



www.civil-mercantil.com

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 532/2016, de 16 de junio de 2016

Sala de lo Penal

Rec. n.º 1799/2015

SUMARIO:

Delito de depósito de armas de guerra y armas de fuego reglamentadas. Motivación y límites del decomiso. El autor, tenía conocimiento de que las cinco armas de fuego que poseía en perfecto estado de funcionamiento requerían de licencia para su tenencia y de que poseía un arma de guerra también en correcto estado de funcionamiento cuya adquisición, tenencia y uso estaba prohibida y a pesar de conocer la ilegalidad de su conducta, continuó haciendo acopio de armas de fuego y munición de lo que hacía alarde con amigos. La peligrosidad abstracta de un arma de guerra es ínsita a su alta capacidad lesiva, de tal modo que en ningún caso es permitida su posesión en el propio domicilio; y el recurrente la poseía. La lesividad de un arma de fuego es menor, pero su peligrosidad abstracta relevante, que se incrementa cuando su número, como en este caso, excede de la unidad, por lo que sólo se tolera esa posesión, cuando se trata de un solo arma que además cuenta en todo caso con especial valor histórico o artístico; y el recurrente poseía en su domicilio, además de la referida arma de guerra, cinco armas de fuego. Al margen de la normativa internacional ratificada por España, como el Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional que prohíbe incluir como armas antiguas las armas de fuego fabricadas después de 1899, alguien familiarizado con las armas como el recurrente, sin necesidad de la convicción ulterior a los hechos del Reglamento de armas, comprende la lesividad potencial de cualquier arma de fuego fabricada en el siglo XX y la inviabilidad de obviar las necesarias exigencias de seguridad por su mera relación con un personaje o un hecho histórico. Se limita el comiso de objetos acordado por la Audiencia de Barcelona al arma de guerra, las cinco armas de fuego y la munición, dejando sin efecto el establecido sobre piezas y objetos que no eran considerados efectos del delito, aunque sólo se le devolverán cuando acredite cumplir los requisitos administrativos vigentes.

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 4, 66.1, 72, 127, 563, 566.1 y 567.

RD 137/1993 (Reglamento de armas), arts. 3 y 6.

Constitución Española, arts. 24.2, 25.1 y 120.3.

Ley Orgánica 1/1992 (Protección de la Seguridad Ciudadana), arts. 32 y ss.

Ley Orgánica 4/2015 (de protección de la seguridad ciudadana), arts. 38.4 y 45.

PONENTE:

Don Andrés Palomo del Arco.



www.civil-mercantil.com

EN NOMBRE DEL REY

La sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado lo siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciséis de Junio de dos mil dieciséis.

En el recurso de casación por infracción de preceptos constitucionales e infracción de Ley interpuesto por la Procuradora Sra. Puyol Montero en nombre y representación de Jesús Manuel contra sentencia de fecha siete de julio de dos mil quince dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Décima, en causa seguida contra el mismo por delito de depósito de armas de guerra y de armas de fuego reglamentadas, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que arriba se expresan, se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Andres Palomo Del Arco, siendo también parte el Ministerio Fiscal.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

Por el Juzgado de Instrucción núm. 4 de El Prat de Llobregat se tramitó Sumario núm. 4/2013 contra Jesús Manuel por delito de depósito de armas de guerra y de armas de fuego reglamentadas; una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona cuya Sección Décima (Rollo de Sala Sumario núm. 6/2014) dictó Sentencia en fecha 7 de julio de 2015 que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS :

"PRIMERO.- Se considera probado y así se declara que el día 24 de marzo de 2011 el acusado Jesús Manuel, mayor de edad y sin antecedentes penales, poseía en su domicilio, donde residía con su familia, sito en C/ DIRECCION000 NUM000 (casa) de Esplugues de Llobregat (Barcelona) las siguientes armas que pericialmente analizadas resultaron estar en perfecto estado de funcionamiento:

1/Mosquetón Maúser nº NUM001, arma de fuego larga rayada, de la 2ª. 2 categoría de las que se indican en el artículo 3 del Reglamento de Armas aprobado por Real Decreto 137/1993, de 29 de enero, debería documentarse con licencia y guía como se indica en los artículos 96 y 88 del Reglamento.

2/Mosquetón Maúser nº NUM002, arma de fuego larga rayada, de la 2ª. 2 categoría de las que se indican en el artículo 3 del Reglamento de Armas aprobado por Real Decreto 137/1993, debería documentarse con licencia y guía conforme los artículos 96 y 88 del Reglamento de Armas.

3/ Pistola Remington nº NUM003, arma de fuego corta de la 1ª categoría de las que se indican en el artículo 3 del Reglamento de Armas aprobado por Real Decreto 137/1993, debería documentarse con licencia y guía como se expresa en los artículos 96 y 88 del Reglamento de Armas de 1993.



www.civil-mercantil.com

4/ Pistola P-38, nº NUM004 , es un arma de fuego corta de la 1ª categoría de las que se indican en el art. 3 del Reglamento de Armas de 1993 , debería documentarse con licencia y guía conforme se indica en los arts. 96 y 88 del Reglamento de Armas de 1993 .

5/ Revólver Colt nº NUM005 , es un arma de fuego corta, se trata de un arma de la 1ª categoría de las que se indican en el artículo 3 del Reglamento de Armas de 1993 , debería documentarse con licencia y guía como se indica en los artículos 96 y 88 del Reglamento de Armas de 1993 .

6/ Pistola ametralladora Astra nº NUM006 , es un arma de fuego automática, se trata de un arma de guerra de las que se indican en el artículo 6.1.c/ del Reglamento de Armas , aprobado por Real Decreto 137/1993, y queda prohibida su adquisición, tenencia y uso por particulares como se indica en el artículo 6.1 del mismo Reglamento. También se intervinieron cartuchos correspondientes a estas seis armas.

Junto con las armas también se intervinieron las tres piezas, enumeradas a continuación, en correcto estado de funcionamiento pudiendo utilizarse en armas de sus características:

7/Cargador ametralladora Bren sin número, pieza concebida para las armas de fuego, no es pieza fundamental y no está específicamente contemplada en el Reglamento de Armas.

8/Cañón revólver Nowlin, sin número, corresponde a un arma de fuego corta de la 1ª categoría, se trata de pieza fundamental y por lo tanto tiene el mismo régimen jurídico que las armas de que forma parte conforme establece el artículo 1.2 Reglamento de Armas aprobado por Real Decreto 137/1993, por lo que debería documentarse con licencia y guía como se indica en los arts. 98 y 88 del mismo Reglamento.

9/Un cierre Subfusil Thompson, sin número, pertenece a un arma de guerra (subfusil) de las que se indican en el art. 6.1,c/ del Reglamento de Armas de 1993 , se trata de pieza fundamental y por lo tanto tienen el mismo régimen jurídico que las armas de que forman parte conforme establece el artículo 1.2 Reglamento de Armas de 1993 .

También se intervino munición:

- Los cartuchos, que seguidamente se indican, mayoritariamente en correcto estado de funcionamiento, por lo que pueden ser disparados con normalidad en armas de su calibre:

10/Calibre 22 Long rifle:.....	372 cartuchos
11/Calibre 22 Savage.....	20 cartuchos
12/Calibre 6 mm PPC:.....	1 cartucho
13/Calibre 30M1:.....	158 cartuchos
14/Calibre 7,62 mm.Kalashnikov:.....	1 cartucho
15/Calibre 30ª-06:.....	163 cartuchos
16/Calibre 7,65 mm Browning:.....	100 cartuchos
17/Calibre 7,65 mm Parabellum:.....	25 cartuchos
18/Calibre 32 S&W largo:.....	49 cartuchos
19/Calibre 7,63 mm.Maúser:.....	88 cartuchos
20/Calibre 8 mm. Kurtz:.....	5 cartuchos
21/Calibre 8 mm. Maúser:.....	36 cartuchos
22/Calibre 318 Rimless N.E.:.....	10 cartuchos
23/Calibre 9 mm. Corto:.....	25 cartuchos
24/Calibre 9 mm Parabellum:.....	297 cartuchos
25/Calibre 9 mm Largo:.....	59 cartuchos
26/Calibre 38 Special:.....	79 cartuchos



www.civil-mercantil.com

27/Calibre 357 Magnum:.....	97 cartuchos
28/Calibre 40 S&W.....	2 cartuchos
29/Calibre 10 mm Auto:.....	1 cartucho
30/Calibre 416 Rugby:.....	7 cartuchos
31/Calibre 44 Magnum:.....	10 cartuchos
32/Calibre 45 ACP:.....	70 cartuchos
33/Calibre 45 Long Colt.....	108 cartuchos
34/Calibre 500/450 Mag.N.E.:.....	4 cartuchos

-Así como componentes de munición, que seguidamente se indican, y que se encuentran en correcto estado de funcionamiento, por lo que pueden ser utilizados para recargar cartuchos de su calibre.

- 35/1920 proyectiles para recarga.
- 36/182 vainas empistonadas para recarga.
- 37/100 pistones para recarga.

Además se encontraron en el domicilio una serie de armas inutilizadas. Se ocuparon, asimismo, 15 certificados de inutilización de armas, de las cuales, solamente 6 de ellos, son válidos en territorio nacional, sin que correspondan a ninguna de las armas intervenidas, así como facturas de compra, impresos unificados de paquetería internacional, resguardos de correos, uno de ellos correspondiente a paquete azul y documentación varia , discos duros y ordenadores.

El acusado tenía conocimiento de que las cinco armas de fuego que poseía en perfecto estado de funcionamiento requerían de licencia para su tenencia y de que poseía un arma de guerra también en correcto estado de funcionamiento cuya adquisición, tenencia y uso estaba prohibida y a pesar de conocer la ilegalidad de su conducta, continuó haciendo acopio de armas de fuego y munición de lo que hacía alarde con amigos.

Asimismo, el acusado Jesús Manuel realizó tres envíos de armas de guerra desmontadas:

1/ Con número de envío NUM007 , figurando como remitente "Mecanitzats Romeu", Avda. Gaudí nº 142 de Rubi 08191 y como destinatario Craig Cox, 2818 Charter Oak de Little Rock, AR 7227USA, declarando su contenido como "pie mecánico a reparar ", sin valor comercial, tramitado como paquete postal internacional prioritario a las 19:09 horas del 2 de noviembre de 2010 en la oficina nº 0895001 de Esplugues de Llobregat (Barcelona), que fue objeto de autorización judicial para la apertura en sede judicial, autorizándose el seguimiento del mismo, en cuyo interior fue hallado una parte de un fusil ametrallador de la marca británica BREN, calibre 303, modelo MK1, con número de identificación NUM008 , en el que no se observaban signos de inutilización.

Pagando el remitente 2000\$ por la ametralladora mencionada.

En el domicilio fue intervenido un cañón inutilizado con el certificado del BOPE con igual número de identificación que el cajón de mecanismos intervenido en el domicilio.

2/ Con nº de envío NUM009 figurando como remitente Jesús Manuel en C/ DIRECCION000 NUM000 de Esplugues de Llobregat (Barcelona) y como destinatario Gaspar C/ DIRECCION001 NUM010 Casa , Bilbao (Vizcaya), tramitado como paquete azul a las 19:55 horas del 4 de marzo de 2011 en la oficina de correos sita en C/ Emili Juncadella nº36-38 de Esplugues de Llobregat (Barcelona) cuya apertura de paquete fue autorizada por Auto de 9 de



www.civil-mercantil.com

marzo de 2011, llevada a cabo en sede judicial al día siguiente y que contenía un conjunto del cierre de un subfusil de la marca Thompson modelo MIAI calibre 45 ACP.

En el domicilio del acusado se intervino un cañón inutilizado de Thomson que sería compatible con el conjunto del cierre intervenido en el envío.

3/ Con nº de envío NUM011 figurando como remitente el acusado Jesús Manuel C/ DIRECCION000 NUM000 de Esplugues de Llobregat (Barcelona) y como destinatario GT Haile 1530 NE 15th St. Homestead EL 33033 en Estados Unidos, como paquete postal con sello de correos de 22 de marzo de 2011 desde la oficina de correos de Esplugues de Llobregat, y cuya apertura fue autorizada judicialmente, llevada a cabo en sede judicial el día 4 de abril de 2011 y que contenía el elemento de disparo de un subfusil Thompson calibre 45 con nº de serie NUM012 .

El grupo de disparo sería compatible con el cañón inutilizado referenciado en el supuesto anterior.

Segundo.

El acusado Juan Carlos en la entrada y registro autorizada judicialmente en su domicilio sito en C/ DIRECCION002 nº NUM013 casa de Sant Vicenç de Montalt se intervinieron:

a/ Un subfusil tipo Stenm MK 3 del calibre 9 mm Parabellum con número de identificación NUM014 , que había importado meses antes y del que disponía de certificado oficial de inutilización válido en España, sin que conste acreditado que el procesado hubiese procedido a rehabilitarlo ni que supiera que materialmente el cañón no estaba inutilizado;

2/ Un artificio consistente en una ampolla de cristal de 15 gramos de una sustancia química de naturaleza lacrimógena llamada "metilbromoacetato" y una mecha con una carga de 0,8 gramos de pólvora negra para provocar la rotura de la ampolla, objeto fabricado en la II Guerra Mundial en Alemania para la utilización en las fábricas como medio de comprobación del correcto funcionamiento de las máscaras antiguas, sin que dicho artificio esté contemplado como explosivo en el Reglamento de Explosivos.

Tras la celebración del juicio, el Ministerio Fiscal en sus conclusiones definitivas, retiró la acusación formulada contra el acusado Juan Carlos ".

Segundo.

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"CONDENAMOS al como penalmente responsable en concepto de autor de un delito de depósito de armas de guerra y de armas de fuego reglamentadas, ambos delitos en relación de concurso de normas, sin la concurrencia de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de CINCO AÑOS y TRES MESES de prisión con la pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena.

Se le condena a una quinta parte de las costas procesales.

Comiso de las armas, piezas de armas y municiones intervenidas a los que se le dará el destino legal.

ABSOLVEMOS a Juan Carlos de los delitos por los que venía siendo acusado con todos los pronunciamiento legales inherentes.



www.civil-mercantil.com

Se declaran de oficio las cuatro quintas partes de las costas procesales".

Tercero.

En fecha 9 de julio de 2015 dicha Audiencia dictó Auto de aclaración de Sentencia que contiene el siguiente Razonamiento Jurídico:

"ÚNICO.- Establecen los arts. 161 de la LECrim y 267 de la LOPJ , que los jueces y tribunales podrán modificar sus resoluciones una vez dictadas, si de oficio o a instancia de parte legítima, se observa algún error mecanográficos, de transcripción, numérico o simple omisión involuntaria.

En el presente caso procede la aclaración interesada pues como se constata de la fundamentación de la resolución la persona condenada es el acusado Jesús Manuel cuya omisión en el fallo se ha debido a un olvido en la transcripción.

Por todo ello el fallo de la sentencia ha de quedar como sigue:

"CONDENAMOS al acusado Jesús Manuel como penalmente responsable en concepto de autor de un delito de depósito de armas de guerra y de armas de fuego reglamentadas, ambos delitos en relación de concurso de normas, sin la concurrencia de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de CINCO AÑOS y TRES MESES de prisión con la pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena. Se le condena a una quinta parte de las costas procesales.

Comiso de las armas, piezas de armas y municiones intervenidos a los que se le dará el destino legal.

ABSOLVEMOS a Juan Carlos de los delitos por los que venía siendo acusado con todos los pronunciamientos legales inherentes.

Se declaran de oficio las cuatro quintas partes de las costas procesales".

Cuarto.

Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por la representación procesal de Jesús Manuel que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente Rollo y formalizándose el recurso.

Quinto.

El recurso de casación formulado por la representación procesal del recurrente se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Motivo Primero.- Por infracción de Ley, nº1 del art. 849 de la LECr ., por haberse infringido preceptos penales de carácter sustantivo y normas jurídicas del mismo carácter que deberán ser observadas en la aplicación de la Ley Penal, dados los hechos que se declaran probados en la Sentencia. por indebida aplicación de los artículos 566.1.1 y 2 y 567.1.2.3 . y 4 del Código Penal y completando a los referidos artículos, por indebida aplicación de los art. 3 y 6 del Reglamento de armas de 29 de enero de 1993 y correlativa indebida inaplicación de los



www.civil-mercantil.com

art. 107. 144 y 155 a) del referido Reglamento, en su redacción vigente en el momento de los hechos.

Motivo Segundo.- (Subsidiario del motivo anterior). Por infracción de Ley, nº1 del art. 849 de la LECr ., por haberse infringido preceptos penales de carácter sustantivo y normas jurídicas del mismo carácter que deberán ser observadas en la aplicación de la Ley Penal, dados los hechos que se declaran probados en la Sentencia. por indebida aplicación del art. 127 CP en cuanto se acuerda el total comiso de las piezas intervenidas, incluyendo aquéllas por cuya tenencia y depósito no ha sido condenado nuestro mandante.

Motivo Tercero.- Por infracción de Ley, nº1 del art. 849 de la LECr ., por haberse infringido preceptos penales de carácter sustantivo y normas jurídicas del mismo carácter que deberán ser observadas en la aplicación de la Ley Penal, dados los hechos que se declaran probados en la Sentencia, por indebida aplicación del art. 66.6º CP en relación a la valoración de las circunstancias del delincuente y gravedad de los hechos en la individualización de la pena y, sobre la misma circunstancia recurso de casación por infracción de preceptos constitucionales, por vulneración de los arts. 24.1 , 24.2 y 25.1 CE , conforme autoriza el art. 852 LECr ., y 5.4 de la L.O.P.J ., por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (falta motivación en la individualización de la pena conforme impone el art. 120.3 CE).

Motivo Cuarto.- Por infracción de precepto constitucional, por vulneración del art. 25 CE conforme autoriza el art. 852 LECr ., y 5.4 de la L.O.P.J . por vulneración del derecho a la legalidad penal (con interdicción de vulneración del principio de proporcionalidad), que deriva de los art. 24.2 y 25.1 CE .

Motivo Quinto.- Con carácter subsidiario al recurso de casación por vulneración del art. 24 CE , conforme autoriza el art. 852 LECr ., y 5.4 de la L.O.P.J ., ya que atendidas las circunstancias expuestas en el motivo primero la condena a 5 años y tres meses de prisión de nuestro mandante resulta desproporcionada, tratándose de una única arma de guerra, en el contexto de una actividad de coleccionismo de la segunda guerra mundial, por un padre de familia carente de antecedentes penales, reconociendo la sentencia que no ha quedado en ningún momento probada su intención de usos criminales.

Sexto.

Conferido traslado para instrucción, el Ministerio Fiscal se opuso a la admisión de todos los motivos aducidos, impugnando los mismos de conformidad con lo expresado en su escrito de fecha 17 de noviembre de 2015; quedando los autos conclusos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

Séptimo.

Por providencia de esta Sala de fecha 28 de abril de 2016 se señaló el presente recurso para deliberación y fallo el día 26 de mayo de 2016; continuando la misma hasta el día de la fecha.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

- 1. La representación procesal del condenado en la instancia como autor de un delito de depósito de armas de guerra y de armas de fuego reglamentadas, ambos delitos en relación



www.civil-mercantil.com

de concurso de normas, sin la concurrencia de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de cinco años y tres meses de prisión, recurre en casación donde formula un primer motivo por infracción de ley al amparo del art. 849.1º LECr , por indebida aplicación de los artículos 566.1.1 y 2 y 567.1.2.3 . y 4 del Código Penal y completando a los referidos artículos, por indebida aplicación de los art. 3 y 6 del Reglamento de armas de 29 de enero de 1993 y correlativa indebida inaplicación de los art. 107, 144 y 155 a) del referido Reglamento, en su redacción vigente en el momento de los hechos.

Argumenta en la síntesis descriptiva del motivo que la preceptiva interpretación del concepto de arma y de los requisitos para la ilicitud penal de su tenencia, impuestos por la STC de 24 de febrero de 2004 , obliga a reservar la aplicación de los preceptos penales a aquellas conductas objetivamente más graves y que impliquen una peligrosidad (que no puede presuponerse sino que deben existir indicios racionales de la misma) para la seguridad colectiva; y a través del presente motivo, lo que cuestiona es la irracionalidad de los juicios de inferencia a través de los cuales la Sentencia deriva la existencia del peligro típico.

De manera complementaria, en el cuarto motivo, incide en la misma cuestión, si bien ahora, por infracción del art 25.1 CE al amparo de los arts. 852 LECr y 5.4 LOPJ , por vulneración del derecho a la legalidad penal con interdicción de vulneración del principio de proporcionalidad, que deriva de los art. 24.2 y 25.1 CE ; por cuanto la interpretación que realiza la Sala sentenciadora vulnera el principio de legalidad penal (art. 25.1 CE) al realizar una interpretación del tipo que excede los términos fijados por el Tribunal Constitucional en cuanto a la normativa aplicable realizando una valoración objetiva ajena a los criterios que informan el ordenamiento constitucional.

2. Consecuentemente, la suerte de estos motivos vendrá dada por el contenido de la doctrina jurisprudencial interpretativa del Tribunal Constitucional del tipo de tenencia ilícita de armas compatible con el principio de legalidad. El propio Tribunal, resume la doctrina contenida en la STC 24/2004, de 24 de febrero , invocada por el recurrente en su STC 51/2005, de 14 de marzo -énfasis ahora añadido-:

En esta Sentencia declaramos que resultaría inconstitucional una interpretación del primer inciso del art. 563 CP en la que la vinculación del elemento normativo del precepto al Reglamento de armas fuera absoluta e incondicionada, de forma que cualquier arma prohibida en el mismo pasara a integrar el tipo delictivo, pues ello vulneraría la garantía esencial del principio de reserva de ley consagrado en el art. 25.1 CE , además de plantear un problema de proporcionalidad de la sanción penal (FJ 5).

No obstante, señalábamos que ésta no era la única interpretación posible del precepto y que existía una interpretación del mismo conforme a la Constitución. "La interpretación constitucionalmente conforme ha de partir de 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



CEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**

www.civil-mercantil.com

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 . Esa especial peligrosidad del arma y de las circunstancias de su tenencia deben 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".

Finalmente, en el fundamento jurídico 8 y recapitulando todo lo expuesto, establecíamos cuál es la interpretación del primer inciso del art. 563 CP conforme a la cual el precepto es constitucional, a la que se remite el fallo: "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 , FJ 3).

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".

www.civil-mercantil.com

3. El recurrente, de los elementos anteriores, sólo discute la concurrencia de la peligrosidad. Incide en la condición de coleccionista del recurrente, destaca que incluso la Sala sentenciadora " ...otorga credibilidad al acusado en relación a que fue su pasión por el tiro así como por las armas en general (y para ello basta leer la enumeración de los efectos que le fueron incautados en el registro) y no de que un ulterior propósito delictivo... ", resalta el amplísimo catálogo de piezas y documentación recogido en el acta de entrada y registro que el Sr. Jesús Manuel tenía en su domicilio, que califica como colección de objetos de la Segunda Guerra Mundial (en su mayor parte, uniformes y cascos) entre los cuales, diversas armas inutilizadas y las piezas por las que ha sido condenado.

Pero destaca a su vez que todas estas piezas:

- O bien estaban sin cargar, envueltas en trapos, dentro de una caja fuerte (f. 18 de la sentencia, línea 8 y f. 10, 62 párrafo), o bien, se encontraban como complemento de los maniqués, y expuestas en una habitación cerrada con llave (que la propia fuerza actuante denomina "museo"), como recogen tanto el acta de entrada y registro como las fotografías obrantes en Autos.

- Se ha acreditado su evidente falta de uso (sin roces ni vestigios) y que no han sido alteradas. Aunque ello -evidentemente- no excluye que estuvieran en estado de funcionamiento, sí que acredita su naturaleza material de pieza de coleccionismo al no demostrarse un uso lesivo de la misma.

- Como recoge la sentencia, se trata de piezas de la Segunda Guerra Mundial, de la guerra civil española, o (el revólver Colt) de una réplica de un modelo de 1873, clásico del western americano.

Y concluye destacando las circunstancias, por las que entiende estamos ante un mero ilícito administrativo:

- El hecho de que, pericialmente, se haya acreditado la inexistencia de vestigios y señales de que las armas se hayan disparado desde que el Sr. Jesús Manuel las posee, careciendo, además, todas ellas de antecedentes.

- Que, pericialmente, se acreditó que ni se habían modificado las armas, que se encuentran en el estado original, ni se había intentado eliminar su número de serie.

- Que las piezas estaban almacenadas (excepto una, en una caja fuerte): en una habitación, a la vista, sin estar escondidas pero sí encerradas con llave para evitar que entrara cualquier persona, con otros elementos de la misma temática y tiempo histórico.

- Que las municiones también se encontraban en sus cajas históricas originales y las armas no estaban cargadas;

- Que se posee el arma para admirarla (cosa que el propio Tribunal acepta en el caso), lo que se evidencia de la propia disposición de las mismas, en maniqués uniformados.

- Ausencia de antecedentes penales, padre de familia y con empleo fijo.

4. La sentencia de instancia por su parte, en este respecto, afirma que la potencialidad lesiva de las cinco armas de fuego y el arma de guerra, no puede discutirse amén de la existencia de numerosa munición alguna correspondiente a estas armas, convirtiendo el arsenal que tenía en su domicilio el acusado en especialmente peligroso para el bien jurídico protegido que no es otro que la seguridad ciudadana, armas que podían ser disparadas. Además presumía de su colección como reconoció su amigo el testigo Sr. Patricio, habiéndose dedicado al tiro años atrás, divulgación de la posesión en su domicilio habitual de instrumentos



www.civil-mercantil.com

de riesgo objetivo que acrecienta la peligrosidad de su conducta, lo que permite afirmar que a la contradicción con el Derecho de la conducta del acusado (antijuridicidad formal) se añade un plus de lesividad (antijuridicidad material) que la elevan a la categoría de injusto penal cumplidor del tipo (de peligro abstracto) previsto en los artículos 566.1.1^o y 2^o y 567.1, 2 y 3 CP.

Destaca además que se cumple, asimismo, el dolo o tipo subjetivo de la figura penal de depósito de armas reglamentadas y armas de guerra. El acusado experto conocedor de las armas de fuego, reconociendo en plenario haber sido miembro de tiro muchos años federado hasta el año 2001 en que lo dejó, sabía que tenía armas funcionando en la colección aunque se ampara en su calidad de coleccionista y en el argumento de que no existe licencia para coleccionistas y que en cuanto al Libro de Coleccionista existe disparidad de criterios para la inscripción de las armas en el mismo según las distintas intervenciones, afirmación ésta última huérfana de prueba que la avale; y que debemos añadir, que la disparidad de criterios, no impide observar el seguido por la Intervención correspondiente a la ubicación de su domicilio.

Estriba el interés de la argumentación de la concurrencia del elemento subjetivo, en cuanto la sentencia sustenta la negación de la condición de coleccionista reiteradamente afirmada por el recurrente, en cuanto que el acusado, como muy aficionado a las armas que era, no desconocía que requería de licencia para las armas de fuego que poseía en correcto funcionamiento y que una de ellas era un arma de guerra absolutamente fuera del ámbito de posesión de un particular. Incide además la sentencia que el dolo o tipo subjetivo de la figura penal que se contenta con el conocimiento, en la esfera del profano de que se ha constituido un depósito o acopio de armas, que el arma es de fuego y/o guerra, que es apta para disparar y que no se posee lícitamente, condiciones todas ellas que el acusado admitió si bien calificándose de coleccionista lo que es penalmente irrelevante que subjetivamente el autor califique lo que, objetivamente integra un depósito como "colección"; especialmente debemos recalcar ahora cuando el depósito es de guerra. Dolo que además asocia con los envíos de piezas de armas, donde oculta ese contenido en la documentación del envío.

5. Desde los anteriores presupuestos, los motivos basados en la falta de peligrosidad del caso concreto deben ser desestimados; especialmente en atención conjunta a las siguientes circunstancias:

- La peligrosidad abstracta de un arma de guerra es ínsita a su alta capacidad lesiva, de tal modo que en ningún caso es permitida su posesión en el propio domicilio; y el recurrente la poseía.

- La lesividad de un arma de fuego es menor, pero su peligrosidad abstracta relevante y por ello se permite en condiciones donde resultan aseguradas las medidas de seguridad necesarias para su custodia, y no se produce su utilización ni su custodia, la posesión domiciliar reglamentada; pero la peligrosidad, se incrementa cuando el número de armas de fuego excede de la unidad, por lo que sólo se tolera esa posesión, cuando se trata de un solo arma que además cuenta en todo caso con especial valor histórico o artístico; y el recurrente poseía en su domicilio, además de la referida arma de guerra, cinco armas de fuego.

- Salvo un arma, guardada en caja fuerte, las demás se encontraban en una habitación, a la vista, sin estar escondidas, con la única medida de seguridad de estar cerrada con llave la puerta de esa habitación.

- También poseía abundante munición, de las cuales existían 25 variedades que podían ser disparados con normalidad con armas de su calibre; entre ellos cartuchos aptos para las armas antes indicadas: 25 eran del Mosquetón Maúser núm. NUM001, 25 eran del Mosquetón Maúser núm. NUM002, 169 de la pistola Remington núm. NUM003, 120 de la pistola P-38 núm. NUM004, 169 del revolver Colt núm. NUM005 y 68 de la pistola



www.civil-mercantil.com

ametralladora Astra núm. NUM006 ; lo que lógicamente incrementaba la abstracta peligrosidad de las armas referidas.

- El resto, 1381 aptos para otras armas, la mayoría en correcto estado de funcionamiento, conllevan por sí mismos tal diferencia con la que resulta autorizable, que por sí solos integran un grave peligro para la seguridad pública (vd. STS 144/2008, de 27 de febrero , en relación a depósito de 745 cartuchos).

- Además, de la mayor o menor divulgación del contenido de su "colección", resulta plenamente acreditado su dedicación a la enajenación de piezas de armas de guerra, que aunque por anomalías normativas de la anterior redacción del Reglamento se entendiera atípica al provenir de armas inutilizadas aunque la pieza no lo fuera, sí que integra un significativa circunstancia que eleva el nivel de la peligrosidad referenciada.

Al margen de normativa internacional ratificada por España, como el Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones , que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional que prohíbe incluir como armas antiguas las armas de fuego fabricadas después de 1899, alguien familiarizado con las armas como el recurrente, sin necesidad de la convicción ulterior a los hechos del Reglamento de armas, comprende la lesividad potencial de cualquier arma de fuego fabricada en el siglo XX y la inviabilidad de obviar las necesarias exigencias de seguridad por su mera relación con un personaje o un hecho histórico. No es dable pensar que un arma de fuego utilizada en cualquier magnicidio acaecido en el siglo XXI y que por esa condición adquiere relevancia histórica, pierde al adquirir ese calificativo, su capacidad lesiva y potencial peligrosidad.

La STS 362/2012, de 18 de mayo , indica que no es penalmente relevante que se trate de un arma con una cierta antigüedad (se trataba del subfusil utilizado por las fuerzas británicas durante la II Guerra Mundial y en la Guerra de Corea), cuando pericialmente se ha acreditado que funcionaba bien; y en supuesto de menor entidad al de autos, la STS 343/2009, de 30 de marzo , reseña en el juicio que realiza de la peligrosidad de la tenencia concorde la jurisprudencia constitucional, que aún si mediara el carácter de coleccionista del recurrente, la tenencia por un particular de un arma de fuego prohibida (en ese caso un bolígrafo-pistola), por tanto de inviable posesión por particular, seguiría siendo delictiva.

En autos se trata de depósito de armas de fuego, que se cumplimenta con una sola arma y depósito de armas de fuego que deriva de la reunión de al menos cinco, como en autos, sancionados en los arts. 566 y 567 CP ; que precisamente por su ínsita peligrosidad, ninguna degradación facultativa se prevé en el caso que se evidencie la falta de intención de usar las armas con fines ilícitos, prevista sin embargo en el art. 565 para la tenencia de armas prohibidas y la de aquellas que sean resultado de la modificación sustancial de las características de fabricación de armas reglamentadas del art. 563 y para la tenencia de armas de fuego reglamentadas del art. 564.

Primer y cuarto motivo se desestiman.

Segundo.

- El segundo motivo lo formula con carácter subsidiario al anterior, por infracción de Ley, del art. 849.1 de la LECr , por indebida aplicación del art. 127 CP en cuanto se acuerda el total comiso de las piezas intervenidas, incluyendo aquéllas por cuya tenencia y depósito no ha sido condenado.



www.civil-mercantil.com

1. Argumenta que al condenado le fueron decomisadas todas las piezas que obran en las respectivas actas de intervención de los paquetes postales y en la de entrada y registro, siendo finalmente condenado por la tenencia de sólo seis de dichas piezas, resultando penalmente atípica la tenencia de las demás: ya fuere por estar éstas inutilizadas conforme a la normativa vigente en el momento de los hechos o por tener los certificados administrativos expedidos por estados miembros de la UE correspondientes o por tratarse de piezas sueltas provenientes de armas inutilizadas cuya tenencia no puede estimarse constitutiva de delito. Pese a ello, en el fundamento séptimo de la sentencia se limita la Sala Sentenciadora a ordenar el decomiso de todas las piezas sin distinción. El artículo 127 del CP ampara únicamente el comiso de todo aquello que pueda ser considerado efecto, instrumento para la ejecución o ganancia derivada del delito: sin que ninguno de éstos calificativos puede aplicarse a aquellas piezas cuya tenencia se ha sentenciado atípica. Así, las piezas intervenidas que no constituían per se armas ni estaban en estados de tiro cuyo comiso se ha acordado, ni fueron objeto de la acción típica, ni se mantiene una relación consecencial entre la posesión de las armas objeto de condena y el resto de bienes intervenidos, ni su comiso es coherente con el fundamento propio de la pena comisoría.

Tratándose de armas, inutilizadas de conformidad con la legalidad vigente, continúa afirmando, sobre las que ni se formuló escrito de acusación, o bien de piezas que la sentencia declara provenientes de armas inutilizadas y con su correspondiente certificado, resulta evidente su independencia del objeto del delito (el depósito de seis armas en estado de tiro) y la total falta de peligrosidad objetiva para el bien jurídico protegido que supone la devolución a su legítimo propietario, carece de justificación mantener su comiso. Por todo ello, solicitamos de esta Excm. Sala que se dicte resolución por la que se revoque el amplísimo pronunciamiento de la Sala Sentenciadora referente al comiso de lo intervenido y se limite el mismo a la munición y a las piezas en estado de tiro, ordenándose la entrega a nuestro mandante de aquéllas piezas que no han sido objeto de acusación o sentencia condenatoria, sin perjuicio de que se condicione la devolución de las piezas respecto a las que ha variado la normativa, al cumplimiento de los requisitos administrativos vigentes respecto a las mismas.

El listado de piezas que indica indebidamente decomisado es:

a) piezas de armas inutilizadas por las cuales se sostenía acusación pero no se formula condena:

- Cargador ametralladora Bren, s/n2
- Cañón de revolver Nowlin, s/n2
- Cierre de Subfusil Thompson, s/n2
- Parte de un fusil ametrallador BREN, calibre 303, modelo MK1, con n2 NUM008 (hallado en el envío NUM007)
- Conjunto de cierre de un subfusil de la marca Thompson modelo MIAI calibre 45 ACP (hallado en el envío NUM009).
- Elemento de disparo de un subfusil Thompson calibre 45 con n2 de serie NUM012 (hallado en el envío NUM011).

b) armas y piezas inutilizadas con el correspondiente certificado e intervenidas en la entrada y registro por las cuales no se sostenía acusación:

- Subfusil Grease Gun, n2 serie NUM015 , calibre 45 con cargador (evidencia P-3)
- Subfusil MP38, calibre 9 parabellum, n2 serie NUM016 con cargador (evidencia P-5)



www.civil-mercantil.com

- Ametralladora Browning, modelo Bar, n2 serie NUM017 , calibre 3006 con cargador (evidencia P-6)
- Subfusil Thompson, n2 serie NUM018 , calibre 45 con cargador cilíndrico (evidencia P-7)
- Fusil Garant calibre 3006 (evidencia P-8)
- Subfusil MP40, n2 serie NUM019 , calibre 9 parabellum con cargador (evidencia P-9),
- Ametralladora MG 34, nº de serie NUM020 , calibre 792 con cargador redondo (evidencia P-10)
- Fusil de asalto sig 44, nº serie NUM021 , calibre 762 con cargador (evidencia P-11)
- Cañón de subfusil carente de nº de serie (evidencia P-27)
- Cañón carente de nº de serie al parecer de subfusil marca Thompson (evidencia P-28)
- Cañón carente de nº de serie al parecer de subfusil marca Thompson (evidencia P-29)
- cañón carente de nº de serie al parecer de subfusil marca Thompson (evidencia P-30)
- Pieza metálica de forma triangular con inscripción mecalux (evidencia P-31)
- Cierre de un arma automática (evidencia P-33)
- Pistola marca Astra calibre 763 con nº de serie NUM022 (evidencia P35)
- Cañón carente de nº de serie, con inscripción Waulen que al parecer corresponde a revólver de calibre 357 (evidencia P-38)
- Cerrojos de subfusil Thompson (evidencia P-39)
- Cerrojo de arma de fuego, con nº de serie NUM023 (evidencia P-40)
- Cañón de ametralladora Breaan, con nº de serie NUM008 (evidencia P-42)

2. Indica la STS núm. 793/2015, de 1 de diciembre , citada a su vez en la STS 238/2016, de 29 de marzo , tras recordar que el comiso guarda una directa relación con las penas y con el Derecho sancionador, con la lógica exigencia de su carácter personalista y el obligado cauce procesal penal para su imposición (SSTS 450/2007 de 30 de mayo , 16/2009 de 27 de enero), que "desde una perspectiva procesal, conviene subrayar que el comiso ha de ser solicitado por el Ministerio Fiscal o por las partes acusadoras, de donde se deduce la necesidad de su planteamiento y debate en el juicio oral y que la resolución que lo acuerde ha de ser motivada". Requisitos que igualmente exigen las SSTS 764/2012, de 9 de octubre y 401/2012, de 24 de mayo , para el comiso de corte clásico como es el de autos.

La sentencia de instancia se limita a indicar en su fundamento séptimo que conforme determina el artículo 127 del CP se decreta el comiso de las armas, piezas de armas (tanto en la intervención en el domicilio como en la de los tres envíos) y munición intervenidas, a los que se dará el destino legal.

La doctrina de la Sala sobre esta cuestión, la compendia la sentencia 793/2015, de 1 de diciembre :

La jurisprudencia de esta Sala (SSTS. 16/2009 de 27 de enero ; 11/2011, de 1 de febrero ; 600/2012, de 12 de julio ; 969/2013, de 18 de diciembre ; y 877/2014, de 22 de diciembre), atendiendo a la normativa del C. Penal, considera el comiso como una "consecuencia accesoria" al margen tanto de las penas como de las medidas de seguridad. Su naturaleza es, según la doctrina, la de una tercera clase de sanciones penales, siguiendo así el Código Penal la línea iniciada por los derechos penales germánicos de establecer un tercer género de sanciones bajo la denominación de "consecuencias jurídicas o consecuencias accesorias".



www.civil-mercantil.com

En el Código Penal de 1973 el comiso era catalogado como una pena accesoria (art. 48), mientras que en el nuevo Código Penal de 1995 es configurado como una "consecuencia accesoria" de la pena (art. 127 CP/1995). En ambos Códigos, por tanto, se considera como una figura ajena a la responsabilidad civil "ex delicto", ya que ésta constituye una cuestión de naturaleza esencialmente civil, con independencia de que sea examinada en el proceso penal, y nada impide que, por ello, su conocimiento sea deferido, en su caso, a la jurisdicción civil. El comiso, por el contrario, guarda una directa relación con las penas y con el Derecho sancionador, en todo caso, con la lógica exigencia de su carácter personalista y el obligado cauce procesal penal para su imposición.

Desde una perspectiva procesal, conviene subrayar que el comiso ha de ser solicitado por el Ministerio Fiscal o por las partes acusadoras, de donde se deduce la necesidad de su planteamiento y debate en el juicio oral y que la resolución que lo acuerde ha de ser motivada (SSTS. 3-6-2002 , 6-9-2002 , 12-3-2003 , 18-9- 2003 y 24-6-2005).

Dado que de las tres categorías de bienes que se incluyen como objeto de comiso, al amparo de la norma general, contenida en el citado art. 127: los efectos que provengan del delito, es decir, el producto directo de la infracción; los bienes, medios o instrumentos con los que se haya preparado o ejecutado; y las ganancias provenientes de los actos delictivos, ante la ausencia de motivación sólo permite concluir de la lectura de la sentencia, el carácter de efectos del delito las seis armas que integran los depósitos de guerra y armas de fuego y las municiones, el recurso debe ser estimado: pues respecto de los objetos intervenidos y que no han sido considerados efectos del delito, no existe motivación alguna que permita considerarlos como útiles y medios utilizados en la ejecución del delito o ganancias provenientes del mismo.

Por ende procede limitar el comiso a los efectos descritos, pero ello no conlleva la devolución directa del resto de piezas y objetos intervenidos, sino su depósito en la Intervención de armas, donde los retornarán al recurrente, una vez acredite el cumplimiento de los requisitos administrativos vigentes respecto a las mismas, lógicamente sin perjuicio de las previsiones de los arts. 32 y ss. de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana , hoy arts. 38.4 y 45 y concordantes de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo , de protección de la seguridad ciudadana.

Tercero.

- El tercer motivo lo formula por infracción de Ley, nº 1 del art. 849 de la LECr , por indebida aplicación del art. 66.1.6º CP en relación a la valoración de las circunstancias del delincuente y gravedad de los hechos en la individualización de la pena y, sobre la misma circunstancia recurso de casación por infracción de preceptos constitucionales, por vulneración de los arts. 24.1 , 24.2 y 25.1 CE , conforme autoriza el art. 852 LECr ., y 5.4 de la L.O.P.J ., por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (falta motivación en la individualización de la pena conforme impone el art. 120.3 CE).

1. Argumenta que la imposición de una pena superior al mínimo legal establecido por el precepto sin valorar las circunstancias concretas del hecho -no de la gravedad del delito en sí- ni las personales del autor, de forma que no se recoge motivación suficiente que permita conocer el razonamiento que permite apartarse del mínimo imponible. Resalta que la propia resolución recoge una serie de circunstancias relativas al condenado (ausencia de antecedentes penales, coleccionista, la falta de riesgo de uso del arma para fin delictivo) y a la gravedad de los hechos (incautación de una única arma de guerra, inexistencia de una red de tráfico, atipicidad en el momento de los hechos de los envíos de piezas a otros coleccionistas, la propia complejidad y confusión del entonces vigente Reglamento de Armas, etc.) abocan a la



www.civil-mercantil.com

aplicación del mínimo legal imponible o, como mínimo, impiden que pueda aplicarse una pena superior a ésta sin la preceptiva motivación; de donde concluye que el incremento de la pena en tres meses por encima del mínimo penal no resulta procedente.

2. Efectivamente, el deber de motivación, ciertamente, no sólo incluye la obligación de fundamentar los hechos y la calificación jurídica, sino también la pena finalmente impuesta en concreto (por todas, SSTC 108/2001, de 23 de Abril ; 20/2003, de 10 de Febrero ; 148/2005, de 6 de Junio ; 76/2007, de 16 de Abril). El fundamento de extender el deber reforzado de motivación a las decisiones judiciales relativas a la fijación de la pena radica en que el margen de discrecionalidad del que legalmente goza el Juez no constituye por sí mismo justificación suficiente de la decisión finalmente adoptada, sin que, por el contrario, el ejercicio de dicha facultad viene condicionado estrechamente por la exigencia de que la resolución esté motivada, pues sólo así puede procederse a su control posterior en evitación de toda arbitrariedad. De este modo, también en el ejercicio de las facultades discrecionales que tiene reconocidas legalmente el Juez penal en la individualización de la pena, es exigible constitucionalmente, como garantía contenida en el derecho a la tutela judicial efectiva, que se exterioricen las razones que conducen a la adopción de la decisión.

Así, reiteradamente ha señalado esta Sala que la obligación constitucional de motivar las sentencias expresadas en el artículo 120.3 de la Constitución comprende la extensión de la pena. El Código Penal en el artículo 66 establece las reglas generales de individualización, y en el artículo 72 concluye disponiendo que los Jueces y Tribunales razonarán en la sentencia el grado y la extensión de la pena concretamente impuesta. La individualización realizada por el tribunal de instancia es revisable en casación no solo en cuanto se refiere a la determinación de los grados o mitades a la que se refiere especialmente el citado artículo 66, sino también en cuanto afecta al empleo de criterios inadmisibles jurídico-constitucionalmente en la precisa determinación de la pena dentro de cada grado o de la mitad superior o inferior que proceda.

No obstante, también reproduce esta Sala la jurisprudencia constitucional que en interpretación de los arts. 24 y 120 CE , ha señalado que una motivación escueta y concisa no deja, por ello, de ser tal motivación, así como una fundamentación por remisión no deja tampoco de serlo, ni de satisfacer la indicada exigencia constitucional (SSTC 5/87 , 152/87 y 174/87), no exigiéndose que las resoluciones judiciales tengan un determinado alcance o intensidad en el razonamiento empleado, aunque entienda que no se cumplimenta dicha exigencia, en los términos expresados en el art. 120 de la Constitución y 66 y 72 del Código Penal , cuando el Tribunal en su concreción individualizadora de la pena, tan sólo alude a la gravedad del hecho y a la proporcionalidad, sin explicar, de forma racional, el concreto ejercicio de la penalidad impuesta.

Se trata pues, dice la STS 1099/2004 de 7 de octubre , de un ejercicio de discrecionalidad reglada que debe ser fundamentadamente explicado en la propia resolución judicial y controlable en casación, por la vía de la pura infracción de Ley (art. 849 LECr), si bien su inexistencia no determina la nulidad de la sentencia con devolución para su explicación por el Tribunal de instancia, si dentro del marco de la fundamentación jurídica o concordancia fáctica de la sentencia existen elementos de donde se pueda deducir tal individualización, siquiera sea implícitamente .

3. En autos, la sentencia de instancia, de manera sucinta pero suficiente, motiva la imposición de la pena. De manera racional y proporcionada, ante una horquilla penológica se sitúa entre cinco a diez años de prisión, de manera tácita, en atención a las circunstancias personales, atiende a su umbral mínimo, que sobrepasa en un solo peldaño de las veinte imaginables divisiones de ese tramo temporal, en atención a la gravedad del hecho, pues aún cuando la tipicidad se basta con el depósito de armas de guerra, se integra también con depósito de armas de fuego reglamentadas.

El motivo se desestima.



www.civil-mercantil.com

Cuarto.

- El quinto y último motivo, lo formula por vulneración del art 24 CE , al amparo del art. 852 LECr y 5.4 LOPJ ya que atendidas las circunstancias expuestas en el motivo primero, la condena a 5 años y tres meses de prisión, tratándose de una única arma de guerra, en el contexto de una actividad de coleccionismo de la segunda guerra mundial, por un padre de familia carente de antecedentes penales, reconociendo la sentencia que no ha quedado en ningún momento probada su intención de usos criminales, resulta en todo caso, desproporcionada, por lo que se solicita de esta Excm. Sala que por la misma se proponga un indulto parcial, conmutando la pena impuesta por una privativa de libertad que no supere los dos años de prisión (y que permita al recurrente acceder a los beneficios de la suspensión condicional) y aquellas otras penas de multa o privativas de derechos que la Sala entienda adecuadas en atención al principio de proporcionalidad y los fines (preventivos y resocializadores) de la pena.

Indica la STS 876/2014, de 22 de octubre que "el principio de proporcionalidad no está expresamente proclamado en la Constitución Española aunque constituye una exigencia implícita del art. 25 CE según tempranas declaraciones del Tribunal Constitucional. A partir de diciembre de 2009 un texto normativo de aplicación directa en nuestro ordenamiento lo consagra de manera expresa: el art. 49.3 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea recordada con toda corrección por el escrito de recurso. La intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación con la infracción.

El juicio sobre la proporcionalidad de las penas compete al legislador en una primera instancia (SSTC 88/1996, de 23 de mayo y 161/1997, de 30 de octubre ; y STS466/2012, de 28 de mayo). Al criterio trasladado a la ley han de atenerse en el ejercicio de sus funciones los jueces y tribunales. En el discernimiento sobre qué sanciones son las más ajustadas para cada conducta ilícita goza el legislativo, respaldado por la legitimidad democrática, de un margen de discrecionalidad que debe ser acatado". (Vid también STS 513/2015, de 9 de septiembre).

Por otra parte, la cuestión atinente al indulto es ajena a la cuestión dirimida en la sentencia recurrida; y si bien tanto la Audiencia Provincial, cuando dictó su sentencia, como esta Sala Segunda, cuentan con facultad de proposición, resulta aconsejable la remisión al expediente y cauce previsto en la Ley de su regulación a iniciativa del condenado, donde la mayor información exclusivamente referida a este extremo, circunstancias personales del recurrente incluidas, permite en su caso, conformar más adecuadamente el juicio sobre su concesión y en su caso extensión; informe, que como consecuencia de estimarse parcialmente el recurso de casación, corresponde emitir a esta Sala Segunda.

En todo caso, la facultad discrecional del Tribunal, que contiene el artículo 4.3 CP no es fiscalizable en casación. (cifr. STS 1341/1993, de 22 de abril).

Quinto.

- En materia de costas rigen las previsiones del artículo 901 LECr , que determinan al ser la sentencia parcialmente estimatoria, sean declaradas de oficio.

III. FALLO

Declaramos HABER LUGAR PARCIALMENTE al recurso de casación formulado por la representación procesal de Jesús Manuel contra sentencia de fecha 7 de julio de 2015 dictada



www.civil-mercantil.com

por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Décima , en causa seguida contra el mismo por delito de depósito de armas de guerra y de armas de fuego reglamentadas, con declaración de oficio de las costas originadas por su recurso.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal Sentenciador a los efectos procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Candido Conde-Pumpido Touron Jose Ramon Soriano Soriano Alberto Jorge Barreiro Andres Palomo Del Arco Carlos Granados Perez

SEGUNDA SENTENCIA

EN NOMBRE DEL REY

La sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado lo siguiente

En la Villa de Madrid, a dieciséis de Junio de dos mil dieciséis.

En la causa seguida por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Décima, por delitos de depósito de armas de guerra y de armas de fuego reglamentadas, se dictó sentencia de fecha 7 de julio de 2015 , que ha sido recurrida en casación y ha sido casada y anulada parcialmente por la dictada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. anotados al margen.

Ha sido Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Andres Palomo Del Arco.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Único.

- Se aceptan y dan por reproducidos los hechos declarados probados en la sentencia de instancia.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

- De conformidad con los razonamientos contenidos en el fundamento jurídico segundo procede limitar el comiso a:

a) El arma que integraba el depósito de armas de guerra:

o Pistola ametralladora Astra nº NUM006



www.civil-mercantil.com

b) Las armas que integran el depósito de armas de fuego reglamentadas, que concurre normativamente con el anterior:

- o Mosquetón Maúser nº NUM001 .
- o Mosquetón Maúser nº NUM002 .
- o Pistola Remington nº NUM003 ,
- o Pistola P-38, nº NUM004 .
- o Revólver Colt nº NUM005

c) Toda la munición intervenida ; puesto que aún cuando aisladamente entiende la sentencia, integra delito de depósito de municiones, lo entiende absorbido en los depósitos de armas.

Consecuentemente se deja sin efecto el decomiso recaído sobre el resto de los objetos y piezas intervenidas al condenado que no han sido consideradas efectos del delito; aunque condicionada la devolución al recurrente a que acredite el cumplimiento de los requisitos administrativos vigentes respecto de las mismas, lógicamente sin perjuicio de las previsiones de los arts. 38.4 , 45 y concordantes de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo , de protección de la seguridad ciudadana.

III. FALLO

1) Limitamos el comiso acordado a los siguientes objetos:

- o Pistola ametralladora Astra nº NUM006
- o Mosquetón Maúser nº NUM001 .
- o Mosquetón Maúser nº NUM002 .
- o Pistola Remington nº NUM003 ,
- o Pistola P-38, nº NUM004 .
- o Revólver Colt nº NUM005
- o Toda la munición intervenida

2) Consecuentemente, dejamos sin efecto el comiso acordado en las piezas y objetos intervenidos que no han sido considerados efectos del delito, condicionada su devolución al recurrente a la acreditación del cumplimiento de los requisitos administrativos vigentes, lógicamente sin perjuicio de las previsiones de los arts. 38.4 , 45 y concordantes de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo , de protección de la seguridad ciudadana.

3) Y mantenemos en su integridad el resto de los pronunciamientos dispositivos de la resolución de instancia, que no contradiga el anterior.

Notifíquese esta resolución a la Dirección General de la Guardia Civil. Comandancia de Barcelona. Intervención de Armas.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Candido Conde-Pumpido Touron Jose Ramon Soriano Soriano Alberto Jorge Barreiro Andres Palomo Del Arco Carlos Granados Perez



www.civil-mercantil.com

PUBLICACIÓN .- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Andres Palomo Del Arco, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.