



Roj: **STS 1030/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:1030**

Id Cendoj: **28079120012017100190**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **13/03/2017**

Nº de Recurso: **1927/2016**

Nº de Resolución: **158/2017**

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **CANDIDO CONDE-PUMPIDO TOURON**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **SENTENCIA**

En Madrid, a 13 de marzo de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley que ante Nos pende, interpuesto por **EL MINISTERIO FISCAL**, contra sentencia de fecha 23 de junio de 2016 dictada por la Audiencia Provincial de Málaga, Sección Tercera, en causa seguida a D. Ramón por delito de tenencia ilícita de armas y depósito de armas de guerra; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan, se han constituido para la votación y fallo bajo la presidencia y ponencia del Excmo. Sr. D. Candido Conde-Pumpido Touron, y siendo parte recurrida Ramón, representado por la Procuradora D<sup>a</sup> María Bellón Marín

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Candido Conde-Pumpido Touron

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción num. 1 de Marbella, instruyó sumario con el número 3/2013, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Málaga, Sección Tercera, que con fecha 23 de junio de 2016, dictó sentencia que contiene los siguientes

"HECHOS PROBADOS : " PRIMERO.- Probado y así se declara : Que la Brigada local de policía judicial de Marbella, tuvo conocimiento por razón de una denuncia presentada por Jose Pedro contra Ramón, mayor de edad y sin antecedentes penales, nacional de Sierra Leona, y diplomático de dicho país, de la posible existencia de armas de fuego en el domicilio de éste, sito en la URBANIZACIÓN000, CALLE000 n° NUM000 y NUM001 de Marbella, donde antes había estado instalado el consulado de Sierra Leona, delegación que era ocupada por el presidente de este país durante sus estancias en Marbella-, interesando a tal efecto al Juzgado de instrucción de dicha localidad, mandamiento para realizar diligencia de entrada y registro en dicha vivienda, lo que así fue concedido por auto de fecha 3 de agosto de dos mil doce.

En la práctica de dicha diligencia realizada, con autorización judicial, en la vivienda sita en la CALLE000 n° NUM000 y NUM001 de Marbella, fueron encontradas 18 armas de fuego, entre armas cortas y largas, todas las cuales poseían guía de pertenencia y de registro en la base de datos del departamento de intervención de armas de la guardia civil.

Además de las anteriores, fue hallado un fusil de asalto Kalashnikov, modelo AKMS, tipo AK 47 n° de serie NUM002, en buen estado de conservación, siendo su funcionamiento mecánico y operativo correcto, careciendo de troqueles del banco oficial de pruebas de armas de fuego de la Unión Europea. También fueron halladas dos pistolas, una de simple acción, sin marca, tipo Derringer, sin número de serie, recamarada para cartuchos calibre 22 y 22 long rifle, en buen estado de conservación, siendo su funcionamiento, tanto mecánico como operativo, correcto en su cañón superior e incorrecto en el inferior, y la otra una pistola llavero apta para el disparo de cartuchos 6,35 mm browning. También fue encontrada munición en buen estado de conservación, un cartucho del calibre 7,96 x 39 mm (7,62 kalashnikov) aptos para el fusil".

SEGUNDO- La Audiencia de instancia, dictó la siguiente Parte Dispositiva :



FALLAMOS: "Que debemos absolver y absolvemos a Ramón del delito de depósito de armas de guerra de que venía siendo acusado por el Ministerio Fiscal, declarando de oficio las costas causadas.

La presente resolución es susceptible de recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que deberá ser preparado ante la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Málaga, en el plazo de cinco días a contar desde la última notificación de la sentencia".

TERCERO.- Notificada dicha sentencia a las partes, se preparó contra la misma recurso de casación por infracción de ley por el Ministerio Fiscal, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las pertinentes certificaciones para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- El Ministerio Fiscal, formalizó su recurso alegando como motivo ÚNICO: Al amparo del art. 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración de los artículos 563, 566.1º y 567.2º del Código Penal.

QUINTO.- Instruidas las partes del recurso interpuesto, quedaron los autos conclusos pendientes de señalamiento de día para la votación y fallo cuando en turno correspondiera.

SEXTO - Hecho el señalamiento han tenido lugar la votación y fallo prevenidos el uno de marzo pasado.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La sentencia impugnada, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Málaga con fecha 23 de junio de 2016, absuelve al acusado del delito de depósito de armas de guerra. Frente a ella se alza el presente recurso, interpuesto por el Ministerio Fiscal, fundado en un motivo por infracción de ley.

Los hechos declarados probados consisten, en síntesis, en que el acusado, nacional de la República de Sierra Leona y diplomático de dicho país, conservaba en su domicilio de Marbella, junto a dieciocho armas largas y cortas correctamente legalizadas, un fusil de asalto y dos pistolas miniatura, una de ellas tipo llavero, que carecían de licencia. El domicilio del acusado había sido anteriormente Consulado de Sierra Leona, utilizado habitualmente como residencia por el Presidente de la República durante sus estancias en Marbella. El fusil pertenecía a la escolta del Presidente, y estaba guardado en un armario blindado bajo llave, a la espera de que fuese retirado por las autoridades del país de procedencia.

En la fundamentación jurídica, como complemento del relato fáctico, razona el Tribunal sentenciador que es plausible la explicación del acusado en el sentido de desconocer que estuviese realizando una conducta ilícita, pues el fusil había entrado en España legalmente, por valija diplomática, para proteger la seguridad del Presidente, y él se limitaba a mantenerlo bajo llave hasta que fuese retirado por las autoridades de su país.

**SEGUNDO.-** El único motivo del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, por infracción de ley al amparo del art 849 1º de la Lecrim, alega vulneración de los arts. 563, 566 1º y 567 2º del Código Penal, por estimar que concurren los elementos objetivo y subjetivo del delito de tenencia ilícita de armas, en su modalidad agravada de armas de guerra, pues el acusado tuvo el fusil de asalto a su disposición, con abundante munición (elemento objetivo) y no podía ignorar, al ser experto en armas como se acredita por la cantidad de ellas que poseía legalizadas, que su obligación era entregar el fusil a la intervención de armas, dado que por su naturaleza de arma de guerra no podía ser legalizada (elemento subjetivo). La misma argumentación se extiende a las dos pistolas miniatura que carecían de licencia.

**TERCERO.-** La primera cuestión que procede recordar, al encontrarnos ante un recurso frente a una sentencia absolutoria, es que vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías ( art. 24.2 CE ) que un órgano judicial, conociendo en vía de recurso, condene a quien había sido absuelto en la instancia o empeore su situación a partir de una nueva valoración de pruebas personales o de una reconsideración de los hechos estimados probados, para establecer "ex novo" su culpabilidad.

La doctrina jurisprudencial del TEDH solo permite la revisión en casación de sentencias absolutorias cuando el Tribunal Supremo actúa dentro de los márgenes de la infracción de ley, revisando cuestiones puramente jurídicas.

Los márgenes de nuestra facultad de revisión de sentencias absolutorias, a través del cauce casacional de infracción de ley, con intervención de la defensa técnica, pero sin audiencia personal del reo, se concretan, por tanto, en la corrección de errores de subsunción a partir de los elementos fácticos reflejados en el relato de hechos probados, sin verificar ninguna nueva valoración de la prueba practicada en la instancia.

En la corrección de errores de subsunción admisible en casación frente a las sentencias absolutorias **se incluyen los errores que afecten a la interpretación de la naturaleza y concurrencia de los elementos subjetivos exigidos por el tipo penal aplicado, cuando la revisión se efectúe desde una perspectiva jurídica,**



sin modificar la valoración de sus presupuestos fácticos. Pero no es admisible cuando la condena exige una reconsideración de la prueba practicada para modificar los presupuestos fácticos de los elementos subjetivos de la conducta enjuiciada ( STS 282/2017, de 7 de febrero , entre las más recientes, y STC 88/2013, de 11 de abril ).

**CUARTO** .- Como señala la muy reciente STS 282/2017, de 7 de febrero , " el error sobre la concurrencia de los elementos subjetivos podría subsanarse en casación si se basase exclusivamente en consideraciones jurídicas sobre la naturaleza del dolo exigido por el tipo, es decir si se tratase de un error de subsunción. Por ejemplo, si la absolución se fundamentase en la consideración errónea de que el tipo objeto de acusación exige dolo directo, absolviendo el Tribunal de instancia por apreciar la concurrencia de dolo eventual, cuando en realidad el dolo eventual fuese suficiente para la condena. O cuando se calificase por el Tribunal de Instancia de dolo eventual una conducta en la que, a partir exclusivamente de los datos obrantes en el relato fáctico sin reconsideración probatoria adicional alguna, ni modificación de la valoración fáctica sobre la intencionalidad del acusado realizada por el Tribunal, fuese constatable la concurrencia de dolo directo. O, en fin, cuando el Tribunal de Instancia fundase su absolución en la ausencia de un elemento subjetivo específico que considerase necesario para integrar el tipo, cuando esta apreciación fuese jurídicamente errónea por no ser exigible para la subsunción de la conducta en el tipo objeto de acusación la concurrencia del elemento subjetivo específico exigido por el Tribunal.

*El Tribunal de casación puede fundamentar su condena modificando la valoración del Tribunal de Instancia sobre la concurrencia de los elementos subjetivos cuando se basa exclusivamente en consideraciones jurídicas sobre la naturaleza del dolo exigido por el tipo, es decir en un error de subsunción jurídica, o se apoya en el mero análisis de los elementos estrictamente fácticos obrantes en los hechos probados, pero no puede acudir a la revisión de los presupuestos fácticos de dichos elementos subjetivos, volviendo a valorar para ello las pruebas personales practicadas en el juicio, lo que le está manifiestamente vedado "*

**QUINTO**.- En el caso actual, el Ministerio Fiscal como parte recurrente interesa en el recurso de casación que se dicte nueva sentencia en la que se condene al acusado por el delito de depósito de armas de guerra objeto de acusación en la instancia.

Lo que pretende la parte recurrente es que se modifique la apreciación del Tribunal sentenciador sobre la concurrencia de un error de prohibición por desconocer el acusado que estuviese realizando una conducta ilícita.

Ahora bien, esta pretensión es inviable en el caso actual conforme a la doctrina constitucional anteriormente expuesta. Si la parte recurrente pretendiese impugnar la valoración jurídica del Tribunal de Instancia, por ejemplo, argumentando que no concurren las condiciones legales necesarias para la apreciación de un error de prohibición, el tema podría ser analizado como un error de subsunción. Pero no es factible modificar las conclusiones fácticas del Tribunal sentenciador, y en el caso actual la estimación del motivo exigiría modificar estas valoraciones fácticas.

En efecto, **en la fundamentación jurídica, pero como complemento del relato fáctico** , razona el Tribunal sentenciador que es plausible la explicación del acusado en el sentido de desconocer que estuviese realizando una conducta ilícita, pues el fusil había entrado en España legalmente, por valija diplomática, para proteger la seguridad del Presidente de la República de Sierra Leona, anterior usuario de la vivienda, y el acusado, agente diplomático de dicha República, se limitaba a mantenerlo bajo llave hasta que fuese retirado por las autoridades de su país. Apoya también el Tribunal sentenciador dicha valoración fáctica en el hecho de que el acusado disponía de 18 armas de fuego en su vivienda, cortas y largas, todas ellas perfectamente legalizadas, con licencia y guía de pertenencia, y registradas en la Intervención de Armas de la Guardia Civil, por lo que es clara su voluntad de respetar la legalidad española en esta materia, y en consecuencia, considera el Tribunal de instancia que al conservar en su vivienda, bajo llave y en un armario blindado, un fusil perteneciente a la escolta del Presidente de su país, y unas pistolas de capricho (miniaturas) propiedad de éste, a la espera de su retirada por las autoridades del país de procedencia de las armas, **lo hacía desconociendo que dicha conducta pudiese ser ilícita.**

Se trata de una conclusión o valoración fáctica que, conforme a la doctrina anteriormente citada, no puede ser modificada en casación en perjuicio del reo.

**SEXTO** .- Partiendo de esta valoración fáctica, la sentencia absolutoria dictada por el Tribunal de instancia es correcta, y el recurso debe ser desestimado. En efecto, dispone el art 14 3º CP que el error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si bien es cierto que "el desconocimiento de la ley no exime de su cumplimiento", en el caso actual concurren una serie de circunstancias suficientes para estimar que el criterio del Tribunal sentenciador en el sentido de que el acusado desconocía completamente la ilicitud de su conducta, es plausible.



En efecto, en primer lugar, se trata de un delito formal, no natural, por lo que la ilicitud de la conducta, en los específicos términos concurrentes en el caso, no puede considerarse notoria. En segundo lugar, se trata de un diplomático extranjero que se limita a custodiar temporalmente un arma perteneciente a la seguridad del Presidente de su país, por lo que es razonable concluir que estimase que su conducta no era antijurídica. En tercer lugar, el arma había sido introducida en España en valija diplomática, por lo que es razonable pensar que el acusado considerase que debía ser retirada por el mismo medio, custodiándola hasta entonces en condiciones de máxima seguridad (bajo llave en armario blindado). Y, por último, el acusado tenía legalizadas y registradas sus armas propias, por lo que cabe concluir que no tenía voluntad de actuar ilegalmente en esta materia.

Desde otra perspectiva, el Tribunal sentenciador alcanza la misma conclusión absolutoria. **Los delitos de tenencia de armas, pese a su condición de delitos de peligro abstracto y mera actividad, exigen un mínimo "animus possidendi" que, como señala la sentencia de instancia, excluya la pura responsabilidad objetiva. Animus que la sentencia impugnada considera que "no ha quedado probado" (fundamento jurídico segundo), pues el acusado, en su condición de diplomático, ocupó una vivienda que anteriormente era Consulado y residencia vacacional del Presidente de su país, encontrándose en ella un arma que pertenecía a la seguridad de dicho Presidente y que se vio obligado a conservar en la vivienda, como mero detentador de una posesión ajena, hasta que fuese recogida por dichos servicios de seguridad.** Lo mismo cabe decir respecto de las pistolas miniatura olvidadas o regaladas al Presidente. Esta inexistencia del "animus possidendi", constituye una valoración fáctica de un elemento subjetivo, que no podemos modificar, por lo que el recurso del Ministerio Fiscal debe ser desestimado, con declaración de las costas de oficio.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido Declaramos NO HABER LUGAR al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por **EL MINISTERIO FISCAL**, contra sentencia de fecha 23 de junio de 2016 dictada por la Audiencia Provincial de Málaga, Sección Tercera, en causa seguida a D. Ramón por delito de tenencia ilícita de armas y depósito de armas de guerra. Con declaración de las costas de oficio. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.