



Roj: **STS 643/2019 - ECLI:ES:TS:2019:643**

Id Cendoj: **28079120012019100154**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **26/02/2019**

Nº de Recurso: **2788/2017**

Nº de Resolución: **752/2018**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANTONIO DEL MORAL GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP J 936/2017,**
STS 643/2019

RECURSO CASACION núm.: 2788/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral Garcia

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 752/2018

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gomez, presidente

D. Luciano Varela Castro

D. Antonio del Moral Garcia

D. Vicente Magro Servet

D^a. Susana Polo Garcia

En Madrid, a 26 de febrero de 2019.

Esta sala ha visto ha visto el recurso de casación con el nº 2788/2017 interpuesto por Gerardo y la **MercantilALTERSANA S.L.**, representados por la procuradora Sra. Laura Argentina Gómez Molina y bajo la dirección letrada de D. José Javier Vasallo Rapela contra la sentencia de fecha 17 de octubre de 2017 nº 233/17 dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Jaén en causa seguida contra los recurrentes por delitos de contrabando y contra la Hacienda Pública. Ha sido parte recurrida el Abogado del Estado bajo la dirección letrada de D.^a Sonia Fernández Hernández. Ha sido parte también el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral Garcia.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. Tres de Úbeda (Jaén) inició PA con el número 64/16, contra Gerardo y la mercantil Altersana S.L por un delito de contrabando y dos delitos contra la hacienda pública. Una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Jaén (Sección Segunda) que con fecha 17 de octubre de 2017 dictó sentencia que contiene los siguientes **Hechos Probados**:

<<Las presentes actuaciones se iniciaron a raíz de las diligencias incoadas por la Unidad Orgánica de Policía Judicial de Baeza como consecuencia de las denuncias articuladas por diversas Asociaciones de Estanqueros de la provincia de Jaén en donde manifestaban su malestar por el gran volumen de pérdidas ocasionadas en el sector como consecuencia de la proliferación de diversos puntos de venta clandestina de **tabaco** en toda la provincia, esencialmente en la localidad de Jódar, aunque también se constató dicha venta en otras localidades como Canena, Úbeda, Linares, Bedmar, Santiago-Pontones, Beas de Segura, Iberos, Peal de Becerro, Los Villares, Mengíbar, Alcaudete o Cambil.

Como consecuencia de dichas investigaciones se constató que dicho **tabaco** era adquirido a través de una página web denominada " *Estabaco.com* " o bien llamando al número de teléfono NUM000 , publicitándose incluso en diversos portales como " *milanuncios.com* " ofertando "**tabaco** en hoja, aromas y picadura al mejor precio."

Ha quedado acreditado que la citada página web, cuyo dominio se residenciaba en Bangladesh, pertenecía a la mercantil Altersana SL, siendo su administrador único, Gerardo , el titular del número de teléfono NUM000 antes referido. (Folios 25 a 32 y 119 a 121 de las actuaciones).

La citada mercantil fue constituida por Gerardo el 25 de Junio de 2013 dándose de alta en el IAE dentro de la actividad "comercio al por mayor de productos del **tabaco**" (Folios 71 a 89 de las actuaciones). Por parte del Comisionado para el Mercado de **Tabacos** se ha constatado que ni Altersana SL, ni Gerardo , figuran como importadores, distribuidores o fabricantes de labores de **tabaco**. (Folio 551 de los autos).

La actividad de la mercantil se desarrollaba desde dos naves sitas en la Calle Newton Edificio 6, Nave 8 de Leganés, y en la Avenida de la Encina nº 15 bajo, Local 4 de Fuenlabrada. Según las propias manifestaciones del acusado en el acto del juicio la nave de Leganés se utilizaba como almacén y la de Fuenlabrada para envasado.

Dicha actividad consistía en la adquisición de **tabaco** en rama al por mayor, principalmente procedente de la Sociedad Estatal CETARSA (Compañía española de **Tabaco** en Rama SA), aunque también se adquiría de otros países tanto comunitarios (por ejemplo Grecia, Polonia, Países Bajos, Portugal, etc) como extracomunitarios (Bangladesh, India o Estados Unidos), (La relación pormenorizada de adquisiciones aparece en los Folios 1509 y 1510 de los autos).

En la nave de Fuenlabrada había instalada una máquina que permitía descompactar el **tabaco**, humectarlo y uniformizarlo (Folios 2013 y ss en donde consta un informe pericial sobre las características de la máquina) procediendo posteriormente a su envasado en bolsas de 1 kg que eran las que se comercializaban a través de los pedidos recibidos por la página Web y teléfono móvil antes aludidos, remitiéndose los pedidos esencialmente a través de la empresa de mensajería MRW.

El citado **tabaco**, identificado como "**tabaco** curado, total o parcialmente desvenado" por el Laboratorio Central de Aduanas al que se le remitieron las oportunas muestras (Folios 1438 y ss de las actuaciones), era susceptible de ser fumado mediante una sencilla operación de picado manual que puede ser realizada directamente por el consumidor final sin exigencia de proceso industrial (informe del Subdirector General Químico-Tecnológico obrante en los Folios 1545 y 1546 de las actuaciones).

En el desarrollo de su actividad, aunque inicialmente no se realizaba advertencia alguna a los adquirentes de que el destino del **tabaco** no podía ser el consumo humano del mismo, posteriormente el acusado comenzó a poner en las bolsas esa advertencia y así mismo un aviso legal en su página web, si bien en dicha página web " *estabaco.com* " existían vídeos tutoriales sobre la forma de actuar para dicho consumo; así, tal y como consta en los folios 539 y ss de las actuaciones, existían vídeos tutoriales del "procesado del **tabaco**", "qué hacer con materia prima de **tabaco**", "qué máquina elegir", "tipos de **tabaco** ofertados", ofertándose igualmente a los consumidores máquinas picadoras de **tabaco** y para entubar, así como frascos aromatizantes, anunciando incluso la venta de recambios para dichas máquinas (Folios 548 y 549 de las actuaciones).

Tras la oportuna autorización judicial de entrada y registro en las dos naves de los acusados, se intervinieron en las mismas un total de 40.644 kg de lo que resultó ser "**tabaco** curado, total o parcialmente desvenado" tras ser analizado por el Laboratorio Central de Aduanas al que se le remitieron las oportunas muestras, e igualmente diversos frascos aromatizantes concentrados (que se pueden observar en el reportaje fotográfico obrante en los folios 653 a 655 de los autos) utilizados para dar al **tabaco** que se distribuye sabores similares a los de las marcas comerciales.

Por otra parte en los distintos puntos de venta de la provincia de Jaén se intervinieron un total de 497 kg de **tabaco** procedente de los pedidos remitidos por los acusados, **tabaco** que, tal y como han manifestado en las actuaciones los distintos receptores de dichos pedidos, era destinado al consumo y/o su reventa a terceros tras una sencilla operación de picado y entubado con una pequeña máquina manual que en ocasiones era

suministrada por la propia Altersana SL (así lo declaró por ejemplo en el acto del juicio la testigo Matilde) y en otras ocasiones se adquiría en otros lugares (así lo declaró en el acto del juicio Micaela).

El **tabaco** incautado ha sido valorado por LOGISTA, como representante del Comisionado para el Mercado de **Tabacos**, en la cantidad de 6.582.560 € en base al precio máximo de venta al público de una labor de **tabaco** similar a la que es objeto de intervención en este caso, la de picadura a granel. (Folios 583 a 589, y 1547 a 1559 de las actuaciones).

Así mismo tras constatar los pedidos comercializados por los acusados a través de los canales indicados se ha acreditado que el **tabaco** comercializado por esta vía asciende a 548.166 kg, tal y como se recoge en el informe pericial obrante en los Folios 1505 y ss de las actuaciones, valorando el perito informante dicho **tabaco** en la cantidad de 81.123.903 €.

Por tanto el valor total del **tabaco** incautado y comercializado asciende a 87.706.463 €.

El aludido **tabaco** está gravado por el Impuesto Especial sobre las Labores del **Tabaco** bajo el epígrafe "demás **tabacos** para fumar" habiendo dejado de ingresar la Agencia Tributaria por este concepto un total de 24.908.635,49 € (así se recoge en el informe pericial aludido obrante en los Folios 1505 y ss de los autos).

Por otra parte si bien Altersana SL procedió a realizar los correspondientes ingresos de IVA al tipo general por el **tabaco** comercializado, no se incluyó en la base imponible de dicho IVA el correspondiente impuesto especial sobre las Labores del **Tabaco**, por lo que la cantidad dejada de ingresar por este concepto de IVA por la Agencia Tributaria asciende a 5.230.813,45 €.

Por tanto la cantidad dejada de ingresar por la Agencia Tributaria por Impuesto Especial e IVA asciende a 30.139.448,94 € (Folio 1523 de los autos) >>.

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

<<FALLO.- Que debemos de **CONDENAR Y CONDENAMOS** a **Gerardo** como autor de un delito de contrabando ya definido a la pena de **3 años de prisión** inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, y **multa de 306.972.620 €**, con responsabilidad personal subsidiaria de 6 meses en caso de impago o insolvencia.

En concepto de **responsabilidad civil** directa Gerardo indemnizará a la Agencia Tributaria en la cantidad de **30.139.448,94 €**, cantidad que debe de incrementarse en el interés de demora tributario establecido en el art. 26 de la Ley General Tributaria, declarándose la responsabilidad civil subsidiaria de Altersana SL.

Procede absolver a Gerardo de los dos delitos fiscales por los que ha sido acusado.

Se absuelve penalmente a Altersana SL de la responsabilidad penal imputada, sin perjuicio de la responsabilidad civil ya declarada.

Se condena igualmente a Gerardo al abono de 1/6 de las costas procesales, incluidas las de la acusación particular, declarando de oficio el resto de las citadas costas.

Se acuerda el comiso de los efectos intervenidos en los términos expuestos en el Fundamento Jurídico Noveno de esta resolución.

Notifíquese la presente Sentencia a las partes, haciéndoles saber que no es firme y contra la misma, cabe interponer RECURSO DE CASACIÓN, que ha de prepararse mediante escrito autorizado por Abogado y Procurador, presentando ante este Tribunal dentro de los cinco días siguientes al de la última notificación y que deberá contener los requisitos exigidos en el art. 856 de la L.E.Cr. >>.

TERCERO.- Notificada la Sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley y vulneración de precepto constitucional, por el recurrente, 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, alegando los motivos siguientes:

Motivos aducidos en nombre de Gerardo y la Mercantil Altersana SL.

Motivo primero.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 LOPJ por vulneración del art. 24 CE (presunción de inocencia). **Motivo segundo.-** Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 LECrim, en relación con el art. 5.4 LOPJ por vulneración art. 24.2 CE y vulneración del principio de legalidad que reconoce el art. 25.1 CE. **Motivo tercero.-** Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º LECrim. **Motivo cuarto.-** Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim en relación con el art. 9.3 CE. **Motivo quinto.-** Por infracción de ley al amparo del art. 849.2 LECrim. **Motivo sexto.-** Por quebrantamiento de forma al amparo de los arts. 850 y 851 LECrim por apreciar contradicción entre los hechos declarados probados.

CUARTO.- El Ministerio Fiscal se instruyó del recurso interpuesto, impugnando todos sus motivos; el Abogado del Estado también interesó la inadmisión o subsidiariamente la desestimación del recurso. La Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento y Fallo cuando por turno correspondiera.

QUINTO.- Realizado el señalamiento para Fallo se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 17 de octubre de 2018.

SEXTO.- Con fecha 31 de octubre de 2018 se dictó auto de prórroga del plazo para dictar sentencia por 30 días más.

SÉPTIMO.- Formulan voto particular los magistrados Excmos. Sres. D. Antonio del Moral García y D. Vicente Magro Servet.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Pese a la solicitud inicial e insistencia posterior del recurrente en su escrito de contestación a las impugnaciones con invocación del art. 24 CE, no se ha considerado necesaria la celebración de vista. Están bien delimitados y desarrollados por medio del amplio y documentado escrito de formalización los términos de la impugnación. Los argumentos del Ministerio Público y Acusación han podido ser rebatidos por el recurrente en el traslado conferido de sus respectivos dictámenes.

Interesa recordar que el tenor del art. 893 bis a) LECrim no hace imperativa la celebración de vista en este caso, ni por la penalidad (inferior a los seis años marcados como referencia en el citado precepto); ni por la naturaleza de los delitos enjuiciados; ni por el tipo de alegaciones efectuadas; ni por la solicitud expresa del recurrente. Ha entendido esta Sala, con criterio refrendado por el Tribunal Constitucional, que la petición de vista solo deviene vinculante en caso de penas superiores a seis años cuando proviene de todas y cada una de las partes (entre otras resoluciones, ATC 588/1995, de 27 de marzo y SSTs 429/2015, de 9 de julio, 734/2015, de 3 de noviembre u 80/2017, de 10 de febrero).

Convenía consignar aquí estas apreciaciones dadas las peticiones plasmadas en el recurso que tampoco aporta alguna razón específica que mostrase la conveniencia o necesidad de una vista pública y oral. Los argumentos están perfectamente desarrollados en un extenso recurso. Se hace muy complicado pensar que se pudiera profundizar o añadirse algo más a los exhaustivos y reiterativos razonamientos que agotan cada cuestión. Necesario es explicarlo en este momento por no existir otro trámite previo habilitado para ofrecer respuesta razonada a esa solicitud (vid art. 893 LECrim).

SEGUNDO.- Como hace notar el Fiscal en el frontispicio de su bien construido dictamen de impugnación adornado con pertinentes e ilustrativos enlaces y referencias, todos y cada uno de los seis motivos que componen el recurso comparten no solo objetivo -casación de la sentencia para sustituirla por un pronunciamiento absolutorio o, en su defecto, anulación-, sino también, en último término, argumento: las sustancias que comercializaba el recurrente serían "hojas de **tabaco**", no incluibles en el concepto "labores de **tabaco**". Son ajenas, por tanto, a la tipicidad recogida en la legislación especial de contrabando aplicada. Esa es, telegráficamente expuesta, la idea que aparece una y otra vez a lo largo de las sesenta densas páginas que integran el muy trabajado recurso. Esa misma idea se erige en alma de todos y cada uno de los motivos. A su análisis y respuesta se dedicará básicamente el cuerpo de esta sentencia. No obstante, y para no dejar ni siquiera la impresión de que eludimos otras cuestiones dedicaremos los primeros fundamentos a despejar otros puntos planteados que, en realidad y pese a su formato casacional, no son más que variaciones de ese único y basilar argumento.

TERCERO.- Así sucede con el primero de los motivos de casación. Aunque con manifiestamente inexactas invocaciones de la presunción de inocencia, del principio *in dubio*, y el derecho a la tutela judicial efectiva, se construye una queja por denegación de la prueba *ensayo de fumado*.

Se adosa en el motivo otra protesta basada en la no elevación de una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el régimen fiscal de la Hoja de **tabaco**. Pero este tema solo aparece en el enunciado. Se omite todo desarrollo argumental ulterior.

La prueba de *ensayo de fumado* fue solicitada en tiempo y forma por la defensa (calificación provisional: folios 1969-1974), y, rechazada por la Audiencia Provincial en Auto de 14 de junio de 2017 (folio 37 del Rollo de Sala). La defensa había intentado infructuosamente su práctica ya durante la fase de instrucción.

La morfología y contenido de tal prueba están tomados del anexo de una norma comunitaria; en concreto el Reglamento CE 2658/87. Dicho Reglamento, *relativo a la nomenclatura arancelaria y estadística y al arancel aduanero común*, aprobado el 23 de julio de 1987 fue publicado en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas de 7 de septiembre siguiente.

Advierte el Fiscal que ni en tal Reglamento ni en el de Ejecución (UE) dimanante de la Comisión y fechado el 6 de octubre de 2016 por el que se modifica el anexo I del Reglamento (CEE) nº 2658/87 del Consejo (diario Oficial de la Unión Europea 28.10.16) ha logrado encontrar el anexo A) reseñado por el recurrente.

Ciertamente no es fácil dar con el texto del anexo por cuanto obedece a una adición posterior al Reglamento 2658/87 (CEE) publicada en el Diario oficial de la Unión Europea de 6 de abril de 2016 (*notas explicativas de la nomenclatura combinada de la Unión Europea*). En todo caso el texto es fielmente transcrito en el recurso.

El referido Anexo prevé tal ensayo como método protocolizado para discriminar entre las labores de **tabaco** y el **tabaco** en rama o sin elaborar. Consiste en enrollar la muestra con papel de fumar para a) preparar un cigarrillo de liar, b) rellenar con ella un tubo de un cigarrillo, y c) cargarla en una pipa. A continuación habría que encender y fumar para evaluar cada una de esas operaciones. Si uno de los ensayos es positivo, el **tabaco** puede fumarse.

La normativa comunitaria se vale de esa metodología para distinguir entre dos partidas a efectos arancelarios (2403 -**tabaco** listo para fumar-; y 2401- **tabaco** en rama o sin elaborar-).

Explica el recurrente que no se permite romper, triturar moler o fraccionar la muestra. ("No está permitido -reza el texto- cortar de ninguna manera, ni romperla, triturarla, molerla o fraccionarla en modo alguno", aunque antes se explica que sí fuese necesario la muestra se ha de dividir "en submuestras mediante la técnica del cuarteo").

La prueba así propuesta resultaba inútil: es evidente cuál iba a ser su resultado. Sin una previa manipulación la sustancia ocupada no se puede fumar. Es obvio. Nadie lo ha discutido; ni la sentencia lo pone en cuestión. Es más, lo admite expresamente. No es un problema probatorio. La fundamentación jurídica acepta que sin una transformación, aunque sea simple, no se puede fumar la sustancia.

Como dice el recurrente, concluyendo su motivo con una afirmación que constituye el mejor argumento para mostrar la inutilidad de la prueba, es obvio -no hace falta probarlo, en consecuencia- que no se puede introducir una hoja de **tabaco** de 30 x 30 centímetros sin manipulación alguna en un papel de fumar de 70 mm o en un tubo de 3,3 mm de diámetro y 85 mm de longitud; ni en una pipa apta para fumar. Es absurdo practicar una prueba para mostrar lo obvio. Demostrar lo que no necesita demostración es inútil.

Pero eso no zanja el problema jurídico de fondo.

Si los hechos probados afirman que "el citado **tabaco**... era susceptible de ser fumado mediante una sencilla operación de picado manual que puede ser realizada directamente por el consumidor...", es que dan por supuesto que no se podía fumar sin esa previa operación. Lo dice acertadamente el Fiscal: la alusión al picado manual, es contradictoria con la prohibición, en la prueba, de romper, triturar, moler o fraccionar la muestra. Se habla de cosas distintas: una, la posibilidad de fumar las sustancias en cuestión, sin ninguna manipulación (a lo que se refiere el recurrente); y otra, la posibilidad de fumarlas con una sencilla operación de picado manual, que puede ser llevada a cabo directamente por el consumidor final, sin exigencia de proceso industrial (a esto es a lo que se refiere la sentencia).

Una prueba que persigue demostrar lo que la sentencia acepta y no pone en cuestión es una prueba simple y llanamente superflua y, por tanto, inapta para provocar la nulidad de la resolución. Máxime cuando el propio recurrente en el trámite de cuestiones previas del juicio oral, lejos de insistir en la petición de tal innecesaria prueba, vino a reconocer que no podría ya practicarse al haberse destruido la sustancia que debía ser objeto del ensayo (lo que, sin embargo, fue rebatido por la acusación particular: quedaban muestras).

A pesar del breve extracto que encabeza el motivo y como ya se ha anunciado, nada se dice en el desarrollo sobre la elevación de una cuestión prejudicial al Tribunal de la Unión.

El motivo decae.

CUARTO.- El motivo sexto bajo la leyenda "quebrantamiento de forma" (arts. 850 y 851 LECrim) no desarrolla argumentación específica alguna. Se remite a motivos anteriores en los que no se descubre nada que tenga que ver ni con una **contradicción** en los hechos probados, ni con la **predeterminación** del fallo, según tales conceptos aparecen configurados como vicios casacionales.

Tampoco se identifica **incongruencia omisiva** alguna en el sentido del art. 851.3º LECrim también invocado.

En realidad se utilizan esas etiquetas casacionales para reiterar denuncias vertidas en motivos anteriores que no guardan relación alguna ni con la falta de claridad -que ha de ser del hecho probado-; ni con la contradicción (que también es la inmanente al *factum*); ni con la incongruencia (consistente en no resolver pretensiones; no en resolverlas rechazando la tesis de quien las formuló).

No tienen estos motivos contenido reconocible desde sus respectivos formatos casacionales.

QUINTO.- Algo parecido cabe decir del motivo quinto -infracción de ley del art. 849.2º LE Crim-. Se invocan además de una variada y profusa pluralidad de documentos, pruebas testificales apartándose así del genuino sentido de esta causal de casación.

De manera poco estructurada se van señalando deslavazadamente diversos puntos, muchos de ellos muy secundarios; algunos más jurídicos que fácticos; y ninguno de verdadera relevancia. Al hilo de ellos se recogen algunas discrepancias en la valoración probatoria (sobre aspectos más bien accesorios o menores); y otras de contenido jurídico. No se añade nada trascendente que enriquezca los argumentos de anteriores motivos y se desnaturaliza el formato de un motivo como el diseñado en el art. 849.2º LE Crim que requiere una estricta disciplina: (i) un documento literosuficiente -esto es, que haga prueba incontestable por sí mismo- que demuestre inequívocamente algo que no ha sido considerado por el Tribunal o desmienta rotundamente alguna afirmación de éste; (ii) que la consiguiente mutación del hecho probado incida de forma directa en la valoración jurídica; y, (iii) que no concurren pruebas contradictorias.

No se ajusta a ese esquema ninguna de las múltiples y variopintas observaciones que se encadenan en este largo motivo.

SEXTO.- Bajo el ordinal cuarto tampoco se aporta nada. Es patente: tras una leyenda en que se enfatiza que se ha incurrido en arbitrariedad (art. 9.3 CE) el motivo se limita en cuatro líneas a remitirse a pasajes anteriores.

SÉPTIMO.- Queda así la cuestión enmarcada en el largo desarrollo de los motivos segundo y tercero que, aunque con adherencias y excursos ajenos a su núcleo (presunción de inocencia, por ej.), abordan idéntica temática tanto desde una perspectiva constitucional (motivo segundo: principio de legalidad: art. 25 CE), como desde el nivel de la estricta legalidad (motivo tercero: art. 849.1º LE Crim: aplicación indebida de la Ley de contrabando).

Determinar si la sustancia comercializada por el acusado es mera *hoja de tabaco* o es encuadrable entre las *labores de tabaco* no es un problema probatorio, sino sustantivo. Es esa la cuestión a dilucidar. Ese es el debate real; no la presunción de inocencia. Los hechos no se discuten en ningún punto esencial. Lo que se discute es la aplicación de la norma penal: si la sustancia que comercializaba el recurrente (lo que es aceptado) encaja en el concepto "Labores de *tabaco*" según es usado en la tipicidad de la legislación de contrabando aplicable.

La sentencia de instancia se inclina por la respuesta afirmativa que conduce a afirmar la relevancia penal de la conducta.

En sentido opuesto, si se considera que solo mediante una aplicación analógica del concepto legal "labores de *tabaco*" se podría llegar a asimilar la sustancia con que operaba el recurrente con las propias y estrictas *labores de tabaco* habrá que rechazar la sanción penal por ausencia de tipicidad.

Estamos ante una **norma penal en blanco**. El concepto "labores de *tabaco*" no lo proporciona el Código Penal. Hay que bucear en la legislación extrapenal, y en una legislación extrapenal especialmente farragosa pues confluye con la normativa nacional otra dimanante de la Unión Europea.

El Tribunal Constitucional no ha puesto tacha a la técnica de las normas penales en blanco desde una óptica constitucional. La legislación penal (que debe tener rango orgánico si incide en derechos fundamentales como la libertad) puede legítimamente remitirse a normativa extrapenal para integrar sus tipos. Esa normativa no necesariamente ha de respetar ese rango. Incluso puede ser de nivel puramente reglamentario.

Igualmente puede venir constituida como aquí, por normativa comunitaria (STC 120/1998, de 15 de junio).

Ahora bien, concurren algunos condicionantes para la legitimidad constitucional de esa técnica legislativa.

El primero, no convertir esa técnica en coartada para abandonar al poder ejecutivo lo que es la conformación de lo *esencial* de la prohibición penal.

Tampoco puede acabar degradando el principio de taxatividad hasta desvirtuarlo. La necesidad de una *lex certa* es irrenunciable a la hora de fijar el perímetro de lo penalmente prohibido. Se precisan claras y nítidas líneas rojas entre lo punible y lo no punible; y no difusas zonas de penumbra.

Alguna de estas cuestiones aparece empeñada en este asunto. Volveremos sobre ellos *infra*.

Los hechos están aceptados. La estrategia defensiva -también la seguida en la instancia- pasa por entender que el recurrente comercializaba con "hojas de *tabaco*" (materia prima); no con "labores de *tabaco*" (resultado de una transformación industrial de la materia prima). Solo en este segundo caso entra en juego la legislación penal especial de contrabando.

OCTAVO.- El delito de contrabando por el que ha recaído condena está tipificado en el art 2.3 b) de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando, en relación con los arts 1.11 y 2.2 b) de la misma.

El citado art 1.11 define como "Géneros o efectos estancados" los artículos, productos o sustancias cuya producción, adquisición, distribución o cualquiera otra actividad concerniente a los mismos sea atribuida por ley al Estado con carácter de monopolio, **así como las labores del tabaco** y todos aquellos a los que por ley se otorgue dicha condición.

El art 2.2 señala:

"Cometen delito de contrabando, siempre que el valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos sea igual o superior a 50.000 euros, los que realicen alguno de los siguientes hechos ... b) Realicen operaciones de importación, exportación, comercio, tenencia, circulación de... Géneros estancados o prohibidos, incluyendo su producción o rehabilitación, sin cumplir los requisitos establecidos en las leyes".

El art 2.3 establece finalmente: "Cometen, asimismo, delito de contrabando quienes realicen alguno de los hechos descritos en los apartados 1 y 2 de este artículo, si concurre alguna de las circunstancias siguientes:

b) Cuando se trate de labores de **tabaco** cuyo valor sea igual o superior a 15.000 euros".

El recurso defiende la atipicidad de la actuación del acusado -venta al por mayor de **tabaco en rama**-. Se encontraría liberalizada desde la Ley 38/85.

La citada Ley 38/1985 suprimió el monopolio de la importación y distribución al por mayor. Pero las labores de **tabaco** no perdieron su tratamiento a efectos de la ley de contrabando asimiladas a los "géneros o efectos estancados" al añadirse a su conceptualización legal (artículo 1.1) la expresión "**así como las labores de tabaco**".

La L.O 10/1992, de 21 de diciembre, de ratificación por España del Tratado de la Unión Europea, respetó el monopolio de venta al por menor de labores de **tabaco**, comunitarias y extracomunitarias.

La Disposición Final Tercera de la Ley 13/1998, de 4 de mayo de ordenación del mercado de **tabacos**, también recordada por el Tribunal *a quo*, establece: "La presente Ley no comportará por sí misma modificación alguna de lo establecido en la Ley Orgánica 12/1995 de 12 de diciembre de Represión del Contrabando, ni de las actuales restricciones sanitarias en materia de publicidad y venta de **tabacos**".

Lo expresa de forma clara y didáctica la STS 25/2002, de 18 de enero invocada por el Tribunal *a quo*:

"A través del art. 849-1º L.E.Cr., denuncia, en el cuarto motivo, la aplicación indebida del art. 2-1º d) de la Ley Orgánica 12/95 de Represión del Contrabando, consecuencia de la influencia o efecto de la Ley 13 de 4 de mayo de 1998 (B.O.E. 5-5-98) de Ordenación del Mercado de **Tabacos** y Normativa Tributaria, ya que desde su promulgación, al liberalizar el mercado de **Tabacos**, no sería posible hablar de géneros cuya producción, adquisición o cualquier otra actividad concerniente a las mismas, sea atribuida con carácter de monopolio al Estado.

1. Tal pretensión fue perfectamente resuelta por la Audiencia, justificando jurídicamente la vigencia de la Ley de Contrabando y del delito por el que se condena a los recurrentes, cuyos esenciales argumentos esta Sala comparte.

Ya la Ley de Contrabando de 1995 (Orgánica nº 12 de 12 de diciembre), tuvo en cuenta la vigencia del principio de libre circulación de mercancías y del mercado único impuesto por la Unión Europea. Cuando la exposición de motivos de esta Ley se refiere al ámbito de la reforma (reformaba la precedente Ley de Contrabando de 13 de julio de 1982) nos decía "*El impacto social, económico y recaudatorio del comercio ilegítimo de labores del **tabaco** obliga a intensificar la reacción jurídica frente a este ilícito. A tal fin se consideran géneros estancados, a efectos de la nueva Ley, las labores de **tabaco**, aunque se trate de mercancías comunitarias*".

A su vez, en el art. 1º ap. 6, intitulado "Géneros o efectos estancados", considera tales: "*los artículos, productos o sustancias cuya producción, adquisición, distribución o cualquier otra actividad concerniente a los mismos sea atribuida por Ley al Estado con carácter de monopolio, así como las labores del **tabaco**, y a todas las que por ley se otorgue tal condición*".

2. La posterior ley de 4 de mayo de 1998, de Ordenación del Mercado de **Tabaco**, que como ley ordinaria resultaría inadecuada para alterar la normativa de una Ley orgánica, asume y acepta la vigencia del régimen punitivo de la Ley de Contrabando, en los siguientes términos:

a) En su Disposición final tercera es tajante cuando afirma que "*La presente Ley no comportará por sí misma modificación alguna de lo establecido en la Ley Orgánica 12/1995 de 12 de diciembre de Represión del Contrabando, ni de las actuales restricciones sanitarias en materia de publicidad y venta de **tabacos***".

b) En la Exposición de motivos de la mentada Ley de 1998, en su párrafo 2º se afirma: *"la nueva Ley suprime los actuales monopolios de fabricación, de importación o de comercio al por mayor para las labores de **tabaco**, no procedentes de los Estados miembros de la Unión Europea"*, para luego concluir en el párrafo siguiente que: *"la nueva normativa mantiene el monopolio del comercio al por menor de labores de **tabaco** a favor del Estado a través de la Red de Expendiciones de **Tabaco** y Timbre"*. Añade en su justificación que *"el mantenimiento de la titularidad del Estado en el monopolio del comercio al por menor de labores de **tabaco**, que continua revistiendo el carácter de servicio público, constituye un instrumento fundamental e irrenunciable del Estado para el control de un producto estancado como es el **tabaco**, con notable repercusión aduanera y tributaria"*.

En el último párrafo de dicha Exposición de Motivos se anuncia, lo que después recalca la disposición final tercera, esto es, que la Ley en cuestión *"no comporta alteraciones en las actuales restricciones societarias en materia de publicidad y venta de **tabacos**, ni supone modificación alguna de la Ley Orgánica 12/1995 de 12 de diciembre de Regulación del Contrabando"*.

Esta Sala se ha pronunciado con rotundidad sobre la idoneidad de las labores de **tabaco**, tanto al por mayor como al por menor, para integrar el objeto material del delito de contrabando, cuando su importación, tenencia o distribución se realice fuera de los cauces legalmente habilitados: STS 619/2016 de 12 de julio.

Todas las labores de **tabaco** -explica este precedente- mantienen su consideración de género estancado:

"Nuestro Código Penal no incluye en su redactado los delitos de contrabando, que se regulan a través de una ley penal especial, cual es la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando. La ley, como se indicaba en su exposición de motivos, vino a revisar la Ley Orgánica 7/1982, de 13 de Julio, para contemplar una serie de aspectos que el legislador consideró entonces ineludibles, de entre los que destaca que la nueva norma: 1) Actualizó el límite cuantitativo que permitía deslindar el delito, de la infracción administrativa; un importe que fue nuevamente reformado con ocasión de la redacción dada a la Ley de represión del contrabando por L.O. 6/2011, de 30 de junio y que constituye el actualmente vigente. 2) Incluyó como operaciones ilícitas las que se realizaran con especies de flora y fauna amenazadas de extinción, así como las relativas a los precursores de drogas. 3) Colmaba algunas lagunas de punición que se habían puesto de manifiesto en la ley de 1982 y 4) Adaptaba la normativa española no sólo a la situación derivada de la configuración de la Unión Europea como un mercado interior, sino -y se indicaba expresamente en la exposición de motivos- a la nueva situación producida tras la incorporación de la Comunidad Autónoma Canaria al territorio aduanero comunitario, no obstante no formar parte del sistema común del Impuesto sobre el Valor Añadido.

Novedad importante respecto de la legislación anterior, fue también la introducción de un título preliminar (integrado sólo por el artículo 1 de la Ley), en el que se fija la definición o interpretación auténtica de diferentes conceptos normativos que a la materia se refieren. En su redacción originaria, la Ley Orgánica 12/1995 (texto vigente cuando los hechos enjuiciados se perpetraron) contempló el concepto que aquí interesa y estableció que se entenderá por Géneros o efectos estancados: *" Los artículos, productos o sustancias cuya producción, adquisición, distribución o cualquiera otra actividad concerniente a los mismos sea atribuida por ley al Estado con carácter de monopolio, así como las labores del **tabaco** y todos aquellos a los que por ley se otorgue dicha condición"*.

Debe observarse así que las labores de **tabaco** integran el concepto de género estancado por sí mismas, con independencia de cuál sea el territorio desde el que se aborde su importación y con independencia también del régimen monopolístico o libre al que pueda someterse su elaboración o comercio. De este modo, la exposición de motivos de la LO 12/1.995, de represión del contrabando, expresamente indicaba que *" El impacto social, económico y recaudatorio del comercio ilegítimo de labores del **tabaco** obliga a intensificar la reacción jurídica frente a este ilícito. A tal fin, se considerarán géneros estancados, a efectos de la nueva Ley, las labores del **tabaco**, aunque se trate de mercancías comunitarias"*.

Es cierto que la incorporación de España a la Comunidad Económica Europea y la prohibición de monopolios establecida en los artículos 37 y 90 del Tratado de Roma, determinaron la promulgación de la vigente Ley 13/1998, de 4 de mayo, de ordenación del mercado de **tabaco** y normativa tributaria, que la sentencia de instancia invoca, así como que en dicha ley se suprimió el carácter monopolístico de toda actividad industrial o comercial mayorista relativa al **tabaco** (sin importar su procedencia), manteniéndose únicamente el monopolio estatal para su venta al por menor. En todo caso, la liberación comercial que introdujo la reforma, no modificó la consideración de las labores de **tabaco** como género estancado; lo que se observa claramente de una conjunción de elementos, como son:

1. Las labores de **tabaco**, tal y como expresamente fija el precepto, tienen la consideración legal de género estancado, con independencia del régimen de comercialización libre o en monopolio al que estén sometidas. El legislador indica expresamente que además de los artículos o productos cuya fabricación o cualquier otra actividad esté sometida al régimen de monopolio, es género estancado -en todo caso- el **tabaco** (" así como"

las labores de **tabaco**, dice la ley). Una redacción que se introdujo en el artículo 1.6 de la Ley de represión del contrabando de 1995, pero que se mantuvo en el artículo 1.11 con ocasión de su reforma operada por LO 6/2011, pese a haberse producido ya una liberalización de su comercialización al por mayor.

2. El propio legislador reflejó la no afectación de la liberación del mercado de **tabaco** a la legislación punitiva de nuestro país en materia de contrabando, introduciendo en la Disposición Final Tercera de la Ley 13/1.998, de ordenación del mercado de **tabaco**, que " *La presente Ley no comportará por sí misma modificación alguna de lo establecido en la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando, ni de las actuales restricciones sanitarias en materia de publicidad y venta de **tabacos***".

3. No puede obviarse que el redactado de la norma sancionadora resulta incompatible con la interpretación que se realiza, pues si las operaciones comerciales con labores de **tabaco** sólo fueran susceptibles de integrar el tipo delictivo cuando sean operaciones mercantiles al por menor (por ser la única fase de su comercialización en la que se mantiene el régimen de monopolio), resultaría de inalcanzable aplicación el tipo penal establecido por nuestro legislador para el contrabando de estas sustancias, dado que el artículo 2.3.b de la Ley de represión del contrabando (en su redacción dada por la Ley LO 6/2011), exige que la acción delictiva se proyecte sobre partidas de **tabaco** que tengan un valor comercial mínimo de 15.000 euros y

4. El bien jurídico protegido en los tipos penales cuya aplicación se reclama, no es sólo la Hacienda Pública (bien jurídico que encontraría suficiente protección en los artículos 305 y ss de nuestro Código Penal), sino también las funciones de policía y el servicio público de la Administración del Estado. Y si se justifica la protección penal de esta manifestación del Estado (tanto respecto a su eficacia en la distribución final del producto, como incluso respecto de la fase de producción y comercialización mayorista de determinados artículos), es por garantizar su correcta operatividad.

La finalidad de eliminar la competencia en la distribución final del producto al consumidor y evitar así la merma de ingresos tributarios en el comercio minorista del **tabaco**, impone adelantar los elementos de vigilancia hasta el proceso de fabricación, exportación, importación y distribución del producto al por mayor, por razones de estricta eficacia. Es cierto que la exposición de motivos de la Ley 13/1998, de 4 de mayo, expresamente indicaba " *La Ley 38/1985, de 22 de noviembre, del Monopolio Fiscal de **Tabacos**, dictada con motivo de la incorporación de España a las Comunidades Europeas, debe ser reformada para aplicar en el sector tabaquero español el principio de "libertad de empresa", consagrado en el artículo 38 de la Constitución, a las actividades de elaboración, importación y venta al por mayor de los productos del **tabaco***"; pero la propia Ley expresaba también que esa liberalización no debía entrañar un abandono del control del mercado y reflejaba expresamente " *Se trata, por tanto, de sustituir para las repetidas fases la intervención del Estado en el mercado del **tabaco** por una nueva actividad meramente reguladora o de vigilancia que salvaguarde la aplicación de los criterios de neutralidad y las condiciones de libre competencia efectiva, de tal forma que, dejando actuar a todos los sujetos que lo deseen, se supervise por un órgano estatal el correcto desenvolvimiento de tal actividad empresarial*".

Y más allá del mero control de los ingresos tributarios, es la propia naturaleza de los distintos productos calificados como género estancado, la que introduce la necesidad de supervisión de su mercado. Razones de sanidad, de garantía de suministro o de orden público, pueden añadirse a los intereses tributarios, para justificar la actividad regulatoria estatal de estos mercados tan específicos, aún cuando el régimen de monopolio abarque sólo a una fase del proceso de producción o de comercialización.

En este sentido, y con relación una vez más a las labores de **tabaco**, la exposición de motivos de la Ley 13/1998, expresaba que " *El mantenimiento de la titularidad del Estado en el monopolio de comercio al por menor de labores de **tabaco**, que continúa revistiendo el carácter de servicio público, constituye un instrumento fundamental e irrenunciable del Estado para el control de un producto estancado como es el **tabaco**, con notable repercusión aduanera y tributaria*", pero añadía después que: " *Por añadidura, la continuidad de la amplia red minorista de Expendedurías de **Tabaco** y Timbre, con garantía probada de neutralidad, evita la aparición de oligopolios que podrían afectar negativamente a dicha neutralidad, recortar el derecho de opción del consumidor y promocionar el consumo de **tabaco**, garantiza al adquirente la regularidad en el abastecimiento y la legalidad y adecuada conservación de los productos...*".

Es esta naturaleza del producto la que hizo que la Ley expresamente indicara que la liberación comercial de las operaciones al por mayor de labores de **tabaco**, no modificaba las restricciones sanitarias en materia de publicidad, venta o consumo de **tabacos** (Disposición Final Tercera). Y es esta naturaleza del producto la que justificaba que la Ley previera mecanismos especiales de control de su mercado. La necesidad de control de la actividad con labores de **tabaco**, determinó que la liberalización de su comercio al por mayor viniera acompañada de la creación del Comisionado para el Mercado de **Tabacos**; un organismo regulador, con unas muy importantes funciones de vigilancia (abarcadas por el bien jurídico protegido), entre las que se encontraba (y por hacer sólo referencia a operaciones de **tabaco** al por mayor): la supervisión de la instalación de los

centros fabriles; la verificación de la idoneidad de los centros de almacenamiento de **tabaco** en los centros de producción (artículo 2 de la Ley 13/1998); la supervisión de cualquier operación de importación al por mayor de labores de **tabaco**, tanto para verificar la idoneidad de su posterior almacenamiento, como para comprobar su origen y sus movimientos (artículo 3.2); así como permitir esas mismas funciones de control del almacenamiento, del origen y de la circulación de las partidas de **tabaco**, respecto de cualquier operación de distribución al por mayor (artículo 3.3). Un control de movimientos que posibilita precisamente la supervisión de las condiciones sanitarias de un producto destinado al consumo humano por un lado, y que permite verificar que el **tabaco** únicamente se suministre a los expendedores autorizados (artículo 3.4); en similares condiciones de servicio para todos ellos (artículo 3.5); sin posibilidad de subvencionar a los distribuidores y poder alterar así la exclusión legal de que los productores y mayoristas participen en la distribución final del producto (artículo 3.6, en relación con el artículo 1.2.C); además de permitir controlar los precios de venta con los que operan los mayoristas, no sólo por afectar directamente al interés correspondiente a la Administración Tributaria (artículo 4.2), sino en garantía de que se remunera a los distribuidores en la forma establecida en la ley (artículo 4.2, en relación con el artículo 3.4 del mismo texto legal)".

NOVENO.- ¿Constituyen labores de **tabaco**, las hojas que preparaba, empaquetaba y comercializaba el recurrente?

A nivel de ordenamiento interno la normativa de referencia viene representada por la ley 38/1992, de 28 de diciembre, de Impuestos Especiales. Su art. 56 delimita el concepto de labores del **tabaco** a los efectos del impuesto especial que las grava:

"A efectos de este impuesto tienen la consideración de labores del **tabaco**:

1. Los cigarros y los cigarrillos.
2. Los cigarrillos.
3. La picadura para liar.
4. Los demás **tabacos** para fumar".

El art. 59 se preocupa de detallar qué ha de considerarse por *cigarros, cigarrillos, cigarrillos, picadura para liar* y los *demás tabacos para fumar*. Solo en este último concepto puede encajarse la sustancia ocupada. Dice el apartado 4 de tal norma:

"A efectos de este impuesto tendrá la consideración de **tabaco** para fumar o picadura:

- a) El **tabaco** cortado o fraccionado de otro modo, hilado o prensado en plancha, no incluido en los apartados anteriores (cigarros, cigarrillos y cigarrillos) y que sea susceptible de ser fumado sin transformación industrial ulterior.
- b) Los desechos de **tabaco** acondicionado para la venta al por menor que no sean cigarros, cigarrillos ni cigarrillos y que sean susceptibles de ser fumados. A estos efectos, se considerarán desechos de **tabaco** los restos de hojas de **tabaco** y los subproductos derivados del tratamiento del **tabaco** o de la fabricación de labores de **tabaco**".

El apartado 7 concluye conceptuando como *fabricante* a quien *transforma el tabaco en labores del tabaco acondicionadas para su venta al público*.

La fórmula a retener sería, por tanto, la siguiente: **tabaco cortado o fraccionado de otro modo, hilado o prensado en plancha, y que sea susceptible de ser fumado sin transformación industrial ulterior**.

Todo lo que encaje en esa definición (*demás tabacos para fumar*) es labor de **tabaco** y por tanto sustancia apta para integrar el objeto material de los delitos de contrabando.

Esta legislación nacional es, por lo demás, fiel trasunto de la normativa de la Unión Europea.

La Directiva 2011/64 es en este ámbito el referente insoslayable. Sus considerandos (2), (3), (8) y (9) aportan interesantes elementos para una interpretación finalística del instrumento normativo. Los transcribimos:

"(2) La legislación fiscal de la Unión sobre los productos del **tabaco** tiene que garantizar el buen funcionamiento del mercado interior, asegurando al mismo tiempo un elevado nivel de protección de la salud, tal como exige el artículo 168 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y habida cuenta de que el **tabaco** puede producir graves daños para la salud y de que la Unión es Parte contratante del Convenio marco de la Organización Mundial de la Salud para el Control del **Tabaco** (CMCT). Debe tomarse en consideración la situación existente en la actualidad en relación con las diversas clases de labores del **tabaco**.

(3) Uno de los objetivos del Tratado de la Unión Europea es mantener una unión económica que presente características análogas a las de un mercado interior y que implique una competencia sana. En lo que concierne al sector de las labores del **tabaco**, la realización de este objetivo presupone la aplicación en los Estados miembros de impuestos sobre el consumo de productos de dicho sector que no falseen las condiciones de competencia y no obstaculicen su libre circulación en la Unión.

[...]

(8) En aras de una imposición justa y uniforme, procede establecer una definición de cigarrillos, cigarros puros y cigarritos y otro **tabaco** para fumar, para que los rollos de **tabaco** que por su longitud puedan considerarse dos o más cigarrillos tengan esa misma consideración a efectos del impuesto especial, que los tipos de cigarros puros que en muchos aspectos se asemejan a cigarrillos reciban el mismo trato que los cigarrillos a efectos del impuesto especial, que **el tabaco para fumar que en muchos aspectos se asemeja a la picadura fina para liar cigarrillos reciba el mismo trato que la picadura fina a efectos del impuesto especial**, y que se definan claramente los desechos de **tabaco**. [...]

(9) En lo que concierne a los impuestos especiales, la armonización de las estructuras debe conducir, en particular, a que la competitividad de las diferentes categorías de labores del **tabaco** pertenecientes a un mismo grupo no sea falseada por los efectos de la imposición y que, en consecuencia, se realice la apertura de los mercados nacionales de los Estados miembros." (el énfasis tipográfico no aparece en el texto original).

Ya el articulado establece:

"La presente Directiva fija los principios generales de la armonización de las estructuras y de los tipos del impuesto especial al que los Estados miembros someterán las labores del **tabaco**" (art. 1).

Y el art. 2.1 dispone:

"A efectos de la presente Directiva se entenderá por labores del **tabaco**:

- a) los cigarrillos;
- b) los cigarros puros y los cigarritos;
- c) el **tabaco** para fumar:
- i) picadura fina de **tabaco** destinada a liar cigarrillos,
- ii) los demás **tabacos** para fumar"

Por fin, en el art. 5 se explica que "1. A efectos de la presente Directiva se entenderá por **tabaco** para fumar:

- a) **el tabaco cortado o fraccionado de otra forma, hilado o prensado en placas, que pueda fumarse sin transformación industrial ulterior;**
- b) los desechos de **tabaco** acondicionados para la venta al por menor, no comprendidos en el artículo 3 y el artículo 4, apartado 1, que puedan fumarse. A los efectos del presente artículo, se considerarán desechos de **tabaco** los restos de hojas de **tabaco** y los subproductos derivados del tratamiento del **tabaco** o de la fabricación de labores de **tabaco**.

(...)

DÉCIMO.- Abrimos ahora un paréntesis en el hilo discursivo. Para dar respuesta a la cuestión debatida se hace, si no indispensable, sí al menos muy conveniente, entretenerse algo más en el papel y los condicionantes de los reenvíos del Código Penal a normas extrapenales que coadyuvan, por virtud de esa técnica (norma penal en blanco), a delimitar el ámbito de lo punible.

La STS 363/2006, de 28 de marzo desarrolla detenidamente los estándares que han de presidir la indagación de esa cuestión. Dice:

"Respecto a la cuestión planteada de que el derecho penal constituye la *ultima ratio* aplicable a los hechos más graves para la convivencia social debemos recordar que en este sentido el derecho penal se rige por unos principios esenciales, entre ellos, el de legalidad y el de mínima intervención.

El primero se dirige especial a los Jueces y Tribunales. Solo los comportamientos que son susceptibles de integrarse en un precepto penal concreto pueden considerarse infracción de esta naturaleza **sin que sea dable incorporar a la tarea exegética ni la interpretación extensiva ni menos aún la analogía en la búsqueda del sentido y alcance de una norma penal**. Ello significa que la limitación que la aplicación de este principio supone imponer la exclusión de aquellas conductas que no se encuentran plenamente enmarcadas dentro de un tipo penal o lo que es igual, pretendiendo criminalizar conductas previamente o en su definición dentro del orden

jurisdiccional competente, para delimitar dentro de él las conductas incardinadas dentro de esta jurisdicción y establecer la naturaleza de la responsabilidad para, llegado el caso, trasladarlas a este orden jurisdiccional limitativo y restrictivo por la propia naturaleza punitiva y coercitiva que lo preside.

(...)

Argumenta el motivo que dicho precepto tipifica un delito específico de prevaricación administrativa, pero lo hace con la técnica de las "normas penales en blanco", de tal manera que, para que su aplicación resulte conforme al principio de legalidad penal, es preciso determinar previamente: a) si la norma de reenvío satisface el principio de certeza; b) cuáles de los contenidos de la norma de reenvío pueden integrar (por respeto a los principios de proporcionalidad y ultima ratio) la materia de prohibición penal; y c) si, respecto de esos contenidos, la conducta enjuiciada puede ser calificada como delictiva.

En el presente caso entiende la recurrente que este análisis previo no se ha efectuado conforme a Derecho, porque la Audiencia, pese a exponer correctamente los presupuestos de aplicación de este tipo penal ha errado manifiestamente en su apreciación.

Así se dice en el motivo que en la aplicación del art. 320.1 CP. no ha reprochado el incumplimiento directo, en su informe favorable a la concesión de la licencia, de una norma urbanística concreta con rango de Ley que la recurrente debiera haber obedecido. Y tampoco le ha reprochado, siquiera, que aquel informe haya vulnerado de forma directa alguna otra norma concreta de rango inferior al legal que con claridad indicara la conducta debida. Muy al contrario, el reproche que le formula la sentencia es, tan solo, no haberse comportado conforme a una interpretación que la Sala sentenciadora, únicamente desde su propia autoridad, ha efectuado de un abigarrado complejo normativo, de carácter administrativo urbanístico, y de origen estatal, autonómico y local, y además en cambiante sucesión de contenidos desde 1967. Añadiendo que esta interpretación no es la única posible y desde luego no es la mantenida por el Ayuntamiento de Tui ni tampoco la interpretación proporcionada por los Tribunales del orden contencioso-administrativo en Galicia. La correcta interpretación, según la recurrente es que la ciudad no es, en la actualidad, en su conjunto "bien de interés cultural", como entiende la sentencia, sino solo una "zona histórico-artístico" (no por tanto, una zona de respeto). Y ello es así porque la conversión de los bienes (precedentemente) declarados histórico-artísticos "en Bienes de Interés Cultural; se realizó en la Disposición Adicional 1ª de la Ley 16/85 de 25.6, del Patrimonio Histórico Español y en el contexto de esta norma, no cabe entender asimilada la "zona de respeto" con los "Bienes de Interés Cultural". (...)

El principio de legalidad penal supone una doble garantía, cifrada, respectivamente, en la exigencia de que la acción punitiva del Estado tenga a la ley -a la ley formal- como presupuesto inexcusable y en la necesaria predeterminación normativa, junto a ello, de las conductas y penas a través de una tipificación precisa dotada de la suficiente concreción de las conductas incorporadas al tipo, imperativos que pueden sintetizarse mediante la fórmula *lex scripta, praevia y certa*, se dice que el legislador penal debe conformar sus preceptos "de tal modo que de ellos se desprenda con la máxima claridad posible cual es la conducta prohibida o acción ordenada" (STC. 159/86 de 12.12), de modo que serán contrarios a lo dispuesto en el art. 25.1 de la Constitución "los tipos formulados en forma tan abierta que su aplicación o inaplicación dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria, en el sentido estricto de la palabra, de los Jueces y Tribunales" (STC 105/1988, de 8.6). Sin embargo es constitucionalmente posible la utilización legislativa y aplicación judicial de normas penales en las que la conducta o la consecuencia jurídico-penal no se encuentre agotadoramente prevista, debiendo acudir para su integración a otra norma distinta, norma que por su carácter instrumental no se verá afectada por la garantía de reserva de Ley Orgánica, según el art. 81.1 CE. en relación con el 17.1.

Ahora bien, este reenvío normativo a normas no penales propio de lo que se ha llamado tipos penales en blanco, procederá únicamente si se dan determinados requisitos, como señala la STS. 1664/2002 de 28.3 :

a) que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; b) que la norma penal, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición; y c) que se satisfaga la exigencia de certeza, es decir, que se dé la 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 (STS. 8.2.2000 que resume la doctrina de las SSTC. 122/87 , 127/90 , 118/92 , 111/93 , 62/94 y 120/98).

Bien entendido que pese a tal necesidad de certeza, el legislador penal (STC. 89/93), "no viene constitucionalmente obligado a acuñar definiciones específicas para todos y cada uno de los términos que integran la descripción del tipo "en cuanto"... una tal labor definitoria sólo resultaría inexcusable cuando el legislador se sirviera de expresiones que por su falta de arraigo en la propia cultura jurídica carecieran de

toda virtualidad significativa y deparasen, por lo mismo, una indeterminación sobre la conducta delimitada mediante tales expresiones".

Igualmente es necesario precisar, de una parte, que la reserva de Ley que se exige para las disposiciones penales, no excluye la posibilidad de que éstas contengan remisiones a los Reglamentos, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley, pues sería degradar la garantía esencial que el principio entraña (SSTC 42/1987 y 219/1991), y de otra, que si bien una norma autonómica no puede prever concretos delitos ni sus correspondientes penas, se puede plantear el problema de si el órgano judicial puede integrar el tipo penal con una norma autonómica de naturaleza administrativa, o expresado con otros términos, si la norma autonómica puede servir de complemento a la Ley penal en blanco. Para dar respuesta adecuada a esta cuestión, dice la STC. 128/98 de 15.6, es menester partir de que nuestro ordenamiento jurídico ha adoptado una estructura compuesta, en la que están llamadas a coexistir la legislación estatal y la legislación autonómica...

... De estas consideraciones se desprende que el órgano judicial puede seleccionar como complemento válido de la Ley penal las normas de las Comunidades Autónomas dictadas en el marco de sus respectivas competencias.

En tal caso será preciso que dichas normas autonómicas se acomoden a las garantías constitucionales dispuestas en el art. 25.1 CE. y que "no introduzcan divergencias irrazonables y desproporcionadas al fin perseguido respecto al régimen jurídico aplicable en otras partes del territorio, doctrina que hemos reiterado en relación con la capacidad sancionadora de las Comunidades Autónomas. Puesto que de acuerdo con nuestra doctrina acerca de las Leyes penales en blanco, el núcleo del delito ha de estar contenido en la Ley penal remitente, la función de la norma autonómica remitida se reduce simplemente a la de constituir un elemento inesencial de la figura delictiva.

En el caso que analizamos, el art. 320 constituye, ciertamente, un tipo parcialmente en blanco, pues la norma penal requiere una hetero-integración con la normativa administrativa, como se ve en su propia redacción ("haya informado favorablemente proyectos de edificación o la concesión de licencias *contrarias a las normas urbanísticas vigentes*").

Ahora bien el reenvío que la sentencia efectúa **no puede entenderse como una interpretación extensiva de un abigarrado conjunto de normas urbanísticas.**

(...) Consecuentemente no puede entenderse que las normas administrativas utilizadas por la Sala para integrar el delito del art. 320.1 no satisfagan el principio de certeza jurídica, podrá cuestionarse la interpretación que de las mismas realiza la Sala, e incluso, su concreta aplicación al caso de autos pero ello no afecta al principio de legalidad" (énfasis añadido).

Constituyen, de otra parte, imprescindibles referencias cuatro relativamente recientes pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre las normas penales en blanco y el principio de legalidad penal.

El primero de ellos - STC 24/2004, de 24 de febrero- permite obtener una conclusión fecunda a los efectos aquí procedentes: que la interpretación por un órgano judicial penal de la norma extrapenal complementadora del tipo penal goza de cierta autonomía; no es absolutamente vicaria del alcance que se le dé en otros ámbitos.

La solución a la que llega tal sentencia al verificar la homologabilidad constitucional del delito del art. 563 CP (tenencia ilícita de armas) construido en abierta e indisimulada dependencia del concepto normativo de carácter gubernativo *armas prohibidas*, reconoce que lo que ha de entenderse a efectos penales por "armas prohibidas" -definidas en forma de listado en la legislación administrativa- no ha de coincidir necesariamente con el mismo concepto a los fines administrativos en que se desenvuelve esa norma (que no es penal, pero que ayuda a perfilar el ámbito de lo punible). El intérprete penal no queda inexorablemente encadenado a la formulación administrativa a la que se remite la norma penal. Puede desembarazarse de ella cuando las técnicas que han de presidir la exégesis de la ley penal le empujen a emanciparse de la delimitación del concepto normativo efectuada en el marco administrativo.

Esa metodología, aunque sin excesivo aparato argumental, aparecerá como fundamento de la respuesta ofrecida por la STS 829/1999, de 19 de mayo a un recurso del Ministerio Público frente a una absolución por el delito contra la fauna (*pico picapinos*) por el que acusaba.

Leemos en la STC 24/2004:

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.

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 autolimitación 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 ejerce 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 definieran 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).

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.

(...)

Más adelante dirige el Tribunal su razonamiento a buscar desde los principios penales una interpretación que permita salvar la constitucionalidad del tipo penal, aun a costa de recortar el concepto administrativo en el momento de extrapolarlo al ámbito penal:

"... 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 inviabilidad 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 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.

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 materia 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".

La STC 34/2005 de 17 de febrero, por su parte, resuelve dos cuestiones de constitucionalidad elevadas por sendos órganos judiciales. Van referidas precisamente al delito de contrabando aunque en modalidad que versa sobre objetos materiales de otra naturaleza:

"1. Tanto la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección Tercera) como la de Sevilla (Secciones Cuarta y Séptima) cuestionan en el presente proceso constitucional el apartado uno de la disposición adicional decimoctava de la Ley 46/1985, de 27 de diciembre , de presupuestos generales del Estado para 1986, planteando, en los diferentes términos que quedan indicados con la debida precisión en los antecedentes de esta Sentencia, la posible vulneración por la disposición cuestionada del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), de la reserva de ley orgánica (art. 81 CE) y de los límites al contenido de la Ley de presupuestos generales del Estado (arts. 66.2 . y 134 CE). Dada la coincidencia de las argumentaciones fundamentales que sustentan las cuestiones de inconstitucionalidad, y en atención a evidentes razones de economía y claridad expositiva, se examinarán separadamente las alegaciones referidas a las distintas vulneraciones denunciadas y se enjuiciará su consistencia o inconsistencia sin hacer referencia concreta a la cuestión o a las cuestiones en las que se hayan propuesto.

2. En todo caso, antes de entrar a analizar cada una de las dudas de constitucionalidad avanzadas por los citados órganos judiciales, conviene precisar que en la regulación del juego en nuestro país el Real Decreto-ley 16/1977, de 25 de febrero, por el que se disciplinan los aspectos penales, administrativos y fiscales de



los juegos de suerte, envite o azar y apuestas, aun cuando despenalizaba los juegos de azar, los sometía a autorización administrativa y a una fiscalidad complementaria. (...)

La anterior regulación sobre el juego y sus infracciones fue complementada por la *Ley Orgánica 7/1982, de 13 de julio*, por la que se modificaba la legislación vigente en materia de contrabando y se establecía la normativa sobre los delitos e infracciones administrativas en la materia (regulación actualmente derogada con la aprobación de la *Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre*, de represión del contrabando). Esta Ley tipificaba como delito de contrabando, entre otros supuestos, la importación, exportación o posesión de "géneros prohibidos", así como la realización con ellos de operaciones de comercio o circulación sin cumplir los requisitos establecidos por las leyes (art. 1.4), castigándolo con una pena de prisión menor y multa del tanto al duplo del valor de los géneros o efectos (art. 2.1) y previendo que la responsabilidad civil que procediese declarar a favor del Estado se extendería "en su caso al valor de la deuda tributaria defraudada" (art. 4). A efectos de este delito la norma legal calificaba como "artículos o géneros prohibidos" tanto a "[l]os que como tales se hallen comprendidos en los Aranceles de Aduanas" [art. 3.2 a)] como a "los que por razones de higiene, seguridad u otra causa cualquiera hayan sido comprendidos o se comprendan expresamente por disposición con rango de Ley, en prohibiciones de importación, exportación, circulación, comercio, tenencia o producción" [art. 3.2 b)]. Además especificaba que "[e]l carácter de prohibido se limitará para cada género a la realización de la actividad o actividades que de modo expreso se determine en la norma que establezca la prohibición y por el tiempo que la misma señale" (art. 3.3).

Esta última norma legal a la que hace referencia la *Ley de contrabando* se concretó, para los "géneros prohibidos", en la disposición adicional decimoctava de la *Ley 46/1985*, aquí cuestionada, en cuyo apartado uno se dispone que "[a] los efectos de lo previsto en los arts. 1.1, 3.2 y 3.3 de la *Ley Orgánica 7/1982, de 13 de julio*, se entiende prohibida la circulación, comercio, tenencia o producción de billetes, boletos, sellos, cartones, resguardos, máquinas o cualquier otro elemento, incluso técnico o informativo, que constituya soporte en la práctica de juegos de azar, sorteos, loterías, rifas, tómbolas, quinielas, combinaciones aleatorias y, en general, todas aquellas actividades en las que se arriesguen cantidades de dinero u objetos económicamente evaluables en forma de envites o traviesas sobre resultados".

Pues bien, las Audiencias Provinciales de Zaragoza y Sevilla someten a nuestro enjuiciamiento ese apartado uno de la disposición adicional decimoctava de la *Ley 46/1985* por un triple motivo: en primer lugar, por la posible infracción de la reserva de ley orgánica establecida en el art. 81.1 CE, habida cuenta de que mediante el precepto legal ordinario cuestionado se tipifica un delito que lleva aparejada una pena privativa de libertad; en segundo lugar, por la posible incompatibilidad de la norma cuestionada con los arts. 66.2 y 134.2 CE, al establecerse en ella una regulación que, a juicio de los citados órganos judiciales, no tiene cabida ni en el contenido mínimo ni en el eventual de la Ley de presupuestos generales del Estado; finalmente, por la posible vulneración del principio de seguridad jurídica del art. 9.3 CE, al no indicarse si la vigencia del precepto cuestionado se limita al ejercicio presupuestario o se extiende de forma indefinida.

3. Los órganos judiciales apuntan como uno de los motivos de inconstitucionalidad del precepto cuestionado el de la infracción de la reserva de ley orgánica establecida en el art. 81.1 CE, habida cuenta de que el apartado uno de la disposición adicional decimoctava de la *Ley 46/1985* tipifica un delito que lleva aparejada una pena privativa de libertad, y la Constitución exige que los elementos esenciales del tipo y de la pena se establezcan por ley orgánica. Frente a ello tanto el Abogado del Estado como el Fiscal defienden que nos encontramos ante una ley extrapenal por la que se completa, cumpliendo las exigencias constitucionalmente establecidas al respecto, una norma penal en blanco en virtud del reenvío efectuado por ésta a la ley ordinaria.

La cuestión a analizar se centra, entonces, en determinar si nos encontramos ante uno de los supuestos de colaboración entre la norma penal y la extrapenal constitucionalmente admisibles conforme a nuestra doctrina. A este respecto debemos comenzar precisando que, como señalamos en la STC 120/1998, de 15 de junio (en un recurso de amparo relativo a una condena por un delito de contrabando de especies protegidas), con referencia al art. 1.1.4, puesto en relación con los arts. 3.2 y 3.3, todos ellos de la *Ley Orgánica 7/1982*, que la que entra en juego en el caso sometido a nuestro enjuiciamiento es "una ley penal de las denominadas por la doctrina ¿en blanco?, que impone taxativamente la consecuencia jurídica, pero cuyo supuesto de hecho no se encuentra totalmente previsto en ella, sino que requiere de un complemento previsto en otra norma; la norma penal se remite a otra norma de naturaleza no penal, que se integra de este modo en la definición del delito o falta" (FJ 2); en el mismo sentido, y con relación al delito contra la hacienda pública, la STC 87/2001, de 2 de abril, FJ 8).

Sentando lo anterior debemos seguidamente señalar que, conforme a doctrina reiterada de este Tribunal, la reserva de ley que opera en materia penal no impide la existencia de posibles "leyes penales en blanco", esto es, de normas penales incompletas en las que la conducta jurídico-penal no se encuentre exhaustivamente prevista en ellas y que remiten para su integración a otras normas distintas, que pueden tener incluso carácter

reglamentario (por todas, *STC 24/2004, de 24 de febrero*, FJ 3). Al respecto lo que resulta exigible es la concurrencia de los tres siguientes requisitos: en primer lugar, que el reenvío normativo sea expreso; en segundo término, que esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; y, finalmente, que la Ley, además de señalar la pena, dé certeza, es decir, sea de la suficiente concreción para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la *ley penal* se remite, resultando, de esta manera, salvaguardada la función de garantía del tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada (entre muchas otras, *SSTC 122/1987, de 14 de julio*, FJ 3; *118/1992, de 16 de septiembre*, FJ 2; *111/1993, de 25 de marzo*, FJ 6; *62/1994, de 28 de febrero*, FJ 4; y *24/1996, de 13 de febrero*, FJ 3).

Pues bien, como ya tuvimos la oportunidad de señalar en la citada *STC 120/1998*, basta el examen de la regulación contenida en la *Ley Orgánica 7/1982, de 13 de julio*, de contrabando, para comprobar cómo en el presente supuesto se cumplen los citados requisitos. En efecto, en primer lugar, la lectura de los arts. 1.1.4, 3.2 b) y 3.3 de la *Ley Orgánica 7/1982* pone de manifiesto que, como señalamos en dicha *STC 120/1998* (FJ 5), el reenvío normativo existe de forma expresa, dado que el primero de los preceptos conceptúa reos del delito de contrabando a los que importaren, exportaren o poseyeren géneros prohibidos y a los que realizaren con ellos operaciones de comercio o circulación "sin cumplir los requisitos establecidos por las leyes"; el segundo define como géneros prohibidos todos los que por razones de higiene, seguridad u otra causa cualquiera hayan sido comprendidos o se comprendan expresamente, "por disposición con rango de Ley", en prohibiciones de importación, exportación, circulación, comercio, tenencia o producción; y, finalmente, el tercero establece que el carácter de "prohibido" se limitará para cada género a la realización de la actividad o actividades "que de modo expreso se determine[n] en la norma que establezca la prohibición" y por el tiempo que la misma señale.

En segundo lugar no puede tampoco dudarse (como ya pusimos de manifiesto en la referida *STC 120/1998, de 15 de junio*) que el reenvío efectuado por la *Ley de contrabando* a normas legales extrapenales está justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal. A este respecto cabe destacar que, entre otros, el bien jurídico protegido por la norma orgánica es el "interés económico del Estado" (*STC 120/1998*, FJ 5), esto es, en lo que ahora nos importa, su interés a la recaudación de los ingresos de carácter tributario que de las autorizaciones del juego derivan (conforme al Real Decreto-ley 16/1977), corolario que se desprende, entre otros, del art. 4 de la citada Ley Orgánica, precepto en virtud del cual "[l]a responsabilidad civil que proceda declarar a favor del Estado, derivada de los delitos de contrabando, se extenderá en su caso al valor de la deuda tributaria defraudada". Como ya hemos tenido ocasión de señalar, "[l]a circunstancia de que la norma penal se refiera a este bien jurídico con los términos 'por otra causa cualquiera' está justificada por el motivo de que estos intereses son contingentes y pueden modificarse con el transcurso del tiempo, sin que sea necesario acometer una constante actualización de la regla penal, que por lo general tiene una pretensión de relativa permanencia en el tiempo" (*STC 122/1998, de 15 de junio*, FJ 5). La llamada a la normativa extrapenal parece, pues, necesaria a la vista del objeto de la prohibición, dada la complejidad técnica y la evolución de las formas de juego, lo que hace imprescindible la adecuación de la normativa a esa evolución y justifica la remisión a la legislación complementaria. Es evidente, entonces, que el apartado uno de la disposición adicional decimoctava de la *Ley 46/1985*, aquí cuestionado, en virtud de aquella remisión normativa, lo que hace es precisar los instrumentos que para la práctica de los juegos de suerte, envite o azar quedan incluidos dentro de la prohibición contenida en la norma orgánica de contrabando: billetes, boletos, sellos, cartones, resguardos, máquinas o cualquier otro elemento, incluso técnico o informático.

En último lugar también ha sido observada la tercera exigencia relativa a que la norma orgánica remitente contenga, además de la pena, el núcleo esencial de la prohibición, puesto que la *Ley Orgánica 7/1982*, no sólo determina la pena aplicable al delito de contrabando en su art. 2 (prisión menor y multa del tanto al duplo), sino que concreta la conducta delictiva de forma detallada, al calificar como reos del delito de contrabando a los que "[i]mportaren, exportaren o poseyeren géneros prohibidos, y los que realizaren con ellos operaciones de comercio o circulación, sin cumplir los requisitos establecidos por las leyes" (art. 1.4), determinando que son artículos o géneros prohibidos los que "hayan sido comprendidos o se comprendan expresamente por disposición con rango de ley, en prohibiciones de exportación, circulación, comercio, tenencia o producción" [art. 3.2 b)]. Es cierto, como ya dijimos en la *STC 120/1998*, "que no se mencionan expressis verbis los concretos géneros prohibidos, puesto que tal elemento delictivo se obtiene a través del complemento extrapenal. Pero la Ley punitiva 7/1982 expresa que su valor ha de ser igual o superior a un millón de pesetas (art. 1.1), circunstancia que coadyuva a delimitar el objeto material. Aunque este elemento no está determinado, es determinable mediante la norma que sirve para complementar el tipo penal, por lo que, en definitiva, el precepto cumple lo requerido por la doctrina de este Tribunal" (FJ 5).

Cumpliendo la *Ley Orgánica 7/1982, de 13 de julio*, los requisitos que venimos exigiendo para las llamadas "leyes penales en blanco", debemos rechazar que se haya producido la vulneración del art. 81.1 CE por el

apartado uno de la disposición adicional decimoctava de la *Ley 46/1985, de 27 de diciembre*, de presupuestos generales del Estado para 1986".

La cita de esta sentencia se antoja especialmente pertinente en cuanto bendice la utilización de la técnica del reenvío a legislación extrapenal específicamente en materia de delitos de contrabando.

La STC 181/2008, de 22 de diciembre, analiza otra norma penal en blanco: el delito de intrusismo. En ese concreto territorio las sucesivas remisiones normativas y la relativa indeterminación de algunos de los conceptos manejados en tales normas condicionan su importación al campo de la aplicación de la norma penal:

"Forma parte, en efecto, del derecho a la legalidad sancionadora tanto la garantía de tipicidad de la conducta sancionada como la garantía de determinación de la norma sancionadora aplicada. **El art. 25.1 CE exige "no sólo la sujeción de la jurisdicción sancionadora a los dictados de las leyes que describen ilícitos e imponen sanciones, sino la sujeción estricta, impidiendo la sanción de comportamientos no previstos en la norma correspondiente pero similares a los que sí contempla". Esta garantía de tipicidad "no es más que el reverso, el complemento y el presupuesto de la garantía de determinación que ha de preservar el legislador y, en su caso, la Administración, con normas 'concretas, precisas, claras e inteligibles'** (STC 34/1996 , de 11 de marzo, FJ 5)" (SSTC 137/1997 , de 21 de julio, FJ 6; 151/1997 , de 29 de septiembre, FJ 4). Se trata de una vertiente "cuya posible infracción debe ser igualmente fiscalizada en amparo". Así, "la garantía material de *lex certa* integra asimismo el derecho a no ser sancionado en aplicación de una disposición imprecisa, por lo que el déficit de taxatividad ... encuentra un cauce idóneo en el recurso de amparo" (STC 283/2006 , de 9 de octubre, FJ 6).

No atañe al derecho a la legalidad sancionadora, sin embargo, la falta de rango que ex art. 36 CE pueda tener la norma que integre los tipos de **intrusismo** profesional. La invocación de una específica previsión constitucional al respecto, la del art 36 CE ("La ley regulará ... el ejercicio de las profesiones tituladas"), no convierte esta cuestión en una cuestión propia del art. 25.1 CE. Así lo recordábamos en la STC 283/2006 : se trata de una "cuestión que, por sí misma, es ajena al derecho fundamental concernido, por cuanto el mero hecho de que la norma de complemento aplicada para integrar la ley penal en blanco carezca de rango legal no incide en las garantías que acoge el art. 25.1 CE. Baste recordar, a estos efectos, que, como reiteradamente hemos afirmado, 'la reserva de ley que rige para las disposiciones penales no excluye la posibilidad de que éstas tengan remisiones a los reglamentos administrativos' (STC 120/1998 , de 15 de junio, FJ 3; en igual sentido, SSTC 24/2004 , de 24 de febrero, FJ 3; 34/2005 , de 17 de febrero, FJ 3)" (FJ 5).

5. La alegación relativa al modo en el que se interpretó la norma aplicada es, en la demanda de amparo, subsidiaria de la que se refiere al carácter inconstitucionalmente impreciso de la misma. Esta tacha no la refiere la demanda ya al art. 37 c) de la Ley canaria 11/1994, de 26 de julio, de ordenación sanitaria de Canarias, que es el precepto de partida, sino a la norma finalmente conformada por éste y por el Real Decreto 127/1984, de 11 de enero, por el que se regula la formación médica especializada y la obtención del título de médico especialista, que es con el que la Administración integra la remisión de la norma legal. Esta remisión no es expresa, pero sí indubitadamente implícita y necesaria para la regulación de la materia (la sanción del **intrusismo**). Como afirmamos en nuestra STC 283/2006 , de 9 de octubre, en relación con el tipo del delito de **intrusismo**, la conclusión de que estamos ante "una estructura de ley penal en blanco" está "avalada por la doctrina científica y la jurisprudencia del Tribunal Supremo" y "sostenida no sólo en el incuestionable carácter jurídico de los elementos a que remiten nociones como 'título oficial' o que 'habilite legalmente para su ejercicio', sino esencialmente debido a que el régimen español de las profesiones tituladas -materia que conforma el sustrato de regulación del delito de **intrusismo** y cuyos aspectos más esenciales ('títulos oficiales', 'actos propios de una profesión', etc.) son los que han de servir de complemento exegético al mismo- se configura como un sistema cerrado de reglamentación, con una consiguiente vinculación entre títulos y la actividad profesional correspondiente que, con mayor o menor concreción, debe ser legalmente determinada, tal como viene a establecer el artículo 36 CE al exigir que sea la ley la que regule el ejercicio de las profesiones tituladas. En esa medida, habrán de ser precisamente normas jurídicas las que determinen qué deban ser actos propios de una profesión para cuyo ejercicio habilite un título oficial" (FJ 7).

No es ciertamente la propia técnica de tipificación del precepto sancionador aplicado la cuestionada ex principio de legalidad, sino el resultado impreciso de la integración del precepto legal sancionador que se aplicaba. Y cuestionado con razón. **Ni la vaga alusión de las resoluciones administrativas al Real Decreto 127/1984 -sólo en la referencia a la imputación en los antecedentes de la primera resolución-, ni la más concreta de la Sentencia a su art. 1 y a su anexo configuran una norma que transmita con una precisión mínima qué actividades médicas son propias de la Cirugía Plástica y Reparadora y en qué casos su realización exige el título correspondiente de Médico Especialista.** Dicho artículo establece que "[e]l título de Médico, Especialista expedido por el Ministerio de Educación y Ciencia, sin perjuicio de las facultades que asisten a los Licenciados en **Medicina** y Cirugía, será obligatorio para utilizar, de modo expreso, la denominación

de Médico Especialista, para ejercer la profesión con este carácter y para ocupar un puesto de trabajo en establecimientos o instituciones públicas o privadas con tal denominación. En el Ministerio de Sanidad y Consumo existirá un Registro Nacional de Médicos Especialistas y de Médicos Especialistas en formación"; por su parte el anexo, en la redacción vigente en el momento de los hechos, tenía, en lo que ahora importa, el siguiente contenido: "Especialidades que requieren básicamente formación hospitalaria: ... Cirugía Plástica y Reparadora". Es notorio que la integración de estos dos textos en el precepto sancionador no alcanza a configurar un tipo de infracción suficientemente determinado pues "el citado Real Decreto no recoge un elenco de las actividades médicas que habrían de corresponder a cada una de las especialidades, limitándose a formular con carácter genérico, en su artículo 1, la obligatoriedad de obtener el título de médico especialista para ejercer la profesión con dicho carácter" (STC 283/2006 , FJ 7).

En suma, la norma finalmente aplicada no expresa con la determinación constitucionalmente requerida en qué consistía la infracción (**intrusismo** en el ámbito de la cirugía plástica y reparadora) por la que se le sancionó al recurrente, que debe por ello ser ahora amparado.

Como se observa, la resolución se remite a otra anterior, la STC 283/2006, de 9 de octubre, cuyos términos discursivos son muy similares:

"Para el examen de dicha denuncia, debemos, en primer lugar, recordar la doctrina de este Tribunal respecto del derecho a la legalidad penal, así como en particular sobre la garantía de *lex certa* y su proyección sobre la figura de la ley penal en blanco. Por lo que se refiere a las garantías concernidas en el derecho a la legalidad penal, incorpora éste en primer término una garantía de índole 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, derivándose una "reserva absoluta" de ley en el ámbito penal.

Junto a la garantía formal, el principio de legalidad incluye otra "de carácter material y absoluto", que "refleja la especial trascendencia del principio de seguridad en dichos ámbitos limitativos de la libertad individual y se traduce en la imperiosa exigencia de la predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, es decir, la existencia de preceptos jurídicos (*lex previa*) que permitan predecir con el suficiente grado de certeza (*lex certa*) dichas conductas, y se sepa a qué atenerse en cuanto a la aneja responsabilidad y a la eventual sanción" (SSTC 25/2004 , de 26 de febrero, FJ 4; 218/2005 , de 12 de septiembre, FJ 2; 297/2005 , de 21 de noviembre, FJ 6). En los términos de la STC 242/2005 , de 10 de octubre, FJ 2, la garantía esencial de *lex certa*, que es en torno a la que gira el presente proceso de amparo, impone que "la norma punitiva permita predecir con suficiente grado de certeza las conductas que constituyen infracción y el tipo y grado de sanción del que puede hacerse merecedor quien la cometa, lo que conlleva que no quepa constitucionalmente admitir formulaciones tan abiertas por su amplitud, vaguedad o indefinición, que la efectividad dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria del intérprete y juzgador (por todas, SSTC 100/2003 , de 2 de junio, FJ 2, ó 26/2005 , de 14 de febrero, FJ 3)".

El citado aspecto material de la legalidad sancionadora contiene, según hemos señalado con anterioridad, un doble mandato. El primero, dirigido al legislador y a la potestad reglamentaria, es el de taxatividad, "según el cual han de configurarse las leyes sancionadoras llevando a cabo el 'máximo esfuerzo posible' (STC 62/1982) para garantizar la seguridad jurídica, es decir, para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo prohibido y prever, así, las consecuencias de sus acciones". El segundo se dirige a los aplicadores del Derecho, en tanto en cuanto la citada garantía de predeterminación normativa de los ilícitos y de las sanciones correspondientes tiene "como precipitado y complemento la de tipicidad, que impide que el órgano sancionador actúe frente a comportamientos que se sitúan fuera de las fronteras que demarca la norma sancionadora" (SSTC 218/2005 , de 12 de septiembre, FJ 3; 297/2005 , de 21 de noviembre, FJ 8). En lo tocante al canon de constitucionalidad sobre este último aspecto, y asumido que toda norma penal admite diversas interpretaciones y que la indagación de su sentido y consiguiente aplicación de las mismas corresponde a los Tribunales ordinarios ex art. 117.3 CE, nuestro papel se circunscribe a la labor de verificar si la conclusión a la que se ha llegado es una de las interpretaciones posibles de la norma en atención a los valores de la seguridad jurídica que informan la garantía constitucional del art. 25.1 CE, si bien sin limitarnos a contrastar el respeto de los órganos judiciales al tenor literal de la norma, ni a la mera interdicción de la arbitrariedad, el error patente o la manifiesta irrazonabilidad de las decisiones judiciales, sino comprobando en positivo la razonabilidad de la decisión, desde las pautas axiológicas que inspiran nuestro ordenamiento constitucional y desde los modelos de interpretación aceptados por la comunidad jurídica (entre muchas, SSTC 13/2003 , de 28 de enero, FJ 3; 151/2005 , de 6 de junio, FJ 9). Expresado en otros términos: cabe hablar de aplicación analógica o extensiva in malam partem, vulneradora del principio de legalidad penal, cuando dicha aplicación carezca hasta tal punto de razonabilidad que resulte imprevisible para sus destinatarios, sea por apartamiento del tenor literal del precepto, sea por la utilización de pautas valorativas extravagantes en relación con los principios que inspiran el ordenamiento constitucional, sea por el empleo de criterios o modelos de interpretación no aceptados por la

comunidad jurídica, comprobado todo ello a partir de la motivación expresada en las resoluciones recurridas (SSTC 137/1997 , de 21 de julio, FJ 7; 229/2003 , de 18 de diciembre, FJ 6; 151/2005 , de 6 de junio, FJ 9).

(...) el tipo penal que describe el delito de **intrusismo** presenta una estructura de ley penal en blanco; "esto es, de normas penales incompletas en las que la conducta o la consecuencia jurídico-penal no se encuentre agotadoramente prevista en ellas, debiendo acudirse para su integración a otra norma distinta" (STC 127/1990 , de 5 de julio, FJ 3). Esa conclusión -avalada por la doctrina científica y la jurisprudencia del Tribunal Supremo- está sostenida no sólo en el incuestionable carácter jurídico de los elementos a que remiten nociones como "título oficial" o que "habilite legalmente para su ejercicio", sino esencialmente debido a que el régimen español de las profesiones tituladas -materia que conforma el sustrato de regulación del delito de **intrusismo** y cuyos aspectos más esenciales ("títulos oficiales", "actos propios de una profesión", etc.) son los que han de servir de complemento exegético al mismo- se configura como un sistema cerrado de reglamentación, con una consiguiente vinculación entre títulos y la actividad profesional correspondiente que, con mayor o menor concreción, debe ser legalmente determinada, tal como viene a establecer el artículo 36 CE al exigir que sea la ley la que regule el ejercicio de las profesiones tituladas. En esa medida, habrán de ser precisamente normas jurídicas las que determinen qué deban ser actos propios de una profesión para cuyo ejercicio habilite un título oficial.

8. Concretado tal carácter de la ley penal aplicada, debemos establecer, siguiendo doctrina consolidada de este Tribunal, cómo se proyecta la garantía material de taxatividad sobre las normas penales en blanco, para después proceder al análisis del caso concreto. Tal como manifestamos en la citada STC 127/1990 , de 5 de julio, FJ 3, los postulados contenidos en el derecho a la legalidad penal son conciliables con la utilización por el legislador de dicha técnica legislativa, siempre que se satisfagan los siguientes requisitos: "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", así como, con especial relevancia en lo que atañe a nuestro análisis, "que sea satisfecha la exigencia de certeza o, como señala la citada STC 122/1987 , se dé la 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 de tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada" (en igual sentido, SSTC 118/1992 , de 16 de septiembre, FJ 2; 111/1993 , de 25 de marzo, FJ 6; 120/1998 , de 15 de junio, FJ 5; o 34/2005 , de 17 de febrero, FJ 3).

(...) De lo acabado de exponer podemos concluir que la integración de la ley penal en blanco recogida en el art. 403 CP no ha venido presidida únicamente por el Real Decreto 127/1984, sino además por un informe técnico carente, obviamente, de carácter normativo y por la resolución administrativa que aprueba el plan de formación de la especialidad médica. Esa difusa labor exegética operada por el órgano judicial viene motivada por el hecho de que, tal como denuncia el recurrente, el citado Real Decreto no recoge un elenco de las actividades médicas que habrían de corresponder a cada una de las especialidades, limitándose a formular con carácter genérico, en su artículo 1, la obligatoriedad de obtener el título de médico especialista para ejercer la profesión con dicho carácter. Expresado en otros términos, nos hallamos ante una suerte de "remisión normativa en cadena", debiendo acudir, para determinar el contenido de la prohibición, en primer lugar al Real Decreto 127/1984, y descender después hasta una resolución administrativa reguladora de los planes de formación para con ella concretar los perfiles de actividad de la especialidad correspondiente.

Debemos a continuación plantearnos si tal configuración normativa se muestra respetuosa con la exigencia de lex certa y con el derecho fundamental a no ser condenado en aplicación de una norma indeterminada, que se integra en el haz de garantías que conforman el art. 25.1 CE. A tenor de la doctrina que sobre tal derecho fundamental y sobre su proyección a las leyes penales en blanco hemos venido manteniendo, y que ya hemos tenido ocasión de exponer, la respuesta ha de ser negativa, razón por la que hemos de otorgar el amparo. En efecto si, como hemos visto, para que resulte "salvaguardada la función de garantía del tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada" es preciso que "la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite" (STC 34/2005 , de 17 de febrero, FJ 3), no puede considerarse bastante a tal fin de certeza una ley que debe complementarse por remisión a un Real Decreto que, a su vez, tampoco determina el elenco de conductas prohibidas (en tanto en cuanto, como ya hemos destacado, no delimita la "actividad profesional" reservada a quienes posean el título oficial de cirujano plástico, ni ningún otro), sino que es preciso acudir a otra disposición administrativa, la cual, por su parte, tiene por objeto el programa de formación académica de la especialidad y cuya remisión en el Real Decreto, a los efectos de concretar el marco de aplicación de su artículo 1, tampoco es expresa.

Y en este caso, resulta de aplicación la doctrina sentada en la STC 24/2004 , de 24 de febrero, en la que declarábamos que aunque "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 ... 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" (FJ 3).

Pues bien, desde similares presupuestos tenemos que partir en el caso que nos ocupa para considerar vulnerado el art. 25.1 CE, entendiendo que, desde la garantía de certeza, a la hora de establecer el contenido de la prohibición, el límite de la remisión en materia de **intrusismo** debería agotarse en el citado Real Decreto 127/1984, sin que sea acorde con el derecho invocado tener que descender a una disposición administrativa como la resolución de la Secretaría de Estado de Universidades antes mencionada".

Pues bien de este cuerpo de doctrina constitucional obtenemos a los efectos que interesan en este asunto varias enseñanzas:

- a) El legislador penal puede ayudarse al definir los tipos penales de conceptos normativos fijados en legislación no penal (que puede ser nacional o supranacional)
- b) Esa técnica tiene como primer límite la necesidad de que el legislador penal no delegue la definición de lo esencial de lo prohibido en normas no penales.
- c) El rango normativo (ley orgánica si afecta a la libertad) y la legitimidad competencial (Cortes Generales) exigibles de la ley penal no son proyectables a la normativa extrapenal que coadyuva en la delimitación de lo punible.
- d) Cuando la norma extrapenal adolece de defectos de determinación o taxatividad no armonizables con las exigencias de la legislación penal, debe ser reformateada al trasplantarse al ámbito penal pudiendo emanciparse parcialmente del entendimiento que a esa norma se le dé en un campo no penal.

UNDÉCIMO- Desde esas premisas podemos aterrizar de nuevo en el asunto sometido a nuestra consideración.

La sentencia opta por la inclusión de las hojas de **tabaco** comercializadas por el recurrente en el concepto "otros **tabacos** para fumar". La distinción entre "hoja de **tabaco**" y "labor de **tabaco**" estriba, según la sentencia, en precisar si el producto es susceptible de ser fumado tras una sencilla operación de picado a cargo del consumidor final. Así sucede en el caso de autos: lo demuestran las declaraciones de varios testigos.

"... la actividad del acusado (son palabras de la sentencia recurrida) *no puede calificarse como venta al por mayor de **tabaco**, sino como venta al por menor que además iba dirigida directamente al consumo del mismo. Dicha actividad, reconocida incluso por el propio acusado en el acto del juicio, consistía en la adquisición de **tabaco** en rama al por mayor, principalmente procedente de la Sociedad Estatal CETARSA (Compañía española de **Tabaco** en Rama SA), aunque también se adquiría de otros países tanto comunitarios (por ejemplo, Grecia, Polonia, Países Bajos, Portugal, etc.) como extracomunitarios (Bangladesh, India o Estados Unidos). En la nave de Fuenlabrada había instalada una máquina que permitía descompactar el **tabaco**, humectarlo y uniformizarlo procediendo posteriormente a su envasado en bolsas de 1 kg que eran las que se comercializaban a través de los pedidos recibidos por la página Web y teléfono móvil publicitados por el acusado, remitiéndose los pedidos esencialmente a través de la empresa de mensajería MRW. Dicho **tabaco** iba destinado directamente al consumo y/o su reventa a terceros tras una sencilla operación de picado y entubado con una pequeña máquina manual que en ocasiones era suministrada por la propia Altersana SL (así lo declaró por ejemplo en el acto del juicio la testigo Matilde) y en otras ocasiones se adquiría en otros lugares (así lo declaró en el acto del juicio Micaela)".*

La sustancia comercializada, fue identificada como "**tabaco** curado, total o parcialmente desvenado" por el Laboratorio Central de Aduanas (Folios 1438 y ss de las actuaciones). La Audiencia lo considera labor de **tabaco** en tanto susceptible de ser fumado mediante una simple operación de picado manual capaz de ser realizada directamente por el consumidor final sin exigencia de proceso industrial (informe del Subdirector General Químico-Tecnológico: Folios 1545 y 1546).

Establece así que, aunque se precise de algún tipo de herramienta, la conversión de las hojas prensadas en **tabaco** apto para fumar no es transformación industrial.

Apoya la Audiencia ese razonamiento en la, sin duda relevante a estos efectos, sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 6 de abril de 2017, recaída con posterioridad a la comisión de los hechos enjuiciados y en fechas cercanas al pronunciamiento de la instancia (de hecho fue aportada al inicio del juicio como *curiosa* prueba documental: no es material probatorio en tanto forma parte del *Iura Novit Curia*).

Respondiendo a una cuestión prejudicial, declara tal sentencia:

*"El artículo 2, apartado 1, letra c), y el artículo 5, apartado 1, de la Directiva 2011/64/UE del Consejo, de 21 de junio de 2011, relativa a la estructura y los tipos del impuesto especial que grava las labores del **tabaco**, deben interpretarse en el sentido de que las hojas de **tabaco** irregulares, secadas, alisadas y parcialmente desvenadas que han sufrido un secado primario y una humectación controlada, que contienen glicerina y que pueden fumarse tras una sencilla preparación, triturándolas o picándolas a mano, están comprendidas en el concepto de "**tabaco para fumar**", a efectos de estas disposiciones".*

El dato de que pudieran fumarse tras una sencilla preparación por trituración o picado a mano lleva al Tribunal de la Unión a encajar las sustancias objeto de controversia en la categoría *demás **tabacos para fumar***.

Realiza de esa forma una interpretación de la norma comunitaria que -somos conscientes- resulta vinculante para los estados miembros y para los jueces nacionales. Pero esa vinculatoriedad no puede extenderse a la eficacia penal indirecta (a través de una norma penal en blanco) en cuanto no deja de ser una interpretación extensiva vedada en derecho penal. Tal y como aparece legalmente delimitado el concepto de labores de **tabaco** en la normativa, solo mediante una interpretación extensiva puede abarcar las hojas de **tabaco** en la forma en que se presentaban por el acusado. Ese entendimiento no puede ser acríticamente aceptado cuando estamos delimitando el perímetro de un tipo penal, lo que no obsta a que en otros campos (tributario, administrativo) sí pueda desplegar toda su virtualidad. Pero no puede trasplantarse sin más en el ámbito penal sin padecimiento del principio de legalidad en su vertiente de exigencia de *lex certa*.

Podemos reconocer que desde el punto de vista teleológico habría razones sobradas para la asimilación. Pero esa hipotética laguna o desajuste debe ser cubierta por el legislador estableciendo las disposiciones que resulten oportunas de forma bien definida y no incierta. Los órganos judiciales penales no pueden efectuar ese seguramente necesario correctivo valiéndose de mecanismos interpretativos proscritos por el derecho penal.

El argumento se refuerza al comprobarse como otros Estados de la Unión (v. gr. Portugal, Polonia o, más recientemente Letonia) han llegado a modificar su legislación para atajar este concreto problema.

También incide en esa idea el examen del informe de fecha 21 de diciembre de 2015 de la Comisión al Consejo sobre la evaluación RETIF de la Directiva 2011/64/UE y sobre la estructura y los tipos del impuesto especial que grava las labores del **tabaco** (COM (2015) 621 final). Entre las Recomendaciones consignadas (cuarta) se propone revisar la expresión "que pueda fumarse sin transformación industrial ulterior" precisamente para reducir la inseguridad que puede alimentar esa fórmula.

En consecuencia hemos de acoger el recurso por estimación del motivo tercero dictándose a continuación segunda sentencia.

DUODÉCIMO.- La estimación del recurso llevará a declarar de oficio las costas procesales (art. 901 LECrim).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.- ESTIMAR el recurso de casación interpuesto por Gerardo y la **MercantilALTERSANA S.L.**, contra la sentencia de fecha 17 de octubre de 2017 nº 233/17 dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Jaén en causa seguida contra los recurrentes por delitos de contrabando y contra la hacienda pública, **por estimación de su motivo tercero; y en su virtud casamos y anulamos la Sentencia dictada por dicha Audiencia.**

2.- Declarar las costas de este recurso de oficio.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal Sentenciador a los efectos procedentes interesándole acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION núm.: 2788/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral Garcia

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Manuel Marchena Gomez, presidente

D. Luciano Varela Castro

D. Antonio del Moral Garcia

D. Vicente Magro Servet

D^a. Susana Polo Garcia

En Madrid, a 26 de febrero de 2019.

Esta sala ha visto la causa que en su día fue tramitada por el Juzgado de Instrucción número Tres de Úbeda (Jaén), fallada posteriormente por la Sala de lo Penal de la Audiencia Provincial de Jaén (Sección Segunda) seguida por un delito de contrabando y dos delitos contra la Hacienda Pública contra Gerardo y la Mercantil Altersana S.L., que dictó sentencia que ha sido casada y anulada por la dictada el día de la fecha por esta Sala integrada como se expresa.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral Garcia.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se dan por reproducidos los Antecedentes y Hechos probados de la sentencia de instancia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Los hechos no son constitutivos de infracción penal según se ha explicado en la sentencia de casación, sin perjuicio de la consideración que puedan merecer en el orden administrativo y/o tributario.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.- Absolver a Gerardo del delito de contrabando de que venía siendo acusado con todos los pronunciamientos favorables.

2.- Se ratifican el resto de pronunciamientos de la sentencia de instancia en cuanto no sean incompatibles con éste y en particular la absolución por los delitos contra la Hacienda Pública y la absolución de la mercantil Altersana S.L.

3.- Se declaran de oficio las costas de la instancia.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gomez Luciano Varela Castro Antonio del Moral Garcia

Vicente Magro Servet Susana Polo Garcia

VOTO PARTICULAR

QUE FORMULAN LOS EXCMOS. SRES. MAGISTRADOS D. Antonio del Moral Garcia Y D. Vicente Magro Servet EN LA SENTENCIA RECAÍDA EN EL RECURSO DE CASACIÓN N°. 2788/2017.

I

Asumimos y hacemos nuestro todo el discurso de la sentencia mayoritaria sobre las normas penales en blanco y los límites que respecto de esa técnica ha establecido el Tribunal Constitucional al legislador penal. No compartimos, sin embargo, el criterio mayoritario que postula una interpretación restrictiva del concepto normativo *labores de tabaco* apartándose de la exégesis vinculante fijada por el Tribunal de la Unión Europea.

Entendemos que *in casu* no puede tacharse de contraria al principio de legalidad penal la inteligencia de la norma extrapenal que acoge la sentencia de instancia apoyándose en una decisión del Tribunal de Luxemburgo.

Estamos ante un concepto normativo precisado de concreción. Siendo un concepto extrapenal su acotación ha de efectuarse ajustándonos a la normativa correspondiente tal y como prescribe el art. 7 LECrim. Eso no significa que la interpretación que puedan efectuar órganos administrativos (incluso con carácter vinculante como determinado tipo de consultas); ni siquiera órganos judiciales del orden contencioso-administrativo, nos venga impuesta. Pero sí que hemos de resolver con arreglo a criterios y metodología no estrictamente penal, aunque respetando lo que constituyen garantías inderogables en la aplicación de la ley Penal: no será admisible nunca, v.gr., una analogía *contra reo*. Sí pueden recepcionarse, en cambio, lecturas más o menos estrictas o más o menos amplias de un enunciado normativo.

Aceptamos que son imaginables supuestos en que se modulen en alguna dimensión los perfiles del concepto extrapenal al que se remite la legislación punitiva cuando se maneja *a los efectos de la represión* (por utilizar la rancia terminología de los arts. 3 y ss LECrim y aún siendo conscientes de que no nos movemos en rigor en el territorio propio de las cuestiones prejudiciales; sino más bien de lo que algún tratadista conoce como *punto prejudicial*). Cabe, así pues, quebrar la simetría en la interpretación de una misma norma según se use a unos fines (su específico objeto); o a otros (completar una tipicidad penal).

Pero esa dualidad (un concepto; dos significados) ha de ser lo excepcional. Muy excepcional. Por ejemplo, la tipificación contenida en el art. 563 CP en que el distanciamiento entre la interpretación penal y la administrativa de una misma y única norma se presenta como la única fórmula que permite salvar la constitucionalidad de una ley (vid igualmente, legislación de protección de la fauna: STS 829/1999, de 19 de mayo citada por la sentencia mayoritaria; o, con salvedades de fuste, la categoría *incrementos patrimoniales no justificados* en el ámbito de los delitos contra la Hacienda Pública).

Pero por vía de principio, en lo que es el entendimiento de un mismo enunciado normativo (distinto será en los estándares probatorios), la exégesis ha de tener vocación de coincidencia abstracción hecha del ámbito en que la norma está llamada a producir efectos.

II

Cuando aparece involucrada normativa comunitaria el papel del Tribunal de la Unión Europea nos sitúa en un escenario singular. Máxime si nos enfrentamos a lo que puede ser considerado un concepto autónomo de la Unión.

El concepto **labores de tabaco** a nuestro juicio pertenece a esa categoría. Es un **concepto autónomo dentro de la Unión**. Los jueces nacionales -que son jueces de la Unión- han de estar a la interpretación del mismo fijada por el TJUE. A una finalidad de homogeneización obedece el instrumento de la cuestión prejudicial.

Para precisar qué ha de entenderse por **concepto autónomo del Derecho de la Unión**, elegimos, entre muchas, la Sentencia *Vnuk*, de 4 de septiembre de 2014 (asunto C- 162/13 ; ECLI: EU:C:2014:2146), que, a su vez, se remite a la sentencia *Omejc* (C-536/09 , EU:C:2011:398, apartados 19 y 21) y a la jurisprudencia allí citada. Su apartado 42 señala:

"(...) según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, de las exigencias tanto de la aplicación uniforme del Derecho de la Unión como del principio de igualdad se desprende que el tenor de una disposición de Derecho de la Unión que no contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance normalmente debe ser objeto en toda la Unión Europea de una interpretación autónoma y uniforme, que debe buscarse teniendo en cuenta no sólo el tenor de la disposición, sino también su contexto y los objetivos perseguidos por la normativa de la que forme parte".

Aunque admitiésemos que excepcionalmente cabe matizar el mimetismo o seguidismo de la interpretación oficial cuando nos movemos en ámbitos estrictamente penales - campo en que los Estados son más resistentes a ceder sus competencias- (v.gr. habría que repudiar el uso de la analogía para la inclusión en la esfera de lo punible de supuestos no previstos), entendemos que no sería éste uno de esos casos. La interpretación fijada por el TJUE resolviendo una cuestión prejudicial atinente a lo que debe entenderse por labores de **tabaco** en su sentencia de 6 de abril de 2017 no está fundada en la analogía. Ni siquiera creemos que se trate en rigor de una interpretación *extensiva*. Más bien (permítasenos el matiz que es algo más que diletantismo lingüístico o refinado y tramposo juego de palabras) estamos ante una interpretación *no restrictiva*: no se alarga o estira el perímetro de la norma; sino que se elige entre sus posibles sentidos gramaticales uno más amplio por responder mejor al fin buscado con ella. Eso se hace a base de interpretar restrictivamente (como reclama la finalidad de la norma) los términos que llevan a excluir determinadas sustancias de la categoría "demás **tabacos** para fumar".

Si se examina desde el derecho de la Unión la norma nacional, habrá que convenir la vinculatoriedad a todos los efectos -también penales- de esa interpretación jurisdiccional -en su más pleno sentido- dimanante de un nivel institucional supranacional.

III

Plasmemos de nuevo el pronunciamiento final de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 6 de abril de 2017:

*"El artículo 2, apartado 1, letra c), y el artículo 5, apartado 1, de la Directiva 2011/64/UE del Consejo, de 21 de junio de 2011, relativa a la estructura y los tipos del impuesto especial que grava las labores del **tabaco**, deben interpretarse en el sentido de que las hojas de **tabaco** irregulares, secadas, alisadas y parcialmente desvenadas que han sufrido un secado primario y una humectación controlada, que contienen glicerina y que pueden fumarse tras una sencilla preparación, triturándolas o picándolas a mano, están comprendidas en el concepto de "**tabaco para fumar**", a efectos de estas disposiciones"*

El precepto interpretado dice así

"1. A efectos de la presente Directiva se entenderá por **tabaco** para fumar:

a) **el tabaco cortado o fraccionado de otra forma, hilado o prensado en placas, que pueda fumarse sin transformación industrial ulterior;**

Es patente la similitud con la norma nacional, el art. 59.4 de la ley 38/1992, de 28 de diciembre, de Impuestos Especiales:

"A efectos de este impuesto tendrá la consideración de **tabaco** para fumar o picadura:

a) El **tabaco** cortado o fraccionado de otro modo, hilado o prensado en plancha, no incluido en los apartados anteriores y que **sea susceptible de ser fumado sin transformación industrial ulterior**".

El criterio decisivo para discriminar entre **tabaco** para fumar (labores de **tabaco**) y hojas de **tabaco**, pivota sobre lo que entendamos por *transformación industrial*. Un concepto muy amplio de esa locución que comprendiese cualquier género de manipulación en que sea necesario utilizar un adminículo o artilugio o cualquier género de herramienta, aunque no se precisasen habilidades especiales ni un determinado grado de destreza, llevaría a confinar el concepto *demás tabacos para fumar* a términos muy estrictos.

Según un entendimiento más natural y, por otra parte, compartido en el lenguaje ordinario, la *transformación industrial* es algo más complejo que un simple triturado con herramientas extremadamente simples. Que no basten las desnudas manos para esa operación, no convierte en industrial la operación. Es artesanal.

No parece que moviéndonos en este nivel de nociones estemos abriendo paso a la analogía. Nos mantenemos en lo que es el sentido habitual y propio de las expresiones.

No parece, tampoco, por ello, descabellado regatear la consideración de *fabricantes* a los consumidores que a través de operaciones simples y asequibles (aunque no basten las manos) convierten las hojas que vendía el acusado en **tabaco** apto para ser fumado. Más bien se nos antoja lo más natural, no endosarles la categoría de *fabricantes* lo que sin duda les sorprendería a ellos mismos.

Igualmente resulta más forzado que la interpretación contraria (la que preconiza este voto) considerar *transformación industrial* la sencilla tarea de triturar la hoja, operación para la que, enseguida se alcanzan sobrados niveles de destreza por torpe que sea el usuario y escasas sus aptitudes. Lo demuestra la oferta a través de la página *web* de lo indispensable para esa *transformación* y la difusión de un vídeo con una información elemental configurada por instrucciones muy básicas y asequibles a cualquiera.

No nos parece por ello *extensiva* ni la interpretación de las consultas de la Administración Tributaria obrantes en la causa (que desde luego no vinculan más que a la propia Administración, si bien podrían tener valor para indagar sobre la condición de un eventual *error* del particular); ni la asumida por la Audiencia Provincial de Jaén; ni la efectuada por el Tribunal de Luxemburgo. Antes bien, nos parece en exceso restrictiva la efectuada por la sentencia mayoritaria.

IV.

Resulta pertinente un brevísimo excurso para mostrar que esa forma de dar contenido a la norma extrapenal no atenta al principio de legalidad en materia penal. Nos servirá de referente uno de los últimos pronunciamientos del TC sobre ese principio esencial: la STC 2/2015, de 19 de enero.

Se quejaba el demandante de amparo de que los órganos judiciales habían realizado una interpretación "extensiva, arbitraria, irrazonable y contra reo" de las exigencias típicas de una norma penal (art. 285 CP). El

derecho fundamental a la legalidad penal (art. 25.1 CE), precisa la citada sentencia, se vulnera si la conducta que ha sido declarada probada "es subsumida de un modo irrazonable en el tipo penal" (SSTC 91/2009, de 20 de abril, FJ 6; 153/2011, de 17 de octubre, FJ 8; y 196/2013, de 2 de diciembre, FJ 5). Sucede ello cuando en la interpretación de la norma el Juez le atribuye un contenido que exceda en perjuicio del acusado del tenor literal posible del precepto. La analogía *in malam partem* está proscrita. Pero cuando la interpretación de la norma es compatible con su tenor literal posible, no habrá lesión del art. 25.1 CE si el juicio de subsunción respeta un doble parámetro de razonabilidad: (i) el metodológico, que exige que no incurra en quiebras lógicas y que sea acorde con los modelos de argumentación aceptados dentro de la comunidad jurídica; y (ii) el axiológico, que requiere que se ajuste a los criterios y valores que informan nuestro ordenamiento constitucional (SSTC 138/2004, de 13 de septiembre, FJ 3; 242/2005, de 10 de octubre, FJ 4; 9/2006, de 16 de enero, FJ 4; 242/2005, de 10 de octubre, FJ 4; 262/2006, de 11 de septiembre, FJ 4, 129/2008, de 27 de octubre, FJ 3; 91/2009, de 20 de abril, FJ 6; 153/2011, de 17 de octubre, FJ 8; y 196/2013, de 2 de diciembre, FJ 5).

Difícilmente desde esos estándares cabe tildar de atentatoria del principio de legalidad la interpretación de la norma extrapenal que nos parece debemos asumir en cuanto fijada por el Tribunal de la Unión. Cabe ciertamente otra más restrictiva; pero no puede decirse que la elegida por la Audiencia de Jaén, siguiendo la pauta no prescindible del TJUE, se aparte de una lectura razonable del enunciado normativo, ni traicione o prescinda de valores esenciales. Son parámetros interpretativos no solo asumibles sino además elevados al rango de interpretación vinculante por una decisión jurisdiccional en sede europea.

V.

La mejor argumentación en favor de la exégesis que propugnamos no es la que nosotros podamos ofrecer. Probablemente nos hubiésemos plegado al criterio de la mayoría de no contar con ese claro pronunciamiento del TJUE. La argumentación plasmada en la citada sentencia que, por otra parte, es en buena medida tributaria de la presentada en el proceso por el Abogado General, encarna el más sólido aval a nuestra posición. No habrá mejor forma de persuadir que convertimos en voceros de los razonamientos que llevaron al Tribunal de Justicia de la Unión a decantarse por esa opción interpretativa.

El TJUE, en la citada sentencia [asunto *EKO-TABAC* (C-638/15)], resuelve la petición de decisión prejudicial elevada por el Nejvyšší správní soud -Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo de la República Checa. Bebe la sentencia de la argumentación contenida en las Conclusiones del Abogado General NILS WAHL (15 de diciembre de 2016). No es ocioso recordar cómo en el asunto intervino España a través de un agente, fijando una posición semejante a la del Abogado General que luego sería asumida por el Tribunal.

Según el Abogado General las hojas de **tabaco** controvertidas quedaban integradas en la categoría "demás **tabacos** para fumar" por cuanto eran susceptibles de ser fumadas mediante una operación sencilla de triturado (con una máquina que podía ser adquirida por internet) o picado a mano. Esa operación no podía ser catalogada como "transformación industrial": cualquier fumador medio, mínimamente avezado, podría llevarla a cabo.

Ese entendimiento, además, conduce a resultados más acordes con la filosofía inspiradora de esa normativa: solo desde esa concepción se evitan perversos efectos distorsionadores sobre la competencia y no se enturbian las precauciones que rigen en materia de consumo de **tabaco**. Nótese como la investigación en este asunto se inició en virtud de denuncias de otros comerciantes perjudicados por la competencia desigual y desleal del acusado.

El Abogado General evoca alguna jurisprudencia anterior del TJUE. La sentencia *Brinkmann* interpretaba el requisito previsto en el actual artículo 3, apartado 1, letra a), de la Directiva 2011/64: que los cigarrillos sean "susceptibles de fumarse sin transformación". El concepto "**tabaco** para fumar" no se ciñe a productos acabados según el TJUE.

El art. 3.1, letras b) y c), de la Directiva 2011/64 se refiere a los rollos de **tabaco** que, " *mediante una simple manipulación no industrial*" se introducen en fundas de cigarrillos o se envuelven en hojas de papel de fumar. La expresión " *mediante una simple manipulación no industrial*" parece corresponderse con la ahora objeto de escrutinio: " *que pueda fumarse sin transformación industrial ulterior*".

La sentencia *Brinkmann* da respuesta a una demanda de la Comisión frente a Alemania por incumplimiento. El Tribunal de Justicia declara que introducir rollos de picadura fina de **tabaco**, con su funda de aluminio abierta en ambos extremos de las medidas adecuadas para ser insertadas en tubos de cigarrillos con filtro, y después retirar dicha funda con la ayuda de un aparato del tamaño de un bolígrafo, dejando el **tabaco** dentro del tubo, es " *manipulación no industrial sencilla*". Dichos rollos de **tabaco**, en consecuencia, se pueden clasificar como cigarrillos de conformidad con el artículo 2, apartado 1, letra a), de la Directiva 2011/64, y no de picadura fina de **tabaco** destinada a liar cigarrillos en virtud del actual artículo 2, apartado 1, letra c), inciso i), de la Directiva

2011/64. En el citado asunto, el Abogado General Jacobs defendió con éxito que era " *simple manipulación no industrial*" " *cualquier proceso en el que un fumador elabora sus propios cigarrillos empleando para ello elementos manufacturados*", explicándose de manera muy didáctica: " *si un fumador medio, tras adquirir un poco de práctica, no pudiera llevar a cabo este proceso con relativa facilidad y con un cierto grado de habilidad para obtener un cigarrillo aceptable, probablemente estos elementos no tendrían salida en el mercado*"

El razonamiento vale también para la expresión "que pueda fumarse sin transformación industrial ulterior" (art. 5.1 letra a), de la Directiva 2011/64).

"Por lo general, el "tabaco para fumar" -explicaba el Abogado General Nehls- es **tabaco** que, sin estar comprendido en una de las otras categorías establecidas en la Directiva, está preparado para su consumo, o puede prepararse fácilmente mediante medios no industriales. Ese aspecto debe apreciarse desde una perspectiva funcional. En este sentido, la transformación manual para su consumo por parte de los fumadores (que no poseen necesariamente ninguna habilidad previa en este sentido) de **tabaco** que haya sido cortado o fraccionado de otra forma, hilado o prensado en placas para transformarlo en un producto que pueda fumarse no constituye una transformación industrial. Por el contrario, considero que las semillas de **tabaco**, las plantas de **tabaco** y las hojas de **tabaco** recién cortadas cuyo proceso de secado y fermentado no haya empezado aún no se pueden clasificar ni como "tabaco para fumar" según el artículo 5, apartado 1, letra a), de la Directiva 2011/64 ni, por consiguiente, como "labores del **tabaco**", según el artículo 2, de esta misma Directiva. Ha de añadirse que la interpretación expuesta en el punto 39 anterior es la que mejor se adapta a los objetivos de la Directiva 2011/64, mencionados en los puntos 29 y 30 anteriores, a saber, garantizar una competencia sin distorsiones y un alto nivel de protección de la salud.

Por lo demás, como antes se sugirió y como destacará la sentencia del caso *EKO-TABAK* enfatiza que esa interpretación coherente mejor con las finalidades a que alude el considerando 3 de la Directiva 2011/64: se garantiza que la aplicación en los Estados miembros de impuestos sobre el consumo de productos del sector de las labores del **tabaco** no falsee las condiciones de competencia y no obstaculice su libre circulación en la Unión. Del mismo modo, y ahora se conecta con el considerando 8 de la Directiva, se cumple el propósito de dispensar igual trato a productos que en muchos aspectos se asemejan a los expresamente descritos. Por fin, el considerando 9 indica que la armonización de las estructuras de los impuestos especiales debe conducir a que la competitividad de las diferentes categorías de labores del **tabaco** pertenecientes a un mismo grupo no sea falseada por los efectos de la imposición y que, en consecuencia, se preserve la apertura de los mercados nacionales de los Estados miembros.

Los explicitados objetivos de la Directiva empujan a sortear una interpretación restrictiva del concepto "tabaco para fumar", lo que se logra con una interpretación estricta y no extensiva de lo que significa "transformación industrial". Esa locución evoca transformaciones a gran escala, con arreglo a un proceso normalizado, de materias primas en bienes materiales; y no elaboraciones artesanales asequibles al usuario final. No constituyen "transformaciones industriales" las simples manipulaciones dirigidas a permitir que un producto de **tabaco** no terminado pueda fumarse, como las consistentes en introducir un rollo de **tabaco** en una funda de cigarrillos (sentencias de 24 de septiembre de 1998, Brinkmann, C-319/96, EU:C:1998:429, apartados 18 y 20, y de 10 de noviembre de 2005, Comisión/Alemania, C-197/04, EU:C:2005:672, apartados 31 y 32).

En este sentido son concluyentes las aseveraciones de la sentencia de instancia. Las asumimos: el **tabaco** comercializado por el recurrente reunía estas características. Era un **tabaco** curado total o parcialmente desvenado, susceptible de ser fumado por una sencilla operación de picado o triturado manual. El hecho de que se suministraran u ofertaran pequeñas maquinillas para facilitar la trituración o picado por parte del consumidor no justifica excluir ese producto del radio de las labores de **tabaco**.

VI.

Cosa diferente es que pudiésemos plantearnos en el asunto concreto al que nos enfrentamos si la falta de clarificación oficial al nivel de un pronunciamiento del Tribunal de Luxemburgo de ese concepto en el momento en que se llevó a cabo la actividad enjuiciada podría servir para construir -muy voluntariamente desde luego- una fórmula atenuatoria - o incluso exculpan- a través del art. 14 CP por la concurrencia de un error -que probablemente no rebasaría en la más favorable hipótesis para el recurrente la condición de vencible-. Varios datos fácticos que la sentencia recoge militan en contra de una tesis semejante. De cualquier forma, no vamos a adentrarnos en esa temática. Resulta innecesario a la vista del criterio mayoritario.

Pero, desde luego, a partir de la tan citada sentencia del Tribunal de Luxemburgo no nos queda ninguna duda de que hechos como los relatados en la sentencia son punibles con arreglo a la legislación especial de contrabando. No es que se reconozca al Tribunal de Luxemburgo capacidad de legislar en materia penal: sería como si la comentada sentencia hubiese extendido el perímetro del tipo. No es eso. Como tampoco es este Tribunal Supremo quien legisla cuando concreta los perfiles de un elemento valorativo (como la cantidad de

notoria importancia en el caso de los delitos contra la salud pública). Sencillamente es que en relación a un concepto utilizado por la norma penal que puede despertar dudas en su interpretación el órgano competente para zanjarlas (primero el Tribunal de Luxemburgo y luego este Tribunal si se hubiese desestimando el recurso) las despeja definitivamente.

Aunque finalmente -y véase en esto un reflejo del atormentado problema de la creación judicial del derecho y del valor de la jurisprudencia- también nosotros firmantes de este voto particular nos vemos abocados, pese a nuestra discrepancia, a entender que la sentencia mayoritaria zanja la cuestión en sentido justamente inverso: no porque destipifique lo que era delito sino porque declara que no está comprendida en el tipo esa conducta.

Antonio del Moral García Vicente Magro Servet

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ