a tener armas, que dicho sea de paso se entiende mencionado al decir la Segunda Enmienda “*the right of the people to keep and bear arms*”.

Esa cláusula operativa hace necesario interpretar esa frase “el derecho del pueblo”. Es utilizada tanto en la Constitución como en otras enmiendas (por ejemplo el derecho de reunión del pueblo). La Corte declara que en el contexto que se redactó la enmienda, el derecho del pueblo (*the right of the people*) se refiere a un derecho del individuo y todos los individuos sumados constituían el pueblo,²²⁴ una suma de individualidades, el pueblo tiene el derecho independientemente de organización alguna, la milicia o cualquier otra. No existen los derechos colectivos o derechos que puedan hacerse efectivos solo participando en un determinado grupo de personas.

En ninguna parte del espíritu de la Constitución se intenta dar derechos a los individuos en el tanto organizados. La mención a “derecho del pueblo” debe entenderse exclusivamente como derecho individual y si todos tienen el derecho, ahí se vería el carácter “colectivo”, sin embargo, no otorga derechos en el tanto se pertenezca a un grupo.

Dicho así, la milicia no es el requisito esencial para poder aclamar el derecho de la Segunda Enmienda, sino una aplicación que la enmienda desea dejar clara (el derecho de legítima defensa común contra un Gobierno federal opresor). El derecho a tener y portar armas se considera autónomo, preexistente, perteneciente a cualquier ciudadano de los Estados Unidos y además, como se analizó páginas atrás, la enmienda no es creadora de derecho, sino únicamente declarativa de este. Los derechos del pueblo son inalienables y la Constitución es el peso y límite al poder.

El término “armas” debe entenderse, según la Corte, como cualquier objeto que el hombre utilice en su defensa, o tome con sus manos, que utilice para arremeter contra

²²⁴ Menciona la Corte (traducción personal): “La Constitución sin modificar y la Carta de Derechos usaron la frase “derecho del pueblo” otras dos veces, en el derecho de asamblea y petición de la Primera Enmienda y en la Cuarta Enmienda sobre las pesquisas y aprehensiones. La Novena Enmienda usa una terminología similar. (...) Estos tres ejemplos refieren sin ambigüedad a derechos individuales, no a derechos colectivos, o derechos que puedan ser ejercidos solo a través de la participación en un cuerpo organizado. (...) En ninguna parte en la Constitución un derecho atribuido al pueblo refiere a otra cosa que no sea a un derecho individual”. *Ibíd.*, 5-6.

otro.²²⁵ Importante es que la Corte no limita el término a armas que son especialmente de uso militar o que no son empleadas con capacidad militar, eso sí, no se limita a armas de la época, sino que incluirá cualquier instrumento y tecnología que se desarrolle con el pasar de los años; la enmienda dice “armas”, no especifica de qué tipo.²²⁶

Poseer armas es una situación independiente del uso que se les dé, por eso la tenencia entraría a analizarse como un tema de derecho de propiedad. Poseer armas se entiende como derecho individual y no ligado a la milicia (como sería que la milicia proporcione armas a sus miembros o, lo que es hoy, la guardia nacional o el ejército, que provee armas a sus miembros que son de propiedad exclusiva del Estado).

El término hace referencia a cargar un arma para los propósitos que le dé el sujeto, sean ofensivos o defensivos y esto lo que demuestra también es que no tiene relación alguna con la pertenencia o no a un determinado grupo, como lo sería la milicia.²²⁷ Esto es confirmado por la presencia en algunas constituciones estatales de una previsión de un derecho a tener armas para la defensa personal y la defensa del Estado. Decir que la portación de armas es algo exclusivo de un organismo militar estaría siendo ajeno al significado más estricto del verbo, estarían restringiéndolo a algo que él (el verbo tener) no menciona en sí mismo.

Según este criterio de mayoría, esa interpretación del verbo “portar armas” como ligado únicamente a la milicia estaría careciendo de sentido al no existir necesidad de

²²⁵ Menciona la Corte (traducción personal): “La edición del diccionario de 1773 de Samuel Johnson definió “armas” como “instrumentos de ofensa o defensa” 1 Dictionary of the English Language 107 (4th ed.) Una importante definición legal la da Timothy Cnningham en 1771 definiendo “armas” como “cualquier cosa que un hombre use para su defensa, o que tome en sus manos, en la lucha contra otro” 1 A New and Complete Law Dictionary (1771). (...) El término fue aplicado, entonces y ahora, a armas que no fueran específicamente utilizadas para uso military o que fueran utilizadas con capacidad militar”. *Ibíd.*, 7-8.

²²⁶ Menciona la Corte el término (traducción personal): “Tener armas” fue simplemente una manera común de referirse a poseer armas, para propósitos militares o de cualquier tipo”. *Ibíd.*, 9.

²²⁷ *Ibíd.*, 9.

hacer referencia expresa a que los soldados tienen derecho a hacer la guerra o a ser soldados, menos en el época de redacción de la enmienda, eso es algo obvio, inherente al ejercicio del servicio militar o miliciano. Lo que poseen las personas es el derecho a tener y portar armas y luego la garantía de que en ese entendido, pueden, si la situación lo hace necesario, integrarse al cuerpo miliciano.

En cuanto a la cláusula operativa, se confirma un punto del cual se habla anteriormente, que las enmiendas solo describen derechos preexistentes. La Segunda Enmienda únicamente reconoce la preexistencia del derecho y declara que no debe ser restringido. Esto fue confirmado desde la sentencia citada con anterioridad, del caso *Estados Unidos vs Cruikshank*.

El derecho de repeler la fuerza con la fuerza, cuando la intervención estatal contra el derecho de los individuos pase a un nivel intolerable por la población, no tiene relación estricta con la pertenencia oficial del ciudadano a una milicia. En efecto, esto puede suceder, que se ingrese en la milicia, pero perfectamente no, y el derecho natural²²⁸ protege el principio hipotético de rebelarse contra la autoridad que se sobrepasa en sus funciones.

El derecho, ese que no puede ser infringido, no quiere decir, en opinión de la Corte, que sea ilimitado, tal como tampoco lo es la libre expresión aclamada en la Primera Enmienda, por eso no se puede aclamar, según esta Corte, que existe un derecho a tener cualquier clase de armas.²²⁹

²²⁸ Sobre ello menciona la Corte (traducción personal): “Los americanos entendieron el “derecho de autopreservación” como permitirle a los ciudadanos “repeler la fuerza con la fuerza” cuando “la intervención de la sociedad en su favor pudiera llegar tarde para prevenir un daño. 1 Blackstone’s Commentaries 145-146, n. 42 (1803)”. *Ibid.*, 21.

²²⁹ Ante eso menciona la Corte (traducción personal): “Nos parece fuera de duda, sobre la base del texto y de la historia, que la Segunda Enmienda confiere un derecho individual a las personas para tener y portar armas. Por supuesto ese derecho no fue ilimitado, justo como el derecho de la Primera Enmienda a la libertad de expresión no lo fue, véase *United States v. Williams*, 553 U.S.____ (2008). Así, no leemos la Segunda

La milicia como organismo ciudadano de defensa efectivamente responde a un contexto. Todos los hombres capaces, con cierta edad, de manejar armas, pueden integrarla para la defensa común. La Segunda Enmienda asume que ese cuerpo ha de poder organizarse. Esto es parte del debate sobre la necesidad o no de un ejército permanente.²³⁰

La “seguridad de un Estado libre” significa que debe asegurarse la unidad de la organización política como se concibió al declararse la independencia, no se debe interpretar que esto signifique la seguridad de cada uno de los estados, los involucra a todos, no obstante lo que se protege es el sistema político concebido desde el inicio, la Unión.²³¹

Debe haber un punto donde calcen ambas partículas de la enmienda. En el momento que se tiene claro el contexto de la necesidad hipotética de rebelión y la necesidad concreta de contar con hombres preparados en una milicia y la existencia de un derecho natural de rebelión y autopreservación, además del autónomo derecho a tener y portar armas, ahí se aprecia el punto de conexión y se entiende correctamente la Segunda Enmienda.

Enmienda como protectora de un derecho de los ciudadanos a portar armas para cualquier propósito de confrontación, justo como no leemos que la Primera Enmienda proteja el derecho a expresarse de cualquier manera”. *Ibíd.*, 22.

²³⁰ Menciona la Corte (traducción personal): “Se le da al Congreso el poder de “proveer la organización de la milicia”, y el poder no de crear sino de “organizarla” –y a organizar “una” milicia, la cual es lo que uno esperaría si la milicia fuera una creación federal, sino a organizar “la” milicia”, significando un cuerpo ya en existencia. (...) Finalmente, el adjetivo “bien regulada” no implica más que la imposición de disciplina y entrenamiento apropiados”. *Ibíd.*, 23.

²³¹ Menciona la Corte (traducción personal): “Es cierto que el término “Estado” en todo lugar en la Constitución refiere a estados individuales, pero la frase “seguridad de un Estado libre” y cercanas variaciones parecen ser términos acuñados en el discurso político del siglo XVIII, significando “país libre” (...) Sin embargo, otros usos de “Estado” en la Constitución son típicamente acompañados por determinativos que hacen claro que se refiere a varios estados –“cada estado”, “algunos estados”, “cualquier estado”, “ese estado”, “estados particulares”, “un estado”, en el artículo I y artículo III muestran que la palabra “Estado” no tiene un significado particular en la Constitución”. *Ibíd.*, 24.

En todo Gobierno autoritario de la historia se puede observar que el Estado pasa altos controles de armas, desarma a la población y procura a la fuerza armada mayor presencia para controlar cualquier movimiento ciudadano. Las restricciones de derechos son más efectivas cuando la población no puede oponer resistencia.²³²

El miedo a un Gobierno federal que se sobrepasase en sus funciones e invadiera la libertad de los estados hizo necesario la creación de la Segunda Enmienda, pero aún hoy cuando la milicia pueda parecer desfasada y la seguridad del Estado parece estable, la idea hipotética general del derecho de rebelión tiene plena vigencia, siendo que el pueblo no merece un gobernante autoritario que interfiera en la esfera de libertad de los ciudadanos.

Ahora bien, incluso si no existiera la Segunda Enmienda, el principio general de derecho natural y de gobierno limitado que Hamilton expuso muestra que sí existe un derecho a tener y portar armas en Estados Unidos, para los propósitos legítimos que sea y que este derecho no es ilimitado. El juez Scalia describió, como se indicó, los alcances de las limitaciones.²³³

La presencia de la misma cláusula de protección al derecho a tener armas también está presente en constituciones estatales, pero no como derecho a la milicia, sino

²³² Esto ocurrió en Inglaterra previo a la gran revolución de 1688, ocurrió en la Alemania nazi (como en otras muchas tiranías). Véase Stephen Halbrook, *Gun Control in the Third Reich: disarming the Jews and Enemies of the State* (Oakland: Independent Institute, 2004).

²³³ Menciona la Corte (traducción personal): “La cláusula preliminar no sugiere que preservar la milicia fuera la única razón por la que los americanos valoraran el derecho preexistente; mucho más importante es la defensa propia o la cacería. Pero la amenaza de que el nuevo Gobierno federal destruyera las milicias ciudadanas confiscando sus armas fue la razón para que el derecho fuera codificado en una constitución escrita”. *Distrito de Columbia vs Heller 554 U.S.* (Corte Suprema de Estados Unidos, 2008), 26. Disponible en web: <http://www.scotusblog.com/wp-content/uploads/2008/06/07-2901.pdf>. Consultado el 30 de octubre de 2015.

unitariamente como derecho²³⁴, dichas previsiones son previas a la Segunda Enmienda. Esto cierra las puertas, según la Corte, a querer entender la enmienda en un sentido tan restringido como decir que solo se puede tener armas en el tanto se esté en una milicia²³⁵. Simplemente no se puede entender el derecho a tener armas sin el derecho a la rebelión del pueblo y el derecho individual de defensa personal y preservación de la vida. Ese es el verdadero contexto, no solo decir que la pertenencia en la milicia es la única que otorga el derecho.²³⁶

Dicho y comprendido lo que es el contenido de la Segunda Enmienda por la Corte Suprema, es necesario entender el alcance de ese derecho (2). Según la Corte este derecho, como muchos otros, está limitado en su naturaleza. Como señala la Corte “desde Blackstone pasando por casos del siglo XIX, comentaristas y los tribunales explicaron

²³⁴ Menciona la Corte sobre las constituciones estatales (traducción personal): “Nuestra interpretación es confirmada por análogos derechos de tener y portar armas en constituciones estatales que precedieron e inmediatamente siguieron la adopción de la Segunda Enmienda. Cuatro estados adoptaron menciones análogas a la Segunda Enmienda en el periodo entre la independencia y la ratificación de la Carta de Derechos. Dos de ellas –Pennsylvania y Vermont- claramente adoptaron derechos individuales sin conexión con la milicia. La Declaración de Derechos de Pennsylvania de 1776 dijo: “Que el pueblo tiene un derecho a portar armas para la defensa personal y del Estado”. (...) En 1777, Vermont adoptó una provisión idéntica, excepto por las diferencias de puntuación. (...) Entre 1789 y 1820, nueve estados adoptaron previsiones análogas a la Segunda Enmienda –Kentucky, Ohio, Indiana y Missouri- refiriendo al derecho del pueblo a “portar armas en defensa de sí y del Estado”. *Ibíd.*, 28-29.

²³⁵ La ironía de tal afirmación la expone la mayoría de la Corte cuando afirma que “Así, si los demandantes están en lo correcto [el Distrito de Columbia] la Segunda Enmienda protege el derecho de los ciudadanos a usar un arma en una organización de la cual el Congreso tiene plena autoridad de excluirlos”. *Ibíd.*, 27.

²³⁶ Se ve en una serie de decisiones judiciales como en *Houston vs Moore* de 1820; *Johnson vs. Tompkins* de 1833; *Waters vs. State* de 1843; *Nunn vs. State* de 1846, todos ellos hablan de un derecho natural de auto defensa. Ver *Ibíd.*, 40. Menciona dicha sentencia la decisión *State v. Chadler* de 1850 (traducción personal): “Este es un derecho garantizado por la Constitución de los Estados Unidos, y la cual es calculada para incitar a los hombres a una noble defensa de sí mismos, si es necesario, y de su país, sin ninguna tendencia a las ventajas secretas o los asesinatos cobardes”.

continuamente que no era un derecho a tener y portar cualquier arma, de cualquier manera y con cualquier propósito”.²³⁷

El límite más común, como reconoce la Corte, es prohibir la portación de armas que no sean ocultas. El hecho de portar armas de forma no expuesta no tiene roce con la Segunda Enmienda. A esto también se suma la prohibición de armas de fuego para personas con un récord criminal y personas mentalmente enfermas.²³⁸ No está de más, y por supuesto, es sensible, la prohibición de armas de fuego en lugares como edificios gubernamentales y escuelas; asimismo en los comercios que venden armas es válido establecer a nivel estatal, vía ley, estándares de venta de armas. La lista de posibles prohibiciones no es taxativa en la sentencia Heller, eso hace que en el futuro existan más casos de leyes estatales con diversos contenidos que deben ser analizadas una por una.²³⁹

La prohibición de armas de alcance peligroso e inusual también es aceptada.²⁴⁰ Esto se dijo en *Estados Unidos vs. Miller* y se reitera en *Distrito de Columbia vs. Heller*. Lo que defiende la Corte es que el hecho de que el desarrollo tecnológico ha limitado el grado de

²³⁷ *Ibíd.*, 54.

²³⁸ Menciona sobre ellos la Corte (traducción personal): “Aunque no emprendemos un análisis histórico exhaustivo de hoy sobre el alcance total de la Segunda Enmienda, nada en nuestra decisión debería ser tomada a atraer dudas sobre prohibiciones de larga data en la posesión de armas de fuego por criminales o enfermos mentales, o leyes prohibiendo la portación de armas de fuego en lugares sensible como escuelas o edificios gubernamentales, o leyes imponiendo condiciones o calificaciones para la venta comercial de armas”. *Ibíd.*, 54.

²³⁹ Sobre ello (traducción personal): “Identificamos esas presumibles regulaciones legítimas solo como medidas ejemplificadoras; nuestra lista no pretende ser exhaustiva”. *Ibíd.*, 55.

²⁴⁰ Sobre otra limitación, menciona la Corte (traducción personal): “Reconocemos también otra importante limitación al derecho a tener y portar armas. El caso *Miller* dijo, como hemos explicado, que las específicas armas protegidas eran aquellas de “común uso para la época” 307 U.S., at 179. Pensamos que la esa limitación es justamente relativa a “armas peligrosas e inusuales”. *Ibíd.* 55.

ajuste entre la cláusula preliminar y el derecho protegido no cambia la interpretación del derecho.²⁴¹

En otras palabras, la no necesidad o no presencia de la milicia no limita que las personas cuenten con ciertas armas. La enmienda protege el derecho a tener armas comúnmente usadas por civiles, de hecho las milicias son cuerpos de civiles con armas, las armas que los civiles tienen son las comunes de uso no militar.²⁴² Los milicianos poseen y aportan sus propias armas, las que tienen en casa, las cuales son de uso común para civiles, o sea, no de altos calibres militares.

El punto tercero (3), sobre la adecuación de la ley que limitó el derecho a tener armas en el Distrito de Columbia con la Constitución, no encaja y pasa a un análisis de constitucionalidad porque la ley en cuestión indica una total prohibición de las armas pequeñas o de mano (pistolas y revólveres son las armas más usadas por los estadounidenses), especificando que es ilegal tenerlas, a menos que se cuente con el permiso de un año que otorga el jefe de policía. Además, quienes poseen en sus casas armas de este tipo deben mantenerlas descargadas, dejándolas en sí mismas inoperables para emergencias y uso en legítima defensa.²⁴³

²⁴¹ *Ibíd.*, 56.

²⁴² Un punto muy importante relativo a las armas más polémicas en Estados Unidos (traducción personal): “Podría ser objetado que si las armas más útiles para el servicio militar –rifles M16 o similares- pueden ser prohibidas, entonces la Segunda Enmienda es violentada en su cláusula preliminar. Pero como hemos dicho, la concepción de la milicia en el tiempo de la ratificación de la Segunda Enmienda fue el cuerpo de todos los ciudadanos capaces para prestar servicio militar, lo cual conlleva la clase de armas poseídas legítimamente en casa para el deber militar”. *Ibíd.*, 55.

²⁴³ Sobre la particular prohibición legal en el distrito de Columbia, menciona la Corte (traducción personal): “La prohibición de armas de mano equivale a una prohibición de una entera clase de “armas” que son abrumadoramente seleccionadas por la sociedad americana para propósitos legítimos. La prohibición se extiende, además, al hogar, donde la necesidad de la defensa personal, de la familia y de la propiedad es más aguda. Bajo cualquiera de los estándares de escrutinio que hemos aplicado para enumerar derechos constitucionales, prohibir para el hogar “el arma de fuego más preferida en la nación para ser ‘poseía’ y

El argumento de fondo utilizado por la Corte para declarar la inconstitucionalidad de la ley del Distrito de Columbia se apoyó en el hecho de que la ley puede regular el derecho, pero no infringirlo, no eliminarlo como sería eliminar el derecho a tener armas pequeñas para propósitos defensivos.²⁴⁴

La Corte comenta que no puede pretenderse limitar las armas de mano, armas cortas, como se podría limitar las armas largas, pues las cortas son importantes por la facilidad de tener a mano en momentos de peligro, en el domicilio y por la practicidad para accionarlas en caso de ser necesario.²⁴⁵ No constituyen un peligro como serían otro tipo de armas y en el domicilio no se puede limitar algo que no puede estar en manos de la ley, menos pretender hacer inoperativos dichos instrumentos además de hacer delito la portación de armas.²⁴⁶

Finaliza la decisión de mayoría dejando claro que la Corte acepta el problema general que desata la discusión, pero no puede pretenderse dejarse derechos

usada para protección de la propiedad y familia propia” 478 F. 3d, at 400, sería un error al diseño constitucional” *Ibíd.*, 57.

²⁴⁴ Se hace referencia a una sentencia de Alabama (traducción personal): “Véase también *State v. Reid*, 1 Ala. 612, 616-617 (1840) “Un estatuto según el cual, bajo la pretensión de regulación, equivalga a la destrucción de un derecho, o que requiera inutilizar armas para volver inútil la defensa personal, sería claramente inconstitucional”. *Ibíd.*, 57.

²⁴⁵ Sobre la facilidad de usar en la defensa una pistola o un revólver, menciona la Corte (traducción personal): “Hay muchas razones para que un ciudadano prefiera un arma de mano para la defensa del hogar: es más fácil de almacenar en un lugar que sea más accesible en una emergencia; no puede ser fácilmente tomada por el atacante; es más fácil de usar para aquellos que no tienen suficiente fuerza como para manipular un arma larga; puede ser apuntada sobre el asaltante con una mano mientras que con la otra llama a la policía” *Ibíd.*, 57. En todo caso, la ley del distrito de Columbia no deja en ningún momento claro ninguna excepción del uso de armas para la legítima defensa en el hogar, por tanto no podría alegarse que está previsto ya que el contenido de la ley es prohibitiva y deja claro que las armas deben quedar prácticamente inoperativas dentro del hogar.

²⁴⁶ “En contraste, la ley del Distrito lejos de imponer un requerimiento menor, amenaza a los ciudadanos con un año de prisión (cinco por una segunda violación) hasta por obtener un arma en primer lugar”. *Ibíd.* 62.

imposibilitados, menos para la legítima defensa. La no necesidad de milicia en la actualidad es algo que la Corte considera válido para discusión, pero lo que no cree debatible es que ella tenga potestad para declarar fuera de uso la Segunda Enmienda en cuanto a la milicia, por lo demás, se confirma la existencia del derecho y el criterio de la Corte de Apelaciones a favor de Dick Anthony Heller.²⁴⁷

A este criterio de mayoría se contraponen el criterio de los jueces Stevens y Breyer, donde se unieron Souter y Ginsburg. Se procederá a poner las ideas generales de ambos criterios de minoría, para entender esa otra interpretación en Estados Unidos. Dicho esto, se muestran los criterios generales de oposición.

En cuanto al disenso del juez Stevens, primero, él acepta que la enmienda da derecho a las personas, que al final son individuos quienes lo utilizan, pero no en los términos del voto de mayoría.²⁴⁸ El texto de la enmienda no muestra que debe limitarse la acción legislativa y regulación del uso de armas, tampoco señala el derecho de defensa personal en la Constitución.²⁴⁹

²⁴⁷ Sobre esto menciona la Corte (traducción personal): “La Constitución deja al Distrito de Columbia una variedad de herramientas para combatir ese problema [aumento de la violencia armada] incluyendo algunas medidas para la regulación de las armas de mano. (...). Pero la consagración de los derechos constitucionales deja necesariamente ciertas opciones políticas fuera de la mesa. Estas incluyen la absoluta prohibición de las armas de mano mantenidas y utilizadas para la defensa personal y del hogar. Sin duda algunos pensarán que la Segunda Enmienda está desfasada en una sociedad donde nuestro ejército permanente es el orgullo de nuestra Nación, donde las fuerzas policiales bien entrenadas proveen seguridad personal y donde la violencia armada es un serio problema. Eso es quizá debatible, pero lo que no es debatible es que no es competencia de esta Corte declarar extinta la Segunda Enmienda. Confirmamos el pronunciamiento de la Corte de Apelación. Sea así ordenado”. *Ibíd.* 64.

²⁴⁸ John Stevens, *Disentimiento en Distrito de Columbia vs Heller 554 U.S* (Corte Suprema de Justicia, 2008), 1. Disponible en web: <http://www.scotusblog.com/wp-content/uploads/2008/06/07-2901.pdf>. Consultado el 15 de noviembre de 2015.

²⁴⁹ *Ibíd.*, 2.

En la sentencia *Estados Unidos vs. Miller* se habla de milicia y se limita a hablar del derecho en términos de esta. La opinión mayoritaria, en criterio de Stevens, falla al identificar la visión de la limitación que puede tener la enmienda.²⁵⁰ Al decir “una milicia bien regulada para la seguridad de un Estado libre” identifica el propósito de la enmienda en limitar y regular bien una milicia, esa es la visión de la época y, por tanto, el derecho depende necesariamente de la milicia.²⁵¹

En opinión de este juez, se ve confirmado que la Segunda Enmienda no protege un derecho individual a tener armas puesto que las constituciones estatales tuvieron que regularlo (las que presentan la disposición expresa del derecho de defensa)²⁵². Tanto es así, que la opinión mayoritaria escarba tratando de encontrar un punto de conexión entre las alegadas dos partículas que componen la enmienda.²⁵³

El caso Miller mencionado anteriormente es para Stevens una prueba de que el derecho protege a la milicia y no a los ciudadanos en general y el derecho de legítima defensa no es un derecho constitucional porque no está incluido literalmente.²⁵⁴ Como se afirmó con anterioridad, esta sentencia de 1939 se presta mucho a distintas interpretaciones.²⁵⁵

²⁵⁰ *Ibíd.*, 3.

²⁵¹ Parece confusa la afirmación de Stevens referente al “derecho” acerca del pueblo a tener y portar armas (traducción personal): “La Segunda Enmienda fue adoptada para proteger el derecho del pueblo o de cada uno de los distintos estados a mantener una milicia bien regulada” *Ibíd.* 2. Parece ser que el juez confunde el derecho del pueblo a tener armas con el derecho del pueblo a tener una milicia bien organizada.

²⁵² *Ibíd.*, 7.

²⁵³ *Ibíd.*, 8.

²⁵⁴ Menciona el juez Stevens (traducción personal): “(...) no hay indicación de que los redactores de la enmienda quisieran consagrar el derecho de auto defensa del Common Law en la Constitución”. *Ibíd.*, 2.

²⁵⁵ Sobre el caso Miller, la opinión discrepante del juez señala (traducción personal): “La mirada a la enmienda que tomamos en Miller –de que protege el derecho a tener y portar armas para concretos propósitos militares, pero que no acorta el poder de legislar para regular el uso no militar y la posesión de

Cuando se hace mención al “derecho del pueblo”, debe entenderse para Stevens el “derecho de la milicia” a tener y portar armas, ya que pueblo en la Segunda Enmienda solo significa milicia.²⁵⁶ En todo caso, los verbos “*keep and bear*” (tener y portar) son para el juez solamente un *idiom* de la jerga militar.²⁵⁷

Un argumento más para afirmar que la enmienda solo protege el derecho de la milicia a tener y portar armas es decir que este también era un derecho preexistente como el de la legítima defensa y, por tanto, el de legítima defensa como no está regulado en la Constitución, no estaría siendo protegido con ese rango.²⁵⁸

armas- es en ambos la lectura más natural del texto de la enmienda y la interpretación más justa para la historia de su adopción”. *Ibíd.*, 2.

²⁵⁶ Sobre “el pueblo”, en oposición a la mayoría, menciona Stevens: “Similarmente, las palabras “el pueblo” en la Segunda Enmienda refieren a lo indicado en el preámbulo de ésta. Ellas nos recuerdan que es la acción colectiva de los individuos teniendo un deber de servir en la milicia lo que el texto directamente protege y, quizá más importante, que el último propósito de la Enmienda fue proteger la soberanía compartida por los Estados creada por la Constitución”. *Ibíd.*, 10.

²⁵⁷ En cuanto al término “portar armas”, Stevens dice (traducción personal): “El término “portar armas” es una mero dicho en el idioma, cuando es usado como adorno para complementar palabras adicionales, su significado es “servir como soldado, hacer servicio militar, pelear”. *Ibíd.*, 11. Toma “tener y portar” como una sola expresión y no como dos verbos diferentes, por tanto, si alguien “tiene y porta” armas, pero no es de la milicia, no está “teniendo y portando armas”. Otra expresión extraña que se desprende del disentiendo de Stevens es la que expone cuando dice lo siguiente (traducción personal): “(...) la Segunda enmienda no protege un “derecho a tener y a portar armas” sino un “derecho a tener y portar armas”. *Ibíd.* 16. Como “tener y portar” son una misma expresión y una sola acción, la enmienda lo toma como “un” derecho a “tener y portar” armas, porque si no fuera un “*idiom*” lo que diría es “derecho “a” portar y “a” tener armas”, cuando en el idioma inglés o en el español no es necesario poner dos veces la preposición “to” o “a”, respectivamente, para dejar claro que se habla de dos palabras individuales, hacerlo sería caer en una repetición innecesaria de palabras.

²⁵⁸ Stevens indica (traducción personal): “Ciertamente, ni una sola palabra en el texto constitucional apoya el criterio sobredimensionado de la descripción de la Segunda Enmienda por la Corte como “elevándolo sobre todos los otros intereses” el “derecho de los ciudadanos responsables y seguidores de la ley a usar armas en defensa de su hogar”. *Ibíd.*, 17.

Con base en esos argumentos expuestos, Stevens afirma que la mayoría de la Corte brinda otro significado y compromete el papel de la Corte para futuros casos donde se deba interpretar la Carta de Derechos. Según Stevens, los redactores de la Constitución no autorizan a la Corte Suprema a usar *Common Law* y crear derechos constitucionales, o un contorno aceptable de políticas de control de armas, por eso y lo anterior expuesto, declara constitucional la ley del Distrito de Columbia.²⁵⁹

El juez Breyer también redactó un disentimiento que une otra explicación sobre lo mismo que dijo el juez Stevens. La Segunda Enmienda para él protege la existencia de la milicia, que sí es necesaria para el propósito por el cual se pensó y se creó la enmienda, no la legítima defensa u otros usos como derecho individual. Por tanto, la enmienda permite regular el uso de armas de fuego.²⁶⁰

Aún así, el juez argumenta que aún partiendo de que la mayoría tiene razón y sí protege un derecho individual, deben verse los intereses envueltos y hacer un balance de dichos derechos, suprimiendo un poco unos a favor de otros. Aún con el derecho individual, la legislación puede anteponer intereses públicos mayores, como reducir el crimen en la zona urbana del Distrito de Columbia, donde la mayoría de armas usadas en

²⁵⁹ Sobre su razonamiento final (traducción personal): “La Corte apropiadamente rechaza cualquier interés en evaluar la sabiduría de la específica previsión impugnada en este caso, pero falla en prestar atención a la elección política más importante –la hecha por los redactores mismos. La Corte nos quiere hacer creer que alrededor de hace 200 años los redactores hicieron la elección de limitar las herramientas disponibles de los oficiales públicos deseando regular el uso civil de armas, y a autorizar a esta Corte a usar la decisión “caso por caso” del Common Law para crear derecho y definir los contornos aceptables de la política de control de armas. En ausencia de evidencia que sustente lo que no se encuentra en la opinión de la Corte, yo no podría concluir que los redactores tomaron esa elección. Por esas razones, respetuosamente disiento”. *Ibíd.*, 46.

²⁶⁰ Stephen Breyer, *Disentimiento en Distrito de Columbia vs Heller 554 U.S* (Corte Suprema de Justicia, 2008), 1. Disponible en web: <http://www.scotusblog.com/wp-content/uploads/2008/06/07-2901.pdf>. Consultado el 15 de noviembre de 2015.

delitos son las pequeñas como pistolas o revólveres, por tanto pueden ser suprimidas por la ley.²⁶¹

El porqué del poder regularse la tenencia de armas de fuego vía ley siendo constitucional, aún cuando se interprete que se protege un derecho individual, se resume en cuatro puntos importantes: primero, que la enmienda protege un derecho individual, separado de cualquier organización; segundo, siendo parte del preámbulo, citando la sentencia Miller, es fundamental el propósito del aseguramiento de la milicia, por eso es necesario que la gente tenga armas (derecho individual); tercero, que la enmienda debe ser interpretada y aplicada con ese fin (que la gente armada puede servir en la milicia); cuarto, el derecho protegido no es absoluto, pero en todo caso sí está sujeto a regulación gubernamental.²⁶²

La única forma como la ley del Distrito de Columbia puede ser inconstitucional es si esta puede sobrevivir a una ponderación de intereses (libertad-seguridad) y de hecho afirma que sí supera la prueba porque no elimina el derecho a tener otras armas, sino solamente las usadas comúnmente para delinquir.²⁶³ Para Breyer, la ley del distrito no deja por alto el uso de la legítima defensa como excepción aún cuando pone las trabas para el

²⁶¹ Menciona el juez Breyer (traducción personal): “Aún así, una legislatura podría razonablemente concluir que la ley proyecte objetivos de gran importancia pública, a saber, salvar vidas, prevenir daños, reducir el crimen. La ley es adaptada al problema de crimen urbano con un alcance local y así afecta solamente un área geográfica urbana; a la ley le interesa las armas de mano, la cuales está especialmente ligadas a muertes urbanas con armas y lesiones, armas que son abrumadoramente favoritas para armar criminales; y al mismo tiempo, la ley impone un límite a los portadores de armas que parece proporcionalmente no mayor que las restricciones en el tiempo en que la Segunda Enmienda fue adoptada”. *Ibíd.*, 2.

²⁶² *Ibíd.*, 3.

²⁶³ Sobre ello, menciona el juez (traducción personal): “Así, cualquier intento en teoría de aplicar el escrutinio estricto a las regulaciones de armas provocará en la práctica una indagación de balance de intereses, con los intereses protegidos por la Segunda Enmienda, la única pregunta sería si la regulación en cuestión grava de forma impermissible al primero sobre el último. Yo simplemente adoptaría explícitamente ese balance de intereses”. *Ibíd.*, 10.

uso dentro del hogar, por tanto evita examinar la constitucionalidad de que la disposición normativa lo incluya.²⁶⁴

En todo caso, el hecho de que las armas de fuego son peligrosas en el hogar o entre la delincuencia y es más probable que se usen para matar o lesionar, hace racional la ley aprobada en el distrito.²⁶⁵ Asimismo, esa prohibición no viola en sí la cláusula preliminar de la milicia, puesto que prohíbe solo un cierto tipo de armas, las pequeñas, y no otras armas que de igual forma se usan en una milicia.²⁶⁶ Tampoco afecta la cacería o el deporte, parte también del derecho alegado por la mayoría.²⁶⁷

Los intereses de seguridad pública en la ciudad no dejan otra alternativa más que aceptar dicha ley, ya que no roza la Constitución de ninguna manera, ni cuando se argumenta que existe un derecho individual o cuando se dice que este no existe.²⁶⁸ Las armas de mano son peligrosas para el hogar y muy utilizadas para delinquir, por tanto está bien prohibirlas y hasta eliminar un derecho a tenerlas.

Las razones de Breyer son más prácticas que las de Stevens, ambos atacan los argumentos de mayoría diciendo, por un lado, que aún cuando exista un derecho este puede ser regulado (eliminando pistolas y revólveres de las manos civiles) o que no existe

²⁶⁴ *Ibíd.*, 13.

²⁶⁵ *Ibíd.*, 14-27.

²⁶⁶ *Ibíd.*, 27-30.

²⁶⁷ *Ibíd.*, 31.

²⁶⁸ Explica Breyer: “En el balance entre necesidades y cargas, debemos tener en cuenta la posibilidad de que hay razonables y menos restrictivas alternativas. ¿Existen otras posibles medidas que puedan promover de manera similar los mismos objetivos y al mismo tiempo imponer menos restricciones? Véase *Nixon*, 528 U.S., at 402 (...) Aquí no veo ninguna. La razón por la que no hay alternativa claramente superior, menos restrictiva a la prohibición de las armas en el Distrito es que el objetivo propio de la prohibición es reducir significativamente el número de armas de mano en el Distrito, dígase, por ejemplo, al permitir al oficial del cumplimiento de la ley a asumir que cualquier arma de mano que vea es un arma de mano ilegal. No hay otra manera más plausible de alcanzar dicho objetivo fuera de prohibir las armas”. *Ibíd.*, 32.

un derecho a tener armas en general por parte de los civiles que no estén en una milicia. Esto deja en evidencia que las opiniones en Estados Unidos están divididas y en su Corte Suprema solo un criterio 5 contra 4 pudo definir el resultado.

Así expuesta en todo este capítulo, la situación en Estados Unidos no es del todo sencilla. En un país con más de trescientos dieciocho millones de habitantes no se debe tomar tan a la ligera que posea cierta cantidad de homicidios anualmente o que los incidentes no les afectan.

Después de la decisión Distrito de Columbia vs. Heller, la óptica cambió en los estados y sus cortes, un ejemplo importante es el caso McDonald vs. Ciudad de Chicago del 28 de junio de 2010²⁶⁹, en la Corte Suprema, que establece como fundamental el derecho a tener y portar armas, además afirma que la Segunda Enmienda limita al Gobierno federal, pero al ser un derecho individual también ha de limitar a los estados federados en virtud de la cláusula de igual protección que introduce la Catorceava Enmienda.

La Corte no aclara con profundidad el tema de las armas de fuego conocidas como rifles de asalto (con selector de tiro automático y semiautomático), cuyo nombre realmente es subametralladoras. Sobre estas debe tenerse claro que en el caso Heller se dijo que la limitación razonable de armas podía hacerse según el carácter “peligroso o inusual”. Pero no entró a determinar con vehemencia si el tipo específico de armas largas semiautomáticas, fusiles de asalto en particular, pueden ser excluidas de la protección de la Segunda Enmienda y más bien se puede interpretar que esto corresponde a los estados.²⁷⁰

²⁶⁹ *McDonald v. City of Chicago* 561 U.S. (Corte Suprema de Estados Unidos, 2010). Disponible en Web: <http://www.supremecourt.gov/opinions/09pdf/08-1521.pdf>. Consultado el 15 de noviembre de 2015.

²⁷⁰ Al respecto puede verse la opinión del caso McDonald y otros detalles sobre las prohibiciones y limitaciones en Estados Unidos en Matthew Scarola, “Analysis: state gun regulations and Mc Donald”, *Supreme Court of the United States Blog* (2010). Disponible en Web: <http://www.scotusblog.com/2010/06/analysis-state-gun-regulations-and-mcdonald/>. Consultado el 16 de noviembre de 2015.

Cabe recordar que en Miller y en Heller se protege el derecho a tener armas “de común uso para la época”.

Estados Unidos tiene una valoración de la libertad que hace compatible el uso de armas de fuego en la esfera privada y un aprecio por el valor y utilidad de estos instrumentos en la seguridad personal y para recreación y deporte ejercidos con responsabilidad. Efectivamente hay límites en muchos estados, en unos más y en otros menos, pero ese es un tema más, entre muchos otros, donde cada estado puede regular según sus parlamentos lo crean conveniente, siempre atendiendo a una serie de principios fundamentales superiores a cualquier ley que pueda aprobarse por sus parlamentos, de acuerdo con su Décima Enmienda a la Constitución. El caso costarricense se analizará a continuación, se apreciarán las diferencias de criterio y se examinarán los puntos destacados por los tribunales.

b) **CAPÍTULO SEGUNDO. Caso de Costa Rica**

Costa Rica, como país de herencia jurídica continental europea, con un desarrollo del derecho privado proveniente de Roma y con toda la influencia que obtuvo de Francia, a través de España en derecho administrativo, ha elaborado un esquema normativo extenso y variado, desde las constituciones políticas hasta las leyes ordinarias que puedan o no limitar derechos de los habitantes. En el caso de las leyes relativas a armas de fuego, hay deseos expresos de las distintas corrientes políticas de promulgar nuevas regulaciones para limitar totalmente o en menor medida la posibilidad de una persona de tener armas, cualesquiera que sean, en propiedad.

En principio se podría pensar que Costa Rica al no tener ejército es por tanto un país sin armas de fuego, situación que está completamente fuera de la realidad ya que estas armas siempre han estado presentes desde la independencia hasta hoy; se hace un estimado de que existen inscritas alrededor de unas doscientas trece mil armas de fuego,²⁷¹ ese número va en ascenso y solo describe la realidad de que más personas desean proporcionarse su propia seguridad.

La cuestión es determinar en dónde yace la mayor oposición o reticencia general por tratar el tema de las armas de fuego en manos ciudadanas como derecho y poder diferenciar así el tema con respecto a los Estados Unidos, situación tratada anteriormente. El siguiente análisis retratará la versión jurídica del tema para establecer la realidad jurídica en la que está inmersa Costa Rica y, luego, la interpretación que ha hecho la Sala Constitucional sobre el tema y qué específicamente ha tratado.

La discusión sobre las armas de fuego solamente puede mostrar una tendencia a intentar fundamentar ideas que no se pueden conciliar con ciertos valores constitucionales

²⁷¹ Editorial de La Nación, “Armamentismo ciudadano”, *La Nación* (octubre 2012): 16-10. Disponible en Web: http://www.nacion.com/archivo/Armamentismo-ciudadano_0_1299470095.htm. Consultado el 17 de noviembre de 2015.

e históricos en lo que ha creído Costa Rica. No hay que confundir “país de paz” o “país sin ejército” como “país sin armas”.

i) **SECCIÓN PRIMERA. Reticencia general de tratar el tema del uso de armas de fuego por parte de civiles para usos legítimos como un derecho**

En Costa Rica no es fácil inscribir un arma de fuego para propósitos legítimos,²⁷² sin embargo, no se ha prohibido hacerlo. La no existencia literal de una disposición en la Constitución Política costarricense, al estilo de la Segunda Enmienda en Estados Unidos, genera discusión y preguntas muy válidas: ¿Existe en Costa Rica un derecho a tener y portar armas?, piénsese al menos en armas con base en cierto tipo de regulaciones, ¿pero al menos existe?, o ¿acaso al haber una ausencia en el texto constitucional no se pueden interpretar otras disposiciones de derechos fundamentales que sí son compatibles con tener

²⁷² En Costa Rica los requisitos para obtener el permiso de portación de armas son los siguientes: (1) Examen teórico práctico del Ministerio de Seguridad Pública. Este examen se realiza todo el mismo día (parte práctica y parte teórica) según la fecha que el mismo Ministerio le asigne a la persona. Dicho examen tiene un costo económico pero incluye el material teórico de estudio básico, el arma para hacer la prueba, munición, la práctica en el polígono y el equipo de seguridad que se utilizará. El mismo Ministerio también da clases de disparo en su polígono, si la persona quiere prepararse días antes del examen. (2) Examen psicológico realizado por un profesional acreditado, tiene un costo económico según lo determine el Colegio de Profesionales en Psicología. (3) Registro de huellas. Necesariamente con fotografía tamaño pasaporte y hoja de delincuencia. (4) Firma digital, requisito que puede conseguirse en cualquier banco del Sistema Bancario Nacional que esté acreditado para ello. (5) Por supuesto, necesariamente debe contarse con un arma de fuego legalmente adquirida (cualquiera a la venta en una armería que cumpla con lo que determina la ley), dicha arma comprada debe ser registrada. Ahora bien, la tenencia en propiedad para protección exclusiva del domicilio no es portación, por tanto se pueden tener varias armas y será necesario solo inscribirlas, el Estado se preocupa por la portación (estableciendo la inscripción de máximo 3 armas), o sea fuera del domicilio y para ello establece dichos requisitos. Sobre esto véase el *Reglamento de la Ley de Armas y Explosivos, No. 37985SP*. Disponible en Web: http://www.aces-cr.com/files/material/65_Nuevo-Reglamento-Ley-de-Armas-y-Explosivos.pdf. Consultado el 15 de febrero de 2016.

armas?, piénsese en el tríptico de derechos fundamentales expuesto en el título primero de esta investigación.

Todas esas interrogantes conducen a analizar el historial constitucional del país, por lo menos de manera muy breve y concreta. El último conflicto militar ocurrió en 1948, trayendo consigo la abolición del ejército (1948) y una nueva Constitución (1949) que en realidad está basada casi totalmente en la anterior (la de 1871). Dicha abolición del ejército significa que este no será institución permanente, no habrá gasto militar y la seguridad pública corresponde a las fuerzas de policía que están en el poder civil.²⁷³ El deseo es no tener un ejército que se vea involucrado en más rencillas internas, golpes militares, conflictos exteriores y que se utilice y gaste mejor el dinero público en algo más útil que mantener un ejército. No tiene relación alguna con que Costa Rica esté libre de armas de fuego o de cualquier otro tipo de uso común en civiles, como se indicará.

Haciendo una revisión de las primeras constituciones de Costa Rica, se observa que en la Constitución Política de la República Federal Centroamericana, del 22 de noviembre de 1824, en su título XI, artículo 176, se establece lo siguiente: “No podrán, sino en caso

²⁷³ El artículo 12 de la Constitución Política de 1949 declara la proscripción del ejército y determina que en solo en caso de defensa nacional o de convenio continental se puede organizar. Pero dicha abolición tenía un propósito, tal como lo dice la Asamblea Nacional Constituyente encargada de aprobar dicha Constitución: “(...) en el proyecto de Constitución Política de la Segunda República elaborado por la comisión de juristas que integró la Junta mediante decreto No. 137 de 25 de mayo de 1948, se incorpora un extenso preámbulo encabezado por la siguiente declaración: “Después de los acontecimientos políticos que originaron el movimiento revolucionario que culminó con el restablecimiento de la libertad y la dignidad nacionales, el pueblo de Costa Rica, invocando el nombre de Dios, reitera su fe en la Democracia y proclama los siguientes principios basados en sus propias tradiciones y en las necesidades y anhelo de la Nación.” A renglón seguido, se enumeran esos principios, que vienen a ser algo así como la plataforma ideológica y doctrinaria de la Segunda República, según la había concebido don José Figueres desde años atrás. Es importante señalar que uno de esos principios es la proscripción de la “guerra como instrumento de política internacional”, y su correspondiente corolario, la abolición del ejército como institución permanente”. *Acta 169 de la Asamblea Nacional Constituyente* (San José, 1949), nota 1.

de tumulto, rebelión o ataque con fuerza armada a las autoridades constitucionales: 1° Desarmar a ninguna población, ni despojar a persona alguna de cualquier clase de armas que tengan en su casa o de las que lleve lícitamente”.²⁷⁴

La Ley Fundamental del Estado Libre de Costa Rica, del 25 de enero de 1825, tenía una disposición aún más expresiva en su capítulo primero, artículo 2°:

Es libre individualmente y tiene derecho de poner en ejercicio (sic) todas sus facultades, perteneciéndole por tanto la libertad de pensamiento, la de la palabra y la de la Escritura: el derecho de petición de palabra ó por escrito, el de reunirse pacíficamente o objeto de algún placer honesto, discusión política, ó examen de la conducta de los funcionarios, y el de cargar sus armas sin más regla en todo que la justicia, sin más límites, y sin más miramiento que las Leyes.²⁷⁵

Se hace la aclaración de que como miembros de un Estado federal, esta ley fundamental era la ley estatal costarricense, estando ambas constituciones con plena vigencia y eficacia jurídica.²⁷⁶

La comprensión de la necesidad de las armas para la seguridad personal o defender la soberanía del Estado, federal o federado, estaba muy interiorizada y se consideró necesario darle rango constitucional, aunque la propiedad privada de estos instrumentos se mantenía regulada por el derecho civil, como bienes muebles. La regulación constitucional no venía más que a destacar ese carácter esencial de las armas en la sociedad.

²⁷⁴ Hernán Peralta, *Las constituciones de Costa Rica* (Madrid: Instituto de Estudios Políticos. 1962), 196.

²⁷⁵ *Ibíd.*, 206.

²⁷⁶ Sobre dicha Constitución menciona el profesor Sáenz Carbonell: “(...) en su redacción original tenía 121 artículos distribuidos en catorce capítulos. En sus articulados, además de estar presentes elementos del iusnaturalismo racional de ancestro francés y americano, se enunciaban ciertos principios del iusnaturalismo cristiano, entre ellos el que la ley debía tener un fin útil y justo, el de que la ley que violaba los derechos del hombre no era ley y el de que existía un derecho de resistencia moral a la opresión” Jorge Francisco Sáenz, *Los sistemas normativos en la historia de Costa Rica* (San José: ISOLMA, 2009), 495.

Esta tendencia de imprimir en el texto constitucional el derecho a tener y portar armas se aprecia nuevamente en la Constitución federal de 1835, en su artículo 182.1, de igual texto que en 1824.²⁷⁷ Los hechos históricos llevan a cambios de Gobierno, de constituciones y con la llegada de don Braulio Carrillo Colina la historia jurídica de Costa Rica obtuvo un avance significativo al romper con la estricta utilización de textos legales de elaboración española.

Con la Ley de Bases y Garantías del 8 de marzo de 1841, un texto con carácter de constitución que impuso Carrillo, se determinó en su artículo 2.2.6.: “Todos los costarricenses son iguales ante la ley, pero las virtudes cívicas, las ciencias y los grandes servicios al Estado, los diferencian entre sí. Tienen derecho: 6º, para tener en su casa las armas que no prohíba la ley, para su propia defensa y la del Estado; pudiendo llevar consigo las que les permita la misma ley, y en los casos que ella exprese”.²⁷⁸

El siguiente cambio constitucional ocurre en 1844, después de que fuera expulsado don Braulio años antes y fusilado Francisco Morazán, cuyas ideas pro federación no coincidían con la voluntad del pueblo. Para el 8 de abril de 1844 entra una nueva Constitución, cuyo título I, artículo 11 estableció que “Todo ciudadano o habitante puede tener armas para su defensa, y llevar las que la ley no prohíba”. Este derecho era indiferente a si era costarricense o extranjero el dueño y portador del arma, la de propiedad privada, individual, pues las del Estado fueron reguladas en el artículo 41 de dicha Constitución.

La última mención constitucional del derecho de tener y portar armas de las personas es en la Constitución de 1847, la cual en su título I, artículo 6º, indica: “Todos los ciudadanos costarricenses en ejercicio de sus derechos, tienen expedito el de representar activa y pasivamente ante las autoridades del Estado y conforme a las leyes; el de poseer

²⁷⁷ Hernán Peralta, *Las constituciones de Costa Rica* (Madrid: Instituto de Estudios Políticos. 1962), 259.

²⁷⁸ *Ibíd.*, 265.

para su defensa las armas que no sean prohibidas por la ley; y el de trasladarse a cualquiera parte o lugar siempre que esté libre de toda responsabilidad”.²⁷⁹

No se hacen más menciones a las armas en las demás constituciones y esto se puede interpretar desde el punto de vista jurídico. No persistió la necesidad expresa de proteger en la norma fundamental la tenencia y portación de cualquier arma de uso civil y común en la época que fuera, al no calificarse como necesario ante una amenaza de desarme de la población por un Gobierno tiránico, tampoco la ausencia tiene relación directa y expresa con un deseo de regular o eliminar del país estos instrumentos. La ausencia constante a partir de 1847 no puede significar más que la no necesidad de proteger constitucionalmente de forma expresa algo relativo al derecho civil, lo que sería la propiedad privada de armas (que en efecto estaría protegido en el derecho de propiedad privada).

De hecho en Estados Unidos el derecho a tener armas es algo incuestionado en la mentalidad de los padres fundadores de esa nación y hoy la Corte Suprema, como se citó en la sección pasada, lo interpreta como parte del derecho individual de defensa personal (que las constituciones costarricenses también indicaron) y la mención de la Segunda Enmienda es más bien el establecimiento expreso del derecho del pueblo a organizarse contra la tiranía, por eso fue necesario señalarlo en la Carta de Derechos, pero en buen sentido no puede decirse que al no estar regulado no existe, ya que como se determinó, la regulación no debe limitar la existencia de derechos.

Se comprende que un aspecto tan particular no esté presente en una constitución política, al no ser necesario poner en la constitución absolutamente todo, más si puede entenderse ese derecho forjado desde el punto de vista del derecho privado, como serían los derechos reales sobre bienes muebles. Pero esto en Costa Rica no es tan sencillo; como se estudiará, el tribunal constitucional enfatiza mucho la literalidad del texto constitucional en el caso de las armas.

²⁷⁹ *Ibíd.*, 327.

La Constitución es un instrumento que debe interpretarse integralmente y con base en los valores que contiene, aún cuando haya aspectos dispersos. Por ejemplo, el principio republicano, de igualdad y la prohibición de imponer pena si no es por delito, cuasidelito o falta (artículo 39 de la Constitución), la justicia pronta y cumplida (artículo 41) y la prohibición de los tratos degradantes (artículo 40) sirvieron para que en la Sentencia 1739 de 1992 de la Sala Constitucional se interpretara ampliamente una serie de derechos inherentes al debido proceso, que no están literalmente en la Constitución Política y si se hubiera interpretado que lo no expreso en la Constitución queda en manos del legislador, se estaría sujeto a muchas disposiciones claramente arbitrarias en el proceso penal.²⁸⁰

El criterio dado por la Sala Constitucional en la citada sentencia del debido proceso puede aplicarse a los tres derechos fundamentales expuestos (el derecho a la vida y la posibilidad de defenderla, a la propiedad privada y de la autonomía privada), estando este derecho totalmente ligado al ámbito de las acciones privadas que quedan fuera de la acción de la ley y que solo están sujetas al derecho de terceros. Esa interpretación es la que mejor se ajusta al espíritu de la Constitución por las siguientes razones.

La Constitución Política de Costa Rica afirma en su artículo 45:

La propiedad privada es inviolable; a nadie puede privarse de la suya si no es por interés público legalmente comprobado, previa indemnización conforme a la ley. En caso de guerra o conmoción interior, no es indispensable que la indemnización sea previa. Sin embargo, el pago correspondiente se hará a más tardar dos años

²⁸⁰ Véase: *Sentencia No. 1739 de las 11 horas 48 minutos del 1 de julio de 1992* (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, 1992). Disponible en Web: http://jurisprudencia.poderjudicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=83512&strTipM=T&strDirSel=directo. Consultado el 15 de febrero de 2016. Dicha sentencia de la Sala señala lo siguiente en el considerando 4to: “IV: -Más: si el artículo 41 es la norma genérica, el 39 es la específica para la materia penal, de cuya correcta interpretación –por encima de la meramente literal- puede deducirse un sistema coherente de reglas, principios, valores y derechos que presiden el procedimiento penal”.

después de concluido el estado de emergencia. Por motivos de necesidad pública, podrá la Asamblea Legislativa, mediante el voto de los dos tercios de la totalidad de sus miembros, imponer a la propiedad limitaciones de interés social.²⁸¹

La disposición se debe vincular con la propiedad de las armas de fuego por parte de civiles que cumplan con los requisitos básicos que puede imponer la ley.

El tema de las armas de fuego no se exime de ser analizado a partir de la discusión suscitada en la Asamblea Nacional Constituyente en 1949 con respecto a la propiedad privada, esto porque se quiere entender que no está en la Constitución y, por tanto, no puede existir un derecho a tener y portar armas.

La Constitución establece un principio general: la propiedad privada es inviolable. Este principio es propio del liberalismo político y económico y en 1949 se desató la discusión sobre la conveniencia de determinar una función social. En todo caso, la discusión general sobre la propiedad se estableció con respecto a los bienes inmuebles y los casos donde se puede hacer la expropiación forzosa.

Las limitaciones de interés social también se comprendieron en todo momento como exclusivas para la propiedad de bienes inmuebles.²⁸² Lo relativo a los bienes muebles,

²⁸¹ Odilón Méndez, *Constitución Política de la República de Costa Rica: 7 de noviembre de 1949*. (San José: Editorial Juritexto, 2009), 61.

²⁸² La discusión está presente en las actas 104, 105, 170 y 179 de la *Asamblea Nacional Constituyente* (San José, 1949). El ACTA 104, la más significativa, expone la discusión con el proyecto del artículo 45 que presentó la Junta Fundadora y la objeción a otra forma distinta a la que establecía la Constitución de 1871 que la declaraba “inviolable”: “En relación con el artículo 29, la fracción Social Demócrata presentó moción para que se leyera del modo siguiente: “La República reconoce y garantiza la propiedad privada. Pero con el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de la Asamblea Legislativa, podrá imponerle limitaciones para que se cumpla su función social. ”Podrá también decretarse la expropiación por causa de utilidad pública o de necesidad social, previa indemnización a justa tasa de peritos”. En épocas de guerra o de emergencia interior la indemnización por motivo de expropiación podrá no ser previa, pero el decreto de expropiación deberá necesariamente disponer que el pago se hará, con los intereses legales correspondientes,

como lo serían las armas de fuego, queda a disposición propia y tradicional del derecho civil y comercial (que deriva de una fuente primaria como lo sería el derecho constitucional de propiedad y libre empresa, artículos 45 y 46), que aún siendo de derecho privado, pueden tener disposiciones de orden público como serían los requisitos para la adquisición e inscripción de armas de uso civil, pero nunca se podría limitar cuántos negocios jurídicos respetuosos de la ley podría realizar una persona para adquirir armas de fuego.

Al quedar el actual artículo 45 constitucional como lo fue el 29 de la Constitución de 1871, se está manifestando la inviolabilidad de la propiedad privada, y como mencionará la Asamblea Constituyente, este principio declara un derecho natural, que está ligado a la concepción más liberal de propiedad, sin ser absoluta y pudiendo establecerse limitaciones de interés social, pero sin dejar de lado que esa propiedad es “inviolable”:²⁸³ por tanto, si

a más tardar dos años después de terminadas las hostilidades o concluido el estado de emergencia”.² El Diputado ESQUIVEL manifestó que no votaría la moción anterior, pues prefería quedarse con el texto de la Constitución del 71. La moción Social Demócrata –dijo– tiende a introducir el concepto de la función social de la propiedad, concepto que mayores críticas provocara al discutirse los dos dictámenes respecto al Proyecto de Constitución. Como no estoy con ideas socializantes, me quedo con el principio del artículo 29, que no hace sino otra cosa que respetar el concepto tradicional de la inviolabilidad de la propiedad privada, con el cual hemos vivido los costarricenses. (...)El Representante Trejos calificó la moción como “inspirada en tesis de carácter socialista, porque no viene a declarar un derecho natural como lo hace la Constitución de 1871, sino que es la República, o sea prácticamente el Estado, quien como si concediera una gracia reconoce la propiedad privada. Luego expresó que no es la propiedad la que cumple una función social, como se pretende en la moción en debate, sino el propietario; las cosas no ejercen funciones sociales sino las personas. (...) Así como se declara en la Constitución la inviolabilidad de la vida humana, también se puede declarar lo mismo con respecto a la inviolabilidad de la propiedad privada, factor importantísimo de la personalidad”.

²⁸³ Acerca de las limitaciones existe jurisprudencia de la Corte Plena, al respecto: “En el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley de Patrimonio Arqueológico, número 6730 del 28 de diciembre de 1981, el cual fue acogido, parcialmente, por medio de resolución de Corte Plena, sesión extraordinaria de 25 de marzo de 1983, interesa indicar el concepto que se manejó de limitaciones de interés social por parte de la

no se indica expresamente que esas limitaciones pueden ampliarse a bienes muebles (cosa que no se previó ni está presente en ninguna acta de la Constituyente), con el rigor que la Constitución impone, la cantidad de armas de fuego que pueda tener una persona en propiedad, incluso el calibre, etc., solamente puede limitarse con una ley aprobada por dos tercios de los diputados y que esto conste en las actas legislativas,²⁸⁴ lo anterior partiendo

mayoría de magistrados. Se instituyó, en esa sentencia, que las únicas limitaciones legítimas de establecer a la propiedad privada eran las de interés social; entendiéndose por este concepto por los problemas de las clases sociales, acentuadamente las de menores recursos, y las medidas que deben adoptarse para mejorar las condiciones económicas de esas clases y lograr que la convivencia humana se oriente hacia la consecución del bien común y de la justicia social. Se dijo, además, que no es constitucionalmente posible imponer otras limitaciones a la propiedad privada distintas de las de interés social, salvo que exista otra norma constitucional que les dé sustento”. Fernando Castillo, *Elementos Económicos en la Constitución Política* (San José: Editorial Juritexto, 1992), 66.

²⁸⁴ La obligatoriedad de que la votación por no menos de dos tercios de la totalidad de los miembros de la Asamblea Legislativa quede expresa en el acta legislativa fue determinado por la Sala Constitucional en la Resolución 545-90 de las 14:30 horas del 22 de mayo de 1990. Al respecto Castillo Víquez dice que “la mayoría calificada, que exige la Constitución para imponer limitaciones a la propiedad privada, no puede presumirse, sino que debe expresarse en las actas de la Asamblea que recogen el acto de aprobación de la ley. Esta decisión es muy importante, sobre todo porque la regla es que la Asamblea Legislativa use la votación ordinaria, en la cual los diputados manifiestan su voto afirmativo poniéndose de pie y sus votos negativos quedándose sentados; lo cual provoca, que, dada la rapidez en que acontece la votación, en la mayoría de los casos no se deje constancia, en las actas, de cuál fue el número de votos que obtuvo un proyecto de ley, con lo cual y siguiendo el criterio de la Corte Plena, que trasladaba la carga de la prueba al accionante, se hacía casi imposible demostrar que una ley no había obtenido mayoría calificada. Ahora, con el pronunciamiento de la Sala, el Presidente de la Asamblea Legislativas se verá obligado, en estos casos, a indicar el resultado de la votación. En vista de este avance tan significativo, el acto de votación debe estar revestido de mayor seguridad, a efecto de que no quepa ninguna duda de cuál es el número de votos que obtiene el proyecto. El tipo de votación que, en estos casos, satisface plenamente los requerimientos de seguridad, es la votación nominal. Por esa razón, debería reformarse el Reglamento de la Asamblea Legislativa, para que, en todos aquellos casos en que la Constitución exija mayorías calificadas, la votación se realice en forma nominal. En ella, los diputados expresan su voto afirmativo o negativo de viva voz y se deja constancia de ello en las

de la idea de que se puede aplicar el artículo 45 párrafo segundo a los bienes muebles y una función social sea el mantenimiento del orden público.

En todo caso, el derecho a acceder a la propiedad privada y el derecho a ejercer la propiedad privada protegen la tenencia y portación de armas de fuego. En el momento en que una persona compra una, la protege el artículo 45 y las demás disposiciones del derecho civil y de la ley específica de armas. No puede argumentarse de ninguna manera entonces que la tenencia y portación de armas no es un derecho por ser una concesión o un privilegio que concede el Estado, ya que el constituyente protege la propiedad privada como derecho natural, de la misma manera que la Constitución de 1871 lo protegió en el artículo 29.

La cantidad de armas a las que se puede tener acceso no debería restringirse al punto de ser una limitación desproporcional a un derecho fundamental, más si solo las personas que demuestren tener conocimientos y buen manejo de estas son las que pueden ejercer el derecho. La actual Ley 7530, Ley de Armas y Explosivos, de 1995, establece un máximo de tres armas de fuego inscritas para portación y defensa por persona (artículo 23), a las personas jurídicas limita al número a la cantidad que el Departamento de Armas y Explosivos considere necesario (a discreción cuánta propiedad privada puede tener una persona jurídica, algo cuestionable). Prohíbe las armas de fuego que disparen en ráfaga al accionar el disparador, munición de alta potencia, perforadora, trazadora, incendiaria y explosiva; asimismo, prohíbe utilizar silenciadores en cualquier arma de fuego (artículo 25).

Las facultades de coacción del Estado deben estar bien fundamentadas y por motivos superiores de orden público, la prohibición de armas que disparen en ráfaga parece proporcional. Si bien se prohíbe inscribir más de tres armas para defensa y portación, es posible inscribir más de tres armas para uso deportivo. Esto se explica en el artículo 62 de

actas del Plenario Legislativo y en otros documentos que, al efecto, lleva el Directorio del resultado de la votación”. *Ibíd.*, 69-70.

la Ley 7530: “Toda persona física podrá inscribir más de tres armas destinadas a la cacería, al tiro al blanco o al plato, aunque sean del mismo calibre”. Por lo tanto, una persona que se dedique a esas actividades legítimas de deporte y cacería de ciertas especies podría tener la cantidad de armas que mejor guste.

De hecho los costarricenses aceptan que las armas de fuego en manos de civiles tienen una importancia muy clara para la seguridad personal y la defensa del derecho a la vida. En la Encuesta Nacional de Seguridad Ciudadana 2006,²⁸⁵ un 54.8 % aseguró estar de acuerdo o muy de acuerdo en que las armas de fuego son necesarias para la protección y defensa propia, contrastado con un 44.1 % que afirmó que las armas de fuego deben estar totalmente prohibidas en la ciudadanía.

Dicha percepción está acompañada de situaciones lógicas en el tema, al ser natural que exista la comprensión de que todas las armas de fuego aumentan la probabilidad matemática de que existan accidentes en un hogar o incidentes de violencia o que incrementan las muertes o suicidios,²⁸⁶ pero se califica como instrumentos necesarios para la defensa y un 92.8 % cree necesario hacer un examen de antecedentes y capacidad para otorgar permiso de portación de armas, ya que la libre portación no es mayoritariamente aceptada, solo un 11.5 % la ve positivamente.²⁸⁷

Estos datos concretos pasan por diferencias de edad, mientras los jóvenes las consideran como necesarias (57 %), los adultos son menos (53.2 %). Lo anterior se

²⁸⁵ José Retana Ureña, “Resultados la Encuesta Nacional de Seguridad Ciudadana”, *Programa Naciones Unidas para el Desarrollo* (San José: Lara Segura & Asociados, 2007), 67.

²⁸⁶ Un 92.1 % de los encuestados considera que las armas aumentan el peligro de agresión doméstica, un 90.7 % que han incrementado las muertes y un 86.6 % los suicidios; esto según la misma encuesta. Cualquier instrumento que potencialmente cause daño aumenta probabilísticamente la posibilidad de daños, pero lo que quiere decir es que son las personas las que pueden hacer mal uso de ellas, también un buen uso. Lo que hace falta es educación en el uso de armas de fuego.

²⁸⁷ *Ibíd.*, 67.

conjuga con la percepción de inseguridad, pero la mayoría de usuarios legales son personas responsables que mantienen buen entrenamiento y preparación técnica y jurídica.²⁸⁸

En todo caso, la percepción de la tenencia y portación de armas como derecho trae la particularidad de que como no se cuenta con ejército ni con servicio militar obligatorio, las personas no tienen acceso a educación con respecto al uso y cuidados necesarios para manipular armas de fuego. Simplemente se creó un vacío de información sobre las armas a partir de la abolición del ejército.

Quienes están interesados en adquirir un arma de fuego, para ejercer su derecho de defensa y ejercicio libre de actividades que no dañen a terceros, deben pasar el examen teórico práctico en el uso de armas de fuego (artículo 22 del Reglamento a la Ley de Armas y Explosivos) y perfectamente podría ampliarse a cursos más intensivos sobre defensa personal con armas y manejo de armas en situaciones bajo presión. Lo fundamental es que quienes posean armas para defensa pueden ejercer el derecho a

²⁸⁸ En un cálculo de 2517 personas entrevistadas, donde 113 personas tienen armas de fuego en posesión y/o portación, se determinó lo siguiente: (1) ¿Cómo obtuvo el arma?: 54 % en armerías, 17.7 % por un amigo (legalmente, compraventa privada con inscripción), 9.7 % regalada (donada e inscrita), 7.1 % obtenida ilegalmente, 11.5 % otros. (2) ¿Hace cuánto la adquirió? 15.9 % en menos de un año, 23 % entre uno y dos años, 15.9 % entre dos y cinco años, 3.5 % no recuerda, 39.8 % más de 5 años, 1.8 % no respondió. (3) ¿Cómo es su conocimiento de armas? 34.5 % muy bueno, 40.7 % bueno, 15 % ni bueno ni malo, 7.1 % malo o muy malo, 2.7 % no sabe o no responde. (4) ¿Entrenamiento en uso de armas? 44.2 % mucha, 20.4 % regular, 15.9 % poca, 15 % nada, 4.4 % no respondió. (5) ¿Prácticas de tiro con su arma? 17.7 % por lo menos una vez por semana, 36.3 % por lo menos una vez al mes (la suma de ambas estaría superando el 50 % de personas que entrenan al mes), 42.5 % no, 3.5 % no responde. (6) ¿Conoce leyes y procedimientos sobre armas? 80.5 % sí, 16.8 % no, 7.1 % no sabe o no responde. (7) ¿Están registradas sus armas? 61.9 % sí, 31 % no, 7.1 % no sabe o no responde. (8) ¿Tiene permiso de portar armas? 61.9 % sí, 33.6 % no, 4.4 % no sabe o no responde. *Ibíd.*, 72. Esto muestra una tendencia general de preparación y mantenimiento constante de conocimientos tanto jurídicos como técnicos. Eso sí, la mayoría de los entrevistados podría decirse que son personas responsables y seguidores de la ley, pero en sí mismo eso no demuestra que las armas que se utilizan en delitos son inscritas.

tenerlas de la manera más responsable y capacitada posible ya que entre menos preparación haya, más accidentes pueden ocurrir.

Aunque no exista ejército, es la Fuerza Pública manejada por el Ejecutivo y financiada por todos los contribuyentes la que sigue encargada de un arsenal numeroso y la ley misma le permite tener armas de calibres altos y con munición y disparo en ráfaga que los ciudadanos no pueden tener,²⁸⁹ por tanto, se proscribieron el ejército como institución permanente, pero no la capacidad armada del Estado y esto en ningún momento cambia la situación del derecho a no vivir con armas, porque el mismo Estado acepta que la defensa personal, de la propiedad o de la familia puede hacerse con armas de fuego de uso civil.

Esto tiene total relevancia a la hora de hablar del carácter pacífico de los costarricenses, pues la presencia de armas de fuego en manos de civiles no tiene relación con que no se cuente con ejército, como se indicó anteriormente. A eso se le agrega que no es posible alegar un “derecho a la paz” como medio para prohibir armas de fuego a los civiles, debido a que ese derecho es reconocido por la jurisprudencia constitucional como relativo a que el Estado no exponga a la población a conflictos internacionales ni presencia militar extranjera sin la debida autorización de la Asamblea Legislativa.²⁹⁰

²⁸⁹ En el artículo 30 de la Ley de Armas y Explosivos se deja a discrecionalidad administrativa el empleo de las armas que son prohibidas a los civiles en el artículo 24 a) (que disparan en ráfaga) “según lo requiera el servicio, caso o situación, a juicio de las autoridades respectivas”.

²⁹⁰ “La Sala Constitucional indica que el derecho a la paz supone un perfil negativo, que consiste en que los poderes públicos deben asegurarle, a lo interno, a las personas tranquilidad, un ambiente de tolerancia y de mutua comprensión, un uso de la fuerza según los principios de razonabilidad, proporcionalidad e intervención mínima, asimismo se indicó que supone una serie de obligaciones positivas para asegurar una coexistencia pacífica y armoniosa y evitar toda conducta que amenace la paz. En el plano internacional, ese derecho supone que el Estado costarricense debe abstenerse de intervenir, directa o indirectamente, en cualquier conflicto armado, evitar cualquier tipo de intervención (militar, política o económica) lesionando los derechos a la paz y de libre determinación de otros pueblos, así como debe asumir un papel protagónico para impulsar instrumentos que permitan el mantenimiento y preservación de la paz mundial y promuevan el desarme y la solución pacífica de conflictos”. Poder Judicial, “Comunicado De Prensa SC-CP-25-13”, Poder

Los casos donde se delinque con armas de fuego relacionan a civiles y a la policía administrativa o judicial (hay casos donde oficiales han hecho uso desproporcionado o doloso de estos instrumentos).²⁹¹ De hecho, no existe una determinación exacta por parte de las autoridades sobre la cantidad de armas de fuego legales e inscritas que están envueltas en delitos con condena y en el VI Informe Estadístico de Armas de Fuego y Violencia en Costa Rica²⁹² se echa de menos tal dato, aún cuando las autoridades administrativas han entrado en polémica al revelar datos dudosos.²⁹³

Judicial, 2013, consultado el 1 de diciembre de 2015, <http://sitios.poder-judicial.go.cr/salaconstitucional/comunicados/COMUNICADOS%202013/SC-CP-25-13.pdf>. Esto con respecto a la Resolución 9122-2013 de las 11 horas del 5 de julio de 2013 donde se declara que Aviación Civil violó el derecho a la paz de los costarricenses al proceder los helicópteros militares del Gobierno estadounidense volar en aire nacional sin autorización del Congreso, eso ante la visita del presidente Barack Obama. El derecho es de carácter negativo, el Estado debe no actuar de forma que se exponga militarismo.

²⁹¹ En Estados Unidos se han visto últimamente casos relacionados al racismo. En Costa Rica recientemente un caso generó exposición mediática por el uso doloso del arma para herir a un ciudadano por parte de un guardaparques, véase Carlos Arguedas, “Abuso policial generó condena en guardaparques”, *La Nación* (setiembre 2015) 09-09. Disponible en Web: http://www.nacion.com/sucesos/juicios/Abuso-policial-genero-condena-guardarques_0_1511048900.html. Consultado el 1 de diciembre de 2015.

²⁹² Observatorio de la Violencia, *VI Informe estadístico de armas de fuego y violencia en Costa Rica*, (San José: Dirección General para la Promoción de la Paz y la Convivencia Ciudadana, Ministerio de Justicia y Paz, 2011). Disponible en Web: <http://sisvi.mj.go.cr/meshcms/themes/sisvi/Doc/informe6.pdf>. Consultado el 1 de diciembre de 2015.

²⁹³ Ejemplo polémico es el que envuelve al entonces viceministro de Paz en 2012, Max Loría, por brindar datos que no tienen ninguna fuente, como decir que el 55 % de los delitos se cometen con armas registradas. En relación con esto Hidalgo comenta: “Primeramente, señala que, según la Dirección General de Armamento (DGA), “el 55% de las armas decomisadas por evidencias judiciales están, o estuvieron en algún momento inscritas”. Nótese como ya no se trata de armas “relacionadas con algún delito”, como dijera a Radio Reloj, sino de simplemente “decomisadas por evidencias judiciales”. Tampoco se trata ya de armas que en su totalidad “tienen la matrícula al día” como afirmara en la radio. En realidad, un arma puede ser decomisada en múltiples circunstancias que no necesariamente involucran la comisión de un delito contra la propiedad o la vida de alguien, como, por ejemplo, que alguien ande su arma con el permiso de portación

Con respecto al uso de armas de fuego en delitos, están involucradas mayoritariamente en crimen organizado, delincuencia convencional y en general solo se puede entender, lamentablemente, a modo de presunción, que estas armas se manejan en el ámbito ilegal, lo contrario no es demostrado por las autoridades que pretendieran limitar las armas legales.²⁹⁴

vencido o que un guarda de seguridad privado no cuente con sus papeles migratorios en orden. Dar a entender que todas las armas decomisadas participaron en actos delictivos es tendencioso. También es nebuloso el origen y veracidad de la estadística del 55%. En ninguna parte la DGA ha publicado ese dato, de tal forma que es imposible verificarlo. Solo sabemos de él por boca de las autoridades. Y otros funcionarios, refiriéndose a la misma estadística, han dado una cifra muy diferente”. Juan Carlos Hidalgo, “Inaceptable desinformación sobre armas y crimen”, *La Nación* (octubre 2012): 04-10. Disponible en Web: http://www.nacion.com/archivo/Inaceptable-desinformacion-armas-crimen_0_1297070319.html. Consultado el 4 de diciembre de 2015. Al respecto menciona Hidalgo que el ministro Celso Gamboa da un dato de 45 % de armas registradas envueltas en problemas judiciales, esto se encuentra en: Ernesto Ramírez, “Expertos reclaman un urgente debate sobre control de armas”, *Semanario Universidad* (setiembre 2012): 12-09. Disponible en Web: <http://semanariouniversidad.ucr.cr/pais/expertos-reclaman-un-urgente-debate-sobre-control-de-armas/>. Consultado el 4 de diciembre de 2015.

²⁹⁴ En los últimos años el uso de armas de fuego está relacionado principalmente a muertes por robo o asalto y problemas por drogas. Homicidios dolosos con arma de fuego hubieron en 2003, 156; 2004, 164; 2005, 196; 2006, 217; 2007, 226. De las muertes con armas de fuego de forma dolosa hubo por legítima defensa en 2003, 5; 2004, 3; 2005, 1; 2006, 3; 2007, 3. Por robo o asalto en 2003, 78; en 2004, 67; en 2005, 69; en 2006, 68; en 2007, 78. Por problemas con drogas en 2003, 17; en 2004, 19; en 2005, 15; en 2006, 22; en 2007, 25. Por venganzas en 2003, 33; en 2004, 15; en 2005, 34; en 2006, 28; en 2007, 37. El último dato al que se pudo acceder fue los de 2012: De las muertes en 2012, por homicidio doloso, un total de 261, se agrega el dato de la presunción de sicariato, en dicho año 37 homicidios; por robo o asalto 66; problemas relacionados con drogas 47; venganzas, 30. Por profesión o actividad económica se hizo la clasificación de un total de 261 fallecidos con arma de fuego, donde 75 de ellos eran “delincuentes”, 27 “consumidor de droga”, 32 “vendedor de droga”, 14 “narcotraficante”, 19 “operario de construcción”, 25 “comerciante”, 26 “estudiantes”, 19 “guarda privado”, 11 “labores del hogar”. Esos son los datos que sobresalen, los demás no están entre 1 y 9 entre distintas profesiones u oficios. Poder Judicial, *Anuario de estadísticas judiciales 2007* (San José, 2007). Disponible en Web: <http://sitios.poder-judicial.go.cr/planificacion/Estadisticas/judiciales.html>. Consultado el 5 de diciembre de 2015. La tendencia

Lo lógico en este caso es decir que las personas con armas registradas no consideran utilizarlas para lesionar derechos de los demás, sino, como expuso la encuesta citada anteriormente, para seguridad personal, de la familia y patrimonio ante el creciente índice de delincuencia. El control de antecedentes e idoneidad mental es fundamental, la Administración debe ser muy minuciosa en ese sentido según la Ley de Armas y su Reglamento.

La utilización de armas de fuego legales e inscritas en homicidios, si hubiera un dato preciso, debe ser analizada con cuidado tal como se debe tratar el tema de las muertes con otros medios, sobre todo en un país cuya principal causa de muerte son los accidentes de tránsito en carretera.²⁹⁵ Otro punto muy polémico para analizar debe ser el robo de armas a particulares, pero principalmente al Estado mismo, para acrecentar el arsenal de los grupos de delincuencia organizada.²⁹⁶

es general a situaciones donde se presume abunda el uso ilegal de armas de fuego, lamentablemente no se puede determinar con precisión por las autoridades la cantidad exacta de armas legales inscritas, utilizadas por propietarios legítimos de éstas, en delitos procesados.

²⁹⁵ Para el 2013 Costa Rica tuvo 644 muertes por accidentes de tránsito; 675 en 2012 y 594 en 2011, véase el análisis entre 2008 a 2013 en Observatorio de la Violencia, *Muertes violentas en Costa Rica: homicidio, femicidio, suicidio, muertes por accidentes de tránsito: Período 2008-2013* (2014), 17. Disponible en Web: <http://sisvi.mj.go.cr/meshcms/themes/sisvi/Doc/Informe11.pdf>. Consultado el 15 de febrero de 2016. En el caso de las muertes con arma de fuego para el año 2013 Costa Rica tuvo 68 muertes con arma de fuego, 64 en 2012 y 63 en 2011. Véase el dato sobre homicidios con arma de fuego en: Observatorio de la Violencia, *Tendencias en el comportamiento de los homicidios en Costa Rica. Período 2000-2013* (2014), 13. Disponible en Web: <http://sisvi.mj.go.cr/meshcms/themes/sisvi/Doc/informe12.pdf>. Consultado el 15 de febrero de 2016. Importante destacar es que en dichos estudios no se encuentra el dato sobre cuántos homicidios ocurrieron con armas legales debidamente inscritas y por su propietario.

²⁹⁶ Sobre ello: “En el 2012, Costa Rica reportó niveles menores al nivel centroamericano: el 67,8% de los homicidios fueron cometidos con arma de fuego. En el total desde 2010 hasta 2012 se denunció el robo de 4340 armas en Costa Rica. En 2010 y 2011 el tipo de arma más robada fue el revólver, y en 2012 la pistola. Se registró un aumento del 74.8% en el robo de pistolas con respecto al año anterior, en total más de 1000 pistolas robadas. En principio el uso de fusiles de asalto y ametralladoras no es una gran característica en la

Si se utilizan armas legales por propietarios legítimos para cometer delitos, cosa que sí puede ocurrir, cada caso debe ser analizado con sus particularidades y deben tenerse presente los factores involucrados. La jurisdicción penal es la encargada de aplicar la ley en esos casos. La Administración debe emplear los mejores filtros, pero no cercenar el derecho de tener y portar armas a los ciudadanos por una oleada alta de muertes que no es analizada con detenimiento. Ahí residiría el equilibrio entre la libertad de los ciudadanos y las facultades de coacción del Estado, la ley no debe regir por las pasiones del momento sino con base en valores y principios que acompañen la vida constitucional del país visto a largo plazo.

Sobre esto se debe concretar que sí existe una reticencia²⁹⁷ general para tratar el tema de las armas de fuego en el país como derecho. La posición contraria a las armas de fuego se comprende si se analiza como criterio determinante el orden público (aunque acá se ha hablado sobre los límites del orden público sobre la libertad). Lo cierto es que los esfuerzos se orientan a intentar proporcionar más seguridad por medio de instrumentos diferentes a la ley, incluso también modificar la ley actual para incrementar aún más los controles.²⁹⁸

Un efecto del marcado negativismo por parte del Estado costarricense al tratar el tema del uso de las armas de fuego constituye difundir la idea de que los países con mayor

delincuencia urbana”. Organismo de Investigación Judicial, *Tráfico de drogas y amenazas del crimen organizado en Costa Rica* (2013), 20. Disponible en Web: https://www.unodc.org/documents/ropan/Sitation_Report/Reporte_de_Situacion_de_Costa_Rica_de_2013.pdf. Consultado el 15 de febrero de 2016.

²⁹⁷ Entendida en los términos más precisos como “Efecto de no decir sino en parte (...) que se calla algo que debiera o pudiera decirse. Reserva o desconfianza”. Real Academia Española, “Reticencia”, *Diccionario de la Lengua Española*, 2014. Disponible en Web: <http://dle.rae.es/?id=WHKFAG8>. Consultado el 15 de febrero de 2016.

²⁹⁸ Véase el Proyecto de Ley que actualmente (2016) se encuentra en la corriente legislativa de Costa Rica y está disponible en la Web: http://www.nacion.com/nacional/Proyecto-ley-Ley-Armas-Explosivos_LNCFIL20150928_0001.pdf. Consultado el 15 de febrero de 2016.

cantidad de armas de fuego tienen mayor cantidad de homicidios o suicidios, afirmación que es capciosa.²⁹⁹ Basta con analizar, como se indicó en páginas anteriores, la cantidad de armas de fuego alrededor del mundo y de homicidios por cada cien mil habitantes en cada uno de ellos, para concluirse que no existe una relación entre armas de fuego y muertes provocadas por estas.³⁰⁰

Las decisiones administrativas deben estar encaminadas a hacer el estudio idóneo de las personas que quieren obtener el permiso de portación, no de restringir allí donde la ley no dice³⁰¹, pues sería totalmente inconstitucional, violatorio de los derechos y límites que

²⁹⁹ Por ejemplo, afirma el Observatorio de la Violencia, junto al Ministerio de Justicia de Costa Rica, que “Según el Centro Internacional para la Prevención del Crimen (CIPC), los países que tienen una tasa elevada de posesión de armas, también tienen tasas elevadas de homicidios y suicidios”. Observatorio de la Violencia, *Armas de fuego y violencia en Costa Rica* (2011), 8. Disponible en Web: <http://sisvi.mj.go.cr/meshcms/themes/sisvi/Doc/informe6.pdf>. Consultado el 15 de febrero de 2016. Dicha cita el Observatorio se extrae de: Fundación Arias para la Paz y el Progreso Humano, *El Arsenal Invisible: armas livianas y seguridad ciudadana en la postguerra centroamericana* (San José, 2011).

³⁰⁰ Véase: The University of Sydney, “Política Internacional sobre Armas de Fuego”, GunPolicy.org, 2016. Disponible en Web: <http://www.gunpolicy.org/es/firearms/home>. Consultado el 15 de febrero de 2016. Dicha base de datos recopila más de 190000 páginas de noticias, información y gráficos sobre violencia armada, leyes de armas y control de armas alrededor del mundo.

³⁰¹ El exministro de Seguridad Pública, Celso Gamboa, cuando fungía como viceministro de Seguridad Pública, emitió una modificación a la Directriz No. 1 del 10 de enero de 2012, el 13 de febrero de 2012. Se comprende que la Administración Pública tenga total interés en proveer la seguridad a los habitantes, aunque los medios deben ser adecuarse a los criterios de proporcionalidad y legalidad. Sobre esto se observa que no se adapta a la Ley de Armas y Explosivos No. 7530 vigente, sobre todo cuando dice que “7) Se denegará la inscripción y portación de armas de fuego a personas con antecedentes penales o policiales por delitos contra la propiedad, violencia doméstica, delitos contra la vida, delitos contra la libertad, e infracción a la Ley de Estupefacientes (...)”. Siendo que amplía la restricción allá donde la ley no lo hace, concretamente con los antecedentes policiales, cuando el artículo 40 de la ley establece únicamente al antecedente por sentencia penal como el criterio para denegar permisos. Otro punto polémico de dicha directriz es cuando dice que “8) Se ordena iniciar los procesos administrativos para revocar los permisos concedidos bajo las premisas del inciso anterior que fueron otorgados a la fecha”. Unilateralmente el funcionario en la directriz establece que

posee la ley. La reticencia es predominante de igual forma en las autoridades de la Fuerza Pública de Costa Rica, que con base en una política de prevención de delitos ha ignorado los derechos de los propietarios de armas que las portan en sus vehículos sin haber una *noticia criminis* real que justifique una intervención en los derechos fundamentales, como por ejemplo, el registro de un vehículo y el decomiso de armas que cumplen con la Ley de Armas y su Reglamento.³⁰²

se aplique en el pasado algo que no estuvo vigente, violando la irretroactividad de las normas y el respeto a los derechos adquiridos.

³⁰² Un hecho importante acaecido en Costa Rica en enero del 2016 es el polémico decomiso de armas de fuego que están en regla y el decomiso de permisos de portación de armas de fuego a ciudadanos que transitan por barrios considerados peligrosos. La situación se basa en la notificación policial de una *noticia criminis* emitida a las 10 horas del 30 de noviembre de 2015, en el consecutivo N°014-NC-DUE-2015. Una *noticia criminis* es la relación de hechos por denuncia de un supuesto hecho que puede ser punible, especificando el hecho concreto, los detalles de los que se tiene información y los elementos espaciales y temporales involucrados. En el caso en cuestión solamente se toma como hecho lo siguiente: “Hechos: De acuerdo al ANÁLISIS DE FENÓMENOS CRIMINALES del Departamento de Inteligencia Policial del Ministerio de Seguridad Pública durante el 01 de enero y el 29 de octubre de 2015, se han registrado un total de 455 homicidios a nivel nacional, lo que representa un incremento del 27% con relación a los 359 homicidios registrados en el mismo periodo de 2014. De los 455 homicidios registrados un 48% de estos tuvieron lugar en la provincia de San José, entre los principales distritos se Ubican: (...) Ante estos hechos y los altos índices de delitos contra la propiedad, lesiones, delitos sexuales, entre otros, es lo que determina la eminente participación de armas de fuego para su comisión y obedece a las autoridades policiales a mantener un adecuado control preventivo a fin de mitigar la violencia armada y sus efectos en la seguridad ciudadana. En virtud de lo anterior se implementan a nivel de la Región N°1, San José, operativos policiales de control de carreteras y operativos de vigilancia ciudadana, con el objetivo de abordar vehículos, motocicletas y sujetos armados que permitan ubicar a los autores de hechos punibles, que en su mayoría se mantienen con procesos de investigación sin resolver”. Es necesario decir que esa no es una noticia criminis porque no concretiza un hecho punible (noticia de un crimen, por su definición), no es más que una circular que no puede llevar a cometer una ilegalidad como sería, una detención de un vehículo en carretera violando el artículo 37 de la Constitución Política y la jurisprudencia de la Sala Constitucional con el Voto 2010-014821 del 3 de setiembre de 2010. Véase sobre los retenes policiales y la adecuación con la ley procesal penal costarricense: “Así como no se permite la requisa, ni el allanamiento de morada sin razones que justifiquen

Sobre esto la Sala Constitucional entra en aparente contradicción porque, por un lado, elaboró importante jurisprudencia acerca de la imposibilidad de hacer retenes policiales discrecionalmente, sin embargo la Fuerza Pública ha decomisado armas legales y con permisos en retenes arbitrarios, sin una *notitia criminis* concreta, y aún así lo avala³⁰³. También la Sala ha justificado que vía directriz administrativa se restrinja aún más el acceso de las personas a las armas de fuego, al permitir denegar permisos a personas con antecedentes policiales, siendo que la ley hace referencia únicamente a las personas condenadas por un juez.³⁰⁴ El antecedente policial puede abarcar desde

dichas injerencias en el derecho a la intimidad, tampoco es permitido que se proceda en forma indiscriminada a revisar vehículos por la policía, en una operación de simple de “pescar” a ver si se logra algo. El registro injustificado de vehículo convierte en prueba ilícita la obtenida.” Llobet, Javier. *Proceso Penal Comentado*. 5ta ed. (San José: Editorial Jurídica Continental, 2012), 346. El Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José revocó en el 2015 una sentencia condenatoria por portación ilegal de arma permitida por ser el decomiso del arma contrario a la Constitución, al hacerse un registro de vehículo sin apego a las condiciones que tanto el artículo 37 de la Constitución como el 190 del Código Procesal Penal prevén: véase: *Sentencia N° 0040 de las 9 horas 15 minutos del 15 de enero del 2015*. (Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José, 2015). Disponible en Web: [http://jurisprudencia.poder-](http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=623720&strTipM=T&strDirSel=directo)

[judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=623720&strTipM=T&strDirSel=directo](http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=623720&strTipM=T&strDirSel=directo). Consultado el 20 de febrero de 2016.

³⁰³ *Sentencia No. 19428 de las 14 horas 30 minutos del 10 de diciembre de 2015* (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 2015). Disponible en Web: [http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=655513&strTipM=T&strDirSel=directo&__ncforminfo=ZTUj3HR-](http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=655513&strTipM=T&strDirSel=directo&__ncforminfo=ZTUj3HR-zwnDUqvhFoXn2dNMpOehZWqJrWS1euhCn4jdZMARnYBCT80tGEfpD7EFUk0-t2w4RyLQBQs4mR-VP1Y5c00_vRqWPeea0ab3RQapN9OWP-PP3A==)

[zwnDUqvhFoXn2dNMpOehZWqJrWS1euhCn4jdZMARnYBCT80tGEfpD7EFUk0-t2w4RyLQBQs4mR-VP1Y5c00_vRqWPeea0ab3RQapN9OWP-PP3A==](http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=655513&strTipM=T&strDirSel=directo&__ncforminfo=ZTUj3HR-zwnDUqvhFoXn2dNMpOehZWqJrWS1euhCn4jdZMARnYBCT80tGEfpD7EFUk0-t2w4RyLQBQs4mR-VP1Y5c00_vRqWPeea0ab3RQapN9OWP-PP3A==). Consultado el 28 de febrero de 2016.

³⁰⁴ En la Sentencia 1739-1992, la Sala Constitucional enfatiza el carácter fundamental del principio de inocencia y en la Sentencia 3472-2013, con expediente 12-010882-0007-CO, avala incluir vía directriz una restricción importante que va más allá de lo que el legislador estimó necesario en la Ley de Armas y Explosivos y no deja de ser polémico por tratar como si tuviera antecedentes penales a personas que no los presentan. Sobre esa sentencia del 2013: *Sentencia No. 3472 de las 16 horas 2 minutos del 13 de marzo de 2013* (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 2013). Disponible en Web:

situaciones donde no se concretiza un delito (se desestima por la fiscalía) hasta situaciones que luego se puede determinar que equivalen a error, piénsese una redada en un lugar público y la inclusión de una persona inocente en ella. En efecto, denegar permisos por antecedentes policiales puede dejar en problemas a personas cuyo trabajo es la seguridad privada, etc.

No podría alegarse que como no existe un derecho constitucional literal que proteja la tenencia de armas, entonces pueda violarse la reserva legal que limita la intervención en los derechos fundamentales como la propiedad privada o la libertad de acción ciudadanas y utilizar reglamentos que restringen donde no lo hace la ley o directrices que pongan aún más restricciones ilegales.³⁰⁵

La previsión legal en Costa Rica (Ley 7530) junto con el reglamento respectivo otorga la posibilidad a los ciudadanos de que cumplan los requisitos para tener y portar armas de fuego. Las autoridades públicas, sea la Administración o los jueces (como se analizará), comprenden que la ausencia literal de un derecho a poseer armas de fuego en la

http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=639503&strTipM=T&strDirSel=directo. Consultado el 28 de febrero de 2016.

³⁰⁵ Por ejemplo, la Directriz 180-2014 MSP, donde el Ministerio de Seguridad Pública declaró: “Ordenar a la Dirección General de Armamento no autorizar permisos de importación de armas de fuego, que su calibre y funcionamiento se encuentren consideradas como armas permitidas de acuerdo al artículo 20 de la Ley de Armas y Explosivos N° 7530, pero cuya apariencia física simula a las armas consideradas prohibidas por la ley de cita” y en uno de los considerandos expresó: “Que en el mercado existen armas de fuego cuya apariencia física simula a las armas consideradas prohibidas por la Ley de Armas y Explosivos N°7530, a pesar que el calibre y funcionamiento son de las permitidas por el artículo 20 de la Ley de cita.” Lo anterior, hace incurrir en error a las autoridades policiales y a la población en general al confundir dichas armas con "fusiles de asalto" o armas "militares", lo que conlleva al incremento de sensación de inseguridad; aumentándose dicho problema, si las mismas cayeran en manos de la delincuencia. Véase dicha directriz en el Sistema Costarricense de Información Jurídica, disponible en Web: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=77756&nValor3=97647&strTipM=TC. Consultado el 15 de febrero de 2016.

Constitución equivale a toda discreción para la ley y los instrumentos normativos que emita la Administración para regular, limitar o hasta prohibir las armas de fuego en el país.

Aunque en algunos sentidos las regulaciones de las armas son muy fundamentadas, por ejemplo cuando la ley restringe las armas de fuego con criterios de idoneidad o prohíbe la portación de armas consideradas muy peligrosas, en otros aspectos como la cantidad de armas permitidas, debe tenerse muy presente la proporcionalidad en la intervención en intereses protegidos constitucionalmente siempre que se pretenda evaluar nuevas leyes que traten el tema de las armas de fuego ya que si se pidiera como requisito para el ejercicio del derecho, el conocimiento probado del uso de las armas de fuego como defensa, así como la seguridad en el almacenaje de las mismas, no debería haber problema en la cantidad.

Lo cierto del caso es que sí representa un peso importante no contar con ejército en Costa Rica, pues la cultura en general cambia y las armas de fuego estarán menos presentes si no se familiariza a la población con el uso adecuado y seguro de estos instrumentos, por ejemplo con un servicio militar. No obstante, dicha situación no debe llevar a pensar que no existe fundamento jurídico suficiente para lograr la seguridad jurídica adecuada para los portadores de armas legales e inscritas.

En Costa Rica, en general, desde el punto de vista del más alto tribunal, que vela por la Constitución, la situación es comprendida como se analizará a continuación. La interpretación que hace la Sala Constitucional es digna de análisis minucioso al relacionarse con el título primero de esta investigación sobre la limitación de los derechos fundamentales en Costa Rica y, sobre todo, cómo interpreta jurídicamente el uso de las armas de fuego por parte de particulares.

ii) **SECCIÓN SEGUNDA. Interpretación de la Sala Constitucional sobre la tenencia y portación de armas de fuego y el límite a los derechos fundamentales**

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, como tribunal constitucional de Costa Rica, ha conocido el tema relativo a la tenencia y portación de armas de fuego desde una óptica restrictiva. El tema ha llegado a conocimiento de la Sala por vía de la libertad de comercio, la libertad de importar armas de fuego por parte de armerías. No obstante, en ese transcurso de análisis ha emitido criterios que sí interesan al problema de esta investigación, acerca de un derecho a tener y portar armas de fuego fundamentado constitucionalmente y, en general, de aplicación en el sistema de derecho continental.

La Sala Constitucional dice que no existe un derecho de rango constitucional a tener y portar armas de fuego por parte de los ciudadanos y, por tanto, el legislador es libre para emitir las regulaciones y restricciones que desee. Por tanto, si una mayoría quisiera, podría prohibir totalmente las armas de fuego de uso civil en Costa Rica. Para esto se analizarán dos sentencias importantes vinculadas con tema, con el fin de conocer por qué la Sala dice que no existe tal derecho y analizar la limitación a los derechos fundamentales y la limitación particular a las armas de fuego. Los siguientes párrafos hablarán de las demandas principales que tocan temas ligados a esta investigación y la interpretación de la Sala Constitucional.

Interesa la Sentencia 2645-1998 de las 15:33 horas del 21 de abril de 1998.³⁰⁶ Esta sentencia recae en la acción de inconstitucionalidad que presentan los ciudadanos de apellidos Gazel, García, Barboza, Montealegre y Polini contra los artículos 20, 22 b), 23 párrafo segundo, 25 b) y g), 33 párrafo segundo, 39, 40, 41 párrafo tercero, 43, 44, 50, 60,

³⁰⁶ *Sentencia N° 2645 de las 15 horas 33 minutos del 21 de abril de 1998* (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, 1998). Disponible en Web: http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia¶m2=1&nValor1=1&nValor2=191160&strTipM=T&lResultado=1. Consultado el 15 de febrero de 2016.

62, 65, 69, 72, 78, 81 y 82 de la Ley de Armas y Explosivos 7530. Fue declarada sin lugar en todos sus extremos, por unanimidad.

El tema de fondo que motiva la acción es la libertad de comercio, pues la ley limita la cantidad de armas por vender, los artículos para ofrecer a la clientela, pero no restringe la cantidad de municiones a deportistas. Se alega además que se viola el principio de igualdad ante la ley ya que se diferencia entre armas para defensa y armas para deporte. Señalan violatorio del principio de reserva de ley que vía reglamento se regule la intervención de funcionarios del Departamento de Control de Armas en la hora de salida y tránsito de mercancías en la Aduana, limita la cantidad de armas que se pueden desalmacenar, asimismo la materia relativa al almacenamiento de armas, significando esto una violación a la libertad de empresa, precisamente porque no hay ley que regule esto.

El principio de igualdad ante la ley también es lesionado para los accionantes, por esa distinción entre los propietarios de armas para deporte de tiro o cacería de las que no lo son, siendo que para las primeras no existe una lista taxativa de armas que se pueden vender y, consecuentemente, portar; mientras que para quienes las compran por motivo de seguridad personal sí. Consecuentemente, las armas no se pueden importar y vender con lo que la variedad de productos para llevar al mercado se limita. Alegan que esa desigualdad en la ley sería justificada si fuera fundamentada o con condiciones distintas, considerando que las armas de fuego que se están dejando en desventaja están protegiendo bienes jurídicos de mayor jerarquía, como sería la vida y la propiedad privada.

Esas limitaciones no cumplen para los accionantes los requisitos para establecer limitaciones a derechos, por tanto interrumpen bruscamente en la libertad de los ciudadanos. Entre los actos de la Administración que violan la libertad de los ciudadanos se encuentra la obligación ausente en la ley de realizar por parte del Departamento de Control de Armas, un examen teórico práctico. En general todo esto viola los derechos de comercio, propiedad, libertad individual, intimidad y reserva de ley.

En cuanto al fondo de la resolución, cuestión que interesa para este trabajo, el magistrado Adrián Vargas Benavides, redactor del voto, explica que si se cuestiona la norma legal, no puede cuestionarse la reglamentaria. No se demuestra trato discriminatorio entre las armas de defensa y las relativas a deporte, ni perjuicio directo al negocio de los accionantes empresarios de armerías. Menciona que las aduanas y el Ministerio de Seguridad Pública sí pueden restringir el número de armas que entren al país.

La Sala sí reconoce que el ordenamiento jurídico contempla la legítima defensa penal y civil, siendo esta una “tácita delegación del Estado”, entonces una persona puede defenderse de una perturbación a sus derechos. La legítima defensa sí se reconoce como un derecho del ciudadano en Costa Rica. Eso sí, el Estado pone límites al uso de la fuerza del particular. No se trata de dejar la justicia en manos privadas, sino solo actuar cuando el Estado no puede llegar.

En ese sentido, el Estado puede regular y tener un estricto control de armas que pueda poseer la población civil. Al respecto, reconoce lo siguiente:

La posibilidad que da el Estado a los particulares de defenderse ante ataques ilegítimos, con uso de la fuerza si es necesario, incluso utilizando armas de fuego, pero restringiendo ese derecho, de tal forma que se pretende con esta Ley que el Estado tenga un control estricto acerca de las armas de fuego con que cuenta la sociedad civil, y a la vez, según se expresa en la exposición de motivos de la misma, procurando además incentivar a los ciudadanos para que mantengan las armas registradas y que puedan tener un mayor conocimiento acerca de la seguridad que deben guardar en su manejo. Es por razones de seguridad personal y para evitar posibles accidentes que se determina que cuando se solicite el permiso especial de portación de armas, el interesado debe demostrar que conoce las reglas de seguridad y el cuidadoso manejo de las armas que pretende portar; además, en aras de proteger al portador de armas, se incorpora la prohibición de venta al público de armas de mala calidad y de manejo peligroso, ya que por la falta de

mecanismos de seguridad internos o externos pueden producir un accidente con su simple manipulación.³⁰⁷

De esta forma sí existe legítima defensa y derecho a utilizar las armas permitidas, este derecho se ubica como derecho legal. La ley es la que lo crea, lo otorga como el legislador desee y en el caso particular, esas distinciones que hace sobre número, cantidad y diferencias entre armas no se puede objetar como inconstitucional al ser un ámbito exclusivo de discrecionalidad del Poder Legislativo (por no haber un artículo como la Segunda Enmienda de Estados Unidos) y no tendría competencia el Tribunal Constitucional para analizarla (la proporcionalidad, el roce con derechos constitucionales, etc.).

El considerando IV entra a analizar lo que más interesa en el fondo de esta investigación. Ahí se habla de la limitación de los derechos fundamentales en la Constitución de Costa Rica. Señala que según la Sentencia 4205-96 de las 14:33 horas del 20 de agosto de 1996, se dijo que “los derechos fundamentales pueden ser objeto de limitaciones en lo que a su ejercicio se refiere”.³⁰⁸

³⁰⁷ *Ibíd.*, Considerando III.

³⁰⁸ *Sentencia N° 4205 de las 14 horas 33 minutos del 20 de agosto de 1996* (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, 1996). Disponible en Web: http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=82085&strTipM=T&strDirSel=directo. Consultado el 14 de febrero de 2016.

Se menciona además la Sentencia 3173-1993 de las 14:57 horas del 6 de julio de 1993³⁰⁹, al indicar:

Es corrientemente aceptada la tesis de que algunos derechos subjetivos no son absolutos, en el sentido de que nacen limitados; en primer lugar, en razón de que se desarrollan dentro del marco de las reglas que regulan la convivencia social; y en segundo, en razón de que su ejercicio está sujeto a límites intrínsecos a su propia naturaleza. Estos límites se refieren al derecho en sí, es decir, a su contenido específico, de manera tal que la Constitución al consagrar una libertad pública y remitirla a la ley para su definición, lo hace para que determine sus alcances. No se trata de restringir la libertad cuyo contenido ya se encuentra definido por la propia Constitución, sino únicamente de precisar, con normas técnicas, el contenido de la libertad en cuestión. Las limitaciones se refieren al ejercicio efectivo de las libertades públicas, es decir, implican por sí mismas una disminución en la esfera jurídica del sujeto, bajo ciertas condiciones y en determinadas circunstancias. Por esta razón constituyen las fronteras del derecho, más allá de las cuáles no se está ante el legítimo ejercicio del mismo. Para que sean válidas las limitaciones a los derechos fundamentales deben estar contenidas en la propia Constitución, o en su defecto, la misma debe autorizar al legislador para imponerlas, en determinadas condiciones.³¹⁰

³⁰⁹ *Sentencia N° 3173 de las 14 horas 57 minutos del 6 de julio de 1993* (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, 1993). Disponible en Web: http://jurisprudencia.poderjudicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=80687&strTipM=T&strDirSel=directo. Consultado el 15 de febrero de 2016.

³¹⁰ *Sentencia N° 2645 de las 15 horas 33 minutos del 21 de abril de 1998* (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, 1998), Considerando IV. Disponible en Web: http://jurisprudencia.poderjudicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia¶m2=1&nValor1=1&nValor2=191160&strTipM=T&IResultado=1. Consultado el 15 de febrero de 2016.

Según la Sala Constitucional, el derecho nace limitado en sí mismo, es decir, su propia naturaleza hace su límite. Queda como impreciso por qué razón entonces ese Tribunal entra a decir que la consagración está en la Constitución, pero le remite a la ley definirlo. Es como apuntar que la Constitución tiene un principio vacío que la ley definirá, esto no sería correcto si se dice que la Constitución es la fuente del derecho fundamental. Los detalles técnicos que la ley puede aclarar, no pueden interferir con el contenido esencial del derecho.

De hecho, la Sala indica que el derecho nace limitado en sí mismo, o sea, con la consagración en la Constitución (piénsese el derecho a la vida, la propiedad privada y la autonomía privada), pero también expresa que la ley determinará el contenido de la libertad en cuestión. El único sentido acorde que se puede dar a esto es decir que la Constitución consagra el derecho fundamental y que la ley, partiendo de ese derecho que no puede contrariar, entra a regular el camino único que debe seguir según la Constitución, pero nunca define el contenido porque este lo trae en sí mismo.

Establece más adelante la sentencia citada:

Sin embargo, no obstante que los derechos fundamentales pueden estar sujetos a determinadas restricciones, éstas resultan legítimas únicamente cuando son necesarias para hacer posible la vigencia de los valores democráticos y constitucionales, por lo que además de "necesaria", "útil", "razonable" u "oportuna", la restricción debe implicar la existencia de una necesidad social imperiosa que la sustente.³¹¹

Si se es consecuente, la voluntad de los accionantes es precisamente poder trabajar y vender su mercadería. El Estado no puede dejarles vender todo lo que deseen de material armamentístico, la limitación debería ser abstracta a armamento de uso civil con calibres en un rango específico, no más. Parece extraño relacionar el ejercicio legítimo de un

³¹¹ *Ibíd.*, Considerando IV.

derecho reconocido (como la libertad de comercio, la propiedad privada, la vida y la defensa de esta y la autonomía de la voluntad) con la necesidad imperiosa de regular en pro de la seguridad. La seguridad nunca está comprometida si se ejerce legítimamente un derecho y el límite por seguridad se vería completo y satisfactorio si se cumplen requisitos básicos sin entrar a discriminar en detalles que no evitarían aumento de inseguridad.

En otras palabras, es correcto que la regulación, que parte del derecho base de la Constitución, no se puede definir porque ya está definido en sí mismo en la norma superior. La regulación puede definir cómo llegan a la práctica las acciones que ejercerá el derecho, no obstante la necesidad imperiosa de orden público o el no daño a derechos de terceros están ubicando mal el posible problema que pueden tener las armas de fuego en el país. De esta forma, piénsese que las personas que siguen la Ley de Armas y Explosivos tienen la buena fe, respetan el ordenamiento jurídico en general.

En el caso de las armas de fuego, el contenido de un derecho fundamental no está en el texto, la ley se encarga de definir el derecho a la tenencia y portación. En el momento en que el legislador entre a definir un derecho en la Ley de Armas, el camino para hacerlo es adaptándola al conglomerado de derechos, principios y valores de la Constitución. Ahí sí entra la Constitución a regular el tema, porque técnicamente todas las leyes y reglamentos derivan de los principios generales de la Constitución. No puede alegarse que en un tema particular el legislador pueda hacer lo que desee.

La Sala Constitucional explica que la legitimidad de las restricciones a los derechos fundamentales está ordenada a una serie de principios que ella dejó claros en la Sentencia 3550-1992³¹², esos principios son los siguientes:

1. Deben estar llamadas a satisfacer un interés público imperativo; 2.- para alcanzar ese interés público, debe escogerse entre varias opciones aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido; 3.- la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrictamente al logro de ese objetivo; 4.- la restricción debe ser imperiosa socialmente, y por ende excepcional.³¹³

La Sala argumenta que más bien entiende que las armas de fuego son peligrosas y deben restringirse vía ley, aunque los reglamentos de dichas leyes no pueden incrementar las restricciones establecidas.³¹⁴ Reconoce además la potestad regulatoria del Ejecutivo

³¹² *Sentencia N° 3150 de las 16 horas del 24 de noviembre de 1992* (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, 1992). Disponible en Web: http://jurisprudencia.poderjudicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=80526&strTipM=T&strDirSel=directo. Consultado el 15 de febrero de 2016.

³¹³ *Sentencia N° 2645 de las 15 horas 33 minutos del 21 de abril de 1998* (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, 1998), Considerando IV. Disponible en Web: http://jurisprudencia.poderjudicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia¶m2=1&nValor1=1&nValor2=191160&strTipM=T&lResultado=1. Consultado el 15 de febrero de 2016.

³¹⁴ «VI. El régimen de los derechos y libertades fundamentales es materia de reserva de la ley. (...) «Lo anterior da lugar a cuatro corolarios de la mayor importancia para la correcta consideración de la presente acción de inconstitucionalidad, a saber: a.) En primer lugar, el principio mismo de "reserva de ley", del cual resulta que solamente mediante ley formal, emanada del Poder Legislativo por el pronunciamiento previsto en la Constitución, para la emisión de las leyes, es posible regular y, en su caso, restringir los derechos y libertades fundamentales, todo, por supuesto en la medida en que la naturaleza y régimen de éstos lo permita, y dentro de las limitaciones constitucionales aplicables-; b.) En segundo, que sólo los reglamentos ejecutivos de esas leyes pueden desarrollar los preceptos de éstas, entendiéndose que no pueden incrementar las restricciones establecidas, ni crear las no establecidas por ellas, y que deben respetar rigurosamente su "contenido esencial"-; c.) En tercero, que ni aun en los reglamentos ejecutivos, ni mucho menos en los autónomos u otras normas o actos de rango inferior, podría válidamente la ley delegar la determinación de

para desarrollar dentro de los límites del ordenamiento, la materialización de la disposición legal.³¹⁵ Sin embargo, reconoce que las alegadas inconstitucionalidades de las disposiciones reglamentarias del Ministerio de Seguridad no violan el citado principio de reserva legal³¹⁶ con respecto a la libertad de empresa protegida en el artículo 46 constitucional.

regulaciones o restricciones que sólo ella está habilitada a imponer, de donde resulta una nueva consecuencia esencial: d.) Finalmente, que toda actividad administrativa en esta materia es necesariamente reglada, sin poder otorgarse a la Administración potestades discrecionales, porque éstas implicarían obviamente un abandono de la propia reserva de ley»” *Sentencia N° 3173 de las 14 horas 57 minutos del 6 de julio de 1993* (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, 1993), Considerando IV. Disponible en Web: http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=80687&strTipM=T&strDirSel=directo. Consultado el 15 de febrero de 2016.

³¹⁵ Sobre ello menciona la Sala: “[...] la sumisión del reglamento a la ley es absoluta, en varios sentidos: no se produce más en los ámbitos que la ley le deja, no puede intentar dejar sin efecto los preceptos legales o contradecirlos, no puede suplir a la ley produciendo un determinado efecto no querido por el legislador o regular un cierto contenido no contemplado en la norma que se reglamenta [...] [...] Ejecutar una ley no es dictar otra ley, sino desarrollarla, sin alterar su espíritu por medio de excepciones, pues si así se no fuere, el Ejecutivo se convierte en legislador” (sentencia número 2994-93, de las quince horas veintisiete minutos del veintidós de junio de mil novecientos noventa y tres)” *Sentencia N° 2645 de las 15 horas 33 minutos del 21 de abril de 1998* (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, 1998), Considerando IV. Disponible en Web: http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia¶m2=1&nValor1=1&nValor2=191160&strTipM=T&IResultado=1. Consultado el 15 de febrero de 2016.

³¹⁶ “Varias limitaciones en la Ley de Armas y Explosivos, las que justamente por el tipo de bienes que se comercian son absolutamente razonables y proporcionales, no solo atendiendo al fin buscado por esa normativa, sino por razones de interés público, habida cuenta que involucra aspectos de seguridad ciudadana y de orden público. Es así como se observa que la Ley de Armas y Explosivos determina taxativamente el tipo de armas que admite como permitidas, discriminando otras ya sea por calibre, o por el mecanismo de disparo, así como por la capacidad de su cargador de munición, que en concreto no puede ser superior a diez tiros”. *Sentencia N° 2645 de las 15 horas 33 minutos del 21 de abril de 1998* (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, 1998), Considerando VII. Disponible en Web:

La Sala Constitucional elimina la posibilidad de que el derecho a la tenencia y portación de armas tenga contenido constitucional en Costa Rica por la ausencia de literalidad de un derecho (como la Segunda Enmienda, en la Constitución de 1949); además, al declarar sin lugar la acción de inconstitucionalidad citada, se deja explícito que no es vía Sala Constitucional que se puede objetar el contenido de la Ley de Armas con base en derechos fundamentales como libertad de comercio (en el caso en cuestión) o los demás señalados hasta ahora. Eventualmente si se argumenta desde la óptica de este trabajo, según el razonamiento de esta sentencia, es probable que también se ignore tal argumentación del contenido constitucional porque no consideran literal algo que mencione un derecho a tener armas.

En el caso de la libertad de comercio, sí se pueden establecer límites de calibre, tipos de armas que se consideren de alto peligrosidad por ser inusuales en el uso civil, por tanto prohibir importación de ciertos géneros (la proporcionalidad de la ley estaría presente al limitar al usuario tener armas de fuego por antecedentes penales o problemas psicológicos o enfermedades mentales, pero quien cumple puede tener la colección de armas para deporte o defensa que desee, cumpliendo con todas las medidas de seguridad necesarias).

La poca fundamentación para alegar que no hay derechos constitucionales involucrados en el tener y portar armas de fuego es algo presente en las sentencias de la Sala Constitucional, que evita un análisis de fondo de muchos principios. En otro caso, por ejemplo, no dijeron lo mismo, como cuando afirmó la Sala que “si el artículo 41 es la norma genérica, el 39 es la específica para la materia penal, de cuya correcta interpretación

–por encima de la meramente literal- puede deducirse un sistema coherente de reglas, principios, valores y derechos que presiden el procedimiento penal”.³¹⁷

La Sentencia número 2479-2010³¹⁸ de las 11:54 horas del 5 de febrero de 2010 fue producto de un recurso de amparo presentado por un ciudadano de apellido Echandi contra el Departamento de Control de Armas y Explosivos. La sentencia también se declaró sin lugar y su redactor fue el magistrado Fernando Cruz Castro. El tema que envolvió el amparo fue la negación por parte de dicho departamento de inscribir armas de fuego deportivas a personas jurídicas, ya que la ley de armas solo dice “persona física”,³¹⁹ se objeta la inconstitucionalidad por desigualdad propia de la omisión.

Así como se estudió en la sentencia anterior, la Sala reconoce que no es con ella que se puede alegar violatoria la Ley de Armas y Explosivos en algún aspecto relacionado con derechos fundamentales, en el caso en cuestión, con base en el artículo 33 sobre igualdad ante la ley y el reclamo de que se está en una clara desigualdad entre personas físicas y jurídicas para poder inscribir armas para deporte, piénsese, en una empresa que desee prestar un servicio de enseñanza y entrenamiento de tiro al blanco.

³¹⁷ *Sentencia No. 1739 de las 11 horas 48 minutos del 1 de julio de 1992* (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, 1992). Disponible en Web: http://jurisprudencia.poderjudicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=83512&strTipM=T&strDirSel=directo. Consultado el 15 de febrero de 2016.

³¹⁸ *Sentencia N° 2479 de las 11 horas 54 minutos del 5 de febrero de 2010* (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, 2010). Disponible en Web: http://jurisprudencia.poderjudicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=475632&strTipM=T&strDirSel=directo. Consultado el 15 de febrero de 2016.

³¹⁹ “La norma se impugna por cuanto se dispuso por medio de la resolución 05-DCAE-2009 del Departamento de Control de Armas y Explosivos del Ministerio de Seguridad Pública la denegatoria de la inscripción a su representada, del arma de fuego marca Beretta, calibre 9 mm, modelo CX4 Storm, serie CX21568. Menciona que la resolución denegó la inscripción al indicar que la Ley de Armas y Explosivos en su artículo 62 sólo faculta la inscripción de armas clasificadas como deportivas a las personas físicas”. *Ibíd.*, Resultando 1.b).

En el considerando III se lee lo siguiente, lo cual por su relevancia se cita de manera completa:

Por ello, considera esta Sala que la Ley no otorga un trato discriminatorio ni desigual a las personas jurídicas que desean inscribir armas de fuego con fines de caza y tiro al blanco, sino que se limita a establecerlo sólo en relación con las personas físicas. Esto no resulta inconstitucional, porque no existe una obligación del legislador en ese campo derivada de la Constitución ni de instrumentos internacionales aplicables en Costa Rica. Tampoco se está frente a una lesión a un derecho fundamental. A lo sumo se estaría frente a una laguna normativa que no está llamada a llenar la Sala. (...) De todo lo cual se desprende que no existe ningún derecho de rango constitucional a portar o tener armas, y que aunque se reconoce el derecho de los particulares a defenderse de ataques ilegítimos -incluso utilizando armas para ello-, el Estado debe tener un estricto control acerca del tipo y cantidad de armas en manos de la sociedad civil y los requisitos para su portación. En este sentido, no se encontró que la norma en cuestión, que establece el derecho de las personas físicas para inscribir armas destinadas a la cacería, al tiro al blanco o al plato; y no establecerlo para las personas jurídicas, fuere contraria al principio de igualdad. Por lo tanto, la denegatoria sustentada en dicha norma tampoco resulta inconstitucional, primero, porque no existe una obligación del legislador de reconocer el derecho de portar armas para uso deportivo a las personas jurídicas. A lo sumo se estaría frente a una laguna normativa que no está llamada a llenar la Sala. Segundo, porque tampoco se está frente a una lesión a un derecho fundamental, al no existir derecho fundamental alguno a que las personas jurídicas porten armas; y en tercer lugar, porque el Estado tiene la potestad de regular cuáles personas, el tipo y la cantidad de armas de la sociedad.³²⁰

³²⁰ *Ibíd.*, Considerando III.

La única explicación encontrada del porqué no hay protección constitucional a la tenencia de armas es la siguiente: “Cabe agregar, sobre el tema de las armas, que no existe ningún derecho de rango constitucional a portar o tener armas. Costa Rica es un país con vocación pacifista y sin ejército, que promueve la utilización del diálogo y negociación como mecanismos de solución de controversias”.³²¹

Si esa es la justificación oficial, entonces deberían prohibirse las armas de fuego en Costa Rica a civiles. Pero la contradicción es inmediata: si no se tiene ejército en el país, razón argumentada como justificante, entonces tampoco puede tener sentido la prohibición ya que el ejército es una institución permanente que se financia y se entrena y por definición, los civiles no son militares. Si no se tiene ejército es porque se elimina esa institución como permanente y no se asocia con que los costarricenses posean o no armas de fuego para propósitos privados legítimos: la resolución pacífica de conflictos y relaciones internacionales apegadas al Derecho no tienen importancia en el momento de repeler una agresión actual ilegítima a la vida, la integridad física o la propiedad.

La vocación pacifista se liga al hecho de que el país se proyecta a nivel internacional como amante del Derecho y no del uso de la fuerza militar, para la resolución de conflictos. En eso la Sala sí acierta. El verse como país que invierte fondos públicos en educación e infraestructura, en desarrollo, antes que en un ejército que no posee una utilidad sobresaliente para un país tan pequeño. Pero no contar con ejército o tener esa aspiración de civilismo no elimina la existencia de la delincuencia y un arma de fuego puede ser determinante para salvar una vida. Asimismo, si no se violan derechos de terceros, el arma de fuego y su uso quedan fuera de la acción del Estado.

Existen sociedades pacíficas, neutrales o amantes de la resolución pacífica de conflictos y que a la vez permiten las armas de fuego a los ciudadanos (véase Suiza, o los

³²¹ *Ibíd.*

países nórdicos o centroeuropeos que controlan las armas, pero permiten el uso deportivo y de seguridad para los domicilios).³²²

De igual forma Costa Rica tuvo vocación pacifista: no participó en las guerras entre centroamericanos por la Federación Centroamericana y contaba con el derecho constitucional a tener y portar armas. Eso no le quitó al país la capacidad para saber que era imposible enviar a la muerte soldados costarricenses por un deber de proveer tropas a la Federación Centroamericana en la década de 1825-35, tampoco para valorar los tribunales y comprender que no existe justicia privada en una sociedad civilizada.³²³

La vocación pacifista es inválida para argumentar que no existe la protección constitucional del uso civil de las armas de fuego, pues si se regulan en todo lo posible las armas, eso no elimina la violencia y el ingenio humano a la hora de querer hacer daño lleva a cuantas formas existan para matar o dañar,³²⁴ tanto armas de fuego como cualquier otro

³²² Sus datos se comprobaron en el capítulo B del título I.

³²³ Menciona el profesor Sáenz Carbonell sobre la Constitución federal de 1824: “El 6 de febrero de 1825 se inauguró en la ciudad de Guatemala el primer Congreso federal, que el 1° de setiembre de ese año otorgó su sanción a la Constitución de la República. Sin embargo, no tardaron en surgir dificultades. Para junio de 1826 el Congreso federal quedó de hecho disuelto, y en el mes de setiembre siguiente el Senado corrió la misma suerte. Todos los Estados, con excepción de Costa Rica, se sumieron en la guerra civil y la anarquía, y el Presidente federal don Manuel José Arce y Fagoaga, elegido para el periodo 1825-1829, asumió una virtual dictadura”. Jorge Francisco Sáenz, *Los sistemas normativos en la historia de Costa Rica* (San José: ISOLMA, 2009), 491. El carácter pacífico de los costarricenses es una característica que se puede ver en diversas etapas de la vida independiente como actitud de ejemplo al mundo en cuanto al no uso de la fuerza militar para resolver problemas, la relativa armonía en la vida independiente y el desinterés en los conflictos armados internacionales, en comparación con los otros países centroamericanos. Pero esa característica no excluye que los ciudadanos puedan tener y portar armas para propósitos legítimos. Siempre ha habido acceso a ellas y el Estado reconoció en el siglo XIX la necesidad de no desarmar a las personas, eso no quiere decir que no se hayan atacado los delitos y tenido un sistema jurisdiccional sólido. Hubo armonía entre esa libertad y la coacción del Estado.

³²⁴ Véase un ejemplo de la verdadera problemática social de violencia que no involucra a usuarios de armas legales en regla: Daniel Chinchilla, “Guerra narco bate récord de homicidios en Costa Rica”, *Diario Extra*

instrumento contundente, cortante, punzocortante o punzante que perfectamente puede matar.

Lo correcto sería decir que Costa Rica es un país de vocación pacifista que concilia la propiedad de armas de fuego de las personas, algo que no se limita al punto de violar el contenido esencial del derecho derivado de principios constitucionales, con la resolución de conflictos entre personas, el combate de la delincuencia, etc. Es un asunto de actitud lógica y no solo de discurso emotivo.

La vocación pacifista debería entonces instar a regular fuertemente, por extremo que parezca, los utensilios filosos de cocina, los automóviles que matan a tantas personas al año; en fin, cualquier objeto que provoque la muerte. Siguiendo la línea argumentativa de la Sala, dice que las “armas” pueden ocasionar daños a terceros y por tanto deben regularse: “El artículo 28 de la Constitución Política establece que las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley. En el caso de la utilización de armas, es claro que se está ante una actividad que sí es susceptible de causar daños a terceros, por lo que el Estado puede legítimamente regularla”.³²⁵ Literalmente dice “armas” y arma puede ser cualquier objeto usado con esa función.³²⁶

Aún cuando la sentencia trate de las armas de fuego, el principio técnicamente puede extenderse a las demás, sencillamente parte de una suposición de peligro abstracto y no

(mayo 2015): 23-09. Disponible en Web: <http://diarioextra.com/Noticia/detalle/270937/guerra-narco-bate-record-de-homicidios-en-cr>.

³²⁵ *Sentencia N° 2479 de las 11 horas 54 minutos del 5 de febrero de 2010* (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, 2010), Considerando III. Disponible en Web: http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=475632&strTipM=T&strDirSel=directo. Consultado el 15 de febrero de 2016.

³²⁶ “Instrumento, medio o máquina destinados a atacar o a defenderse”. Real Academia Española, “Arma”, *Diccionario de la Lengua Española*, 2014. Disponible en Web: <http://dle.rae.es/?id=3a3iLLv>. Consultado el 20 de febrero de 2016.

concreto. La ley como acto legislativo partirá de la posibilidad de daños, pero no puede extremar medidas en situaciones que pueden resolverse de otra forma. Esa afirmación podría hacer extender la coacción estatal a ámbitos que invadan la intimidad, la libertad individual, etc.

Todo lo anterior ejemplifica de manera muy clara la forma de ver el tema por parte de los magistrados constitucionales y la negativa sin un análisis de fondo completo y justificado, que incluya los distintos intereses constitucionales involucrados con el uso civil y apegado a la ley de las armas de fuego. El análisis queda reducido a decir que Costa Rica contempla un derecho legal a tener y portar armas, que está sujeto a la voluntad y autonomía de la Asamblea Legislativa. La protección jurisdiccional más útil para los usuarios legales de las armas de fuego sería el Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, que conoce disputas de legalidad contra la Administración Pública.

La reticencia es predominante en las autoridades y los eventos históricos de los últimos setenta años refuerzan la corriente de creencia de que no tener ejército ni una disposición constitucional expresa sobre un derecho a poseer armas, legitima regular fuertemente las armas de fuego a civiles y que el derecho particular es solo existente porque el legislador quiso darlo, aunque si quiere, podría arrebatarlo.

CONCLUSIÓN

Las normas jurídicas, fijas, claras, limitadas, de aplicación igualitaria y reducidas a intervenir en la libertad individual en lo estrictamente necesario, son la expresión del Estado gobernado por el derecho. Ninguna disposición legislativa, administrativa o judicial puede excederse e intervenir tanto que genere a las personas imposibilidad para actuar.

La coacción estatal, primero, debe tener un norte claro respetuoso del marco de derechos fundamentales y, segundo, intervenir en lo menos lesivo a los derechos de los ciudadanos, esto en procura de satisfacer el interés público de la mejor manera. Una mirada al derecho anglosajón, en particular al *Rule of Law* y al *Rechtstaat* como origen del actual Estado de derecho material hace ver que en el tanto la actuación pública esté regulada por intereses superiores que conciernen a todos los individuos, la intervención estatal estará justificada y en el momento en que el valor libertad sea fundamental a la hora de regular los derechos de las personas, se tendrá el contrapeso necesario a la facultad coactiva del Estado.

La particularidad del *Rule of Law* para determinar la estabilidad en el tiempo de las normas jurídicas, limitar la actuación de las autoridades públicas y, sobre todo, someterlas a responsabilidad por sus actos, genera un particular respeto por las garantías individuales alcanzadas en las primeras cartas de derechos en Inglaterra y luego en los Estados Unidos. Una legítima defensa individual y colectiva se comprende como el impedir o repeler agresiones de individuos contra individuos o de gobernantes contra los pueblos.

En ese sentido, determinantes particulares de los países anglosajones y del rompimiento con la autoridad absoluta de la monarquía muestran las armas de fuego como medios importantes para detener la arbitrariedad de los gobernantes y, además, defender los derechos propios ante ataques de terceros.

En el caso del Estado de derecho en el derecho continental, lo que prima es precisamente la limitación de la autoridad administrativa por medio del control judicial de la Administración o por medio de la limitación por un específico campo del derecho que rija las actuaciones de la Administración y una particular jurisdicción que controle la legalidad de las actuaciones administrativas.

La materialización de un imperio del derecho o de las leyes no se mide por quién juzgue las actuaciones públicas o imponga sanciones a funcionarios por abuso de poder (sea un Consejo de Estado o una jurisdicción administrativa en el poder o rama judicial, o los tribunales ordinarios en general). La medición de la estabilidad y vigencia del Estado de derecho o del *Rule of Law* se basa en el respeto y énfasis que le den los funcionarios del Estado al bloque de constitucionalidad y la consecuente adecuación de la ley y las actuaciones administrativas y jurisdiccionales a ese conjunto de principios y valores superiores.

Un elemento aún más importante es el desarrollo de los derechos fundamentales como parte integrante de los Estados de derecho. Si bien el Estado de derecho es una estructura de adecuación de los actos a las normas y a la jerarquía de las mismas, el conjunto de derechos fundamentales y libertades públicas fundamenta el norte y los fines del Estado. Los funcionarios públicos y demás personas que prestan servicios a la Administración, además de estar sujetos a la legalidad de sus actuaciones, están sujetos a los principios y valores constitucionales.

La libertad y la limitación del poder son fundamentales en un Estado constitucional de derecho, de ahí que la coacción estatal en materia de control de armas no puede seguir cualquier esquema antojadizo por parte de legisladores o administradores públicos, por más buenas intenciones que puedan tener, ya que excedería claramente el papel del Estado y sus facultades coactivas.

Ahora bien, los derechos fundamentales son realizados en la vida práctica por todo tipo de acciones y en muchas ocasiones un actuar específico puede traer consigo el

ejercicio pleno de varios de esos derechos fundamentales a la vez. Estos derechos están positivizados, pero no precisamente cualquier manifestación de varios de esos derechos según los intereses humanos, debe estar presente literalmente en la Constitución para poder ser protegida por el bloque de constitucionalidad.

El derecho a la vida, asimismo el derecho a la propiedad privada y la autonomía de la voluntad, constituyen la fundamentación de la protección constitucional para que las personas puedan tener armas de fuego, esto no sería derivado de ley ordinaria aunque esta pueda entrar a regular detalles importantes. El punto es que en sí mismo ese derecho no deriva de un acto legislativo que puede ser derogado o disminuido de acuerdo a un interés político. El marco regulador está dado en los principios de la Constitución y ahí es donde el ciudadano ve fundamentado su derecho. La ley debe respetar ese derecho y no volverlo imposible para la persona.

La particularidad del derecho a la vida para fundamentar la tenencia y portación de armas es precisamente la protección de esta con los medios más idóneos para repeler o impedir agresiones y las armas de fuego son medios muy útiles en casos de emergencia donde el Estado no puede acudir a prestar seguridad. El derivado del derecho a la vida lo constituye la posibilidad de defenderla, como se deriva también del derecho a la vida el derecho a la integridad física, el derecho a la salud y hasta el derecho a una muerte digna.

El contenido esencial del derecho a la vida no es solo la existencia biológica o la protección de la calidad de vida, sino también la posibilidad de defender la existencia biológica y la integridad física propia o de cualquier otra persona, ya que el valor de la vida y el derecho en sí es preestatal, el Estado no entra a definirla o limitarla, solo la protege.

La propiedad privada es un derecho que, con todo su desarrollo histórico y ligamen con el individuo para el desarrollo de sus actividades e intereses, protege los bienes que entren en su dominio según las reglas de derecho civil. Este derecho tiene protección en las

constituciones cuando se dice que es inviolable y el Estado se encuentra limitado si desea limitarlo.

Los bienes como las armas de fuego, al entrar al dominio del particular, reciben toda la protección del derecho a la propiedad y en cuanto a su ejercicio no puede decirse que no existe un “derecho”. La tenencia y portación de armas es un derecho ya que la expresión de acciones e intereses jurídicamente relevantes conllevan la actuación libre y responsable de las personas. El Estado no puede excluir la figura jurídica de la propiedad privada sobre las armas de fuego, impidiendo a las personas el acceso en abstracto a estas.

La propiedad privada no solo protege los bienes que entran en dominio de una persona, sino que también protege el acceso general a la propiedad privada. Esto justifica al Estado para limitar por razones de orden público el acceso a ciertas armas de fuego que no son de uso civil y resultan peligrosas. Las demás categorías de armamentos que sí pueden ser manipuladas por civiles para el ejercicio libre de su seguridad y sus aficiones deportivas, siempre que se demuestre el conocimiento necesario para manejarlas y se cuente con un historial libre de antecedentes penales, entre otros requisitos básicos, no pueden ser restringidas por el Estado.

El libre desarrollo de la personalidad, de los propios intereses y de las aficiones como los deportes de tiro al blanco o al plato, además de la cacería de especies permitidas, constituye una actividad privada sobre la cual la ley no puede entrar a restringir más allá de la restricción más amplia, general y abstracta para facilitar luego el ejercicio libre de esas actividades. Ahí reside el derecho fundamental de autonomía privada y también la libertad con responsabilidad que no puede violarse por intereses de política criminal.

El derecho a la tenencia y portación de armas de fuego por parte de civiles tiene la categoría de libertad jurídica con un triple contenido esencial, el cual se manifiesta por los contenidos esenciales de los tres derechos que fundamentan esa libertad particular oponible al Estado.

Los derechos fundamentales nacen limitados, su esfera que los caracteriza constituye su propio límite. Se dice que están limitados en su naturaleza y debe tenerse claro que el ejercicio está apegado a los derechos de las demás personas, no pudiendo lesionarles de ninguna forma física, por ejemplo, con su propiedad o no. El ejercicio de todo derecho está limitado por un criterio de utilidad, razonabilidad y buena fe, más allá de eso se cae en un abuso del derecho que no puede ser tolerado por la víctima y la faculta para acudir al Estado para resolver sus disputas o, en su caso, poder defenderse a sí misma utilizando cualquier medio como arma por la inminencia del ataque antijurídico, en particular pudiendo usar las armas de fuego de su propiedad para repeler e impedir la agresión y evitar un mal mayor.

Las facultades coactivas e intereses del Estado en la regulación coherente del comercio de armas de fuego, asimismo por la persecución de los delitos, fundamentan el campo de acción de la política criminal. Esa política criminal debe estar sometida no solo al ordenamiento jurídico, sino también a criterios técnicos, lógicos, proporcionales y oportunos.

Si se combate el crimen organizado que se alimenta de armas de fuego en un mercado negro y la delincuencia convencional y si se lleva a cabo una política social y económica destinada a integrar las comunidades, dotarlas de seguridad y de mejor calidad de vida, empleo y educación, puede combatirse el mal uso de las armas de fuego de manera más respetuosa de los derechos fundamentales.

Los controles para la inscripción y portación de armas de fuego deben responder a criterios técnicos y fundamentados en capacidad psicológica, en la no existencia de antecedentes penales y en conocimientos en manejo de armas de fuego. Los usuarios responsables de armas de fuego que las adquieren para su defensa personal, deporte, etc. deben mantener una constante capacitación y entrenamiento para evitar accidentes, asimismo manejar sus armas de forma responsablemente en casa, educando a las personas

menores de edad en el uso responsable de esos instrumentos que no pueden tocarse sin conocer su mecanismo y normas de precaución.

En el momento en que se emitan legislaciones altamente restrictivas de armas de fuego, las personas que no desean seguirlas pueden satisfacer cautelosamente sus pretensiones en el mercado informal y el problema se puede ver intensificado de manera que incrementen los accidentes o los delitos con armas de fuego. Al contrario, las personas más respetuosas del ordenamiento jurídico pueden ser desarmadas y desprotegidas por el Estado para enfrentar situaciones de emergencia.

Si bien es cierto constituye una preocupación muy válida para el Estado velar por la seguridad de las personas y evitar muertes o lesiones con arma de fuego, debe tenerse presente que la solución al mal uso de las armas se encuentra no estrictamente en las leyes y las limitaciones. Esto se justifica en el momento en que alrededor del mundo hay sociedades donde las armas siempre han estado muy presentes y poseen altos índices de desarrollo humano y una cantidad muy pequeña de homicidios por arma de fuego.

No puede ser correcta una afirmación que intente decir que entre más armas de fuego tenga una sociedad, más muertes se manifestarán, ya que los patrones expuestos en esta investigación establecen que las armas en sí mismas, los instrumentos, no determinan más o menos muerte. Más armas de fuego no equivalen a más o menos muertos, esto se refleja en el hecho de que existen sociedades con más muertes por uso de otras armas distintas a las armas de fuego.

La tenencia legal de armas de fuego no es relevante para la medición de la delincuencia de un país, mucho menos para medir el aumento o disminución de homicidios ya que para matar existen muchos medios idóneos. El cese de la vida humana o la violación de la integridad de esta, sea intencional o accidental, puede ser llevada a cabo con armas blancas, automóviles, objetos contundentes, armas de fuego, etc.

El Estado sí debe preocuparse por la incidencia de violencia en su territorio y las muertes por arma de fuego deben alarmar más al Estado si la tenencia y portación legal de armas es baja comparada con otros países vecinos o zonas geográficas. Eso solo demostrará que existe una informalidad en el tráfico, distribución y uso de las armas de fuego. Ese escenario es fundamental para ser atendido por el Estado y la mejor manera es centrar sus esfuerzos en la investigación y castigo de los delitos que involucran armas. No desviar esfuerzos y tiempo en restringir aún más las armas de uso civil que cumplan con la ley.

La valoración del uso de las armas de fuego en la sociedad para la protección personal, la defensa de la Nación o los deportes dependerá mucho del contexto de la sociedad particular que se analice. La tradición militar o la difusión de información o conocimientos en el uso de las armas influirán en la percepción de estos instrumentos por parte de las personas. Ni el Estado de derecho ni la vocación pacifista de un país se ponen en peligro por la presencia de las armas de fuego en la sociedad, ya que el bloque de constitucionalidad y legalidad, junto con las facultades coactivas del Estado, mantendrán el orden y el respeto de las personas por el Derecho y por el buen manejo de las armas de fuego.

El principal ejemplo de un respeto y aprecio por el uso de las armas de fuego son los Estados Unidos de América. Dicha nación, como se estudió, cuenta con un pasado que justifica las ideas de unión y protección mutua de los ciudadanos contra los excesos del Estado, siendo que en su momento consideraron esencial darse una enmienda que protegiese esa máxima de derecho natural a la rebelión. Sin embargo, el uso de las armas para la defensa personal trasciende a las regulaciones en las cartas de derechos y se considera un derecho preestatal la tenencia y portación de armas.

La regulación de la Segunda Enmienda a la Constitución debe su nacimiento a la necesidad de organizarse como milicia para combatir eventualmente la tiranía de un Gobierno federal. Pero su derecho a tener y portar armas ha sido reconocido por la Corte

Suprema como preestatal y se confirmó esto por medio del estudio de uno de los principales teóricos de la unión federal norteamericana, Alexander Hamilton.

La idea de Hamilton de que las cartas de derechos pueden ser contraproducentes cobra sentido en el momento en que la existencia de un derecho deba fundamentarse exclusivamente en el texto presente en la enmienda. Situación confusa, pero que se confirma en el momento en que la Novena Enmienda protege derechos no escritos en la declaración y la Catorceava Enmienda extiende la igualdad ante la ley. Cabe decir, además, que se ha comprendido que la regulación de las armas de fuego debe ser principalmente a nivel estatal, con base en la Décima Enmienda.

La situación con la República de Costa Rica es particular. Si bien es cierto el derecho a la tenencia y portación de armas de fuego fue reconocido por las primeras constituciones de la vida independiente, como un derecho no a la rebelión contra la tiranía, sino como un derecho a tener armas para proveerse defensa o facilitar la defensa del Estado, apegadas a las que no prohibiera la ley. Con el pasar de los años, en el ensayo de constituciones que se tuvo hasta 1871, no se generó la necesidad de contemplar un derecho escrito en la Constitución y posteriormente se comprendería que el derecho a poseer armas existía, aunque ya la ley ordinaria siguiera poniendo las reglas.

La justificación que brindaron las anteriores constituciones confirma el carácter de propiedad privada de las mismas y de la imposibilidad del Estado de entrar a confiscar o impedir al individuo tenerlas sin más razones que el orden público. Esto es de fundamental importancia para comprender que aún hoy, aunque no se cuente literalmente con un derecho a tener y portar armas en la Constitución Política, sí se puede obtener la protección de la Constitución en los aspectos específicos mencionados.

La interpretación de ese derecho a tener y portar armas en Costa Rica por parte de la Sala Constitucional no se admite. Para esta si no existe literal en la Constitución, no existe; además, el ser un país sin ejército significa que el Estado debe promover el desarme. Si existe es únicamente como “derecho legal”.

Si bien es cierto la ausencia del ejército como institución permanente lleva al Estado a impedir la acción y participación del Estado en situaciones y conflictos internacionales y a invertir los fondos públicos destinados a defensa en otras áreas, lo cierto es que no tiene relación directa la ausencia del ejército con la imposibilidad de que los ciudadanos encuentren protección constitucional a la defensa de la vida con armas y la defensa de su propiedad, junto con el libre y responsable ejercicio de actividades privadas que no dañen derechos de terceros. El mismo Estado mantiene un arsenal considerable para un país permitiendo a la Fuerza Pública poseer armas en cantidad y tipos que los ciudadanos difícilmente podrían adquirir.

El pensamiento positivista más cercano a un Estado de derecho formal ha tenido mucha influencia en naciones como Costa Rica, que hasta 1989 tuvo un control más efectivo de constitucionalidad. Sin embargo, persiste en la comprensión de muchas personas que un reglamento, un decreto o un acto de la Administración podría prohibir, restringir más allá de donde la ley no prohíbe, restringe o coacciona. La Ley que limita derechos de los ciudadanos limita asimismo la actividad de la Administración ya que el principio de legalidad protege al ciudadano de la coacción estatal injustificada. La arbitrariedad administrativa se puede manifestar de muchas maneras, será el control jurisdiccional de sus actuaciones las que reivindiquen el Estado de derecho.

Asimismo, la Constitución Política puede ser interpretada de forma restrictiva cuando en otros casos se abogue porque dicha ley fundamental tiene carácter abierto enfatizando el principio *pro homine* o *pro libertatis*, o sea, favoreciendo siempre al ser humano y restringiendo lo mínimo posible la libertad. La cuestión de la interpretación de las normas entra en un eterno conflicto de intereses, pero los principalmente obligados a buscar el mayor beneficio de las personas podrían intentar restringirles sus derechos.

El asunto no se soluciona creando un ambiente hostil, sino conciliando intereses y es comprensible el interés del Estado de regular las armas de fuego para evitar delitos, sin embargo la forma de hacerlo no puede afectar a aquellas personas que desean convivir en

paz y responsabilidad con sus armas respetando la integridad física y los derechos de los demás.

La ley ordinaria, entonces, no define totalmente el derecho y la limitación no puede ir en contra del acceso y protección de la propiedad privada ni el libre y responsable desarrollo de actividades privadas. La intervención en pro del orden público debe ser razonable con los demás derechos de los ciudadanos interesados en tener y portar armas y la única forma que llega a conciliar esos intereses es restringir las armas de altos calibres y de uso militar, lo cual está acorde con el llamado derecho a la paz que ha reconocido la Sala Constitucional -sin estar literal en la Constitución- y que se comprende como de carácter negativo, siendo que el Estado no puede poner a los costarricenses en situaciones de presencia militar, acciones militares o llevarlos a conflictos militares; asimismo, fomentando la resolución pacífica de las controversias.

En todo caso, se propone analizar las siguientes interrogantes para ser aplicadas a los intereses de coacción estatales sobre los particulares que tienen o portan armas de fuego de uso civil. Si el criterio para regular un derecho fundamental es buscar proteger un “interés público” entonces debe preguntarse el Estado, primero (1): ¿Cuál es el interés público? ¿Cuál es el fin? Las opciones más claras serían, en primer lugar (a), evitar que las personas posean armas de fuego. La segunda opción (b), evitar muertes o lesiones dolosas o culposas con armas de fuego. La tercera alternativa (c), evitar la propagación de delitos con armas de fuego ilegales.

La segunda (2) interrogante que debe hacerse el Estado es: ¿Cuál es el principal problema que vive el país con muertes por arma de fuego?, primero (a), muertes ocasionadas con armas inscritas, legales, que se propague y los usuarios que inscriben armas lo hagan para delinquir; segundo (b), las muertes provocadas en delitos cuyo autor o partícipe utiliza armas ilegales, provenientes del mercado negro, sean armas ilegales o armas legales con portación ilegal.

La tercera (3) cuestión que debe establecer el Estado es: ¿Cuál debe ser la solución para satisfacer el interés público? Primero (a), que se sancione a quienes cometen delitos con armas de fuego ilegales (o legales con tenencia ilegal), las personas que no las inscriben y las compran a cualquier traficante o no saben utilizarlas responsablemente (armas legales o ilegales). Segundo (b), restringir aún más o eliminar la tenencia de armas legales, privando de ellas a las personas que desean estar en regla y poseen conocimientos en el manejo responsable de estas, desean protección personal, la de sus familias y propiedad, además de practicar un deporte de tiro o cacería.

Una cuarta pregunta (4) sería: ¿Es justificado encontrar un interés público en el caso 3b, restringiendo las armas de las personas que no tienen antecedentes y saben manipularlas responsablemente? ¿Respetaría el contenido esencial de los derechos fundamentales involucrados y los principios *pro homine* y *pro libertatis* o sea, se estaría escogiendo una opción que es la menos restrictiva del contenido del derecho?, o ¿sería más bien el interés público los casos 1b, 2a, 2b y 3a? La coacción estatal estaría mirando en la dirección equivocada si se quiere restringir el derecho de las personas que respetan las regulaciones de buena fe, sería más bien una restricción por la restricción misma, lo cual no tiene cabida en un Estado de derecho.

Ese derecho a tener y portar armas de fuego por parte de civiles se constata por toda la fundamentación hecha en el desarrollo de la investigación y puede ser objeto de estudio desde otros campos, no exclusivamente jurídicos, sino relacionados a capacitar, evitar accidentes, estudiar cómo mejorar la intervención policial en el comercio ilegal, aplicar mejor la legislación penal a los delitos de peligro abstracto como lo sería la tenencia ilegal de armas, etc.

Como temas conexos de interés jurídico que podrían derivar de todo lo analizado en esta investigación, se visualiza el análisis de la conveniencia para poder tener permiso o licencia de portación de armas de fuego, como lo sería innovar más los cursos del manejo de armas de fuego en situaciones de defensa personal. Si se mejora la manipulación

ciudadana de las armas de fuego, podría prevenirse aún más la incidencia de accidentes domésticos.

Otro tema respecto al caso costarricense particularmente, pero también para cualquier Estado, es en el campo del derecho procesal penal y las ciencias forenses. La posibilidad de que una ley de armas incluya como requisito para inscribir en la Administración un arma de fuego el llevarla para ser accionada y recolectar muestras de proyectiles disparados. Esto facilitaría el trabajo balístico (con tecnología que lo permita) relacionado con la investigación de los delitos por parte del Estado. Si se disparara cada una de las armas que se inscriben para recolectar las balas mejoraría el estudio balístico en casos donde no se encuentra el arma accionada en un delito. Esto estaría relacionado también en los casos de denuncia por robo de arma, aunque siempre se encuentre el reto con armas que cuyo cañón haya sido modificado para que las estrías en la bala no se perciban o no se logre dar con una individualización balística.

En el campo del derecho público se encuentra como tema relevante el terrorismo y la incidencia del uso de armas de fuego ilegales en los países con más restricción de uso de armas de fuego. Asimismo, la consecuente limitación de los derechos fundamentales en los casos de terrorismo. Esto también se asocia con el estudio del panorama del derecho internacional público relacionado con el control armamentístico, el control del trasiego ilegal de armas en países con conflictos humanitarios y militares.

En el caso de los Estados Unidos de América, un análisis de la constitucionalidad de las medidas de controles de armas de fuego por parte del Gobierno y congresos federales resulta muy provechoso. Dicho país entra en la polémica por el uso de armas de fuego, no tanto por la delincuencia común en las zonas más afectadas por el crimen, sino por los tiroteos que han sido llevados a cabo en centros educativos y similares, por personas con algún problema mental o por personas determinadas a matar sin razones o por motivos políticos o religiosos. El tema de las zonas libres de armas y su efectividad también puede ser analizado a fondo.

El caso estadounidense tiene relevancia para el derecho constitucional por la relación con el Estado federal, sus características de funcionamiento y los límites que tiene esa división vertical del poder. Si llega el caso en que una ley federal o una orden ejecutiva sobre armas de fuego limiten o contradigan las leyes estatales, el control judicial es fundamental para poder reivindicar un federalismo estricto o darle más margen y más poder al Gobierno federal.

El tema de las armas de fuego de uso civil o de uso militar abarca tantas variantes y aristas y sería difícil dejar constancia de todas, la polémica que las involucra es justificante de todo lo que se puede escribir sobre ellas. La violencia de los seres humanos siempre es tema de mucho interés, sobre todo porque para dañar la vida o la integridad física existen tantos medios como pueda imaginarse.

El Estado debe analizar cuidadosamente los distintos escenarios para poder actuar, pues el Estado de derecho y, sobre todo, los derechos fundamentales, deben ser inmunes a cualquier coyuntura, ola de violencia, terrorismo, etc., que tienta y aliente a los ciudadanos o a los Estados para cercenar garantías que en principio y teoría cubren a todos los seres humanos y garantizan su libertad y el ejercicio responsable de cualquier actividad que se ajuste al ordenamiento jurídico.

BIBLIOGRAFÍA

“Active ‘Patriot’ Groups in the United States in 2009”. Alabama: The Southern Poverty Law Center. 2010. Disponible en Web: <https://www.splcenter.org/fighting-hate/intelligence-report/2010/active-patriot-groups-united-states-2009>.

Consultado el 13 de febrero de 2016.

Areitio, Ramón. *Derecho natural: lecciones elementales*. Bilbao: Universidad de Deusto, 1996.

Arguedas, Carlos. “Abuso policial generó condena en guardaparques”. *La Nación* (setiembre 2015): 09-09. Disponible en Web: http://www.nacion.com/sucesos/juicios/Abuso-policial-genero-condena-guardarques_0_1511048900.html. Consultado el 1 de diciembre de 2015.

Arguedas, Carlos. “Francisco Segura: hay que prohibir las armas de fuego”. *La Nación* (agosto 2014): 31-08. Disponible en Web: http://www.nacion.com/sucesos/crimenes-asaltos/Francisco-Segura-prohibir-armas-fuego_0_1436256409.html. Consultado el 12 de octubre de 2015.

Arguedas, Carlos. “Plan faculta a Estado a suspender uso de armas”. *La Nación* (abril 2013): 21-04. Disponible en Web: http://www.nacion.com/sucesos/Plan-faculta-suspender-uso-armas_0_1336866403.html. Consultado 9 de octubre de 2015.

Arguedas, Carlos y Montero, Reiner. “OIJ pide prohibir motos con dos personas a bordo”. *La Nación* (marzo 2015): 13-03. Disponible en Web: http://www.nacion.com/sucesos/seguridad/OIJ-prohibir-personas-viajen-moto_0_1475052503.html. Consultado el 12 de octubre de 2015.

Asamblea Nacional Constituyente. *Actas Asamblea Nacional Constituyente*. San José, 1949.

- Baldwin, Fletcher y Diperna, Theresa. "The Rule of Law, An essential component of the financial war against organized crime and terrorism in the Americas". *Journal of Financial Crime* 14, no. 4 (2007). Disponible en Web: www.emeraldinsight.com/1359-0790.htm. Consultado el 30 de diciembre de 2015.
- Barnett, Randy. *The Structure of Liberty: Justice and the Rule of Law*. 2da Ed. Oxford: Oxford University Press, 2014. Disponible en Web: <https://books.google.co.cr/books?id=gwnEAQBAJ&printsec=frontcover&dq=rule+of+law&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwiq0pH9npHKAhUGYyYKHXUYBwY4FBDoAQhOMAc#v=onepage&q&f=false>. Consultado el 4 de enero de 2016.
- Basler, Roy. *The Collected Works of Abraham Lincoln*. Vol. VII. New Jersey: Rutgers University Press, 1990.
- Beccaria, Cesare. *Tratado de los delitos y de las penas*. Madrid: Instituto Figuerola de Historia y Ciencias Sociales. 2015.
- Bassets, Marks. "Armas de fuego, el debate aplazado". *El País* (agosto 2015): 30-08. Disponible en Web: http://internacional.elpais.com/internacional/2015/08/29/actualidad/1440806494_061130.html. Consultado 8 de octubre de 2015.
- Bernal, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*. 3ra ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- Böckenförde, Ernst. *Estudios sobre el Estado de Derecho y democracia*. Madrid: Editorial Trotta, 2000.

- Brettscheider, Corey. "A substantive Conception of the Rule of Law: Nonarbitrary Treatment and the Limits of Procedure". *Getting to the Rule of Law*. Nueva York: New York University Press, 2011. Disponible en Web: <https://books.google.co.cr/books?id=ZtwWj43CxGIC&printsec=frontcover&dq=rule+of+law&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwiEzvPsnZHKAhXG0iYKHW5HABg4ChDoAQhOMAc#v=onepage&q&f=false>. Consultado el 11 de enero de 2016
- Breyer, Stephen. *Disentimiento en Distrito de Columbia vs Heller 554 U.S*, Corte Suprema de Justicia. 2008. Disponible en web: <http://www.scotusblog.com/wp-content/uploads/2008/06/07-2901.pdf>. Consultado el 15 de noviembre de 2015.
- Bureau of Alcohol, Tobacco, Firearms and Explosives. *Firearms Commerce in the United States: Annual Statistical Update*. 2015. Disponible en Web: <https://www.atf.gov/file/89561/download>. Consultado el 5 de febrero de 2016.
- Camacho, Dilenny. *Los derechos fundamentales: importancia y funcionalidad*. VLex. 2011. Disponible en web: <http://vlex.com/vid/derechos-importancia-360766882>. Consultado el 7 de febrero de 2016.
- Cañas, Gabriela y Yarnoz, Carlos. "Francia se rearma con medidas sin precedentes para combatir el terrorismo". *El País* (noviembre 2015): 17-11. Disponible en Web: <http://internacional.elpais.com/internacional/2015/11/16/actualidad/1447691479418681.html>. Consultado el 20 de noviembre de 2015
- Carroll, Lauren. "Obama: More gun laws means fewer gun deaths. *Politifact*. (octubre 2015): 06-10. Disponible en Web: <http://www.politifact.com/truth-o-meter/statements/2015/oct/06/barack-obama/obama-more-gun-laws-means-fewer-gun-deaths/>. Consultado el 15 de abril de 2016.

- Carvajal, Julián. *Moral, derecho y política en Immanuel Kant*. Cuenca: Ediciones de la Universidad Castilla-La Mancha, 1999. Disponible en Web: https://books.google.co.cr/books?id=bDNyjNDFf6UC&pg=PA365&dq=Doctrina+del+derecho+kant&hl=es&sa=X&redir_esc=y#v=onepage&q&f=false. Consultado el 22 de enero de 2016.
- Casal, Jesús. *Tendencias actuales del derecho constitucional: homenaje a Jesús María Casal Montbrun*. Vol. 1. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2007.
- Cass, Ronald. *The Rule of Law in America*. Johns Hopkins University Press, 2003. Disponible en Web: https://books.google.co.cr/books?id=_1UmQalPtqsC&printsec=frontcover&hl=es#v=onepage&q&f=false. Consultado el 6 de enero de 2015
- Castañeda, Adolfo. *Dignidad humana y doctrina social cristiana*. Miami: Vida Humana Internacional, 2002
- Castellanos, Milton. *Del Estado de derecho al Estado de justicia*. México: Porrúa, 2004.
- Castillo, Fernando. *Elementos económicos en la Constitución Política*. San José: Editorial Juritexto, 1992.
- Castillo, Francisco. *La legítima defensa*. 2da Ed. San José: Jurídica Continental, 2004.
- Chinchilla, Daniel. “Guerra narco bate récord de homicidios en Costa Rica”. *Diario Extra* (mayo 2015): 23-09. Disponible en Web: <http://diarioextra.com/Noticia/detalle/270937/guerra-narco-bate-record-de-homicidios-en-cr>.
- Chirino, Alfredo y Salas, Ricardo. *La legítima defensa: alcances y límites dogmáticos y jurisprudenciales*. San José: Investigaciones Jurídicas, 1993.

- Clarembaux, Patricia. "Obama vuelve al debate sobre el control en la venta de armas". *Noticias Univisión* (octubre 2015): 01-10. Disponible en Web: <http://noticias.univision.com/article/2484443/2015-10-01/estados-unidos/noticias/armas-obama-control-leyes>. Consultado el 8 de octubre de 2015.
- Cohn, Avern. "Vignette". *Michigan Bar Journal* (2011). Disponible en Web: <http://www.michbar.org/file/journal/pdf/pdf4article1934.pdf>. Consultado el 15 de noviembre de 2015
- Conesa, Fernando. *Libertad de empresa y Estado de derecho*. Madrid: Ediciones Rialp, 1978.
- Contreras, Claudio. "La crisis del Estado de derecho: una aproximación desde a teoría política". Tesis para optar al grado de Doctor en Ciencias Jurídicas por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, 2004.
- Corte Suprema de Estados Unidos. *District of Columbia v. Heller* 554 U.S.. 2008. Disponible en web: <http://www.scotusblog.com/wp-content/uploads/2008/06/07-2901.pdf>. Consultado el 30 de octubre de 2015.
- Corte Suprema de Estados Unidos. *McDonald v. City of Chicago* 561 U.S. 2010. Disponible en Web: <http://www.supremecourt.gov/opinions/09pdf/08-1521.pdf>. Consultado el 15 de noviembre de 2015.
- Corte Suprema de Estados Unidos, *Presser v. Illinois*, 116, U.S. 1886. Disponible en Web: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/116/252/case.html>. Consultado el 15 de noviembre de 2015.
- Corte Suprema de Estados Unidos. *United States v Cruikshank*, 92 U.S. 1876. Disponible en Web: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/92/542/case.html>. Consultado el 15 de noviembre de 2015.

- Corte Suprema de Estados Unidos. *United States v. Miller*, 307, U.S. 1939. Disponible en Web: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/307/174/case.html>. Consultado el 15 de noviembre de 2015
- Corte Suprema de Georgia. *Nunn v. State* 1 Ga. 243, 251. 1846. Véase en http://www.constitution.org/2ll/bardwell/nunn_v_state.txt. Consultado el 15 de noviembre de 2015.
- Csonka, Csilla. *The Rule of Law and the British Constitution*. Szeged: Lap Lambert, 2011.
- Cubo, Óscar. “Democracia y Estado derecho. Reflexiones en torno a Kant”. *Presente, pasado y futuro de la democracia*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2009. Disponible en Web: <http://congresos.um.es/sefp/sefp2009/paper/viewFile/3171/3071>. Consultado el 25 de enero de 2016.
- Delgado, David. “Ministro Gambia prohíbe armas legales con apariencia militar”. *La Nación* (noviembre 2014): 24-11. Disponible en Web: http://www.nacion.com/sucesos/seguridad/Ministro-prohibe-legales-apariencia-militar_0_1453254669.html.
- Díaz, Sandalio y Fernández, Francisco. *Obras completas de Marco Tulio Cicerón, T. XVI, Vida y discursos: en defensa de T.A.Milón*. Madrid: Librería de Perlado, Páez y Cía, 1919.
- Dicey, Albert. *Introduction to the study of the Law of the Constitution*. Liberty Fund, 1982.
- Doherty, Brian. *How the Second Amendment was restored: the inside story of how a bang of libertarian lawyers made constitutional history*. Vol. 40. Books and Journals: Reason, 2008. Disponible en web: <http://vlex.com/vid/restored-gang-libertarian-constitutional-57023985>. Consultado el 1 de noviembre de 2015

- Domínguez, Jorge. *Derecho civil: parte general, personas, cosas, negocio jurídico e invalidez*. México: Porrúa, 2008
- Dowlut, Robert. The Right to Keep and Bear Arms: A Right to Self-Defense Against Criminals and Despots. *Stanford Law & Policy Review* (1997).
- Epstein, Richard. “The perilous position of the Rule of Law and the Administrative State”. *Harvard Journal Law* 36 (2013). Disponible en Web: http://www.harvard-ilpp.com/wp-content/uploads/2013/01/36_1_005_Epstein.pdf Consultado el 30 de diciembre de 2015.
- Espín, Diego. “Los límites de la autonomía de la voluntad en el Derecho Privado”. *Anales de la Universidad de Murcia*, XIII, no. 1. (1954): 12. Disponible en Web: <http://hdl.handle.net/10201/4616>. Consultado el 10 de febrero de 2016.
- Falzea, Angelo. *Eficacia jurídica*. Traducción de Walter Antillón. 3ra ed. San José: Investigaciones jurídicas, 2009.
- Farber, Daniel. “El “Rule of Law“ y el derecho de los precedentes”. *Palestra del Tribunal Constitucional* no. 01 (2008).
- Federal Bureau of Investigation. *Crime in the United States by Volume and Rate per 100,000 Inhabitants, 1995-2014*. 2014. Disponible en Web: <https://www.fbi.gov/about-us/cjis/ucr/crime-in-the-u.s/2014/crime-in-the-u.s.-2014/tables/table-1>. Consultado el 5 de febrero de 2016.
- Federal Bureau of Investigation, *Murder by State, Types of Weapons, 2013*. 2013. Disponible en Web: https://www.fbi.gov/about-us/cjis/ucr/crime-in-the-u.s/2013/crime-in-the-u.s.-2013/tables/table-20/table_20_murder_by_state_types_of_weapons_2013.xls. Consultado el 15 de abril de 2016.

- Fernández, Miguel. “Aspectos Constitucionales de la nueva ley de OPAS”. Santiago: *Revista Chilena del Derecho* 29 (2002).
- Florez Plassmann, John Whitley. “Confirming “More Guns, Less Crime”. *Stanford Law Review*, 55, no. 4 (2003): 1313-1369. <http://www.jstor.org/stable/1229604>. Consultado el 13 de febrero de 2016.
- García-Pelayo, Manuel. “Estado legal y Estado constitucional de derecho”. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas Universidad Central de Venezuela*, no. 82 (1991).
- Garrison, Arthur. “The traditions and history of the meaning of the Rule of Law”. *Journal of Law & Public Policy*, 12 (2014). Disponible en Web: <http://www.kutztown.edu/Documents/Criminal%20Justice/The%20Traditions%20and%20History%20of%20the%20Meaning%20of%20the%20Rule%20of%20Law.pdf>. Consultado el 30 de diciembre de 2015.
- Gómez Manuel. Gil y Gómez, Pascual. *El Digesto del Emperador Justiniano*. Traducido por Bartolomé Agustín Rodríguez de Fonseca. No. 20. Madrid: Imprenta de Ramón Vicente, Cuesta de Santo Domingo, 1872.
- González, Joaquín. *Protección internacional de derechos humanos y estado de derecho*. Bogotá: Washington College of Law, 2009.
- Gordillo, Agustín. *Tratado de Derecho administrativo: parte general*. Tomo I. 2da ed. Buenos Aires: Ediciones Macchi, 1992.
- Government Digital Service United Kingdom, “Historical Crime Data”. 2011. Disponible en Web: <https://www.gov.uk/government/statistics/historical-crime-data>. Consultado el 6 de febrero de 2016.
- Haba, Enrique Pedro. *Axiología jurídica fundamental: bases de valoración en el discurso jurídico*. 2da ed. San José: Editorial Universidad de Costa Rica, 2007.

- Halbrook, Stephen. *Gun Control in the Third Reich: disarming the Jews and "Enemies of the State"*. Oakland: Independent Institute, 2004.
- Hamilton, Alexander; Madison, James y Jay, John. *El Federalista*. México: Fondo de Cultura Económica, 1994.
- Hauriou, André. *Derecho constitucional e instituciones políticas*. 2da ed. Madrid: Ariel Derecho, 1980.
- Hayek, Friedrich. *Los fundamentos de la libertad*. 2da ed. Madrid: Unión Editorial, 1975.
- Hayek, Friedrich. *Los fundamentos de la libertad*. Valencia: Fundación Ignacio Villalonga, 1961.
- Hernández, Magally. *Fisuras, desafíos y mutaciones: del estado de derecho y el derecho público*. San José: Editorial Universidad de Costa Rica, 2007.
- Hernández, Rubén. *El Derecho de la constitución*. San José: Editorial Juricentro, 1994.
- Hernández, Rubén. *Régimen jurídico de los derechos fundamentales*, (2da ed). San José: Editorial Juricentro, 2010.
- Hidalgo, Juan Carlos. "Inaceptable desinformación sobre armas y crimen". *La Nación* (octubre 2012): 04-10. Disponible en Web: http://www.nacion.com/archivo/Inaceptable-desinformacion-armas-crimen_0_1297070319.html. Consultado el 4 de diciembre de 2015.
- Ihering, Rudolf von. *La lucha por el Derecho*. 2da ed. Buenos Aires: Valleta, 2004.
- Jaume, Lucien. *La libertad y la ley: los orígenes del liberalismo filosófico*. Buenos Aires: Del Signo, 2008. Disponible en Web: https://books.google.co.cr/books?id=PGtH0189mgQC&printsec=frontcover&hl=es&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false. Consultado el 25 de enero de 2016.

- Jefferson, Thomas, Adams, John y Franklin, Benjamin. *La Declaración de Independencia*. Washington, DC: Cato Institute, 2003. Disponible en Web: <http://www.elcato.org/bibliotecadelalibertad/la-declaracion-de-independencia/la-declaracion-de-independencia>. Consultado 1 de setiembre de 2015.
- Josserand, Louis. *Derecho Civil*. Tomo I. Vol. III. *La propiedad y los otros derechos reales y principales*. Buenos Aires: Bosch y Cía Editores, 1952.
- Kant, Immanuel. *Cimentación para la Metafísica de las Costumbres*. Traducción de Carlo Martín Ramírez. 4ta Ed. Buenos Aires: Aguilar Argentina, 1973.
- Kant, Immanuel. *Principios metafísicos del Derecho*. Traducción de G. Lizarraga. Madrid: Librería de Victoriano Suarez, 1873. Disponible en Web: <http://fama2.us.es/fde/ocr/2006/principiosMetafisicosKant.pdf>. Consultado el 25 de enero de 2016.
- Kates, Don y Mauser, Gary. Would banning firearms reduce murder and suicide? A review of international and some domestic evidence. *Journal of Law & Public Policy* 30, 2. Boston: Harvard, 2007. Disponible en Web: http://www.law.harvard.edu/students/orgs/jlpp/Vol30_No2_KatesMauseronline.pdf. Consultado el 12 de octubre de 2015.
- Kelsen, Hans. *Teoría general del derecho y del Estado*. Traducción de Eduardo García. 2da ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1995.
- Kopel, David, Gallant, Paul y Eisen, Joanne. "The human right of Self-Defense". *BYU Journal of Public Law*, 22 (2007). Disponible en Web: <http://digitalcommons.law.byu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1396&context=jpl> Consultado el 1 de octubre de 2015.

- Krouse, William. "Gun Control Legislation" *Congressional Research Service* (2012). Disponible en Web: <http://fpc.state.gov/documents/organization/201083.pdf>. Consultado el 5 de abril de 2016.
- La Editorial de la Nación. "Armamentismo ciudadano" *La Nación* (2012): 16-10. Disponible en Web: http://www.nacion.com/archivo/Armamentismo-ciudadano_0_1299470095.htm. Consultado el 17 de noviembre de 2015.
- Lassalle, José. *John Locke y los fundamentos modernos de la propiedad*. Madrid: Editorial Dykinson, 2001.
- Leoni, Bruno. *La libertad y la ley*. Traducido por Cosmopolitan Translation Service. 3ra ed. ampliada. Madrid: Unión Editorial, 2010.
- Llobet, Javier. *Proceso Penal Comentado*. 5ta ed. San José: Editorial Jurídica Continental, 2012.
- López, José. *La fundamentación del derecho en Kant*. Murcia: Anuario de Filosofía del Derecho IX, 1992.
- Loría, Max. *Violencia armada y seguridad ciudadana en Costa Rica*. Friedrich Ebert Stiftung y FUNPADEM, 2014. Disponible en Web: <http://library.fes.de/pdf-files/bueros/fesamcentral/11117.pdf>. Consultado el 12 de octubre de 2015.
- Lott, John. "Gun-free zones an easy target for killers". *Fox News Opinion* (junio 2015): 18-06. Disponible en Web: <http://www.foxnews.com/opinion/2015/06/18/gun-free-zones-easy-target-for-killers.html>. Consultado el 12 de octubre de 2015.
- Lott, John. *More Guns Less Crime. Understanding Crime and Gun Control Law*. 3ra ed. Chicago: The University of Chicago Press, 2010.
- Lumpe, Lora. *Tráfico de armas: el mercado negro mundial de armas ligeras*. Barcelona: Intermon Oxfam, 2004.

- Luzón, Diego. *Aspectos esenciales de la legítima defensa*. Barcelona: Bosch, 1978.
- Mckaken, Ryan. “Gun Control. Fashionable prohibition for modern Lawmakers”. *Mises Institute* (2015). Disponible en Web: <https://mises.org/library/gun-control-fashionable-prohibition-modern-lawmakers>. Consultado 9 de octubre de 2015.
- Méndez, Odilón. *Constitución Política de la República de Costa Rica: 7 de noviembre de 1949*. San José: Editorial Juritexto, 2009.
- Miaille, Michel. *El Estado de derecho: introducción al derecho constitucional*. México: Ediciones Coyoacán, 2008.
- Ministerio de Seguridad Pública. Directriz No. 1 del 10 de enero de 2012. San José: 2012.
- Ministerio de Seguridad Pública. Directriz 180-2014 MSP. Disponible en Web: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=77756&nValor3=97647&strTipM=TC. Consultado el 15 de febrero de 2016.
- Ministerio de Seguridad Pública de Costa Rica. *Estar armado no es un derecho es una concesión*. (2012): 10-01. Disponible en Web: <http://www.fuerzapublica.go.cr/2012/01/estar-armado-no-es-un-derecho-es-una-concesion/>. Consultado el 9 de octubre de 2015
- Mohl, Robert von. *Das Staatsrecht des Königreiches Württemberg*. Tübingen: Laupp. 1846. Disponible en web: <https://books.google.co.cr/books?id=8p1GAAAacAAJ&pg=PA120&dq=Staatsrecht+des+K%C3%B6nigreichs+W%C3%BCrttemberg&hl=es&sa=X&ved=0ahUKewj10anO5b7KAhUF9h4KHY10BiUQ6AEIHzAB#v=onepage&q&f=false>. Consultado el 22 de enero de 2016.
- Montesquieu, Charles Louis de Secondant. *El espíritu de las leyes*. San José: Asociación Libro Libre, 1986.

Niño, Carlos. *La legítima defensa: fundamentación y régimen jurídico*. Buenos Aires: Astrea, 1982.

Núñez, María. “Un mercado negro de armas”. *Council of Hemispheric Affairs* (2014): 17-09. Disponible en Web: <http://www.coha.org/un-mercado-negro-de-armas/>. Consultado el 8 de octubre de 2015.

Observatorio de la Violencia. *Armas de fuego y violencia en Costa Rica*. 2011. Disponible en Web: <http://sisvi.mj.go.cr/meshcms/themes/sisvi/Doc/informe6.pdf>. Consultado el 15 de febrero de 2016

Observatorio de la Violencia. *Muertes violentas en Costa Rica: homicidio, femicidio, suicidio, muertes por accidentes de tránsito: período 2008-2013*. 2014. Disponible en Web: <http://sisvi.mj.go.cr/meshcms/themes/sisvi/Doc/Informe11.pdf>. Consultado el 15 de febrero de 2016.

Observatorio de la Violencia. *Tendencias en el comportamiento de los homicidios en Costa Rica: período 2000-2013*. 2014. Disponible en Web: <http://sisvi.mj.go.cr/meshcms/themes/sisvi/Doc/informe12.pdf>. Consultado el 15 de febrero de 2016.

Observatorio de la Violencia. *VI Informe estadístico de armas de fuego y violencia en Costa Rica*. San José: Dirección General para la Promoción de la Paz y la Convivencia Ciudadana, Ministerio de Justicia y Paz. 2011. Disponible en Web: <http://sisvi.mj.go.cr/meshcms/themes/sisvi/Doc/informe6.pdf>. Consultado el 1 de diciembre de 2015.

Organismo de Investigación Judicial. *Tráfico de drogas y amenazas del crimen organizado en Costa Rica*. 2013. Disponible en Web: https://www.unodc.org/documents/ropan/Sitation_Report/Reporte_de_Situacion_de_Costa_Rica_de_2013.pdf. Consultado el 15 de febrero de 2016.

- Parker, Sarah. *Balancing Act: Regulation of Civilian Firearm possession*. 2011. Disponible en Web: <http://www.smallarmssurvey.org/fileadmin/docs/A-Yearbook/2011/en/Small-Arms-Survey-2011-Chapter-09-EN.pdf>. Consultado el 12 de octubre de 2015.
- Parker, Sarah. “Balancing Act: Regulation of Civilian Firearm possession”. *Small Arms Survey*. (2011). Disponible en Web: <http://www.smallarmssurvey.org/fileadmin/docs/A-Yearbook/2011/en/Small-Arms-Survey-2011-Chapter-09-EN.pdf>. Consultado el 12 de octubre de 2015
- Parker, Sarah. “Definitions of Small and Light Weapons”. *Small Arms Survey* (2011) Disponible en Web: <http://www.smallarmssurvey.org/weapons-and-markets/definitions.html>. Consultado el 12 de octubre de 2015
- Peralta, Hernán. *Las Constituciones de Costa Rica*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1962.
- Philip Alpers. “Violencia armada y leyes de armas de fuego, país por país”. The University of Sydney, 2012. Fecha de última actualización: 2015. Disponible en Web: <http://www.gunpolicy.org/es/firearms/home>. Consultado el 8 de octubre de 2015.
- Poder Judicial. *Anuario de estadísticas judiciales 2007*. San José, 2007. Disponible en Web: <http://sitios.poder-judicial.go.cr/planificacion/Estadisticas/judiciales.html>. Consultado el 5 de diciembre de 2015.
- Poder Judicial. Comunicado De Prensa SC-CP-25-13. 2013. Disponible en Web: <http://sitios.poder-judicial.go.cr/salaconstitucional/comunicados/COMUNICADOS%202013/SC-CP-25-13.pdf>. Consultado el 1 de diciembre de 2015.
- Porter, Tom. “Russia Legalises Guns for Self Defense with Murder Rates Among Highest in World”. *International Business Times* (2014): 19-11. Disponible en Web:

<http://www.ibtimes.co.uk/russia-legalises-guns-self-defence-murder-rates-among-highest-world-1475681>. Consultado el 12 de octubre de 2015.

Principe, Michael. "Albert Venn Dicey and the Principles of the Rule of Law: Is Justice Blind? A Comparative Analysis of the United States and Great Britain". *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review* 22 (2000).

Pryor, William. "Moral duty and the Rule of Law". *Harvard Law Review* 31, no. 1. 2008. Disponible en Web: http://www.law.harvard.edu/students/orgs/jlpp/Vol31_No1_Pryoronline.pdf. Consultado el 30 de diciembre de 2015.

Przworski, Adam y Maravall, José. "Democracy and the Rule of Law". *Cambridge University Press*, 2003. Disponible en Web: <https://books.google.co.cr/books?id=EMB-F6Forx8C&printsec=frontcover&dq=rule+of+law&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwibnLGzmJHKAhUFSiYKHdzjAOwQ6AEIGzAA#v=onepage&q&f=false>. Consultado el 7 de enero de 2015.

Ramírez, Ernesto. "Expertos reclaman un urgente debate sobre control de armas". *Semanario Universidad* (setiembre 2012): 12-09. Disponible en Web: <http://semanariouniversidad.ucr.cr/pais/expertos-reclaman-un-urgente-debate-sobre-control-de-armas/>. Consultado el 4 de diciembre de 2015.

Rawls, John. *El liberalismo político*. Traducción de Sergio Rene Madero Báez. México: Fondo de Cultura Económica Universidad Autónoma de México, 1995.

Raz, Joseph; Summers, Robert; Díaz, Elías; Laporta, Francisco; Vázquez, Rodolfo; Valadéz, Diego; Ferrajoli, Luigi; Garzón, Ernesto; O'Donnell, Guillermo; Concha, Hugo; Pisarello, Gerardo; Negretto, Gabriel; Fix, Héctor; López-Ayllón, Sergio. *Estado de derecho: concepto, fundamentos y democratización en América Latina*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2002.

Real Academia Española. “Diccionario de la Lengua Española”. 2014. Disponible en web: <http://lema.rae.es/drae/?val=portaci%C3%B3n>. Consultado 9 de octubre de 2015.

Recasens, Luis. *Tratado general de filosofía del Derecho*. México: Editorial Porrúa, 1979.

Reglamento de la Ley de Armas y Explosivos, No. 37985SP. Disponible en Web: http://www.aces-cr.com/files/material/65_Nuevo-Reglamento-Ley-de-Armas-y-Explosivos.pdf. Consultado el 15 de febrero de 2016.

Retana, José. “Resultados la Encuesta Nacional de Seguridad Ciudadana”. *Programa Naciones Unidas para el Desarrollo*. San José: Lara Segura & Asociados, 2007.

Rojas, Rubén. *La legítima defensa y su aplicabilidad*. San José: YA, 1998.

Romero, Jorge. *Derecho administrativo general*. San José: EUNED, 1999.

Sáenz, Jorge Francisco. *Los sistemas normativos en la historia de Costa Rica*. San José: ISOLMA, 2009.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Sentencia No. 19428 de las 14 horas 30 minutos del 10 de diciembre de 2015. Disponible en Web: http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=655513&strTipM=T&strDirSel=directo&_ncforminfo=ZTUj3HR-zwnDUqvhFoXn2dNMpOehZWqJrWS1euhCn4jdZMARnYBCT80tGEfpD7EFUk0-t2w4RyLQBQs4mR-VP1Y5c00_vRqWPeea0ab3RQapN9OWP-PP3A==.

Consultado el 28 de febrero de 2016.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Sentencia N° 14821 de las 8 horas 54 minutos del 3 de setiembre de 2010. Disponible en Web: [http://jurisprudencia.poder-](http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=655513&strTipM=T&strDirSel=directo&_ncforminfo=ZTUj3HR-zwnDUqvhFoXn2dNMpOehZWqJrWS1euhCn4jdZMARnYBCT80tGEfpD7EFUk0-t2w4RyLQBQs4mR-VP1Y5c00_vRqWPeea0ab3RQapN9OWP-PP3A==)

judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Fic ha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=483906&strTipM=T&strDirSel=directo.

Consultado el 20 de febrero de 2016.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Sentencia No. 1739 de las 11 horas 48 minutos del 1 de julio de 1992. Disponible en Web:

http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Fic ha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=83512&strTipM=T&strDirSel=directo.

Consultado el 15 de febrero de 2016.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Sentencia N° 2479 de las 11 horas 54 minutos del 5 de febrero de 2010. Disponible en Web:

http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Fic ha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=475632&strTipM=T&strDirSel=directo.

Consultado el 15 de febrero de 2016.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Sentencia N° 2645 de las 15 horas 33 minutos del 21 de abril de 1998. Disponible en Web:

http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Fic ha_Sentencia¶m2=1&nValor1=1&nValor2=191160&strTipM=T&lResultado=1.

Consultado el 15 de febrero de 2016.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Sentencia N° 3150 de las 16 horas del 24 de noviembre de 1992. Disponible en Web:

http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Fic ha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=80526&strTipM=T&strDirSel=directo.

Consultado el 15 de febrero de 2016.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Sentencia N° 3173 de las 14 horas 57 minutos del 6 de julio de 1993. Disponible en Web: http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Fic ha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=80687&strTipM=T&strDirSel=directo. Consultado el 15 de febrero de 2016.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia No. 3472 de 16 horas 2 minutos del 13 de marzo de 2013. Disponible en Web: http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Fic ha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=639503&strTipM=T&strDirSel=directo. Consultado el 28 de febrero de 2016.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Sentencia N° 4205 de las 14 horas 33 minutos del 20 de agosto de 1996. Disponible en Web: http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Fic ha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=82085&strTipM=T&strDirSel=directo. Consultado el 14 de febrero de 2016.

Salas, Marvin. *Manual de Ciencias Forenses*. Tomo I. Heredia: Poder Judicial, 2011.

Saunders, Cheryl y LeRoy, Katherine. "Perspectives on the Rule of Law". *The Rule of Law* (2003). Disponible en Web: https://books.google.co.cr/books?id=CmbkY_OJ_4gC&printsec=frontcover&hl=es#v=onepage&q=liberty&f=false. Consultado el 31 de diciembre de 2015.

Scarola, Matthew. "Analysis: state gun regulations and Mc Donald". *Supreme Court of the United States Blog*. 2010. Disponible en Web:

<http://www.scotusblog.com/2010/06/analysis-state-gun-regulations-and-mcdonald/>. Consultado el 16 de noviembre de 2015.

Scharfenberg, Ewald. “Venezuela es el segundo país más peligroso del mundo.” *El País* (2014): 30-12. Disponible en Web: http://internacional.elpais.com/internacional/2014/12/30/actualidad/1419976892_348730.html. Consultado el 12 de octubre de 2015.

Second Congress, *Militia Act of 1792*. Session I, Chapter XXVIII, Passed May 2nd, 1792. Disponible en Web: http://www.constitution.org/mil/mil_act_1792.htm. Consultado el 25 de enero de 2016.

Sequeira, Aaron. “Partidos mayoritarios impulsan ley de armas más restrictiva”. *La Nación* (setiembre 2015): 29-09. Disponible en Web: http://www.nacion.com/nacional/politica/Partidos-mayoritarios-Ley-Armas-restrictiva_0_1515048524.html. Consultado el 8 de octubre de 2015.

Smith, George. *The System of Liberty. Themes in the History of Classical Liberalism*. Nueva York: Cambridge University Press, 2013.

Stahl, Friedrich. *Die Philosophie des Rechts: Bd. Geschichte der Rechtsphilosophie*. 3ra ed. J.C.B. Mohr, 1854. Disponible en Web: <https://books.google.co.cr/books?id=X1APAAAAYAAJ&printsec=frontcover&hl=es#v=onepage&q&f=false>. Consultado el 22 de enero de 2016

Stevens, John. *Disentimiento en Distrito de Columbia vs Heller 554 U.S. Corte Suprema de Justicia*. 2008. Disponible en web: <http://www.scotusblog.com/wp-content/uploads/2008/06/07-2901.pdf>. Consultado el 15 de noviembre de 2015

Sutherland, Arthur. *De la Carta Magna a la Constitución Norteamericana: ideas fundamentales sobre Constitucionalismo*. Buenos Aires: Tipografía Editora Argentina, 1972.

Tamanaha, Brian. *Law as a Means to an End: Threat to the Rule of Law*. Cambridge University Press, 2006.

Tamanaha, Brian. *On the Rule of Law: History, Politics, Theory*. Cambridge University Press, 2004. Disponible en Web: <https://books.google.co.cr/books?id=p4CReF67hzQC&printsec=frontcover&dq=r+ule+of+law&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwibnLGzmJHKAhUFSiYKHdzjAOwQ6AEISTAG#v=onepage&q&f=false>. Consultado el 04 de enero de 2015.

Thesing, Josef. *Estado de derecho y democracia*. Buenos Aires: Centro Interdisciplinario de Estudios sobre el Desarrollo Latinoamericano, 1997.

Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José. Sentencia N° 0040 de las 9 horas 15 minutos del 15 de enero del 2015. Disponible en Web: http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Fic+ha+Sentencia&nValor1=1&nValor2=623720&strTipM=T&strDirSel=directo. Consultado el 20 de febrero de 2016.

Troper, Michel. "The Limits of the Rule of Law". En *The Rule of Law*. Federation Press, 2003. Disponible en Web: https://books.google.co.cr/books?id=CmbkY_OJ_4gC&printsec=frontcover&hl=es#v=onepage&q=liberty&f=false. Consultado el 13 de enero de 2016

Tucker, Edwin. "The Morality of Law, by Lon L. Fuller". *Indiana Law Journal* 40, (1965). Disponible en Web: <http://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3571&context=ilj>. Consultado el 11 de enero de 2016

Urofsky, Melvin. *Los derechos del pueblo: la libertad individual y la Carta de Derechos*. Estados Unidos: Departamento de Estado de Estados Unidos, Oficina de Programas de Información Interna, 2003.

- Valcke, Catherine. "Civil Disobedience and the Rule of Law". En *The Rule of Law*. New York University School of Law Press, 1995. Disponible en Web: <https://books.google.co.cr/books?id=EmPAcSiKUaEC&printsec=frontcover&dq=rule+of+law&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwibnLGzmJHKAhUFSiYKHdzjAOwQ6AEIJDAB#v=onepage&q&f=false>. Consultado el 7 de enero de 2015.
- Verdugo, Ismael. "La relación entre la autonomía privada y los contratos atípicos". *Revista Ars Boni et Aequi*, no. 4 (2008). Disponible en Web: <http://www.ubo.cl/icsyc/wp-content/uploads/2011/09/7-Verdugo.pdf>. Consultado el 25 de enero de 2016.
- Villanueva, Ernesto y Valenzuela, Karla. *Seguridad, armas de fuego y transparencia. Mito y realidad sobre el derecho de posesión y portación de armas de fuego en México*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2012. Disponible en Web: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3097>. Consultado el 5 de febrero de 2016.
- Villegas, César. "La sumisión del poder público al derecho en el civil law y en el common law: Estado de Derecho, Rule of Law y su expansión al ámbito internacional". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, no. 137, 2013.
- Volokh, Eugene. "Zero correlation between state homicide rate and state gun laws." *The Washington Post*. (2015): 06-10. Disponible en Web: <https://www.washingtonpost.com/news/volokh-conspiracy/wp/2015/10/06/zero-correlation-between-state-homicide-rate-and-state-gun-laws/>. Consultado el 12 de octubre de 2015.
- Waldron, Jeremy. "Is the Rule of Law an Essentially Contested Concept (in Florida)?" *Law and Philosophy Review* 21, no. 137, 2002. Disponible en Web: <http://www.jstor.org/stable/3505128>. Consultado el 30 de diciembre de 2015.

Waldron, Jeremy. "The Rule of Law and the Importance of Procedure". En *Getting to the Rule of Law*. Editado por James E. Fleming. New York University School of Law, 2011.

Estudiante: **JOSÉ ANTONIO MIRANDA NÚÑEZ**

Cédula: **1-1511-0247**

LIBRO DE ACTAS N° 13

FOLIOS 414-415

Título de la Tesis: **LIBERTAD DE TENENCIA Y PORTACIÓN DE ARMAS DE FUEGO POR PARTE DE CIVILES EN RELACIÓN AL ESTADO Y SUS FACULTADES DE COACCIÓN (ANÁLISIS COMPARATIVO DEL DERECHO ANGLOSAJÓN Y EL DERECHO CONTINENTAL EUROPEO)**

Fecha de la defensa pública de la Tesis: **jueves 26 de mayo de 2016**

APROBADA CON DISTINCIÓN

Tribunal Examinador de Tesis:

Director: **DOCTOR OLIVIER GASSIOT**

Lector: **DOCTOR LUIS ANTONIO SOBRADO GONZÁLEZ**

Lector: **DOCTOR LUIS DIEGO BRENES VILLALOBOS**

Miembro: **DOCTORA KARLA BLANCO ROJAS**

Miembro: **LICENCIADO GUSTAVO MONTERO UREÑA**

Teléfonos estudiante

Casa: **22608407**

Celular: **84459434**

Correo electrónico: **j_miranda13@hotmail.com**

Estudiante: **JOSÉ ANTONIO MIRANDA NÚÑEZ**

Cédula: **1-1511-0247**

LIBRO DE ACTAS N° 13

FOLIOS 414-415

Título de la Tesis: **LIBERTAD DE TENENCIA Y PORTACIÓN DE ARMAS DE FUEGO POR PARTE DE CIVILES EN RELACIÓN AL ESTADO Y SUS FACULTADES DE COACCIÓN (ANÁLISIS COMPARATIVO DEL DERECHO ANGLOSAJÓN Y EL DERECHO CONTINENTAL EUROPEO)**

Fecha de la defensa pública de la Tesis: **jueves 26 de mayo de 2016**

APROBADA CON DISTINCIÓN

Tribunal Examinador de Tesis:

Director: **DOCTOR OLIVIER GASSIOT**

Lector: **DOCTOR LUIS ANTONIO SOBRADO GONZÁLEZ**

Lector: **DOCTOR LUIS DIEGO BRENES VILLALOBOS**

Miembro: **DOCTORA KARLA BLANCO ROJAS**

Miembro: **LICENCIADO GUSTAVO MONTERO UREÑA**

Teléfonos estudiante

Casa: **22608407**

Celular: **84459434**

Correo electrónico: **j_miranda13@hotmail.com**