



Roj: **STS 5252/2010** - ECLI: **ES:TS:2010:5252**

Id Cendoj: **28079120012010100789**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **06/10/2010**

Nº de Recurso: **706/2010**

Nº de Resolución: **811/2010**

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a seis de Octubre de dos mil diez.

En el recurso de casación por quebrantamiento de forma, e infracción de Ley que ante Nos pende, interpuesto por **EL MINISTERIO FISCAL**, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Alava, Sección Segunda, que absolvió al acusado Jesús, de un delito **contra la salud pública, tenencia arma prohibida**; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación y Fallo, bajo la Presidencia del Primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre, siendo también parte el Ministerio Fiscal y como parte recurrida el acusado Jesús representado por el Procurador Sr. Fernández Rosa.

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado de Instrucción número 2 de Vitoria, incoó Procedimiento Abreviado con el número 346 de 2009, contra Jesús, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Alava, cuya Sección Segunda, con fecha 11 de febrero de 2.010, dictó sentencia, que contiene los siguientes:

HECHOS PROBADOS: PRIMERO.- Sobre las 21,15 horas del 25 de diciembre de 2008, en la calle Cuadrilla de Vitoria de esta capital, dos agentes de la Policía Autónoma Vasca intervinieron en una pelea que mantenían el acusado Jesús y otra persona. El acusado portaba en la mano y empleaba para acometer una defensa eléctrica marca Stun Max de 600 voltios de potencia. Los agentes se identificaron mientras se acercaban y Jesús huyó de ellos. En su fuga, arrojó al suelo la defensa eléctrica y dos carteras pequeñas, que contenían, una, quince envoltorios de cocaína, con un peso total de 7,765 gramos y una riqueza del 38,87 %, Y la otra, once envoltorios, con un peso total de 6,960 gramos de cocaína y una riqueza del 47,70%. Cuando fue alcanzado y cacheado, se le encontraron 295 euros que portaba encima, distribuidos en dos billetes de 50, siete de 20, cuatro de 10 Y tres de 5 euros.

SEGUNDO.- Jesús es consumidor habitual de cocaína y sigue de manera irregular un tratamiento de desintoxicación. A la fecha de los hechos ejercía un trabajo remunerado.

TERCERO.- No se ha probado que el acusado poseyera la mencionada sustancia estupefaciente para transmitirla a terceras personas.

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

FALLO: Absolver a Jesús de los cargos que se le imputan, con todos los pronunciamientos favorables, y declarar de oficio las costas del proceso.

Reintégrese al ;acusado el dinero que le fue incautado.

Procédase a]a destrucción de la sustancia estupefaciente aprehendida.

Dese el destino legal a las piezas de convicción.



Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma e infracción de Ley, por EL MINISTERIO FISCAL, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto.- EL MINISTERIO FISCAL basa su recurso en los siguientes MOTIVOS DE CASACION.

UNICO .- Al amparo del art. 849.1 LECrim . por inaplicación indebida del art. 563 CP .

Quinto.- Instruidas las partes del recurso interpuesto; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.- Hecho el señalamiento se celebró la deliberación prevenida el día veintidós de septiembre de dos mil diez.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO INTERPUESTO POR EL MINISTERIO FISCAL

PRIMERO:el motivo único por infracción de Ley al amparo del art. 849.1 LECrim. por inaplicación indebida del art. 563 CP , dado que la sentencia de instancia absuelve del delito de tenencia ilícita de armas al estimar que una defensa eléctrica, que el acusado utilizaba en una pelea en la vía pública, cuando fue detenido, no es un arma, faltando el primer elemento objetivo del tipo penal, ello impide su aplicación.

Como hemos dicho en STS. 29/2009 de 19.1 , el tratamiento jurídico de la tenencia, en el caso examinado de una ballesta, ha de obtenerse del examen del tipo previsto en el art. 563 CP , interpretado conforme a los principios emanados de la jurisprudencia constitucional acerca de la constitucionalidad del delito de tenencia ilícita de armas.

La Sentencia nº 24/2004, de 24-2-2004 , 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 acudir 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. Esa especial peligrosidad *del arma y de las circunstancias de su tenencia* debe valorarse con criterios objetivos y en atención a las múltiples circunstancias concurrentes en cada caso, 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, 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).

A través de esta interpretación restrictiva, el tipo resulta compatible con las exigencias constitucionales derivadas del principio de legalidad, tanto desde la perspectiva de las garantías formales y materiales inherentes al principio de reserva de ley, como desde la perspectiva de la proporcionalidad de la reacción penal; pues bien solamente así entendido el precepto puede ser declarado conforme a la Constitución. Todo ello sin perjuicio de dejar constancia de la conveniencia de que el legislador defina expresamente el tipo del art. 563 CP con mayor precisión formal."

A pesar de las expresadas cautelas del Tribunal Constitucional en cuanto a la integración del tipo penal con normas reglamentarias, podemos afirmar, en principio, que la consideración como arma prohibida de una defensa eléctrica no puede excluirse con el razonamiento que hace el Tribunal de instancia.

En efecto hemos afirmado en STS. 1511/2003 de 17.11 que el concepto normativo de armas prohibidas obliga a delimitar su alcance, acudiendo, como precepto en blanco que es, a las disposiciones reglamentarias que definen o establecen enumerativamente esta clase de armas, en concreto el Real-Decreto nº 137 de 29 de enero de 1993 .

La remisión a la norma reglamentaria tiene la precisión necesaria para salvar la inconstitucionalidad que supondría la indeterminación (*lex certa*) con la consiguiente infracción del principio de legalidad. Los requisitos que ha venido exigiendo el Tribunal Constitucional (SS. 5.7.90, 16.6.92, 28.2.94), se resumen en los siguientes:

- a) que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón a la naturaleza del bien jurídico protegido.
- b) que la norma penal, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición.
- c) que se satisfaga la exigencia de la certeza, es decir, que se dé suficiente concreción para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite, resultando de esta forma salvaguardada la función de garantía del tipo, con la posibilidad de conocer cual sea la actuación penalmente castigada.

Y, precisamente por no darse esta última exigencia, la STS. 1390/2004 de 22.11, recuerda como la jurisprudencia de esta Sala ha **excluido** de la tipicidad las **prohibiciones meramente relativas** condicionadas a lo que puedan disponer *las respectivas normas reglamentarias* en los términos del párrafo 1 del art. 5 del RD citado, y el apartado 1 , h del art. 4 del mismo texto, en cuanto incluye una cláusula analógica, al referirse a *cualesquiera otros instrumentos especialmente peligrosos para la integridad física de las personas* .

Por tal razón, la STS de 20-12-2000 no consideró arma prohibida el rifle provisto de silenciador ; la nº 74 de 22-1-01, el sable ; la nº 163 de 9-2-01, el spray de defensa personal; la de 17-2-03 el silenciador ; y la nº 1160/04, de 13-10-04, la navaja de 14 cms. de hoja; la de 18-11-2004 la navaja de un solo filo y 12,5 cms. de hoja; la nº 369/2003 de 15-3-2003, excluyo del carácter de arma prohibida la pistola de aire comprimido apta para disparar bolas de plástico de 6 mm. de diámetro, por no aceptar una interpretación extensiva contra reo de las previsiones de la letra H) del art. 4.1 del RD que aprueba el reglamento de Armas . La STS nº 953/2001 de 18-5-2001 considera, en cambio, arma prohibida a la estrella ninja o xiriquete , y la 1350/2004 de 18-11- 2004, al bolígrafo-pistola con un cartucho en la recámara.

SEGUNDO: La sentencia recurrida cita jurisprudencia de esta Sala en la que pretende hallar una interpretación que parece excluir de la remisión normativa al art. 5, quedando reducidas las armas prohibidas a las contenidas en el art. 4 del Reglamento , a cuyo precepto debe entenderse referida la complementación exigida por el art. 563 C.P ., con las matizaciones sobre la inconstitucionalidad de la cláusula final del apartado f), que no superaría el filtro a que nos acabamos de referir y precisamente por la amplitud e incorrección de la expresión "cualesquiera otros instrumentos especialmente peligrosos para la integridad física de las personas". La línea jurisprudencial sentada por esta Sala (véase SS.TS. nº 74 de 22 de enero de 2001; nº 163 de 9 de febrero de 2001; nº 876 de 18 de mayo de 2001 y nº 369 de 15 de marzo de 2003 , entre otras) no excluye de forma expresa la relación de armas contenida en el art. 5º .



Nadie dudaría del carácter de arma prohibida que se atribuye a "las armas de fuego largas de cañones recortados" a que se contrae el apartado g) del mentado artículo 5º del Reglamento de armas.

Lo que realmente quiere significar la doctrina contenida en aquellas resoluciones, es que las únicas armas que deben considerarse prohibidas, por la simple remisión normativa directa, son las del art. 4, ya que las contenidas en el siguiente, su carácter prohibitivo debe concretarse "de acuerdo con lo que dispongan las respectivas normas reglamentarias", como preceptúa en su apartado primero.

No obstante, la condición de prohibido del instrumento poseído por los procesados viene impuesto desde perspectivas hermenéuticas formales y materiales.

Desde el *punto de vista formal*, la remisión a las armas prohibidas, sin mayores precisiones, nos conduce a la Sección 4ª del Capítulo preliminar del Reglamento intitulado "Armas prohibidas", en el que se establece una relación de los que se consideran tales en los arts. 4º y 5º, que son los integrantes de tal sección.

Ambos preceptos se introducen a través de conductas nucleares similares: "Se *prohíbe* la fabricación, importación, circulación, publicidad, compraventa, tenencia y uso de las siguientes armas y sus imitaciones".

Por su parte el art. 5 nos dice: "*Queda prohibida* la publicidad, compraventa, tenencia y uso....." y en el apartado c) se mencionan a las "defensas eléctricas, de goma, tonfas o similares".

Únicamente habría que estar a lo que dispongan las respectivas normas reglamentarias y respecto a dichas defensas eléctricas no se autoriza el uso o tenencia de las mismas, a cualquier persona.

Desde el *punto de vista material*, el instrumento intervenido lleva implícita una acusada peligrosidad en su uso ofensivo o defensivo, dada la virtualidad para ocasionar un quebranto grave en la integridad corporal de terceros.

TERCERO: Ahora bien en el caso presente, aun reconociendo el motivado, extenso, fundamentado recurso del Ministerio Fiscal que recoge la doctrina jurisprudencial a que se ha hecho referencia, su aplicación se ve obstaculizado por las carencias y deficiencias de la instrucción de la causa, en la que solo consta al folio 25 una diligencia de intervención de "una defensa eléctrica, rectangular, de color negro, STUN MAX de 600 Voltios", sin que se haya practicado prueba pericial o informe de los equipos especializados de la Policía judicial sobre sus características técnicas, funcionamiento y potencialidad lesiva, al contrario de los otros casos analizados en la jurisprudencia en las sentencias transcritas por el Ministerio Fiscal.

Así en la STS. 1390/2004 de 22.11, existía un informe pericial, ratificado en la Vista, que precisaba que la defensa eléctrica... *funciona correctamente, su alto voltaje (65.000 v) y baja intensidad, actúan sobre el organismo con un efecto paralizante temporal, pero que si es persistente puede producir lesiones graves, máxime si se trata de enfermos crónicos, cardíacos o con dispositivos electrónicos implantados en el organismo*.

En la STS. 1271/2006 de 19.12, un informe de la Brigada Provincial de Madrid de "balística forense, en el sentido de que la defensa eléctrica es "un arma de defensa que produce descargas eléctricas de alto voltaje y baja intensidad", cuya utilización produce el efecto de "descontrolar los movimientos musculares, dependiendo sus efectos de la intensidad de la corriente y de la duración de la misma".

Y en la STS. 1511/2003 de 17.11, un informe pericial que manifiesta que "se trata de un objeto que emite pequeñas descargas de entre 35 y 50 mil voltios, siendo arma de defensa que puede provocar fuertes contracciones con descontrol del sistema neuromuscular y posibilidad de originar pérdida de equilibrio...".

Supuestos por tanto, distintos del presente en el que solo consta el voltaje de la defensa, 600 voltios, notablemente inferior al de otro tipo de defensas eléctricas -y no su virtualidad para ocasionar un quebranto grave en la integridad física de terceros-. No acreditada la situación objetiva de riesgo y de lesión del bien jurídico, la tenencia de la referida defensa eléctrica no debe caer dentro del injusto típico previsto en el art. 563 CP.

CUARTO: Siendo el recurrente el Ministerio Fiscal las costas se declaran de oficio.

III. FALLO

Que debemos **declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación**, interpuesto por **EL MINISTERIO FISCAL**, contra sentencia de 11 de febrero de 2010, dictada por la Audiencia Provincial de Alava, Sección Segunda, que absolvió al acusado Jesús de los cargos que se le imputan; y declaramos de oficio las costas causadas en la tramitación del recurso.



Comuníquese esta resolución al Tribunal Sentenciador a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Joaquin Gimenez Garcia D. Perfecto Andres Ibañez D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre D. Manuel Marchena Gomez D. Joaquin Delgado Garcia

PUBLICACION .- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ