

Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª)
Sentencia núm. 94/2009 de 4 febrero
Recurso de Casación núm. 918/2008

TENENCIA, TRAFICO Y DEPOSITO DE ARMAS, MUNICIONES O EXPLOSIVOS: Tenencia de armas prohibidas: existencia: escopeta de cañones y culata recortados.

La Sala 2ª del TS declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la Sentencia dictada, el 11 de marzo de 2008, por la Audiencia Provincial de Barcelona, casándola, anulándola y dictando segunda Sentencia por la que condena al acusado como autor de un delito de tenencia ilícita de armas, a la pena de dos años de prisión.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

HECHOS PROBADOS: "Se declara probado que Alejandro y una tercera persona no identificada se encontraban en las proximidades de Cerdanyola del Vallés cuando fueron requeridos para que se identificaran por parte de dos Mossos d'Esquadra.

La persona que no ha podido ser identificada encañonó a uno de los Mossos d'Esquadra, con una pistola de la que no existe constancia que fuera apta para realizar fuego real, y después de tirar a dicho agente de la autoridad al suelo y de quitarle el arma de fuego reglamentaria que llevaba, le disparó en la rodilla, causándole lesiones de las que tardó en curar diez días [...]

Alejandro y la tercera persona no identificada huyeron en un Fiat que localizaron en las proximidades del domicilio de Alejandro. En la entrada y registro [autorizadas] en la vivienda de Alejandro, [...] se intervino una escopeta de cañones y culata recortados.

En la parte inferior de los cañones se han realizado seis agujeros de 5 mm de diámetro, sin que los mismos tengan las medidas necesarias, ni estén dispuestos en el lugar correcto para que la escopeta pueda ser considerada como inutilizada, aunque suponen un peligro para la persona que efectúa el disparo y las que puedan estar a su lado o en sus proximidades. En todo caso, la escopeta, tras las pruebas practicadas, se encontraba en perfecto estado de uso y funcionamiento. [...]

SEGUNDO

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"FALLAMOS: [...] debemos condenar y condenamos al acusado Alejandro como autor de un delito de tenencia ilícita de armas de fuego reglamentadas, ya definido en el art.564.2.3 del Código Penal de 1995, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

[...]

Se formaliza recurso, alegando los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

ÚNICO.- Por infracción de ley al amparo del artículo 849.1 de la LECRim, por inaplicación de los artículos 563 y 77 del C.P. y por aplicación indebida del art. 564.2.3ª CP.

QUINTO [...]

SEXTO [...]

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO[...]

Esta vía impugnativa elegida, parte del respeto al hecho declarado probado, por lo que la revisión que se solicita se limita a comprobar si desde el hecho probado se ha producido el error en la subsunción en la norma. El relato fáctico refiere que en un registro en la vivienda del acusado se intervino una escopeta de cañones recortados en la que en la parte inferior se habían realizado seis agujeros de 5 mm cada uno sin que los mismos tengan las medidas necesarias para inutilizarla, encontrándose en perfecto estado de funcionamiento.

En la fundamentación de la sentencia se reproduce **la STS de 2 de diciembre de 2000 que respecto a una escopeta de caza con los cañones y culata recortada considera que se trata de un delito de tenencia de armas reglamentadas, careciendo de licencia y de permisos reglamentados, al entender que la modificación de los cañones y la culata no es una alteración sustancial sino de una alteración de sus características originales, pues la sustancia del arma, en lo referente a la capacidad de disparar y el mecanismo de disparo, permanecen inalterados como arma reglamentada.**

El Ministerio fiscal plantea su disensión a la sentencia y pone de manifiesto la existencia de una jurisprudencia, posterior y reiterada, en la que se considera que la escopeta de cañones recortados es una alteración sustancial y su tenencia debe ser castigada conforme al art. 563 del Código penal.

El motivo debe ser estimado. **En una reiterada jurisprudencia posterior a la que se recoge en la fundamentación de la sentencia, se afirma que la tenencia, careciendo de los permisos reglamentarios, de escopetas con los cañones recortados constituye una alteración sustancial del arma reglamentada, por lo que la subsunción es la prevista en el art. 563 del Código penal.** En este sentido SSTS 312/2003, de 5 de marzo, 547/2001, de 3 de abril, 1383/2004, de 19 de noviembre; 1125/2006, de 17 de noviembre; 1334/2005, de 7 de noviembre; 817/2005, de 22 de junio; 892/2007, de 29 de octubre. **La STS 1383/2004, de 19 de noviembre, señala "Recapitulando, a tenor del art. 563 CP las armas cuya tenencia se prohíbe penalmente son, exclusivamente, aquéllas 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 concurra realmente ese concreto peligro sin perjuicio de que se acuda, en ese caso, al Derecho administrativo sancionador STC 111/1999, de 14 de junio).

Una escopeta de tales características, al recortarse sus cañones y su culata, queda inhabilitada para su originario destino que es la caza o el tiro deportivo (plato, pichón etc.), convirtiéndose en una peligrosísima arma ofensiva, que une a la facilidad de su ocultación, su utilización a corta distancia, y la producción con sus disparos, tanto de proyectil único (bala) como múltiple (perdigones), de unos efectos devastadores sobre el organismo humano.

Además refuerza el acierto de la subsunción realizada por la Sala de instancia, el hecho de que, en realidad, las armas prohibidas aquí consideradas, no sólo lo son por su manipulación o transformación en los términos previstos en el Reglamento de Armas (RD 137/93, de 29 de enero), cuando su art. 4 señala: 1. Se prohíbe la fabricación, importación, circulación, publicidad, compraventa, tenencia y uso de las siguientes armas o de sus imitaciones: a) Las armas de fuego que sean resultado de modificar sustancialmente las características de fabricación u origen de otras armas, sin la reglamentaria autorización de modelo o prototipo, al que se remite el inciso inicial del art. 563 del CP aplicado.

Sino que las armas aquí aludidas tienen perfecto encaje en el inciso segundo del mismo artículo que tipifica expresamente en el precepto -sin necesidad de remisiones distintas de la del concepto de arma reglamentada- la tenencia de aquéllas que sean resultado de la modificación sustancial de las características de fabricación de armas reglamentadas. (El art. 3 del Real Decreto 137/1993, de 29 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Armas, incluye en tal concepto dentro de la tercera categoría, en su párrafo 2, las escopetas y demás armas de fuego largas de ánima lisa; y en la séptima categoría, apartado 6. los revólveres o pistolas detonadoras).

Tipificación que por contenerse de modo completo en una norma penal sustantiva con rango de ley orgánica, descarta toda objeción desde el punto de vista de la reserva de ley.

Desde la perspectiva expuesta, el motivo debe ser estimado, toda vez que el arma detenida, de acuerdo a una dirección jurisprudencial consolidada, con la excepción particular de la citada en la sentencia impugnada, ha interpretado que la alteración consistente en el recorte del cañón y culata de una escopeta inicialmente destinada a la caza, la transforma en otra prohibida y subsumible en el art. 563 del Código penal.

Una interpretación en el sentido que mantiene la sentencia impugnada haría atípica la tenencia de este tipo de armas como prohibidas (art. 563 Cp) o como reglamentadas con alteración sustancial (art. 564.2.3 Cp) pues los argumentos sostenidos son igualmente aplicables para ambos supuestos típicos.

Tampoco es sostenible la argumentación del Ministerio fiscal sobre la existencia de un concurso de normas, pues el supuesto de los autos examinados no consta la carencia de licencia o permisos necesarios que refiere el art. 564 Cp y su apartado 2º hace referencia, como tipo agravado, a la tenencia de armas de fuego reglamentadas

careciendo de licencia o permiso necesarios. La concurrencia de estos permisos no es precisa en la tipicidad del 563 Cp al tratarse de armas prohibidas sobre las que no actúan los permisos.

SEGUNDO

Estimada la impugnación de la acusación pública y, consecuentemente, la subsunción de los hechos en el art. 563 Cp, procedemos a la individualización de la pena. Tenemos en cuenta que el delito tiene prevista una pena privativa de libertad de 1 a 3 años de prisión y en ese término optamos por la imposición de dos años, término medio que resulta de la apreciación de unas circunstancias personales que resultan del hecho reveladoras de la especial gravedad, cual es la utilización de otra arma de fuego, la portada y arrebatada al agente de los Mossos d'Esquadra con la que causó lesiones, y que en el hecho portaba otra pistola, ésta no identificada ni peritada que fue empleada como medio de intimidación a los agentes policiales. Estos hechos revelan una tenencia de armas peligrosas respecto a los que el autor no duda en utilizar contra personas, traspasando el fundamento en peligro que aconseja la tipicidad de la conducta.

III. FALLO

F A L L A M O S: QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN por infracción de Ley interpuesto El Ministerio Fiscal, contra la sentencia dictada el día 11 de marzo de dos mil ocho por la Audiencia Provincial de Barcelona, en la causa seguida contra Alejandro y otro, por delito tenencia ilícita de armas, que casamos y anulamos [...]

SEGUNDA SENTENCIA: hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

ÚNICO

Se aceptan y reproducen los antecedentes de hecho de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

Se aceptan y reproducen los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida añadiendo los de la primera sentencia dictada por esta Sala.

SEGUNDO

Que por las razones expresadas en el primero y segundo de los fundamentos jurídicos de la sentencia de casación procede la estimación del recurso.

III. FALLO

FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos a Alejandro, como **autor criminalmente responsable de un delito de tenencia ilícita de armas** [...] manteniendo el resto de los pronunciamientos de la sentencia recurrida.