

diendo así que el ahora demandante de amparo compareciera ante el Juez e imposibilitando que formulara alegaciones y propusiera los medios de prueba pertinentes para tratar de acreditarlas» (SSTC 232/1999, de 13 de diciembre; y 288/2000, de 27 de noviembre). En definitiva, el órgano judicial no ejerció de forma eficaz su función de control de la privación de libertad, de acuerdo con la naturaleza y función constitucional del procedimiento de *habeas corpus*, por lo que ha de acogerse asimismo el segundo motivo de queja contenido en la demanda de amparo.

7. En fin, en cuanto al alcance del otorgamiento del amparo, como en casos análogos debemos advertir que no cabe retrotraer las actuaciones al momento en que se produjo la vulneración del derecho a la libertad para subsanarla, toda vez que, al no encontrarse ya el recurrente en situación de privación de libertad, no se cumpliría el presupuesto necesario para que el órgano judicial pudiera decidir la admisión a trámite del procedimiento de *habeas corpus*. Así lo hemos declarado reiteradamente (SSTC 12/1994, de 17 de enero, FJ 7; 154/1995, de 24 de octubre, FJ 6; 288/2000, de 27 de noviembre, FJ 8, por todas).

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Estimar la presente demanda de amparo de don Carlos Sanz Velasco y, en su virtud:

1.º Reconocer el derecho del recurrente a la libertad personal (art. 17.2 y 4 CE).

2.º Anular el Auto del Juzgado de Instrucción núm. 4 de Valladolid, de 10 de junio de 2003 (procedimiento núm. 3547-2003).

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a veintitrés de febrero de dos mil cuatro.—Manuel Jiménez de Parga y Cabrera.—Pablo García Manzano.—María Emilia Casas Baamonde.—Javier Delgado Barrio.—Roberto García-Calvo y Montiel.—Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.—Firmado y rubricado.

5478 *Pleno. Sentencia 24/2004, de 24 de febrero de 2004. Cuestión de inconstitucionalidad 3371/1997. Planteada por el Juzgado de lo Penal de Tortosa respecto del art. 563 de la Ley Orgánica 10/1995, del Código Penal.*

Derecho a la legalidad penal: interpretación del precepto que tipifica la tenencia de armas prohibidas. Votos particulares.

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, Presidente, don Tomás S. Vives Antón, don Pablo García Manzano, don Pablo Cachón Villar, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Guillermo Jiménez Sánchez, doña María Emilia Casas Baamonde, don Javier Delgado Barrio, doña Elisa

Pérez Vera, don Eugeni Gay Montalvo y don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En la cuestión de inconstitucionalidad núm. 3371/97, planteada por el Juzgado de lo Penal de Tortosa (Tarragona) respecto del art. 563 de la Ley Orgánica 10/1995, del Código penal, por posible vulneración de los arts. 17.1, 25 y 81.1 CE. Han comparecido el Abogado del Estado y el Fiscal General del Estado. Ha sido Ponente la Magistrada doña Elisa Pérez Vera, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. El día 29 de julio de 1997 tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal escrito del Magistrado-Juez de lo Penal de Tortosa (Tarragona), al que se adjuntaba testimonio del juicio oral núm. 57/97 y Auto de 22 de julio de 1997, por el que se acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 563 de la Ley Orgánica 10/1995, del Código penal, por posible infracción de los arts. 17.1 y 81.1 CE.

2. Del conjunto de las actuaciones remitidas por el órgano judicial proponente resulta que los hechos que dan lugar al planteamiento de la cuestión son, sucintamente expuestos, los que siguen:

a) En autos del juicio oral núm. 57/97, seguido ante el Juzgado de lo Penal de Tortosa contra doña Estefanía Pariente Tutor, se le imputa la comisión de un delito tipificado en el art. 563 CP, por la posesión de una navaja automática de unos ocho centímetros de hoja, localizada por miembros de la Guardia Civil en su bolso, en el curso de una identificación rutinaria. Concluido el procedimiento y antes de dictar Sentencia, el Juzgado acordó, mediante providencia de 4 de julio de 1997, y de conformidad con lo dispuesto en el art. 35.2 LOTC, requerir a las partes para que alegaran lo que estimasen conveniente en relación con la pertinencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad. Para el Juzgado podría «ser inconstitucional el art. 563 del Código Penal, de cuya validez depende el fallo, por infringir la reserva de ley orgánica en materia de desarrollo de las libertades y derechos fundamentales prevista en el art. 81.1 en relación a los arts. 53.1 y 25.1 de la Constitución».

b) Tanto el Ministerio Fiscal como el representante de doña Estefanía Pariente Tutor presentaron escritos de alegaciones en los que se sostenía que era procedente el planteamiento de la cuestión.

c) Evacuadas las alegaciones de las partes, el Juzgado, por Auto de 22 de julio de 1997, acuerda el planteamiento de la presente cuestión de inconstitucionalidad.

3. En la fundamentación del Auto de planteamiento el órgano judicial proponente realiza, en síntesis, las siguientes consideraciones:

a) Tras analizar brevemente la doctrina del Tribunal Constitucional en relación con el principio de legalidad penal y reproducir el tenor literal del art. 563 CP («la tenencia de armas prohibidas y la de aquéllas 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»), precisa que la cuestión de inconstitucionalidad se centra en la descripción normativa de la primera de las conductas, ya que la segunda no tiene relación con el caso.

A partir de aquí, sostiene que «el concepto de *armas prohibidas* que integra el tipo penal implica una remisión normativa. Se cuestiona si dicha remisión normativa se realiza respetando la función de garantía del tipo, y concretamente si la ley penal contiene *el núcleo esencial de la prohibición*» (FJ 2 del Auto de planteamiento). A su juicio, «la expresión *tenencia de armas prohibidas* no recoge el núcleo esencial de la prohibición, en tanto que no explica en qué consiste el mayor peligro para el bien jurídico protegido —la seguridad ciudadana— que se sanciona con una penalidad agravada respecto al tipo básico de tenencia de armas de fuego reglamentadas careciendo de las licencias o permisos necesarios (art. 564.1 CP). La definición completa de esa conducta más peligrosa se remite a otra norma, que asume funciones más allá de la de ser un complemento indispensable de la ley penal» (*ibid*).

Continúa el Juzgado argumentando que «la remisión normativa se hace, implícitamente, a la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre protección de la seguridad ciudadana, que regula la materia relativa a armas y explosivos en sus arts. 6 y 7, y el régimen sancionador en el art. 23 a) y siguientes, pero faculta al Gobierno para reglamentar las materias y actividades relativas a las armas, en especial “la prohibición de ciertas armas, municiones y explosivos especialmente peligrosos” [art. 7.1 c)]. En virtud de esta habilitación legal se dicta el R.D. núm. 137/1993, de 20 de enero, Reglamento de Armas» (FJ 3).

Destaca el Juzgado que «los artículos relativos a la materia de armas no tienen el carácter de ley orgánica... Luego la remisión normativa a la Ley de seguridad ciudadana no permite integrar el núcleo esencial de la prohibición, pues carece en este punto del carácter de ley orgánica. Además, la Ley de Seguridad Ciudadana parte del supuesto de la existencia de dos ámbitos sancionadores en materia de armas prohibidas: la infracción administrativa y la conducta constitutiva de delito, limitándose a regular el primero de estos ámbitos, único que es materia de ley ordinaria. Define las infracciones administrativas según un criterio positivo —la descripción de la conducta— y otro negativo, esto es, establece que dicha conducta se sancionará como infracción administrativa siempre que no esté tipificada como delito. Con esta técnica, la delimitación última entre el ámbito administrativo y el delictivo se hace depender de la ley penal, planteamiento que naturalmente también sigue el Reglamento de Armas. En definitiva, se produce un doble reenvío» (*loc. ult. cit.*).

En opinión del Juzgado, «la vía interpretativa (art. 5.3 LOPJ) tampoco permite la acomodación de la norma cuestionada al ordenamiento constitucional. Una interpretación según el contexto (Secc. 1.ª, Cap. V, Tít. XXII) y los antecedentes legislativos que intente limitar el tipo penal a las armas de fuego prohibidas, concepto que permitiría inferir el mayor peligro generado por la conducta sancionada, no es posible ante la explícita referencia a todo tipo de armas prohibidas, eliminando la norma penal también la referencia a ‘armas de fuego’ en relación a la tenencia de aquellas reglamentadas que hubieren sido modificadas sustancialmente en sus características de fabricación» (FJ 4).

Concluye el Auto de planteamiento con la afirmación de que «el tipo penal cuya constitucionalidad se cuestiona renuncia a regular el núcleo esencial de la prohibición, aquello que justifica una mayor sanción para las armas prohibidas reglamentariamente. La ley ordinaria o el reglamento podrán incluir en el tipo delictivo la tenencia de cualquier clase de armas por el mero hecho de prohibirlas, incluso aquéllas que, como en nuestro caso, además de armas puedan ser usadas como meros utensilios. Al infringir los límites dentro de los cuales es permisible la remisión normativa para com-

pletar la ley penal, infringe la reserva de ley orgánica establecida en los arts. 17.1 y 81.1 de la Constitución» (FJ 5).

4. Mediante providencia de 16 de septiembre de 1997, la Sección Tercera de este Tribunal acordó admitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad planteada y dar traslado de las actuaciones recibidas, conforme a lo establecido en el art. 37.3 de la Ley Orgánica de este Tribunal, al Congreso de los Diputados y al Senado, por conducto de sus Presidentes, al Gobierno, por conducto del Ministerio de Justicia, y al Fiscal General del Estado al objeto de que en el improrrogable plazo de quince días pudieran personarse en el proceso y formular las alegaciones que estimaran convenientes. Igualmente resolvió publicar la incoación de la cuestión en el «Boletín Oficial del Estado».

5. En el «Boletín Oficial del Estado» núm. 233, de 29 de septiembre de 1997, se hizo pública la admisión a trámite de la cuestión de inconstitucionalidad núm. 3371/97.

6. Por escrito, registrado el día 2 de octubre de 1997, la Presidencia del Senado comunicó su Acuerdo de personación en el procedimiento y de ofrecimiento de colaboración a los efectos previstos en el art. 88.1 LOTC.

7. El Abogado del Estado presentó sus alegaciones el día 8 de octubre de 1997, solicitando la íntegra desestimación de la cuestión.

Tras precisar que el objeto de la cuestión es exclusivamente el inciso del art. 563 CP relativo a la tenencia de armas prohibidas, reprochándose al legislador la infracción de la reserva de ley orgánica establecida en los arts. 17.1 y 81.1 CE, sostiene, en primer lugar, que tal infracción no se produce, porque el citado precepto tiene carácter orgánico.

En realidad el órgano cuestionante reprocha al art. 563 CP «el cumplir deficientemente la función de garantía del tipo, porque no satisface las condiciones de legitimidad constitucional de las normas penales en blanco. Pero ese es un problema enlazado con la garantía material —o garantía de previsibilidad (perspectiva subjetiva) y determinación (perspectiva objetiva)— ínsita en el art. 25.1 CE», sin que la garantía de la reserva de ley orgánica afecte «a las normas que colaboran integrando el tipo penal, precisamente por su carácter instrumental (así STC 118/1992, de 16 de septiembre, FJ 2)». Señala también que «es doctrina de este Tribunal que la ley ordinaria y el reglamento pueden colaborar con la ley orgánica, pues la reserva enunciada en el art. 81.1 CE para el desarrollo de los derechos fundamentales y las libertades públicas ‘no es incompatible con la colaboración internormativa entre la fuente a favor de la cual la reserva se establece y otras fuentes de producción reconocidas en la Constitución’ (STC 137/1986, de 6 de noviembre, FJ 3)», de lo cual deduce que no existe infracción constitucional alguna derivada del hecho de que el tipo en cuestión deba integrarse con los arts. 6.1 y 7.1 c) de la Ley de protección de la seguridad ciudadana, de 21 de febrero de 1992 (LOPSC) y con el art. 4 del Reglamento de Armas de 29 de enero de 1993, que en su apartado 1 f) prohíbe, entre otras conductas, la tenencia y uso de «las navajas llamadas automáticas». Y la colaboración reglamentaria «deriva de la complejidad técnica de la materia».

Por todo ello, entiende el Abogado del Estado que cabría desestimar la cuestión, en la medida en que los preceptos constitucionales que se alegan (arts. 17.1 y 81.1 CE) no han sido infringidos, sino en su caso otro distinto (art. 25.1 CE), porque aunque este Tribunal tiene la facultad de fundamentar la declaración de inconsti-

tucionalidad en cualquier precepto constitucional, haya sido o no invocado (art. 39.2 LOTC), no viene obligado a suplir los defectos de fundamentación de quien promueve el proceso de declaración de inconstitucionalidad (cita STC 25/1984, de 23 de febrero).

A continuación, examina la jurisprudencia constitucional en relación con las leyes penales en blanco, para concluir que el art. 563 CP, en la parte cuestionada, no viola las exigencias constitucionales de legitimidad de las normas penales ni, por tanto, el principio de legalidad penal porque:

a) Señala con total claridad la pena (prisión de uno a tres años) y el núcleo de la prohibición (tener armas prohibidas), constituyendo el concepto «armas prohibidas» un elemento normativo del tipo respecto del que «la remisión a la norma extrapenal es puramente interpretativa: el sentido concreto y apropiado del elemento típico penal “armas prohibidas” ha de establecerse mediante las normas del Reglamento de Armas. No se deja a la legislación administrativa (norma extrapenal) el establecimiento del elemento típico, sino que se le encomienda la determinación del sentido y alcance de un elemento típico ya establecido por el legislador penal».

b) Se satisface suficientemente la exigencia de certeza, integrando el precepto con el Reglamento de armas, pues de la mera lectura del art. 563 CP y el art. 4.1 f) del Reglamento se concluye que las navajas llamadas automáticas son armas prohibidas.

c) El reenvío al Reglamento de armas es claro, aunque implícito, sosteniendo que la falta de expresión del reenvío es un rasgo más que favorece la calificación del supuesto como elemento normativo del tipo en vez de como norma penal en blanco.

Por último, señala que no cabe dudar de la justificación del implícito reenvío a la legislación administrativa en la materia, por tratarse de un campo tradicional de intervención de la Administración, a través de normas administrativas extrapenales, por lo que «nos hallamos en un campo típico para la colaboración de la norma penal con las extrapenales, mediante técnicas de articulación de elementos normativos del tipo o las leyes penales en blanco».

8. Por escrito registrado el día 9 de octubre de 1997, la Presidencia del Congreso de los Diputados comunica que, aunque no se personará en el procedimiento ni formulará alegaciones, pone a disposición del Tribunal las actuaciones de la Cámara que pueda precisar.

9. El escrito del Fiscal General del Estado, registrado en este Tribunal el día 16 de octubre de 1997, interesa que se dicte Sentencia en la que se declare la inconstitucionalidad del art. 563 CP, por infringir el principio de reserva de ley del art. 25.1, en relación con los arts. 17.1 y 81.1, todos ellos de la Constitución.

Comienza destacando el Fiscal que la cuestión suscitada no es otra que la de si la norma respeta el principio de legalidad y dentro de él la reserva de ley orgánica, una reserva que se limita a los supuestos contenidos de modo expreso en la Norma fundamental (art. 81.1 y conexos) y que no excluye la posibilidad de que las leyes ordinarias y los reglamentos que las desarrollan incidan en la regulación (STC 67/1985), siempre que «la remisión al Reglamento no suponga deferir a la normación del Gobierno el objeto mismo reservado, que es el desarrollo del derecho fundamental» (STC 77/1985).

«Cabría en principio afirmar que se cumple la reserva de ley orgánica y que estamos en presencia de una mera colaboración internormativa entre la fuente a favor de la cual la reserva se establece y otras fuentes de pro-

ducción reconocidas en la Constitución, para alcanzar de este modo una disciplina integral y articulada del ámbito de que se trata (STC 137/1986), por cuanto hay una norma penal de carácter orgánico el art. 563 C.P. que contiene la pena y una remisión a una ley ordinaria y a su desarrollo reglamentario para la concreción de la conducta y ello hecho con certeza pues el que la navaja automática es un arma prohibida se deduce sin más del tenor literal del art. 4.1 f) del Reglamento de Armas, Reglamento obligado dada la materia técnica de que se trata, ahora bien ello será así siempre que no suponga diferir a la normación del Gobierno el objeto en sí mismo reservado, en este caso la privación de libertad.»

Citando la STC 127/1990 se recuerda que, conforme a nuestra jurisprudencia, el principio de legalidad no resulta vulnerado por la incorporación al tipo de elementos normativos o por la utilización de leyes penales en blanco, siempre que se cumplan los requisitos de que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; que la Ley además de señalar la pena contenga el núcleo esencial de la prohibición y que quede satisfecha la exigencia de certeza, de modo que la conducta delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la Ley penal se remite y resulte de esta manera salvaguardada la función de garantía del tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada.

Y en el presente supuesto, el art. 563 CP tipifica la mera detentación de armas prohibidas, y «cabe interpretar que el alcance legal de dichos vocablos se encarga de precisar el art. 4 del Reglamento de Armas, habiendo querido de este modo el legislador ensanchar el tipo penal rompiendo con el anterior entendimiento legal, doctrinal y jurisprudencial de la materia referido a las armas de fuego prohibidas, a tal interpretación coadyuvaría el hecho de que en el debate legislativo fueran rechazadas las enmiendas del Grupo Vasco 117 en el Congreso y 97 en el Senado tendentes a sugerir el cambio de redacción de forma que se hablase de tenencia de armas de fuego». En cuyo caso han de analizarse si se cumplen los requisitos señalados por este Tribunal para la utilización de las leyes penales en blanco.

Al respecto, se señala que, «indudablemente estamos ante la protección de un bien jurídico, la seguridad ciudadana, que puede requerir la utilización de elementos normativos del tipo mediante la remisión a otras disposiciones, dada la naturaleza del supuesto de hecho necesitado de regulación por la Administración que tiene atribuida la competencia exclusiva para definir las armas prohibidas, esto es, aquéllas cuya tenencia nunca puede ser autorizada, por lo que tal regulación podría valer como complemento indispensable para la fijación del supuesto de hecho. Pero nos encontramos con un precepto que no contiene una conducta ilícita cuya descripción sea distinta del propio contenido de la remisión normativa. Esto es, en la norma penal no se contiene el elemento fundamental de la tipificación, la conducta delictiva no queda precisada en la norma penal, sino que es enteramente remitida, se defiende al reglamento entero, no hay predeterminación normativa de la conducta ilícita, no hay descripción de la conducta y por otra parte se remite a la potestad reglamentaria la definición de nuevas infracciones. Por lo que salvo el requisito de que el reenvío normativo esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal no se cumple ningún otro de los requisitos señalados por este Tribunal para la utilización legislativa y la aplicación judicial de las llamadas leyes penales en blanco». Con cita de múltiples Sentencias sostiene también que el precepto cuestionado «pretende cumplir la reserva de ley

mediante un instrumento normativo exclusivamente formal cuyo único contenido es precisamente la habilitación genérica reglamentaria para que opere la regulación material presente y futura de fondo».

No obstante, todo ello sólo sería así si no cupiera otra interpretación de la norma acorde con el ordenamiento constitucional (art. 5.3 LOPJ). Y como hipótesis cabría otra interpretación del precepto, que restringiera la conducta típica a la tenencia de armas de fuego, interpretación que puede sustentarse en argumentos históricos (tradicionalmente, en todos los textos legales anteriores, la incriminación se restringía a las armas de fuego) y sistemáticos (pues los restantes preceptos se refieren exclusivamente a armas de fuego y el régimen sancionador contemplado en el Reglamento de armas no contempla como infracción muy grave o grave la mera tenencia de armas prohibidas que no sean de fuego, sino a lo sumo como infracción leve residual del art. 157 f), por lo que repugnaría al principio de intervención mínima que tales conductas fueran incriminadas como delictivas). Por otra parte, se apunta que la disparidad de trato sancionador a que lleva tal interpretación resulta cuestionable desde la perspectiva del art. 14 CE (pues conductas iguales o más benignas podrían ser castigadas más severamente que otras más graves). Según el Fiscal, también la dicción literal del art. 563 CP apunta a la exclusión de las armas que no sean de fuego, pues de no ser así el precepto incurriría en una redundancia, ya que las armas «que sean resultado de una modificación sustancial de las características de fabricación de las armas reglamentadas» (inciso segundo) están incluidas entre las armas prohibidas de la letra a) del art. 4 del Reglamento de armas, y supondría dar una extensión desmesurada al tipo, que incluiría incluso conductas no prohibidas reglamentariamente (la alteración de armas reglamentadas que no sean de fuego). Finalmente destaca el Fiscal que el Reglamento parifica la modificación sustancial de las características de fabricación y de las características de origen, mientras el legislador penal considera las primeras armas prohibidas del art. 563 y las segundas constituyen un subtipo agravado en los casos de armas de fuego reglamentadas (art. 564.2.3 CP).

10. Mediante providencia de 10 de febrero de 2004 se señaló para deliberación y votación de la presente cuestión de inconstitucionalidad el día 12 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. La presente cuestión de inconstitucionalidad tiene por objeto el enjuiciamiento del primer inciso del artículo 563 del Código penal (CP) —que tipifica como delito «la tenencia de armas prohibidas», castigándolo con una pena de prisión de uno a tres años—, desde la perspectiva de las garantías del principio de legalidad (art. 25.1 CE), en relación con los arts. 17.1 y 81.1 CE.

Aunque el órgano judicial cuestionante, tanto en los antecedentes como en la parte dispositiva del Auto de planteamiento, hace referencia a la infracción de la reserva de ley orgánica establecida en el art. 81.1 en relación con el art. 17 CE, la fundamentación jurídica del mismo parte del análisis de las exigencias del principio de legalidad en materia penal y de las exigencias constitucionales en relación con las llamadas leyes penales en blanco. En concreto, se pone en cuestión que la remisión normativa llevada a cabo por el art. 563 CP en el concepto de «armas prohibidas» respete la función de garantía del tipo, pues renuncia a regular el núcleo esencial de la prohibición, remitiéndose implícitamente para ello a otra norma legal que, en los preceptos que regulan la materia de armas, no tiene el carácter de orgánica

(Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre protección de la seguridad ciudadana) y que, a su vez, establece una habilitación legal para que sea el Gobierno quien reglamente la prohibición de ciertas armas. Con ello, se infringirían los límites dentro de los cuales es permisible la remisión normativa para completar la ley penal y la reserva de ley orgánica establecida en los arts. 81.1 y 17.1 CE.

Por tanto, y en contra de lo sostenido por el Abogado del Estado, nuestro análisis no puede limitarse a constatar que formalmente existe la cobertura de una Ley Orgánica, puesto que el art. 563 CP lo es, sino que habremos de analizar si el complemento extrapenal que requiere es conforme a la Constitución, pues la reserva de ley no es sólo una garantía formal, sino que implica garantías materiales que podrían verse vulneradas en determinados supuestos de colaboración normativa. Y este es, claramente, el sentido en el que se plantea la cuestión de inconstitucionalidad, sin que sea necesario por parte de este Tribunal suplir defecto de fundamentación alguno en la misma. Por lo demás, como reconoce el Abogado del Estado, este Tribunal tiene la facultad de fundar la declaración de inconstitucionalidad en la infracción de cualquier precepto constitucional, haya o no sido invocado en el curso del proceso (art. 39.2 LOTC), ya que no puede olvidarse que la función del Tribunal en los procesos de inconstitucionalidad es «la depuración del Ordenamiento jurídico y que, por esto, ante él no rige de manera completa el principio dispositivo. Así, en los casos de fundamentación insuficiente, el Tribunal resta en libertad para rechazar la acción en aquello en que se encuentre insuficientemente fundada o para examinar el fondo del asunto si encuentra razones para ello» (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 3).

El Abogado del Estado considera que también desde esta perspectiva debe rechazarse la cuestión, porque el art. 563 CP no viola las exigencias constitucionales de legitimidad de las normas penales en blanco, en la medida en que señala con toda claridad la pena y el núcleo de la prohibición, constituyendo el concepto «armas prohibidas» un elemento normativo del tipo respecto del que la remisión a la norma extrapenal es puramente interpretativa; queda suficientemente satisfecha la exigencia de certeza integrando el precepto con el Reglamento de armas y el reenvío está justificado por razón de la materia, al tratarse de un campo tradicional de intervención de la Administración.

El Fiscal General del Estado, por el contrario, sostiene que, si bien en principio y formalmente se cumple la reserva de ley orgánica y estamos en presencia de una colaboración internormativa, justificada por el bien jurídico protegido, sin embargo la conducta delictiva no queda precisada en la norma penal, sino enteramente deferida al reglamento, incumpliendo los requisitos de legitimidad constitucional exigidos por este Tribunal en los supuestos de las llamadas leyes penales en blanco. No obstante, entiende que ello no sería así de admitirse otra interpretación que restringiera la conducta típica a la tenencia de armas de fuego.

2. Planteado el debate en los términos que acaban de exponerse, conviene recordar, en primer lugar, que de la reiterada doctrina de este Tribunal acerca de cuáles son las exigencias que para las normas penales se derivan del principio de legalidad (art. 25.1 CE) y de la reserva de ley orgánica (art. 81.1 CE) es posible extraer, a los efectos que a la resolución de esta cuestión interesan, los siguientes principios:

a) El derecho a la legalidad penal, como derecho fundamental de los ciudadanos, incorpora en primer término una garantía de orden formal, consistente en la necesaria existencia de una norma con rango de ley como presupuesto de la actuación punitiva del Estado,

que defina las conductas punibles y las sanciones que les corresponden. Esta garantía formal, como recordábamos en la STC 142/1999, de 22 de julio, FJ 3, implica que sólo el Parlamento está legitimado para definir los delitos y sus consecuencias jurídicas y vincula el principio de legalidad al Estado de Derecho, «esto es, a la auto-limitación que se impone el propio Estado con el objeto de impedir la arbitrariedad y el abuso de poder, de modo que expresa su potestad punitiva a través del instrumento de la ley y sólo la ejercita en la medida en que está prevista en la ley».

También hemos señalado desde nuestras primeras resoluciones —STC 15/1981, de 7 de mayo, FJ 7— que del art. 25.1 CE se deriva una «reserva absoluta» de Ley en el ámbito penal. Y que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 81.1 CE en relación con el art. 17.1 CE, esa ley ha de ser orgánica respecto de aquellas normas penales que establezcan penas privativas de libertad. En palabras de la STC 118/1992, de 16 de septiembre, FJ 2, «la remisión a la Ley que lleva a cabo el art. 17.1 de la C.E. ha de entenderse como remisión a la Ley orgánica, de manera que la imposición de una pena de privación de libertad prevista en una norma sin ese carácter constituye una vulneración de las garantías del derecho a la libertad y, por ello, una violación de ese derecho fundamental (SSTC 140/1986, 160/1986 y 127/1990)».

b) Junto a la garantía formal, el principio de legalidad comprende una serie de garantías materiales que, en relación con el legislador, comportan fundamentalmente la exigencia de predeterminación normativa de las conductas y sus correspondientes sanciones, a través de una tipificación precisa dotada de la adecuada concreción en la descripción que incorpora. En este sentido hemos declarado —como recuerda la STC 142/1999, de 22 de julio, FJ 3— «que el legislador debe hacer el máximo esfuerzo posible en la definición de los tipos penales (SSTC 62/1982, 89/1993, 53/1994 y 151/1997), promulgando normas concretas, precisas, claras e inteligibles (SSTC 69/1989, 34/1996 y 137/1997). También hemos señalado que la ley ha de describir *ex ante* el supuesto de hecho al que anuda la sanción y la punición correlativa (SSTC 196/1991, 95/1992 y 14/1998). Expresado con otras palabras, el legislador ha de operar con tipos, es decir, con una descripción estereotipada de las acciones y omisiones incriminadas, con indicación de las simétricas penas o sanciones (SSTC 120/1994 y 34/1996), lo que exige una concreción y precisión de los elementos básicos de la correspondiente figura delictiva; resultando desconocida esta exigencia cuando se establece un supuesto de hecho tan extensamente delimitado que no permite deducir siquiera qué clase de conductas pueden llegar a ser sancionadas (STC 306/1994)». Todo ello orientado a garantizar la seguridad jurídica, de modo que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo prohibido y prever, así, las consecuencias de sus acciones (STC 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 3).

c) Ambos aspectos, material y formal, son inescindibles y configuran conjuntamente el derecho fundamental consagrado en el art. 25.1 CE. Por tanto, aunque la garantía formal se colmaría con la existencia de una norma con rango de ley (ley orgánica cuando se prevean penas privativas de libertad), cualquiera que fuera su contenido (aunque fuera absolutamente indeterminado o se limitara a remitirse a instancias normativas inferiores, de forma que fueran éstas quienes definirían *de facto* lo prohibido bajo amenaza penal), esa cobertura meramente formal resulta insuficiente para garantizar materialmente que sea el Parlamento —a través de mayorías cualificadas, en su caso— quien defina las conductas punibles con suficiente grado de precisión o certeza para

que los ciudadanos puedan adecuar sus comportamientos a tales previsiones.

d) Finalmente, también hemos afirmado que la reserva de ley en materia penal no se extiende «a todos los aspectos relativos a la descripción o configuración de los supuestos de hecho penalmente ilícitos» (STC 118/1992, de 16 de septiembre, FJ 2) y que «el legislador no viene constitucionalmente obligado a acuñar definiciones específicas para todos y cada uno de los términos que integran la descripción del tipo» (STC 89/1993, de 12 de marzo, FJ 3).

3. La aplicación de las anteriores líneas jurisprudenciales a la resolución de la presente cuestión exige, en primer lugar, analizar cuál es el tenor de la norma cuestionada.

El primer inciso del art. 563 CP tipifica como delito y castiga con pena de prisión de uno a tres años «la tenencia de armas prohibidas», sin realizar ninguna especificación ulterior acerca de cuáles son éstas. Por tanto, nos encontramos ante un precepto con carácter de ley orgánica (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, gozando de tal carácter todos los preceptos excepto los señalados en la disposición final sexta), en el que la definición de la conducta típica incorpora un elemento normativo (armas prohibidas) cuyo significado sólo puede precisarse acudiendo a las normas extrapenales que definen cuáles son las armas prohibidas.

Sin tomar en consideración aquí las eventuales prohibiciones contenidas en normas internacionales, en cuanto a la normativa extrapenal interna, ha de recordarse que el art. 149.1.26 CE establece la competencia exclusiva del Estado respecto del régimen de producción, comercio, tenencia y uso de armas y explosivos. En el ejercicio de dicha competencia, la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre protección de la seguridad ciudadana, en sus arts. 6 y 7 establece una habilitación legal en virtud de la cual «la Administración del Estado establecerá los requisitos y condiciones de la fabricación y reparación de armas, sus imitaciones y réplicas, y de sus piezas fundamentales; explosivos, cartuchería y artificios pirotécnicos; así como los de su circulación, almacenamiento y comercio, su adquisición y enajenación; su tenencia y utilización» (art. 6.1) y se faculta al Gobierno para reglamentar las materias y actividades a las que se refiere el artículo anterior, a través de diversas vías, entre ellas, «mediante la prohibición de ciertas armas, municiones y explosivos, especialmente peligrosos, así como el depósito de los mismos» [art. 7.1 c)].

En desarrollo de la anterior habilitación, se promulgó el Real Decreto 137/1993, de 29 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de armas, cuyos arts. 4 y 5 regulan las armas prohibidas, estableciéndose en el art. 4 un catálogo de armas cuya fabricación, importación, publicidad, compraventa, tenencia y uso se prohíbe en todo caso, salvo la tenencia por los museos, coleccionista y otros organismos a los que se refiere el art. 107 del mismo cuerpo legal, estableciendo requisitos y condiciones para ello. Por su parte, el art. 5 establece otra serie de prohibiciones respecto de la publicidad, compraventa, tenencia y uso de otras armas y otros objetos que no tienen tal carácter, si bien en estos supuestos la prohibición no es absoluta, sino que se exceptúa respecto de los funcionarios especialmente habilitados para ello (en los supuestos del núm. 1) y respecto de los particulares en los supuestos de los núms. 2 y 3.

Por último, la disposición final cuarta del Reglamento establece que «se considerarán prohibidas, en la medida determinada en los arts. 4 y 5 del Reglamento, las armas o imitaciones que en lo sucesivo se declaren incluidas en cualesquiera de sus apartados, mediante Órdenes del

Ministro del Interior, dictadas a propuesta de la Dirección General de la Guardia Civil, previo informe de la Comisión Interministerial Permanente de Armas y Explosivos».

En este punto, hemos de realizar una primera precisión desde una perspectiva estrictamente formal. Si bien conforme a la doctrina de este Tribunal, la reserva de ley en materia penal no excluye la posibilidad de que sus términos se complementen con lo dispuesto en leyes extrapenales y reglamentos administrativos, en el presente supuesto tal posibilidad debe agotarse en el Real Decreto 137/1993, de 29 de enero (o la norma que en el futuro lo sustituya) sin que pueda considerarse constitucionalmente admisible, a los efectos de la configuración del tipo penal, la incorporación al mismo de lo prohibido mediante órdenes ministeriales, conforme a lo previsto en la anteriormente transcrita disposición final cuarta del mismo. En primer lugar, porque tal proceder carecería de cobertura legal, ya que la Ley Orgánica 1/1992 faculta al Gobierno para reglamentar la prohibición, no al Ministro del Interior. Y, sobre todo, porque de lo contrario, por esa vía se diluiría de tal modo la función de garantía de certeza y seguridad jurídica de los tipos penales, función esencial de la reserva de ley en materia penal, que resultaría vulnerado el art. 25.1 CE. En esta línea, la STC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 10, declara la inconstitucionalidad del inciso final del art. 26 j) de la Ley Orgánica de protección de la seguridad ciudadana, que calificaba como infracciones leves de la seguridad ciudadana, entre otras, la transgresión de las obligaciones y prohibiciones establecidas «en las reglamentaciones específicas o en las normas de policía dictadas en ejecución de las mismas», entendiendo que «Una tal remisión a normas infralegales para la configuración incondicionada de supuestos de infracción no es... conciliable con lo dispuesto en el art. 25.1 de la Constitución». Por tanto, todas aquellas armas que se introduzcan en el catálogo de los arts. 4 y 5 mediante una Orden ministerial no podrán considerarse armas prohibidas a los efectos del art. 563 CP, por impedirlo la reserva formal de ley que rige en material penal.

4. Sentado lo anterior, y partiendo de que la mera existencia de un elemento normativo no vulneraría, formalmente, la reserva de ley orgánica respecto de las normas penales que establecen penas privativas de libertad, hemos de examinar ahora si desde la perspectiva material se cumplen las exigencias inherentes al principio de legalidad.

Dado que el tipo se configura esencialmente en torno a un elemento normativo, por definición ello implica la referencia a normas cuyo posible conocimiento resulta indispensable para poder precisar el significado y alcance de dicho elemento y cuyo contenido pasa a integrar el tipo penal, contribuyendo a la configuración del hecho punible. Ahora bien, para que la utilización de elementos de tal índole sea constitucionalmente admisible las normas extrapenales han de ser fácilmente identificables de acuerdo con los criterios de integración del propio Ordenamiento jurídico. En el presente supuesto, puede afirmarse que la definición de la conducta típica se complementa, como ha sido tradicional en nuestro ordenamiento, con la normativa extrapenal contenida en el Reglamento de armas que define cuáles son las armas prohibidas, lo cual colma la exigencia de predeterminación normativa.

Por otra parte, esa llamada a la normativa extrapenal está justificada en atención al bien jurídico protegido por la norma penal —que, conforme a la interpretación doctrinal y jurisprudencialmente más extendida es la seguridad ciudadana (y, mediatamente, la vida y la integridad física de las personas), ante el peligro que para la misma representa la tenencia incontrolada de armas— y parece necesaria a la vista del objeto de la prohibición,

dada la complejidad técnica y la evolución del mercado de las armas, al que se incorporan sin cesar nuevos tipos y modelos o se perfeccionan los existentes, lo que hace imprescindible la adecuación de la normativa a esa evolución y justifica la remisión a la legislación administrativa, para delimitar lo que en cada momento se considera prohibido, sin necesidad de una constante actualización de la norma penal, que tiene una pretensión de relativa permanencia en el tiempo (STC 120/1998, de 15 de junio, FJ 5).

También se establece con toda claridad en el precepto que la pena será de prisión de uno a tres años.

La única cuestión controvertida es, en realidad, si la norma penal define el núcleo esencial de la prohibición, de modo que la norma remitida se limite a completar con carácter instrumental y de forma subordinada a la ley el contenido de la misma, quedando salvaguardada la función de garantía del tipo penal. El órgano judicial entiende que ello no es así, porque el art. 563 CP, en el inciso cuestionado permite que cualquier arma que la ley ordinaria o el reglamento al que la ley se remite decidieran prohibir pase a integrar el 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.

5. 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.

Por otra parte, dado que con esa interpretación —como se señala en el Auto de planteamiento de la cuestión y destaca también el Fiscal General del Estado— no es posible apreciar ningún elemento diferencial entre el ilícito penal y el administrativo, que justifique la intervención del Derecho penal y la imposición de una pena privativa de libertad, se plantearía también un problema de proporcionalidad de la reacción penal, que afectaría tanto al derecho a la libertad personal (art. 17.1 CE) como al principio de legalidad penal (art. 25.1 CE), en cuanto comprensivo de la prohibición constitucional de penas desproporcionadas (STC 136/1999, de 20 de julio, FFJJ 22 y 30).

En efecto, con esa interpretación se posibilitaría la sanción con una pena privativa de libertad de hasta tres años —susceptible de ser rebajada por el Juez en un grado en los supuestos del art. 565 CP, cuando «se evidencie la falta de intención de usar las armas con fines ilícitos», pero manteniendo incluso en ese caso la pena privativa de libertad— de conductas muy dispares en cuanto a su gravedad, por el mero hecho de incumplir la normativa administrativa, con independencia de la entidad de la infracción (de qué tipo de arma se trata, cuáles son las circunstancias de su tenencia...) y de si la misma ha tenido o no incidencia en el bien jurídico protegido por el tipo.

Si así fuera, el recurso a la sanción penal resultaría desproporcionado, en primer lugar, frente a todas aquellas conductas que, constituyendo tenencia de armas prohibidas por estar incluidas en tal concepto en la normativa administrativa, carecieran de potencialidad lesiva para la seguridad ciudadana, pues la imposición de sanciones penales sólo puede considerarse proporcionada y constitucionalmente legítima, si resulta necesaria para

proteger bienes jurídicos esenciales frente a conductas lesivas o peligrosas para los mismos (principio de lesividad o exigencia de antijuridicidad material). En segundo lugar, también resultaría desproporcionado el establecimiento de sanciones penales cuando el recurso a la sanción administrativa fuera suficiente para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador (STC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 8), pues 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 ultima ratio).

Ahora bien, tal aproximación al tipo penal, en la que la vinculación del contenido normativo del precepto al Reglamento de armas es absoluta e incondicionada, pese a constituir una interpretación posible del mismo, a la vista de su tenor literal, no excluye otras, que tengan en cuenta criterios sistemáticos, valorativos y teleológicos, atendiendo especialmente a cuál es el bien jurídico a cuya protección se orienta la norma, y a cuáles son los instrumentos de protección de dicho bien jurídico en el conjunto del Ordenamiento jurídico. Por ello, antes de pronunciarnos acerca de la constitucionalidad del precepto, hemos de analizar si el problema de constitucionalidad que se plantea sigue existiendo una vez agotadas las posibilidades interpretativas del mismo.

6. En efecto, en virtud del principio de conservación de la ley, este Tribunal ha declarado reiteradamente que sólo cabe declarar la inconstitucionalidad de aquellos preceptos «cuya incompatibilidad con la Constitución resulte indudable por ser imposible llevar a cabo una interpretación conforme a la misma» (STC 111/1993, de 25 de marzo, FJ 8, citando entre otras muchas las SSTC 93/1984, de 16 de octubre, 115/1987, de 7 de julio, 105/1988, de 8 de junio, 119/1992, de 18 de septiembre), habiendo admitido desde nuestras primeras resoluciones la posibilidad de dictar sentencias interpretativas, a través de las cuales se declare que un determinado texto no es inconstitucional si se entiende de una determinada manera, si bien nuestra labor interpretativa tiene por objeto establecer un significado de un texto y decidir que es el conforme con la Constitución. No podemos, en cambio, tratar de reconstruir una norma contra su sentido evidente para concluir que esa reconstrucción es la norma constitucional (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 4). Y ello porque la efectividad del principio de conservación de las normas no alcanza «a ignorar o desfigurar enunciados legales meridianos» (SSTC 22/1985, de 15 de febrero, FJ 5; 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 2). En definitiva, la interpretación conforme no puede ser una interpretación contra legem, pues ello implicaría desfigurar y manipular los enunciados legales, usurpando este Tribunal funciones que corresponden al legislador.

Las anteriores consideraciones nos llevan a rechazar como interpretación alternativa conforme a la Constitución la sugerida por el Fiscal, restringiendo la conducta típica a la tenencia de armas de fuego, porque no se trata de una interpretación de la norma, sino de la reconstrucción de la misma contraria a su tenor literal, sin que los argumentos históricos y sistemáticos que se esgrimen puedan sustentar tal interpretación. En efecto, si bien históricamente el Derecho penal español sólo consideraba punible la tenencia de armas de fuego, el legislador de 1995 eliminó la referencia a las armas de fuego, sustituyéndola por la de armas prohibidas, habiéndose rechazado en la tramitación parlamentaria una enmienda que sugería un cambio de redacción del precepto, de suerte que se tipificase la «tenencia de armas de fuego», en lugar de la «tenencia de armas prohibidas». De todo lo cual se deduce claramente que la voluntad del legislador no fue limitar el alcance del tipo a las armas de

fuego, sino ampliarlo a otras armas que no tienen tal carácter, modificando la regulación histórica, por lo que el citado argumento lo que avala, en realidad, es la inviolabilidad de tal posibilidad interpretativa.

Por otra parte, tampoco cabe afirmar que, pese a ello, por vía interpretativa se pueda concluir que es otra la voluntad de la ley, pues los argumentos que esgrime el Fiscal General, tanto en relación con otros preceptos penales, como respecto del régimen administrativo sancionador, ponen de relieve los problemas de proporcionalidad que podría presentar el precepto y proponen una regulación legal que los resolvería, pero no a través de una interpretación del mismo, sino de la creación de otra norma distinta, ignorando un enunciado legal meridianamente claro.

7. Descartada la anterior interpretación, existen otras posibilidades interpretativas, apuntadas en la aplicación judicial del precepto cuestionado que, desde el respeto al tenor literal del mismo y a partir de los criterios interpretativos al uso en la comunidad científica y de los principios limitadores del ejercicio del *ius puniendi* (pautas que, conforme a nuestra jurisprudencia, han de presidir la interpretación conforme a la Constitución de toda norma penal; por todas, SSTC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7; 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 7; 42/1999, de 22 de marzo, FJ 4; 170/2002, de 30 de septiembre, FJ 12; 13/2003, de 28 de enero, FJ 3) permiten restringir su ámbito de aplicación, diferenciándolo del ilícito administrativo y haciéndolo compatible con las exigencias derivadas del principio de legalidad (art. 25.1 CE). Ciertamente, es deseable que el legislador trace de forma más precisa esa delimitación; ahora bien, las carencias detectadas en el precepto resultan superables de acuerdo con las pautas que a continuación se establecen.

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 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 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.

8. Recapitulando todo lo expuesto hasta ahora, 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, 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.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

1.º Declarar que el primer inciso del art. 563 CP sólo es constitucional interpretado en el sentido expuesto en el fundamento jurídico octavo.

2.º Desestimar, en consecuencia, la presente cuestión de inconstitucionalidad.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a veinticuatro de febrero de dos mil cuatro.—Manuel Jiménez de Parga y Cabrera.—Tomás S. Vives Antón.—Pablo García Manzano.—Pablo Cachón Villar.—Vicente Conde Martín de Hijos.—Guillermo Jiménez Sánchez.—María Emilia Casas Baamonde.—Javier Delgado Barrio.—Elisa Pérez Vega.—Eugeni Gay Montalvo.—Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.—Firmado y rubricado.

Voto particular que formula el Magistrado don Guillermo Jiménez Sánchez en relación con la Sentencia dictada en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 3371/97, al que prestan su adhesión los Magistrados don Pablo García Manzano y don Vicente Conde Martín de Hijos

1. Sentido del Voto que se formula.

Haciendo uso de la facultad atribuida a los Magistrados del Tribunal Constitucional por el apartado 2 del art. 90 LOTC se refleja en este Voto particular una opinión discrepante, defendida en la deliberación del Pleno, respecto del fallo (así como de determinados extremos de la fundamentación jurídica que conduce a él) dictado en la Sentencia respecto de la cual se formula.

Esta salvedad se expresa, desde luego, con el mayor respeto por el criterio diferente mantenido por los Magistrados que han conformado la mayoría alcanzada en el Pleno.

2. La fundamentación jurídica y el fallo de la Sentencia incluyen en el contenido del art. 563 del Código penal unas precisiones para la configuración del tipo delictivo o conducta sancionada que resultan extrañas al tenor literal del precepto cuestionado.

La fundamentación jurídica y el fallo de la Sentencia frente a la que se formula el presente Voto particular, en opinión de quienes lo suscriben, son fruto de un esfuerzo no exento de voluntarismo ordenado a reconstruir la norma cuya constitucionalidad se ha cuestionado en términos tales que permitan excluir su oposición a las exigencias derivadas de la necesidad de respetar el postulado de legalidad penal.

Al efecto, y tras constatar la deficiente tipificación en el art. 563 CP del «delito de tenencia de armas prohibidas», puesto que el texto legal no especifica cuáles son dichas armas y fuerza para precisar el significado de la definición de la conducta a que se refiere a recurrir a normas extrapenales (FJ 3), la resolución frente a la que se mantiene la presente discrepancia afirma que, con apoyo en el principio de conservación de la ley, es posible salvar tal omisión considerando que la norma establecida por el art. 563 incluye los siguientes factores (FJ 8): 1) que el objeto al que se refiera la tenencia sean «materialmente» un arma; 2) que la tenencia de dicha arma esté prohibida «por una norma extrapenal con rango de ley o por el reglamento al que la ley se remite»; 3) que el arma posea «una especial potencialidad lesiva»; 4) y que «su tenencia se produzca en condiciones o circunstancias que la conviertan, en el caso concreto, en especialmente peligrosa para la seguridad ciudadana».

Si bien cabe admitir que la integración del precepto contenido en el art. 563 CP con los dos primeros factores apuntados no resulta contraria a los principios de la hermenéutica jurídica, ni a la demanda de certeza en el contenido de las normas penales que el principio de legalidad en materia sancionadora (art. 25 CE) lleva consigo (véanse, por todas, SSTC 89/1993, de 12 de marzo, FJ 2, 119/1992, de 18 de septiembre, FJ 2, 118/1992, de 16 de septiembre, FJ 2, 36/1991, de 14 de febrero, FJ 7, y 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 5), parece obligado concluir que predicar lo propio de los dos últimos ha de considerarse difícilmente defendible. Por razonables y plausibles que sean las ideas a que responden

las notas o precisiones que la Sentencia incluye en la tipificación efectuada en la norma penal (que, en definitiva, conducen a reducir el ámbito incriminatorio del precepto), son sin duda claramente extrañas al tenor literal del referido artículo, e incluso cabría considerar (al menos es planteable esta hipótesis sin excesiva violencia en el análisis de los textos que entran en juego) que han sido ya contempladas por el legislador, no al objeto de tipificar como delito la tenencia de armas prohibidas, sino con la finalidad de graduar la pena correspondiente a la comisión de este delito. En tal sentido puede no ser ocioso advertir que el art. 565 CP estatuye que «los Jueces o Tribunales podrán rebajar en un grado las penas señaladas en los artículos anteriores, siempre que por las circunstancias del hecho y del culpable se evidencie la falta de intención de usar las armas con fines ilícitos».

3. El Tribunal Constitucional puede y debe, en aras del principio de preservación o conservación de la ley, interpretar conforme a la Constitución los textos legales que, siendo susceptibles de ser entendidos en sentidos diversos, sólo en alguno de ellos resulten conciliables con los principios y valores constitucionales.

Desde luego no cabe suscitar objeción alguna a la correcta afirmación que efectúa (citando la STC 111/1993, de 25 de marzo, FJ 8) el FJ 6 de la Sentencia frente a la cual se formula el presente Voto particular de que, «en virtud del principio de conservación de la ley, este Tribunal ha declarado reiteradamente que sólo cabe declarar la inconstitucionalidad de aquellos preceptos “cuya incompatibilidad con la Constitución resulte indudable por ser imposible llevar a cabo una interpretación conforme a la misma”».

Ello implica que, cuando quepa entender una norma cuya constitucionalidad sea cuestionada en términos tales que hagan desaparecer los reparos avanzados frente a ella, el Tribunal Constitucional debe consagrar dicho entendimiento realizando un *fallo interpretativo* cuya pauta exegética habrá de ser aceptada (en cuanto el intérprete último de la Constitución manifiesta que es el único recurso para salvar la validez del precepto) por todos los Jueces y Tribunales que integran el Poder Judicial.

4. En el desarrollo de su función de intérprete supremo o último de la Constitución el Tribunal Constitucional no debe suplantar al legislador incluyendo en el Ordenamiento jurídico a través de sus pronunciamientos preceptos o desarrollos normativos que, en rigor, no responden a la interpretación de los textos legales sino a la introducción en ellos de precisiones que los rectifican o alteran.

Ahora bien, la posibilidad de imponer una interpretación *secundum Constitutionem* (o, lo que es lo mismo, *adecuadora a la Constitución*) de una norma legal cuestionada requiere como presupuesto inexcusable que dicha interpretación se acomode a las normales pautas hermenéuticas de los textos legales, pues no cabe, como también precisa con indiscutible corrección el FJ 6 de la Sentencia de la que (en otros extremos) se discrepa, «tratar de reconstruir una norma contra su sentido evidente para concluir que esa reconstrucción es la norma constitucional (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 4). Y ello porque la efectividad del principio de conservación de las normas no alcanza “a ignorar o desfigurar enunciados legales meridianos” (SSTC 22/1985, de 15 de febrero, FJ 5; 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 2)».

De conformidad con la concepción básica a la que responde el criterio expuesto ha de considerarse que excede claramente de las funciones propias del Tribunal Constitucional el incluir en la definición del tipo delictivo “tenencia de armas prohibidas” elementos o factores, como la especial potencialidad lesiva de dichas armas o su tenencia en circunstancias especialmente peligrosas

para la seguridad ciudadana, que no se incluyen en el art. 563 CP y que, incluso, como ya ha quedado indicado, podrían considerarse en algún modo contemplados en el art. 565 CP a efectos de la graduación de la pena imponible por la comisión del delito. Esta complementación del contenido de la norma, que evidentemente no supone optar por una entre las diversas posibles interpretaciones de los términos literales en que la ha formulado el legislador, sino la adición al precepto de contenidos extraños al mandato legislativo, implica la asunción por el intérprete de la Constitución, no ya de la misión de imponer el respeto a los mandatos del constituyente por el legislador ordinario, sino la subrogación en la función propia de éste, arrogándose el Tribunal Constitucional tareas propias de un legislador positivo que sin duda resultan ajenas a su específica esfera de competencias.

5. La Sentencia frente a la que se formula este Voto debió declarar la inconstitucionalidad y la consiguiente nulidad del art. 563 CP.

Por todo lo expuesto, y al considerar que el tenor literal del art. 563 CP no respeta las exigencias inherentes al principio de legalidad penal (art. 25 CE), y que el fallo interpretativo que para salvar las consecuencias de ello efectúa la Sentencia frente a la cual se formula la presente discrepancia excede de los límites que configuran la jurisdicción propia del Tribunal Constitucional, parece obligado concluir que el fallo pronunciado en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 3371/97 debería haber declarado la inconstitucionalidad y la consiguiente nulidad del art. 563 CP.

Madrid, 26 de febrero de 2004.—Guillermo Jiménez Sánchez.—Pablo García Manzano.—Vicente Conde Martín de Hijas.—Firmado y rubricado.

Voto particular que formula la Magistrada doña María Emilia Casas Baamonde respecto de la Sentencia dictada en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 3371/97

Con el mayor respeto hacia la opinión mayoritaria de los Magistrados que han aprobado la Sentencia, y compartiendo la opinión discrepante respecto de su fallo y aspectos de su fundamentación jurídica reflejada en el Voto particular formulado por el Magistrado don Guillermo Jiménez Sánchez, al que han prestado su adhesión los Magistrados don Pablo García Manzano y don Vicente Conde Martín de Hijas, me veo en la necesidad de sumar a ese Voto mi propia discrepancia para reflejar fielmente la posición que sostuve en la deliberación del Pleno.

Recogiendo jurisprudencia constitucional consolidada (entre otras, STC 142/1999, de 22 de julio, FJ 3), la Sentencia parte de que «el principio de legalidad comprende una serie de garantías materiales que, en relación con el legislador, comportan fundamentalmente la exigencia de predeterminación normativa de las conductas y sus correspondientes sanciones, a través de una tipificación precisa dotada de la adecuada concreción en la descripción que incorpora» [FJ 2 b)]. Sin embargo, en su fundamento jurídico 4 la Sentencia afirma que el Reglamento de armas constituye la normativa extrapenal que complementa el tipo penal examinado, que esta llamada a la normativa extrapenal está justificada en atención al bien jurídico protegido en el delito y que el precepto penal establece con toda claridad la pena que corresponde al delito. A ello agrega que «la única cuestión controvertida es, en realidad, si la norma penal define el núcleo esencial de la prohibición» (FJ 4). De esta forma, la Sentencia parece situarse en el marco de las exigencias que nuestra doctrina ha establecido en relación con las normas penales en blanco y su ade-

cuación al derecho a la legalidad penal, ya que, a tal respecto, este Tribunal ha declarado en reiteradas ocasiones (entre otras, SSTC 127/1990, de 5 de julio; 118/1992, de 16 de septiembre; 62/1994, de 28 de febrero; 120/1998, de 15 de junio) que el derecho a la legalidad penal reconocido en el art. 25.1 CE exige, entre otros requisitos, que la ley penal, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición, y que quede satisfecha la exigencia de certeza, esto es, de «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, y resulte de esta forma salvaguardada la función de garantía del tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada» [STC 127/1990, FJ 3 B)].

Pues bien, en mi opinión, el art. 563 CP ni contiene el núcleo esencial de la prohibición, ni la norma penal resultante de la interpretación conforme efectuada en la Sentencia de la mayoría satisface las exigencias de certeza.

El citado art. 563 CP no contiene el núcleo esencial de la prohibición toda vez que la determinación de las armas prohibidas queda remitida íntegramente a la normativa administrativa, por lo que no consigue evitar la calificación de inconstitucional que el fundamento jurídico 5 de la Sentencia vierte sobre la norma resultante de una interpretación que hiciera «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». La propia Sentencia reconoce que con esa interpretación, según también argumenta el Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad y el Fiscal General del Estado, no sería «posible apreciar ningún elemento diferencial entre el ilícito penal y el administrativo que justifique la intervención del derecho penal y la imposición de una pena privativa de libertad», con lo que «se plantearía también un problema de proporcionalidad de la reacción penal, que afectaría tanto al derecho a la libertad personal (art. 17.1 CE) como al principio de legalidad penal (art. 25.1 CE), en cuanto comprensivo de la prohibición constitucional de penas desproporcionadas (STC 136/1999, de 20 de julio, FFJJ 22 y 30)» (FJ 5).

La Sentencia acepta en el citado fundamento jurídico 5 que el tenor literal del art. 563 CP admite esta interpretación del tipo penal, en la que la vinculación del contenido normativo del precepto a la normativa administrativa «es absoluta e incondicionada». Considera, sin embargo, que esa interpretación «no excluye otras que tengan en cuenta criterios sistemáticos, valorativos y teleológicos, atendiendo especialmente a cuál es el bien jurídico a cuya protección se orienta la norma, y a cuáles son los instrumentos de protección de dicho bien jurídico en el conjunto del Ordenamiento jurídico». Sentada esta afirmación enuncia una «interpretación constitucionalmente conforme» del art. 563 CP que, según dice en el fundamento jurídico 7, «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», convirtiendo en conclusión la hipótesis de que el núcleo esencial de la prohibición permanece en el interior del tipo penal; y añadiendo que esa interpretación constitucionalmente conforme debe también presuponer que «el ámbito de la tipicidad penal es distinto y mas estrecho que el de las prohibiciones administrativas». Arrancando de estos presupuestos, la argumentación de la Sentencia parece aislar el problema en que la norma penal incorpora un elemento normativo del tipo («prohibidas»), «cuyo sig-

nificado sólo puede precisarse acudiendo a las normas extrapenales que definen cuáles son las armas prohibidas» (FJ 3). Pese a ello, se ve en la necesidad de efectuar una interpretación restrictiva de los tres elementos que lo configuran: armas, prohibidas y tenencia.

En mi modesta opinión, ni los criterios de precisión que introduce ni, consiguientemente, las diferencias que la Sentencia implícitamente establece entre la norma penal y la normativa administrativa en su fundamento jurídico 8 están expresadas en el tipo penal, puesto que nada en él se dice acerca de que el arma deba poseer una especial potencialidad lesiva ni, menos, que, para constituir un ilícito penal, la tenencia de ese arma con especial potencialidad lesiva haya de producirse en condiciones o circunstancias tales que, en el caso concreto, la conviertan en especialmente peligrosa para la seguridad ciudadana. La Sentencia reconstruye el tipo penal contenido en el art. 563 CP a través de la incorporación de elementos de precisión, en un esfuerzo sin la menor duda merecedor de encomio, pero que excede claramente el tenor literal del precepto y, con ello, la jurisdicción de este Tribunal, que así se convierte en legislador penal con la consiguiente quiebra del principio de reserva de ley que rige en este ámbito y del que, naturalmente, la Sentencia parte.

Pero además, por otra parte, la interpretación llevada a cabo por la Sentencia tampoco permite salvaguardar la garantía de las exigencias del derecho a la legalidad penal, y, entre ellas, la esencial de certeza jurídica, ni establecer con la debida explicitud las diferencias que, en atención a los principios de intervención mínima, última ratio y proporcionalidad, deben observarse entre los diferentes ámbitos de actuación del ilícito penal y del ilícito administrativo.

En tal sentido, la restricción del ámbito del tipo penal operada por la Sentencia a través de la introducción de la exigencia de peligro no logra su objetivo de delimitar el ámbito típico del delito de tenencia de armas prohibidas de las infracciones administrativas, pues el peligro y su especial gravedad —tanto referido a las armas como a las condiciones de su tenencia— no son elementos ajenos a la normativa administrativa (arts. 155 y ss. del Reglamento de armas), por lo que difícilmente podrá residenciarse sólo en dichos factores la diferencia entre el ilícito penal y el administrativo.

Por todo ello, nuestro fallo debería haber declarado la inconstitucionalidad y nulidad del art. 563 CP.

Madrid, 27 de febrero de 2004.—María Emilia Casas Baamonde.—Firmado y rubricado.

5479 *Sala Segunda. Sentencia 25/2004, de 26 de febrero de 2004. Recurso de amparo 5743-2001. Promovido por Frasna, S. A., frente a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria que estimó la apelación del Ayuntamiento de Santander respecto del cierre de una discoteca.*

Vulneración del derecho a la legalidad penal: infracción administrativa que carece de cobertura legal, no siendo suficiente la ordenanza municipal (STC 132/2001) ni la Ley de protección de la seguridad ciudadana.

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Tomás S. Vives Antón, Presidente, don Pablo Cachón Villar, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Guillermo Jiménez Sánchez, doña Elisa Pérez Vera