

**Tribunal Supremo Sala 2ª, S 13-4-2004, n°474/2004, rec.909/2003.**

## **RESUMEN**

**Se imputa a un miembro de la Guardia Civil, junto con otros delitos, el delito de tenencia de arma corta de fuego reglamentada careciendo de las licencias o permisos necesarios. El Tribunal Supremo estima que una pistola oxidada indica un mal mantenimiento pero no una inidoneidad para su uso, al menos en todo momento.**

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción [...] de Mollet del Vallés incoó Sumario [...] en cuya causa la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Barcelona, tras celebrar juicio oral y público, dictó sentencia [...], que contenía el siguiente Fallo:

“Que debemos condenar y condenamos al acusado José María, en concepto de autor de:

A) Un delito de allanamiento de morada, precedentemente definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal [...]

B) Por el delito de robo con intimidación, precedentemente definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal [...]

C) Por el delito de detención ilegal, precedentemente definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal [...]

D) Por el delito de agresión sexual, precedentemente definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal [...]

E) Por el delito de tenencia ilícita de armas, precedentemente definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal [...]

F) Por la falta de lesiones dolosas, precedentemente definida, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal [...]

Al propio tiempo, le absolvemos libremente por razón de los restantes dos delitos de agresiones sexuales, del delito de detención ilegal y del delito de lesiones, de que venía igualmente acusado [...]

2º.- En la citada sentencia se declararon probados los siguientes Hechos:

“Primero.- El día 13 de septiembre de 2001, sobre las 10'50 horas, el acusado José María, mayor de edad, agente de la Guardia Civil de profesión y carente de antecedentes penales, se constituyó, vistiendo de paisano, en la casa sita en el núm. 000 de la calle000 de la localidad de Montmeló (Barcelona), llamando al timbre y abriéndole la puerta la allí moradora y denunciante Milagros -que no le conocía anteriormente y que abrió sin mirar previamente a través de la mirilla por suponer que se trataba de un amigo de su hijo menor-, ante lo cual dicho sujeto, blandiendo una navaja, introdujo un pie para evitar que le cerrara la puerta y tras empujar a la víctima, se adentró seguidamente

en la vivienda, asiendo a la misma por la espalda y colocándole la navaja junto al cuello. Ya en el interior de la vivienda, el acusado, que portaba una pistola sujeta semiculta en el pantalón a la altura de la cintura, le exigió que le entregara el dinero y joyas que tuviera y como observara que en el lugar se hallaba un hijo de la denunciante de nombre Luis Enrique -nacido el 28 de octubre de 1985-, le conminó a éste para que se acercara y se tendiese en el suelo, lo que así hizo el menor, obligando seguidamente a la denunciante a que atara a su hijo, sirviéndose para ello de una camiseta de la que momentos se había despojado este y de una cinta adhesiva que le facilitó el acusado, y como la atadura quedara floja, el propio acusado arrancó una de las cortinas del salón y anudando la misma con aquella camiseta, le ató las manos atrás y le sujetó a la barandilla de la escalera que da acceso al piso superior.

Acto seguido el acusado, que seguía intimidando a la denunciante con la navaja y con la dicha pistola y llevado por el ánimo de procurarse un enriquecimiento injusto, cogió del bolso de la víctima 25.000 ptas. en billetes (procedentes de una extracción de 30.000 ptas. que había realizado la denunciante el día anterior en un cajero automático de la Caixa de Cataluña) e hizo suyos asimismo unos pendientes que portaba la denunciante y que esta le entregó a su requerimiento, dejando la misma sobre el suelo, por indicación del acusado, la cadena que llevaba en el pecho.

Acto seguido, dejando inmovilizado al menor en la forma dicha, el acusado obligó a la denunciante a subir al piso superior, donde le exigió que le entregase más joyas, recorriendo las distintas habitaciones hasta llegar al dormitorio del matrimonio, donde la denunciante cogió un joyero, vertiendo el acusado su contenido encima de la cama, sin apoderarse de ninguna joya. Seguidamente el acusado, que quería fumar, le pidió a la denunciante que le facilitase unas cerillas, para lo cual descendieron ambos a la planta núm. 001, dirigiéndose hacia la cocina, donde la denunciante le indicó el lugar en que se encontraban los fósforos, encendiendo un cigarrillo.

Hecho lo anterior subieron de nuevo al piso núm. 002 y se dirigieron al dormitorio del matrimonio, donde el acusado obligó a la denunciante a quitarse la camiseta, tras lo cual sirviéndose de esa camiseta y de otra que hizo jirones el acusado, le ató las manos y la colocó boca abajo, bajándole los pantalones y las bragas y acto seguido, llevado de su ánimo lúbrico, la penetró vaginalmente -sin que conste acreditado que eyaculara- e intentó hacer lo propio por vía anal pero como la víctima se quejase de dolor, desistió de esto último. En ese momento, el hijo, vivamente preocupado por la suerte de la denunciante, comenzó a gritar preguntando que es lo que pasaba, motivando que el acusado bajase, le desatase de la barandilla y le condujera arriba hasta la habitación en que se hallaba la denunciante, lanzando al menor junto a esta e instándole a que “se la follara”, ante lo cual tanto el menor como la madre suplicaron que no les obligara a hacerlo, desistiendo el acusado que arrojó al suelo al menor, atado este de manos.

Seguidamente, el acusado condujo a la denunciante hasta el cuarto de baño, desnudándose él íntegramente y obligando a desnudarse de cintura para abajo a ella, a la que introdujo parcialmente en la bañera y, mientras la abofeteaba en el rostro y la mojaba con el grifo de la ducha abierto, la penetró -con el mismo ánimo lúbrico- primero por vía vaginal y después por vía anal, sin que conste que eyaculara. Entretanto, había dejado el acusado sobre el inodoro la navaja y la pistola que portaba.

El acusado, acto seguido condujo forzosamente a la denunciante hasta el dormitorio, conminándole a que se pusiera una falda corta y unas botas, abriendo el armario y colocándose una falda de estas características la víctima y como esta le dijese que las botas las tenía en el garaje, se dirigieron ambos hacia el sótano, no llegando al mismo porque cuando se hallaban en la planta núm. 001 oyeron un ruido en la planta núm. 002, por lo que volvieron a subir, percatándose de que el menor había logrado huir a través de la ventana. Ante ello, el acusado y con él la obligada víctima, tornaron a bajar a la planta núm. 001 de la casa, donde la denunciante intentó infructuosamente huir, siendo empujada hacia el comedor por el acusado, el cual se dispuso en ese momento a beber güisqui, indicándole ella donde estaba la botella, que cogió el denunciado y aprovechando aquella que en ese momento el acusado no portaba arma alguna, le propinó a este un fuerte empujón que le hizo caer al suelo, instante que aprovechó la denunciante para saltar desde la terraza hasta la rampa del garaje de la casa, dando gritos de socorro y soltando al perro, a instancias de un vecino de nombre Plácido que la vio saltar. El acusado, viendo que el perro estaba suelto, desistió de perseguir a la denunciante y decidió salir de la vivienda por una ventana, precipitadamente, desnudo y con los pantalones en la mano.

Mientras esto ocurría, el tan nombrado menor, progresando con grave riesgo para su integridad física por la cornisa de la casa, logró llegar hasta la ventana del dormitorio de la casa contigua, a la que accedió tras romper la mosquitera, pidiendo auxilio a su moradora Teresa, que acudió prontamente a socorrer a su vecina, la denunciante, a la que sacó de la rampa, acompañándola hasta la casa de esta, donde permaneció con ella, sin dejarla sola, hasta la llegada del Médico de cabecera y de la Fuerza Policial.

El acusado, tras salir de la vivienda de autos, se dio a la fuga corriendo y portando consigo la pistola y el dinero del botín, cayéndosele en la huida parte de este (2000 ptas.) y la citada pistola, que fueron recuperados por vecinos de la población y entregados a la Policía Local; siendo detenido instantes más tarde el acusado por efectivos de la Policía Local de Montmeló.

Durante el curso de lo acontecido en la vivienda de autos, que duró aproximadamente una hora y cincuenta y cinco minutos, el acusado, en distintos momentos, amenazó verbalmente de muerte, tanto a la denunciante como al hijo de esta, para que se callasen y se plegaran a sus propósitos.

La navaja utilizada por el acusado para intimidar y que dejó este en el cuarto de baño de la casa, era del tipo “multiusos”, de unos 8 cms. de longitud, 1'6 cms. de ancho y 0'3 cms. de grosor, con mango de color verde en el que lleva impreso el emblema del ejército de tierra.

La pistola utilizada por el acusado e intervenida por la Fuerza policial, es del calibre 6.35, marca “Browning Looking Glass”, carecía de número de identificación y de los punzones reglamentarios y se hallaba en perfecto estado de funcionamiento, sin que el acusado poseyera la correspondiente guía de pertenencia.

Como consecuencia de los hechos la denunciante Milagros, sufrió magulladuras en el cuello -de las que sanó en menos de 7 días, sin secuelas y sin necesidad de tratamiento médico ni quirúrgico- y un trastorno de estrés postraumático, que persiste en la

actualidad y por el que sigue recibiendo tratamiento psiquiátrico. Con motivo de saltar sobre la rampa del garage, sufrió la denunciante fractura del maléolo del tobillo izquierdo, del que sanó sin secuelas el día 23 de mayo de 2002.”

3º.- Notificada la Sentencia a las partes, la representación del acusado D. José María anunció su propósito de interponer recurso de casación [...]

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO DE INTERÉS**

**CUARTO.-** [...] Incide, además el recurrente, **por lo que se refiere al delito de tenencia ilícita de armas**, alegando que la pistola, conforme al dictamen pericial, tenía la aguja percutora trabada a causa del óxido, por lo cual no estaba en perfecto funcionamiento, siendo un arma inútil.

Pues bien, aún siendo cierta la cita del informe, no lo es la consecuencia a la que pretende llegar el recurrente. En efecto a los folios 341 y 342 de las actuaciones sumariales figura el informe en el que se hace constar lo siguiente: La pistola... presenta abundante suciedad y la aguja percutora se encuentra trabada en su posición más avanzada, debido a la acción del óxido que presenta. Tras desbloquearla y lubricarla realizamos prueba ... funciona correctamente y hace fuego con normalidad. Ello fue ratificado por los peritos en la Vista -Fº 467 del rollo de Sala-, precisando el GC núm. 006 que el arma está en perfecto estado de uso y la munición estaba oxidada la mitad de la misma... El percutor estaba trabado pero estaba en perfecto estado de uso. Para destrabarla es simplemente utilizar un líquido al uso (tres en uno).

Al caso es plenamente aplicable lo señalado por la STS núm. 1986/2002, de 29 de noviembre, con relación a una pistola oxidada, diciendo que **“la mencionada oxidación en modo alguno impedía el correcto funcionamiento del arma, como expresamente afirma el relato de hechos probados con base en la prueba pericial antes aludida. La mencionada oxidación sólo revela una descuidada actitud del tenedor en la conservación de la pistola y quizá también que no la usaba, incluso pudiera haber ocurrido que no la hubiera utilizado ni pretendiera utilizarla nunca. Pero ello no excluye el delito. El mencionado peligro que la ley quiere tener controlado existe desde el momento en que se trata de un arma de fuego reglamentada que puede disparar y cuyo poseedor carece de la licencia o permisos exigidos por la administración del Estado”**.

Por su parte la STS núm. 754/01, de 7 de mayo precisa que **requisito necesario del delito es que el arma se halle en condiciones de funcionamiento, no apreciándose tal capacidad en aquellas armas que por su antigüedad, ausencia de piezas fundamentales o cualquier otra causa, carecen de aptitud para disparar proyectiles. Se ha estimado que el arma funciona si puede hacer fuego o ser puesta en condiciones de hacerlo, y se ha señalado que la aptitud debe ponderarse más que en los mecanismos de carga, en los de percusión.**

**La idoneidad del arma para el disparo permite que el peligro abstracto que comporta el arma se traduzca en peligro concreto y es elemento fáctico esencial**

**que debe ser acreditado por la Acusación** (SSTS de 10.6.88, 4 y 15.2 y 18.9.81, 6.3.92, 30.9.92, 31.3.93, 29.5.90 7, 25.4.96, 242/98 de 20.2 y 273/99 de 18.2). **El carácter más o menos remoto del peligro que el arma suponga, por su antigüedad, deficiencias de mecanismos o ausencia de la munición, adecuada en el mercado debe ponderarse para concluir si la tenencia del arma sin permisos es o no ilícita.**

Por otra parte, ya la STS de 2-4-91 precisó que **el tipo no requiere que el arma sea peligrosa de forma inmediata, pues el peligro de la acción no está referido a la amenaza que el arma pueda significar para la vida o la integridad corporal de las personas, sino a la seguridad, es decir al control que debe ejercer la autoridad sobre las armas, sean inmediatamente utilizables o no. Por lo tanto pueden constituir objeto material del delito las armas reparables que no han perdido su capacidad de ser utilizadas una vez reparadas.**

Consecuentemente el motivo ha de ser desestimado. [...]

**QUINTO.-** El motivo siguiente se articula, por infracción de ley, al amparo del núm. 1 del art. 849 de la LECr. por aplicación indebida del art. 564.1 CP.

**El recurrente entiende que el legislador no ha incluido la guía de pertenencia del arma, como elemento normativo del tipo penal del art. 564 del CP, que, en cambio, sí se refiere expresamente a las licencias o permisos necesarios. Y alega que en el supuesto de autos, como miembro en activo del Cuerpo de la Guardia Civil, el acusado estaba dotado de la tarjeta militar o carnet profesional equivalente a licencia tipo A, lo que le habilitaba para la posesión de otra arma corta, aparte de la que le correspondiera como dotación reglamentaria para el ejercicio de sus funciones; y que la inexistencia de guía no tendría otra sanción que la gubernativa conforme al Reglamento de Armas.**

**La alegación no deja de ser sugerente, pero no puede ser acogida.** En primer lugar porque el supuesto de que se parte, no es exactamente como da a entender el recurrente. El antecedente fáctico de la Sentencia señala en su primero y penúltimo párrafos que el acusado era Guardia Civil de profesión y que la pistola utilizada por él era una “Browning Looking Glass calibre 6,35 mm, en perfecto estado de funcionamiento, sin que el acusado poseyera la correspondiente guía de pertenencia. También dice que carecía del número de identificación y de los punzones reglamentarios”.

Evidentemente la carencia de tales elementos de identidad impedía que pudiera tener la correspondiente guía de pertenencia y que, por tanto pudiera ser legalizada.

Pero hay otro elemento concurrente determinante de la ilegalidad del arma. El acta de reseña y recogida de armas pertenecientes al detenido, levantada en el Atestado -fº 28- por la Guardia Civil, señala con toda precisión las armas de dotación reglamentaria como guardia civil que se le ocupan al detenido: una larga, el fusil de asalto CETME, y una corta, la pistola STAR calibre 9 mm parabellum. Pero, además, se le ocupa otra pistola que, aunque no es propiedad del Cuerpo, está amparada por la Licencia como miembro de tal Cuerpo y con la correspondiente guía; es la pistola, marca ASTRA calibre 9 mm corto. [...]

Pues bien, de todo lo expuesto se deduce que el acusado no sólo carecía de guía correspondiente a la pistola que le fue ocupada el día de los hechos, sino que la licencia de que disponía no le autorizaba para la posesión de una segunda arma corta particular, es decir, al margen de las de dotación oficial.

La ilegalidad era doble: por ausencia del guía del arma poseída, y por exceder del cupo de ellas autorizado por la licencia.

El tipo objetivo comprendido en el art. 564 CP requiere, además de la tenencia de armas de fuego reglamentadas, que la tenencia sea ilícita, esto es, que el tenedor carezca de las licencias o permisos necesarios.

Conforme a la técnica típica utilizada, cualquier autorización de la que dependa la legalidad de la tenencia y uso condiciona prima facie, su relevancia penal, sin perjuicio de las matizaciones que se efectúen.

Además de la licencia, permiso o autorización especial, la posesión de un arma de fuego precisa, en todo caso, de la correspondiente guía de pertenencia, la cual documenta el arma conforme a los arts. 88 y 89 del Reglamento, acreditando la propiedad de la misma mediante el número de documento nacional de identidad y datos personales de su titular, así como los de la licencia correspondiente, y que contiene además una reseña completa del arma.

Conforme al criterio de la tenencia lícita, cometería delito quien, aún teniendo derecho a la concesión del permiso, no hubiere obtenido previamente la autorización requerida (STS 28-9-1950). Igualmente quien sigue detentando el arma una vez caducada la licencia o guía, salvo que solicitada nueva concesión, se hubiere autorizado temporalmente su uso.

También sería constitutiva de delito la detención de un mayor número de armas que las que ampara la licencia correspondiente, o la posesión de armas diversas de aquéllas a las que las licencias y guías autorizan (STS núm. 1347/94 de 29 de junio), aún cuando sean de similares características.

Para la STS núm. 393/2000 de 10 de marzo “queda fuera de duda de que el acusado, al proceder a la venta del revolver, tenía la previa posesión de dicha arma careciendo de la guía de pertenencia y de las licencias oportunas y esa conducta constituye un delito de tenencia ilícita de armas previsto en el artículo 254 del Código Penal de 1973, tipicidad que se mantiene en el artículo 564 del vigente Código Penal”. En el mismo sentido la STS núm. 754/01, de 7 de mayo.

La STS núm. 2473/02, de 21 de diciembre expone que **la guía de pertenencia, a tenor del art. 88 CP es exigencia típica insoslayable del art. 564 CP.**

La STS, núm. 1011/03 de 7 de julio señala que la realización de nuevas adquisiciones no es incompatible con el cumplimiento de las obligaciones establecidas, como la obtención de las correspondientes licencias y guías de pertenencia.

La postura que defiende el recurrente, es próxima a la de algún sector doctrinal que entiende que quien dispone de licencia de armas, si dispone de otras similares más o amparadas por la misma, no comporta mayor peligrosidad o mayores cuotas de riesgo.

Sin embargo, no debe olvidarse que no se trata de inculpar o no conductas más o menos peligrosas, puesto que toda tenencia de armas, lícita o no, es peligrosa, sino de excluir de la inculpar a las conductas que pese a serlo, entran en la esfera del riesgo permitido, en cuanto el mismo está sujeto al control de la Administración.

En consecuencia el motivo ha de ser desestimado.

## **FALLO**

Que debemos declarar y declaramos haber lugar, por estimación parcial, al recurso de casación por infracción de ley y de precepto constitucional y quebrantamiento de forma, interpuesto por la representación de D. José María contra la Sentencia dictada [...] por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Barcelona, y en su virtud, casamos y anulamos parcialmente tal Sentencia, declarando de oficio las costas causadas, y dictando a continuación otra Sentencia más ajustada a Derecho. [...]

## **SEGUNDA SENTENCIA [...]**

Que debemos condenar y condenamos al acusado D. José María, como responsable en concepto de autor de un delito de allanamiento de morada, en concurso ideal medial con un delito de robo con violencia e intimidación en las personas, [...] y de un delito de allanamiento de morada, en concurso ideal medial con un delito de agresión sexual, [...] Y se mantiene el resto de los pronunciamientos contenidos en la Sentencia de instancia [...]