

## ¿Constituye delito la mera tenencia de armas de fogueo?

En este artículo se analizará el régimen penal de las armas de fogueo y, en particular, de su mera tenencia, sin que hubiesen sido modificadas o manipuladas para poder utilizarlas como armas de fuego.

Las armas de fogueo, llamadas armas detonadoras en la normativa pertinente, no se encontraban entre las armas prohibidas (salvo que hubiesen sido modificadas o manipuladas para poder utilizarlas como armas de fuego), hasta la entrada en vigor de la Orden INT/1008/2017, de 3 de julio, por la que se desarrolla el régimen aplicable a las pistolas y los revólveres detonadores.

Según la exposición de motivos de dicha Orden Ministerial, «por razones imperiosas de seguridad ciudadana», resultaba necesario adoptar las medidas pertinentes a fin de que la adquisición, tenencia y uso de estas armas detonadoras estén destinados a las actividades para las que están concebidas, así como evitar su conversión en armas de fuego real. La razón que se da es que «en los últimos años se ha producido en España un aumento alarmante del empleo de este tipo de armas en ámbitos cercanos a la delincuencia e incluso en la comisión de delitos violentos. Muchas de las armas detonadoras intervenidas por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad habían sido, además, manipuladas para poder disparar munición real. Entre los factores que se encuentran en el origen de esta situación pueden destacarse la facilidad del acceso a las armas detonadoras en numerosos establecimientos comerciales sin ningún tipo de autorización o licencia y a un precio asequible; la apariencia física de estas armas, que carecen de distintivo o dispositivo externo alguno que las diferencie de las verdaderas armas de fuego, o la fácil transformación en armas de fuego reales, con herramientas comunes o incluso sin utilizar herramienta alguna, por su diseño y los materiales empleados en su fabricación.»



Partiendo, pues, de que en principio las armas de fogueo son armas «prohibidas», quedarían incluidas en el delito de tenencia ilícita de armas prohibidas tipificado en el **artículo 563** del Código Penal, a cuyo tenor:

«La tenencia de armas prohibidas y la de aquellas que sean resultado de la modificación sustancial de las características de fabricación de armas reglamentadas, será castigada con la pena de prisión de uno a tres años.»

Este precepto del Código Penal no define lo que son «armas prohibidas», sino que constituye una norma penal «en blanco», que se remite tácitamente para su definición a la normativa administrativa, en particular, el Reglamento de Armas (Real Decreto 137/1993, de 29 de enero, en su versión vigente de 24/10/2017). Su artículo 2, define los diferentes tipos de armas:

«1. Arma de fuego: Toda arma portátil que tenga cañón y que lance, esté concebida para lanzar o pueda transformarse fácilmente para lanzar un perdigón, bala o proyectil por la acción de un combustible propulsor.

A estos efectos, se considerará que un objeto es susceptible de transformarse para lanzar un perdigón, bala o proyectil por la acción de un combustible propulsor cuando tenga la apariencia de un arma de fuego y debido a su construcción o al material con el que está fabricada, pueda transformarse de este modo. [...]

10. Arma detonadora: Arma destinada para la percusión de cartuchos sin proyectil que provocan un efecto sonoro y cuyas características la excluyen para disparar cualquier tipo de proyectil.»

Su artículo 3 (sobre la clasificación de las armas), prevé lo siguiente:

«Se entenderá por «armas» y «armas de fuego» reglamentadas, cuya adquisición, tenencia y uso pueden ser autorizados o permitidos con arreglo a lo dispuesto en este Reglamento, los objetos que, teniendo en cuenta sus características, grado de peligrosidad y destino o utilización, se enumeran y clasifican en el presente artículo en las siguientes categorías: [...]

7ª categoría: [...]

6. Los revólveres o pistolas detonadoras y las pistolas lanzabengalas.»

En los artículos 4 y 5 se enumeran las armas prohibidas, agrupando en el artículo 4 las armas sometidas a una prohibición absoluta y en el artículo 5, aquellas que aun estando prohibidas en algunos casos, están permitidas para determinados usos (prohibición relativa). Dispone el artículo 5:

«1. Queda prohibida la publicidad, compraventa, tenencia y uso, salvo por funcionarios especialmente habilitados, y de acuerdo con lo que dispongan las respectivas normas reglamentarias de: [...]

i) Las pistolas y revólveres detonadores que no vayan a emplearse para actividades deportivas, adiestramiento canino profesional, espectáculos públicos, actividades recreativas, filmaciones cinematográficas y artes escénicas, así como para fines de coleccionismo.»

De este artículo se deriva, por tanto, que la tenencia de armas de fuego está permitida para determinadas actividades (si bien, con sujeción a unos requisitos formales que veremos más adelante).

Para los supuestos que se encuentren fuera de los casos permitidos, el Reglamento de Armas prevé determinadas sanciones. En los artículos 155 y siguientes, de dicho Reglamento se regula precisamente el régimen sancionador y, con respecto a las armas detonadoras, se establece, en el artículo 157:

«Si no constituyeren delito, serán consideradas infracciones leves y sancionadas:»

a) Las tipificadas en los apartados b) a f) del artículo anterior, referidas a armas blancas, de aire comprimido, o las demás comprendidas en las categorías 4ª a 7ª, con multas de hasta 300,52 euros.»

De las infracciones del artículo 156, al que se hace referencia, sólo es aplicable a las armas detonadoras, el apartado f), que tipifica la adquisición, tenencia, cesión o enajenación de armas por particulares, sin tener las autorizaciones o licencias prevenidas al efecto o la alegación de datos o circunstancias falsos para su obtención, es decir, sin cumplir una serie de requisitos, que están regulados en la Orden ministerial 1008/2017.

No haremos un análisis detallado de estos requisitos, que están recogidos en el artículo 5 y 9 de la citada Orden ministerial. En síntesis, para su adquisición y tenencia es necesario acreditar, en primer lugar, la mayoría de edad y, en segundo lugar, el uso para alguna de las actividades permitidas, mediante el documento justificativo, la autorización o certificación correspondiente, o licencia de armas.

En síntesis, la mera tenencia de armas detonadoras está permitida para el uso en actividades deportivas, adiestramiento canino profesional, espectáculos públicos, actividades recreativas, filmaciones cinematográficas y artes escénicas, así como para fines de coleccionismo (aunque deben cumplirse los demás requisitos formales previstos en la mencionada Orden INT/1008/2017), y, en caso de incumplimiento, podría dar lugar a una infracción administrativa leve, castigada con multa, siempre y cuando “no constituyere un delito”.



De todo ello parece deducirse, que habría casos en los que la tenencia de armas detonadoras constituye un delito (penado con prisión de uno a tres años), y otros casos en los que constituye una infracción administrativa (sancionada con una multa de hasta 300,52 euros). ¿Pero cuándo estaríamos ante un caso u otro?

Encontramos algunas pistas en la jurisprudencia dictada desde que se produjo la inclusión de las armas de fuego en la lista de armas prohibidas.

La Audiencia Provincial de Zaragoza en su Auto 428/2019, de 18 de junio, se pronunció sobre esta cuestión, diciendo lo siguiente:

«Acudiendo a los principios generales limitadores del ejercicio del "*ius puniendi*" la prohibición "penal" del tener armas, no puede suponer la creación de un ilícito meramente "formal" que penalice el incumplimiento de una prohibición administrativa, sino que debe atender a la protección de aquel bien jurídico frente a conductas que revelen una especial potencialidad lesiva para el mismo. La delimitación del ámbito de lo punible no puede prescindir, en efecto, del hecho de que la infracción penal coexiste con una serie de infracciones administrativas que ya otorgan esa protección. De ahí que, en virtud del carácter de "*ultima ratio*" que constitucionalmente ha de atribuirse a la sanción penal, sólo han de entenderse incluidos en el tipo las conductas más graves e intolerables, debiendo acudir, en los demás supuestos, al Derecho Administrativo Sancionador. En otro caso, la sanción penal resultaría innecesaria y desproporcionada (S.S. del T.S. de 19 de enero de 2009 y 30 de marzo de 2009).»

Es decir, según esta resolución, no basta la infracción de normas administrativas para que exista un delito, tiene que haber un elemento adicional que justifique la consideración como delito y la imposición de una pena tan grave, como es la de prisión. La Audiencia Provincial de Zaragoza termina con la siguiente conclusión:

«En definitiva el art. 568 del C.P. no consagra una remisión ciega a la normativa administrativa cualquiera que sea el contenido de esta, sino que el ámbito de la tipicidad penal es distinto y más estrecho que el de las prohibiciones administrativas (S. del T.S. de 19 de enero de 2009). No cabe un abandono total de la norma penal al

ámbito reglamentario (S.T.S. 10/3/2014). De ahí que, en ningún caso será posible la tenencia de instrumentos que, aunque en abstracto y con carácter general, pueden estar incluidos en los catálogos de prohibiciones administrativas, no se configura -en el caso concreto- como instrumentos de ataque o defensa [...]. El arma debe tener, en todo caso, una especial potencialidad lesiva (S.S. del T.S. de 10-3-2014 , 24-2-2004 , 19-1-2009, 30-3-2009 ...) Es evidente que tal "potencialidad" no concurre en el caso de autos por tratarse de un arma detonadora destinada estructuralmente a producir ruido (en el caso de autos, controlar que los animales no se escapen con el ruido) y por haber sido utilizada un sola vez y en el transcurso y contexto de una fiesta. Asimismo (informe pericial) el interior del cañón no se encuentra manipulado, manteniendo la obstrucción parcial, destinada a impedir el paso de proyectiles por éste. Se trata, en definitiva, de una arma "destinada para la percusión de cartuchos sin proyectil que provocan un efecto sonoro y cuyas características la EXCLUYEN para disparar cualquier tipo de proyectil". Debe excluirse, por tanto, la sanción penal y, eso sí, debe remitirse un testimonio de particulares suficiente a la Delegación del Gobierno por si los hechos merecieren una sanción administrativa, tal y como solicita el Ministerio Fiscal.»

En la misma línea se pronuncia la Audiencia Provincial de Burgos en su Auto 450/2019, de 14 de junio, a cuyo tenor:

«La mera tenencia de una pistola detonadora o de fogueo, no manipulada, y para la cual no se necesita licencia no integra el ilícito penal de tenencia ilícita de armas que se pretende imputar por el apelante, cosa distinta es que su porte o uso fuera del domicilio pueda constituir un ilícito administrativo susceptible de sanción en dicho campo del derecho.»

Cabe destacar que en ambos casos, las Audiencia Provinciales confirmaron el sobreseimiento y archivo de la causa, no llegándose siquiera a la celebración de un juicio.

Estas resoluciones siguen el criterio establecido por el Tribunal Constitucional con respecto a la interpretación constitucionalmente conforme del artículo 563 del Código Penal. Esta cuestión se plantea por el siguiente motivo. Por un lado, la Constitución Española establece una reserva de ley orgánica con respecto a los delitos en la medida en que afectan a los derechos fundamentales y las libertades públicas, en particular, cuando estén castigados con pena de prisión (artículo 25.1 CE en relación con los artículos 81.1 y 17.1 CE). Por otro lado, recordemos que el artículo 563 del Código Penal constituye una norma penal «en blanco» puesto que se remite, para la delimitación de la conducta delictiva, a una norma administrativa que no tiene rango de ley orgánica (el Reglamento de Armas, a su vez modificado por Orden ministerial).

Este problema se planteó ya antes de la prohibición de armas de fuego, con respecto a otro tipo de armas prohibidas en el Reglamento. El Tribunal Constitucional parece llegar a la conclusión de que dicha técnica legislativa sería aceptable, siempre y cuando sea posible una interpretación constitucional de dicha remisión.

En particular, en su sentencia de 24 de febrero de 2004, el Tribunal Constitucional se pronuncia en los siguientes términos:

«En principio, el art. 563 CP permite que cualquier arma que la ley ordinaria o el reglamento al que la ley se remite decidieran prohibir pasa a integrar un tipo delictivo, por el mero hecho de estar prohibida en la normativa administrativa, sin ninguna otra exigencia adicional que justifique el recurso a la sanción penal.

Ciertamente, la norma resultante de tal interpretación del precepto sería inconstitucional, en primer lugar, porque no podría afirmarse que fuera el legislador a través del instrumento de la ley penal quien definiera el núcleo esencial de la conducta prohibida, remitiéndose a la regulación extrapenal para completar o integrar de forma instrumental un precepto penal abierto, sino que se haría posible que fuera el Gobierno, a través de un Reglamento, quien, de forma independiente y no subordinada a la ley, definiera por completo y con total libertad el tipo, vulnerándose así la garantía esencial del principio de reserva de ley consagrado en el art. 25.1 CE, en relación con los arts. 81.1 y 17.1 CE.»

Según el Tribunal Constitucional, con esta interpretación no sería posible apreciar ningún elemento diferencial entre el ilícito penal y el administrativo que justifique la intervención del Derecho penal y la consiguiente imposición de una pena privativa de libertad. Además se plantearía un problema de proporcionalidad de la reacción penal contrario a la prohibición constitucional de penas desproporcionadas (STC 136/1999, de 20 de julio, FFJJ 22 y 30). Especialmente en aquellos casos en los que de la tenencia no se desprenda una potencialidad lesiva para la seguridad ciudadana y el recurso a la sanción administrativa es suficiente para la consecución de las finalidades deseadas por el legislador (STC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 8). Señala el TC, que la sanción penal sólo resulta necesaria cuando no existen otras vías de protección alternativas en el ordenamiento jurídico menos restrictivas de derechos y suficientes para obtener la finalidad deseada (principio de última ratio).

Por consiguiente, el Tribunal Constitucional descarta por inconstitucional una interpretación literal del artículo 563 CP, según la cual cualquier tenencia de un arma prohibida por el Reglamento constituye un delito de forma automática, y define cuál sería la interpretación «constitucionalmente conforme». Entiende que, en primer lugar, hay que excluir del ámbito de lo penal todos aquellos instrumentos u objetos

que no sean armas (aunque su tenencia esté reglamentariamente prohibida). Para ello, se remite al Diccionario de la Real Academia, según el cual son armas aquellos «instrumentos, medios o máquinas destinados a ofender o a defenderse».

Por otra parte, dice el TC, hay que tomar en consideración la protección del bien jurídico en juego, en este caso, la seguridad ciudadana y, de forma indirecta, la vida y la integridad de las personas, frente conductas que revelen una especial potencialidad lesiva y que dicho bien jurídico está también protegido mediante las infracciones administrativas y que, por tanto, 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.

El TC termina concluyendo que en virtud del art. 563 CP las armas cuya tenencia se prohíbe penalmente son exclusivamente aquellas que, aparte de ser materialmente armas, posean una «especial potencialidad lesiva». Además, la tenencia debe producirse 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».

Este es el criterio que se ha aplicado por la jurisprudencia. De hecho, no nos consta ninguna resolución por la que se condene por la mera tenencia de armas detonadoras o de fogeo sin más. Las sentencias condenatorias que hemos encontrado se referían a casos en los que las armas de fogeo habían sido modificadas para poder utilizarlas como arma de fuego o se habían utilizado en la comisión de otro delito (robos, tráfico de estupefacientes, etc.).

## **Conclusiones**

Según la jurisprudencia actual, para que la mera tenencia de armas de fogeo sea delito, no es suficiente que figuren como armas prohibidas en el Reglamento de Armas. Es necesario que se utilicen como arma de ataque o de defensa y que exista un elemento de especial potencialidad lesiva, produciéndose un peligro concreto. Es muy difícil que se cumplan estas circunstancias cuando el arma de fogeo ni ha sido modificada ni se ha utilizado en relación con la comisión de otro delito. En los demás casos debe entenderse que la tenencia de armas de fogeo constituye una infracción administrativa, sancionable con multa conforme a las disposiciones administrativas aplicables (actualmente, Reglamento de Armas y Orden Ministerial INT/1008/2017).

Elena Garrido Martín  
Abogada