

Tribunal Supremo Sala 2ª, S 30-3-2009, nº 343/2009, rec. 696/2008. Pte: Marchena Gómez, Manuel

RESUMEN: Tenencia de armas prohibidas y de las que sean resultado de la modificación sustancial de las características de fabricación de armas reglamentadas: «armas prohibidas: requisitos; existencia: bolígrafo-pistola apto par el disparo de cartuchos del calibre 22; tratamiento jurídico: coleccionismo: su tenencia por un particular es delictiva: arma de fuego prohibida; Dolo: apreciable: la falta de intención de usar el arma con fines ilícitos no lo excluye, sin perjuicio de la atenuación punitiva.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción número 11 de Málaga, incoó Procedimiento Abreviado número 20/2007, contra Franco, Inocencio y Gines y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Málaga (Sección Tercera) Rollo de Sala número 51/2007 que, con fecha 1 de octubre de 2007, dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

En el mes de octubre de 2005, Franco y Gines, ambos mayores de edad y sin antecedentes penales, que, sin que conste que hubieran tomado parte en las respectivas falsificaciones o actuaran de acuerdo con los autores de las mismas, se habían hecho con algunos cheques que habían sido remitidos por correo desde Granada a sus destinatarios por las entidades expedidoras de los mismos, se concertaron con el también acusado Inocencio, mayor de edad y con múltiples antecedentes penales, para que éste hiciera efectivo el importe de los mismos a cambio de una comisión de lo cobrado.

A tal efecto el acusado Inocencio procedió a la apertura de una cuenta corriente el 20 de octubre de ese año en la sucursal de la entidad bancaria BBVA sita en la ciudad de Málaga, en la que el día 28 de ese mismo mes ingresó un cheque de la entidad Bankinter que le había sido facilitado por los acusados referidos, quienes habían accedido a ellos en las ignoradas condiciones antedichas:

El cheque en cuestión había sido expedido por la empresa "Surshopping" a favor de la empresa MAJ, S.A. y por importe de 49,53 €, y tras raspar alguna de esas menciones, habían introducido otras nuevas de modo que el cheque, una vez manipulado, aparecía a favor de Inocencio y por importe de 15.009,53 €, el importe del cheque fue retirado en su totalidad en los días siguientes, fraccionado su importe en nueve extracciones, por el acusado Inocencio, por ventanilla y a través de cajero.

Asimismo, el acusado Inocencio, empleando el *modus operandi* antes descrito, consiguió ingresar el día 28 de octubre, en una cuenta corriente que había abierto con ese propósito días antes en la oficina principal de la entidad bancaria BSCH de la ciudad de Málaga, un cheque de esa misma entidad que aparecía expedido a su nombre por importe de 36.000 €, cuando originariamente ese cheque había sido expedido por la sucursal de Granada de

la Aseguradora AMA a favor de Santos y por importe de 673,13 €, y luego había sido manipulado en las mismas ignoradas condiciones que el anterior.

Con motivo de una entrada y registro policial practicada con su autorización en el domicilio de los acusados Franco y Gines, sito en Chilches Costa, se intervino en el dormitorio del acusado Franco un bolígrafo pistola que venía poseyendo y que debe reputarse como arma prohibida en cuanto apto para el disparo de cartuchos del calibre 22, así como dos cartuchos de ese calibre".

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"Fallamos: Que absolviendo como absolvemos a Franco, Gines e Inocencio, de los delitos de Falsedad en Documento Mercantil y del delito de Uso de Documento Falso, que se les viene imputando, respectivamente, declarando de oficio la mitad de las costas, debemos condenarles y les condenamos, como autores criminalmente responsables de un delito continuado de Estafa, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de dieciocho meses de prisión, a la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y a la de multa de seis meses con cuota diaria de seis euros, a cada uno de ellos, con responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas, así como al pago[...] Asimismo debemos condenar y condenamos a Franco, como autor criminalmente responsable de un delito de Tenencia de Armas Prohibidas, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de seis meses de prisión, a la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como al pago de la cuarta parte de las costas de este juicio. Se acuerda el comiso y destrucción del bolígrafo-pistola intervenido.

[...]

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO DE INTERÉS

PRIMERO.- La representación legal de Gines y Franco formaliza dos motivos de casación contra la sentencia de fecha 1 de octubre de 2007, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Málaga, que condenó a ambos como autores de un delito continuado de estafa y al segundo de los recurrentes como autor, además, de un delito de tenencia ilícita de armas.

SEGUNDO.- El segundo de los motivos, limitado a la condena impuesta por Franco como autor de un delito de tenencia ilícita de armas, integra, a su vez, dos submotivos que deberían haber sido objeto de formalización sistemática diferenciada.

B) Considera la parte recurrente que también ha existido un error jurídico en el juicio de subsunción (art. 849.1 LECrim), pues la tenencia de un bolígrafo-

pistola en el propio domicilio, con fines puramente coleccionistas, no integra el delito previsto en el art. 563 del CP.

El argumento no es acogible.

Obligado resulta coincidir con el criterio del recurrente cuando sugiere la necesidad de una interpretación restrictiva del delito de tenencia ilícita de armas. De hecho, así lo ha proclamado la jurisprudencia constitucional y así ha sido aplicado en repetidas ocasiones por esta misma Sala.

En efecto, en nuestra STS 29/2009, 19 de enero, recordábamos, con cita de la STC 24/2004, 24 de febrero, que el art. 563 CP no consagra una remisión ciega a la normativa administrativa, cualquiera que sea el contenido de ésta, sino que el ámbito de la tipicidad penal es distinto y más estrecho que el de las prohibiciones administrativas:

"...tal reducción del tipo -decía el Tribunal Constitucional- se alcanza, en primer lugar, en el plano de la interpretación literal o gramatical, a partir del concepto de armas, excluyendo del ámbito de lo punible todos aquellos instrumentos u objetos que no lo sean (aunque su tenencia esté reglamentariamente prohibida) y que no tengan inequívocamente tal carácter en el caso concreto".

Y, según el Diccionario de la Real Academia, son armas aquellos "instrumentos, medios o máquinas destinados a ofender o a defenderse", por lo que en ningún caso será punible la tenencia de instrumentos que, aunque en abstracto y con carácter general puedan estar incluidos en los catálogos de prohibiciones administrativas, en el caso concreto no se configuren como instrumentos de ataque o defensa, sino otros, como el uso en actividades domésticas o profesionales o el coleccionismo.

En segundo lugar, y acudiendo ahora a los principios generales limitadores del ejercicio del ius puniendi, la prohibición penal de tener armas no puede suponer la creación de un ilícito meramente formal que penalice el incumplimiento de una prohibición administrativa, sino que ha de atender a la protección de un bien jurídico (la seguridad ciudadana y mediatamente la vida y la integridad de las personas, como anteriormente señalamos) frente a conductas que revelen una especial potencialidad lesiva para el mismo.

Y además, la delimitación del ámbito de lo punible no puede prescindir del hecho de que la infracción penal coexiste con una serie de infracciones administrativas que ya otorgan esa protección, por lo que, en virtud del carácter de ultima ratio que constitucionalmente ha de atribuirse a la sanción penal, sólo han de entenderse incluidas en el tipo las conductas más graves e intolerables, [...]

La concreción de tales criterios generales nos permite efectuar nuevas restricciones del objeto de la prohibición, afirmando que la intervención penal sólo resultará justificada en los supuestos en que el arma objeto de la tenencia posea una especial potencialidad lesiva y, además, la tenencia se produzca en

condiciones o circunstancias tales que la conviertan, en el caso concreto, en especialmente peligrosa para la seguridad ciudadana.

[...]

Esta pauta interpretativa resulta acorde, por lo demás, con la línea que, generalmente, viene siguiendo el Tribunal Supremo en la aplicación del precepto en cuestión.

Recapitulando todo lo expuesto hasta ahora, a tenor **del art. 563 CP las armas cuya tenencia se prohíbe penalmente son, exclusivamente, aquellas que cumplan los siguientes requisitos: en primer lugar, y aunque resulte obvio afirmarlo, que sean materialmente armas (pues no todos los objetos prohibidos con ese nombre en la norma administrativa lo son); en segundo lugar, que su tenencia se prohíba por una norma extrapenal con rango de Ley o por el reglamento al que la Ley se remite, debiendo excluirse del ámbito de prohibición del art. 563 CP todas aquellas armas que se introduzcan en el catálogo de los arts. 4 y 5 del Reglamento de Armas mediante una Orden Ministerial conforme a lo previsto en la disposición final cuarta, por impedirlo la reserva formal de Ley que rige en material penal; en tercer lugar, que posean una especial potencialidad lesiva y, por último, que la tenencia se produzca en condiciones o circunstancias que la conviertan, en el caso concreto, en especialmente peligrosa para la seguridad ciudadana, quedando excluida la intervención del Derecho penal cuando no concorra realmente ese concreto peligro sin perjuicio de que se acuda, en ese caso, al Derecho Administrativo sancionador (STC 111/1999, de 14 de junio).**

Volcando ese cuerpo de doctrina sobre el supuesto de hecho que nos ocupa, no existe duda alguna de que la tenencia de un bolígrafo-pistola apto para el disparo de cartuchos del calibre 22, tal y como aparece descrito en el juicio histórico, integra el tipo del art. 563 del CP.

Así se desprende de lo prevenido en el Decreto 137/1993, 29 de enero, por el que se aprueba el **Reglamento de Armas, en cuyo art. 4.1 .e) se incluye en el catálogo de armas prohibidas " las armas de fuego simuladas bajo apariencia de cualquier otro objeto".**

Y así lo ha entendido repetidamente esta Sala, siendo las SSTS 314/2008, 23 de mayo o 1350/2004, 18 de noviembre, fiel exponente de esta idea.[...]

Centrándonos en el tratamiento jurídico del bolígrafo-pistola que fue aprehendido a Franco, es cierto que el apartado 2 del art. 4 del Reglamento de Armas aclara que no se considerará prohibida la tenencia de ese tipo de armas por los coleccionistas, siempre, claro es, que se den los requisitos que establece el art. 107 del mismo Reglamento.

Pues bien, el apartado e) del mencionado precepto excluye la autorización dispensada a la tenencia por particulares de armas de especial valor

artístico o histórico, siempre que se trate de armas de fuego -largas o cortas- prohibidas a particulares.

En consecuencia, incluso si el juicio histórico hubiera llegado a recoger el carácter de coleccionista del recurrente, la tenencia por un particular de un bolígrafo-pistola, esto es, de un arma de fuego prohibida, seguiría siendo delictiva.

Tampoco tiene razón el recurrente cuando sostiene que la aplicación del art. 565 del CP por parte de la Sala de instancia -que atenúa la pena cuando conste la ausencia de intención de utilizar el arma con fines ilícitos-, es la mejor muestra de la ausencia de dolo.

En el delito previsto en el art. 563 del el tipo subjetivo se agota con el conocimiento por parte del sujeto activo de la disponibilidad de un arma prohibida, con el consiguiente riesgo que puede implicar para la seguridad colectiva la incontrolada utilización de armas de esas características. La falta de intención de usar del arma con fines ilícitos no excluye el dolo, sin perjuicio de la atenuación punitiva que autoriza.[...]

Por cuanto antecede, el motivo ha de ser desestimado, en aplicación de lo dispuesto en los arts. 884.3 y 4 y 885.1 de la LECrim.

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación, por estimación parcial de su primer motivo, por infracción de precepto constitucional, interpuesto por la representación de Gines y Franco, contra la sentencia de fecha 1 de octubre de 2007, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Málaga, en causa seguida contra el mismo por sendos delitos de estafa y tenencia ilícita de armas, casando y anulando dicha resolución y procediendo a dictar segunda sentencia, con declaración de oficio de las costas procesales.[...]