

Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª)
Sentencia núm. 29/2009 de 19 enero
Recurso de Casación núm. 286/2008

TENENCIA, TRAFICO Y DEPOSITO DE ARMAS, MUNICIONES O EXPLOSIVOS: TENENCIA DE ARMAS PROHIBIDAS: «armas prohibidas»; inexistencia: «spray» de defensa personal; ballestas: no se incluyen en el listado de armas prohibidas previsto en el Reglamento de Armas; TENENCIA DE ARMAS CORTAS DE FUEGO REGLAMENTADAS: inexistencia: ballestas: arma reglamentada incluida en la 7ª categoría, punto 2 del art. 3 del Reglamento de Armas: falta de consideración como arma de fuego.

El TS declara haber lugar en parte al recurso de casación interpuesto por la primera acusada contra la Sentencia de fecha 26 de noviembre de 2007 dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Valencia, casándola y dejando sin efecto las penas de prisión de un año y accesoria impuesta en aplicación del delito de tenencia ilícita de armas por el que se condenó a aquella y condenándola como autora de un delito contra la salud pública, a la pena de cinco años de prisión y multa de 3.480 € y declara no haber lugar al recurso interpuesto por el otro acusado.

En la Villa de Madrid, a diecinueve de Enero de dos mil nueve

Esta Sala[...]ha visto el recurso de casación por infracción de Ley, quebrantamiento de forma y vulneración de precepto constitucional, interpuesto por la representación procesal de Elena y Eusebio contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valencia (Sección Segunda) de fecha 26 de noviembre de 2007, en causa seguida contra Carlos, Elena, Juan Pablo, y Eusebio, por delito contra la salud pública de sustancia que causa grave daño a la salud, de un delito de tenencia de armas prohibidas y de un delito de tenencia ilícita de armas reglamentadas sin licencia [...]

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO

El Juzgado de Instrucción número 21 de Valencia, instruyó Sumario y una vez concluso, lo remitió a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Valencia que, con fecha 26 de noviembre de 2007, dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

[...] "A resultas de la intervención producida, interesaron el registro del establecimiento y de la vivienda que aquellos ocupan, así como de la vivienda alquilada [...] interviniéndose:

A) En el domicilio que ocupan habitualmente Carlos y Elena en la CARRETERA000:

a) [...] b) [...]

c) En la habitación contigua a la anterior: Una ballesta marca "Fast", una flecha con punta metálica, un revolver de gas, color negro, marca "Gamo" con nº NUM002 del calibre 4,5 milímetros, y un spray antiagresión "CS-Gel-Floam", una caja fuerte, la cual

fue abierta con una llave aportada por Carlos , conteniendo dos cajitas de madera con 8 billetes de 500 euros, 4 billetes de 100 euros, 81 billetes de 50 euros, 57 billetes de 20 euros, y 5 billetes de 10 euros; 4 barras de hachis y 3 trozos más pequeños de la misma sustancia, una bolsa de hachis, con un peso en conjunto de 82'29 gramos al 4'05% de pureza; varios trozos de hoja de block con anotaciones de nombres y cantidades; una pistola marca "Crosman", modelo "Air guns" y 4 balines para la referida arma; 2 cajas marca "Gamo" con 5 cápsulas cada caja, y una caja de billetes marca "Gamo" "Kochet", calibre 5,5 cm.

[...]

Del informe pericial se desprende que:

- La pistola marca ASTRA, modelo 300, sin número de serie, es un arma de fuego corta capacitada para el disparo de cartuchos de 9X17 mm (9 mm Corto) para los que se halla recamarada Regulada de la 1ª Categoría, Artículo 3 del vigente Reglamento de Armas, para cuya tenencia es necesario Guía de Pertenencia (Art. 88) y Licencias de Armas (Art. 96).

- Los ciento cuarenta y nueve cartuchos de 9X17 mm (9 mm Corto), son adecuados para ser disparados por la pistola ASTRA, modelo 300, estudiada.

- El revolver marca RECK, modelo Combat Patrol, sin número de serie, es un arma detonadora capacitada para el disparo, que ha sufrido modificaciones pero que a pesar de ello, no puede disparar cartuchos armados con bala.

Clasificado en la 7ª Categoría, punto 6 del Artículo 3 del vigente Reglamento de Armas, cuya tenencia es libre para mayores de edad (Art. 54, punto 5) y domiciliaria (Art. 146).

- El revolver marca GAMO, modelo Combat, con número de serie NUM00X , es un arma de gas comprimido que no está capacitada para el disparo.

Regulado en la categoría 4ª 1, del Art. 3, del vigente Reglamento de Armas. Como tal, son de libre adquisición y de tenencia domiciliaria.

- La pistola marca CROSMAN AIR GUNS, modelo 1008 REPEATAIR, con número de serie NUM004, es un arma de gas comprimido capacitada para el disparo.

Regulada en la categoría 4ª 2, del Art. 3, del vigente Reglamento de Armas. Como tal, son de libre adquisición y de tenencia domiciliaria.

- El spray de defensa personal marca SAS, dispone de conteniendo (sic) de gas irritante CS. **Es un arma prohibida por no aparecer en la lista de sprays de defensa, homologados por la Sub-Dirección General de Sanidad Ambiental de la Dirección General de Salud Pública del Ministerio de Sanidad y Consumo**, Art. 5-1, b) del vigente Reglamento de Armas .

- La **ballesta** con las inscripciones FAST MEGALINE, se halla **capacitada para el disparo**.

Regulada en la 7ª-2, categoría del Art. 3º del vigente Reglamento de Armas , para cuya tenencia es necesario Licencia y Guía de pertenencia, Art. 88 y 96-4, d) del vigente Reglamento de Armas .

No obstante, si se utiliza como arma, es un **instrumento peligroso para la integridad de las personas.**

Carlos no ha acreditado disponer de licencia ni de las guías de pertenencia de ninguna de las armas que lo requieren.

[...]

SEGUNDO

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"FALLAMOS: [...] CONDENAR a Elena, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, como responsable en concepto de autora de un delito contra la salud pública de sustancia que causa grave daño a la salud [...]; y como responsable en concepto de autora de un delito de tenencia de armas prohibidas.

TERCERO.- [...] CUARTO.- [...] QUINTO.- [...]

Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por los recurrentes, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo.

La representación de la recurrente Elena, basa su recurso en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN: [...]

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO DE INTERÉS

A) RECURSO DE Elena

I.- [...]

II.- El segundo de los motivos se fundamenta en el art. 849.1 de la LECrim, denunciando infracción de ley, **aplicación indebida de los arts. 563 del CP, en relación con los arts. 3,7.2, 4, 88, 96.4, 5.1B y 146 y disposición final cuarta del Real Decreto 137/93 de 29 de enero, por la que se aprueba el Reglamento de Armas.**

La línea argumental del recurrente, implícita en el desarrollo del motivo, considera infringida la doctrina de esta misma Sala acerca del carácter del delito de tenencia ilícita de armas como delito de propia mano. Además, con carácter subsidiario, se considera que la simple posesión de un spray de autodefensa o de una ballesta, no puede integrar el delito previsto en el art. 563 del CP, a la vista de la interpretación de este tipo ofrecida por la STC 24/2004, 24 de febrero, sin perjuicio de las responsabilidades administrativas en las que, en su caso, podrían haberse incurrido.

El motivo tiene que ser estimado.

La acogida de la impugnación del recurrente ha de estar basada, más que en nuestra doctrina acerca del delito de tenencia ilícita de armas como delito de propia mano, en el carácter atípico de la tenencia de los objetos que fueron aprehendidos en el domicilio de Elena.

En efecto, en el registro verificado en la vivienda que servía de morada a la recurrente, fueron hallados un spray antiagresión CS- Gel-Floam y una ballesta marca Fast, provista de fecha con punta metálica.

A) Respecto de la irrelevancia jurídico-penal del spray, ya esta Sala tuvo ocasión de razonar -STS 163/2001, 9 de febrero- que el Reglamento de Armas en su artículo 5 establece la prohibición de su tenencia y uso pero exceptuando los que en virtud de la correspondiente aprobación del Ministerio de Sanidad y Consumo, previo informe de la Comisión Interministerial Permanente de Armas y Explosivos se consideren permitidos, en cuyo caso podrán venderse en las armerías a personas mayores de edad.

De este modo la declaración del «spray» de defensa personal como arma prohibida no se hace depender de una concreta voluntad de la norma reglamentaria, a través de una previsión concreta que por sí misma y directamente permita conocer anticipadamente aquella condición de «prohibida», sino que al final se hace depender de la posible autorización de un órgano administrativo.

Por ello, con relación a los «sprays» de defensa personal previstos en el artículo 5 del Reglamento de Armas, no pueden entenderse cumplidos los requisitos constitucionales de concreción que toda norma penal en blanco requiere de la norma a la que se hace el reenvío para su plena satisfacción, lo que conduce a la exclusión de tales instrumentos del ámbito del artículo 563 del Código Penal.

B) El tratamiento jurídico de la tenencia de una ballesta ha de obtenerse del examen del tipo previsto en el art. 564 del CP, interpretado conforme a los principios emanados de la jurisprudencia constitucional acerca de la constitucionalidad del delito de tenencia ilícita de armas.

La STC 24/2004, 24 de febrero, afirmó que el art. 563 CP en su primer inciso 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 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, debiendo acudirse en los demás supuestos al Derecho administrativo sancionador, pues de lo contrario el recurso a la sanción penal resultaría innecesario y desproporcionado.**

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. [...] sin que corresponda a este Tribunal su especificación. 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 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)**

Más allá de la ineludible necesidad de una interpretación restrictiva del delito de tenencia de armas, tal y como fue configurado por el CP de 1995, la propia literalidad de los arts. 563 y 564 del CP, nos llevan a descartar el tratamiento jurídico-penal de las ballestas.

En efecto, en el art. 563 se castiga "la tenencia de armas prohibidas y la de aquellas que sean resultado de la modificación sustancial de las características de fabricación de armas reglamentadas". Los arts. 4 y 5 del Real Decreto 137/1993, de 29 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Armas, no incluyen en su casuístico listado de armas prohibidas, las ballestas. No existiendo tampoco

constancia en el juicio histórico de que las características morfológico-funcionales de aquella hubiera sido objeto de modificación sustancial, hemos de concluir la no inclusión de la tenencia de tales ballestas en el precepto penal transcrito.

El art. 564 del CP sanciona "la tenencia de armas de fuego reglamentadas, careciendo de las licencias o permisos necesarios", imponiendo la pena de prisión de uno a dos años "si se trata de armas cortas" (apartado 1.1.) o la pena de prisión de seis meses a un año "si se trata de armas largas" (apartado 1.2). No existe duda alguna de que las ballestas son armas reglamentadas (art. 3, séptima categoría, número 2, del Reglamento de Armas). Su legítima tenencia ha de contar con la correspondiente guía de pertenencia (art. 88) y licencia de la clase E (art. 96, 4 , d), que autorizará para poseer, llevar y usar las armas de dichas categorías, licencia que será concedida por los Delegados o Subdelegados del Gobierno, quienes podrán delegar en los primeros Jefes de las Comandancias de la Guardia Civil.

Sin embargo, conforme al art. 564 del CP no basta para afirmar la tipicidad que se trate de la tenencia de un arma reglamentada sin licencia y guía de pertenencia. El tipo objetivo exige ahora que estemos en presencia de un arma reglamentada de fuego. Y la lectura del art. 3 del Real Decreto 137/1993, impide considerar las armas de la categoría 7.2 -entre las que se incluyen las ballestas- como armas de fuego.

Por cuanto antecede, **el motivo tiene que ser estimado, con el efecto que se precisa en nuestra segunda sentencia, que será extensible al condenado no recurrente Carlos** (art. 903 LECrim).

IV.- [...]

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos **haber lugar al recurso de casación**, por estimación de su segundo motivo, por infracción de ley, interpuesto por la representación de Elena contra la sentencia de fecha 26 de noviembre de 2007, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Valencia [...]

SEGUNDA SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

ÚNICO.- Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia recurrida.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

Por las razones expuestas en el FJ 1º, apartado III, de nuestra sentencia precedente, procede la estimación del segundo de los motivos entablados por la recurrente Elena, declarando que los hechos probados no son constitutivos de un delito de tenencia ilícita de armas.

SEGUNDO

La estimación del recurso ha de proyectar sus efectos favorables respecto del condenado no recurrente, Carlos, por imponerlo así el art. 903 de la LECrim. En la medida en que aquél fue condenado como autor de dos delitos, uno por cada una de las armas que fueron halladas en su poder -pistola Astra, modelo 300 y ballesta marca Fast, la exclusión de la tenencia de una ballesta como integrante del delito previsto en los arts. 563 y 564 del CP, obligan a dejar sin efecto la condena impuesta por el delito previsto en el primero de esos preceptos.

III. FALLO

Se dejan sin efecto las penas de prisión de 1 año e inhabilitación por ese mismo período de tiempo, impuestas por el Tribunal de instancia en aplicación del delito de tenencia ilícita de armas por el que se condenó a Elena [...] Se deja también sin efecto la pena de 1 año de prisión con inhabilitación absoluta por el tiempo de la condena, impuesta al condenado Carlos, manteniendo el resto de los pronunciamientos que le afectan.