

siones en el conjunto del sistema penitenciario y condicionarían las decisiones de otras Administraciones Autonómicas y de la propia Administración del Estado.

Siendo, pues—por la misma naturaleza del sistema penitenciario—, atribuible a las instancias estatales la adopción de estas decisiones, no cabe excluir que para ello y en el ejercicio de sus facultades normativas pueda el Estado utilizar fórmulas más abiertas y flexibles de cooperación con las Comunidades Autónomas, que den entrada también a la participación de la Administración autonómica en una decisión que, para permitir una definición homogénea del número de plazas, el Estado podría incluso haber adoptado directamente.

Por ello ha de entenderse que el art. 3 del Real Decreto 1436/1984 respeta el orden constitucional de competencias.

Los criterios expuestos deben hacerse extensivos al inciso final del art. 4.3 del Real Decreto 1436/1984, en cuanto supone una remisión a dicho art. 3, al referirse a «según las capacidades máximas previamente establecidas».

8. El art. 5.2 del Real Decreto 1436/1984 dispone que la Dirección General de Instituciones Penitenciarias «dictará los criterios de normalización de los datos de carácter penitenciario para homogeneizar la documentación básica penitenciaria en el tratamiento de internos».

Para el Gobierno Vasco este precepto supone una invasión de competencias asumidas por la Comunidad Autónoma, a la que correspondería determinar la forma de realizar esa documentación y los datos a incluir a ella. La representación del Estado sostiene ser norma básica en materia de procedimiento administrativo la normalización de datos y la homogeneización de la documentación básica, estando el título competencial en la potestad normativa del Estado que no sólo puede regular el tratamiento de los reclusos, sino el de la información y documentación sobre ellos. De nuevo el problema está en parte suscitado por la imprevisión o insuficiencia de la legislación penitenciaria originaria, a lo que, además, en este caso, se añade la remisión que se hace a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias de la fijación de esos criterios de normalización. Sin embargo, en un conflicto de competencias la cuestión a resolver es la de si el Estado tiene

competencia para dictar esos criterios de normalización de los datos de carácter penitenciario, y esta competencia como tal no le puede ser negada aún más cuando se ha reconocido un derecho de información propio sobre la situación de los internos, y esos datos y esa documentación viene referida específicamente al «tratamiento de los internos». Ni la normalización de datos ni la homogeneización de documentaciones—imprescindible además para la posibilidad de traslado de internos propia de un sistema penitenciario único aun con posible gestión autonómica de centros integrados en el mismo— puede entenderse como una invasión de competencias, al margen de que, en el presente caso, se ayude a «documentación básica», permitiendo, por ello, un amplio margen para diseño y establecimiento de una documentación autonómica no normalizada propia. En consecuencia, el art. 5.2 del Real Decreto 1436/1984 no ha invadido las competencias de la Comunidad Autónoma Vasca.

FALLO

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

Ha decidido:

Que las competencias controvertidas en el presente conflicto corresponden al Estado.

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

Dada en Madrid, a ocho de junio de mil novecientos ochenta y ocho.—Firmado: Francisco Tomás y Valiente.—Gloria Begué Cantón.—Ángel Latorre Segura.—Francisco Rubio Llorente.—Luis Díez-Picazo y Ponce de León.—Fernando García-Mon y González-Regueral.—Carlos de la Vega Benayas.—Eugenio Díaz Eimil.—Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer.—Jesús Leguina Villa.—Luis López Guerra.—Rubricado.

16008 Pleno. Cuestiones de constitucionalidad números 269, 1.035, 1.059, 1.077/1985 y 222/1987. Sentencia número 105/1988, de 8 de junio.

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por don Francisco Tomás y Valiente, Presidente; doña Gloria Begué Cantón, don Ángel Latorre Segura, don Francisco Rubio Llorente, don Luis Díez-Picazo y Ponce de León, don Fernando García-Mon y González-Regueral, don Carlos de la Vega Benayas, don Eugenio Díaz Eimil, don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, don Jesús Leguina Villa y don Luis López Guerra, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En las cuestiones de constitucionalidad acumuladas núms. 269, 1.035, 1.059, 1.077/1985 y 222/1987, promovidas la primera y la tercera por el Juzgado de Instrucción núm. 15 de Madrid, la segunda y la cuarta por el Juzgado de Instrucción núm. 3 de Las Palmas de Gran Canaria y la quinta por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Valencia, por supuesta inconstitucionalidad del art. 509 del Código Penal. Han sido parte el Fiscal General del Estado, el Letrado del Estado, este último en representación del Gobierno, y ha sido Ponente el Magistrado don Luis Díez-Picazo y Ponce de León, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. ANTECEDENTES

1. El Juzgado de Instrucción núm. 15 de Madrid, por Auto de 27 de marzo de 1985, acordó plantear ante este Tribunal cuestión de inconstitucionalidad relativa al art. 509 del Código Penal—C.P.—. En el acto de formulación de conclusiones definitivas en el procedimiento especial previsto en la Ley Orgánica 10/1980, de 11 de noviembre, núm. 7/1984, seguido contra dos personas, el Ministerio Fiscal formuló una calificación alternativa del comportamiento presuntamente delictivo: tentativa de robo con fuerza en las cosas o tenencia de útiles destinados al robo. A la vista de ello, el Juez de Instrucción núm. 15 de Madrid suspendió el término para dictar Sentencia y concedió un plazo de diez días para que el Ministerio Fiscal y los defensores alegasen lo que estimasen oportuno sobre la pertinencia o no de plantear la cuestión de inconstitucionalidad relativa al art. 509 C.P.

En sus alegaciones, el acusador público, tras manifestar que en la providencia por la que se abrió este trámite no se ponían de relieve los presuntos defectos que afectarían la constitucionalidad del precepto

questionado, afirma que no es difícil suponer que se relacionen con la vulneración del derecho a la presunción de inocencia contenido en el art. 24 C.E. Partiendo de esta base, se estructura el escrito en dos vertientes: la primera hace referencia al estudio de los elementos del delito del art. 509 y la segunda recoge una Sentencia del Tribunal Supremo (la de 28 de mayo de 1981) en la que no se pone en duda la constitucionalidad del citado precepto.

Por lo que respecta a la estructura del precepto, el Fiscal menciona la existencia de dos elementos: uno objetivo, que es el hecho de poseer o fabricar útiles destinados directamente al robo, de acuerdo con un juicio de adecuación social, y otro, cuya naturaleza no define, es el inciso legal «no diera descargo suficiente sobre su adquisición o conservación». El primer elemento no choca con la presunción de inocencia; la tipificación de la tenencia de ciertos útiles—como los estupefacientes—es una cuestión de política criminal basada en la peligrosidad socialmente apreciada de tales instrumentos. En lo tocante al segundo de los elementos, el Ministerio Fiscal argumenta que, de la mano de los arts. 1 y 6 bis, a), C.P., todo delito o falta ha de ser doloso o imprudente y que el error excluye la punición de las conductas cuando los hechos lo sean por mero accidente. A la luz de ambos preceptos ha de interpretarse toda la gama de infracciones del Código Penal y, por tanto, si se hace así, el inciso al que se ha aludido es meramente redundante y no supone, pues, una vulneración de la presunción de inocencia.

La defensa de los encausados encontró acertado el planteamiento de la cuestión por entender que sus patrocinados serían condenados por la sola declaración de los agentes de policía que les detuvieron y ocuparon los útiles presuntamente delictivos de mantenerse la vigencia del art. 509.

2. Por Auto de 27 de marzo de 1985, que tuvo entrada en este Tribunal el día 29 siguiente bajo el número 269/1985, el Juez de Instrucción núm. 15 de Madrid planteó cuestión de inconstitucionalidad relativa al art. 509 C.P.

a) En primer término, el titular del citado órgano judicial formula una serie de reflexiones en torno a la pertinencia de plantear la citada cuestión. En efecto, el precepto del que el fallo depende es preconstitucional y, por tanto, sometido a los efectos de la disposición derogatoria tercera de la C.E., si ello fuera menester. Ahora bien, como el Código Penal sufrió una profunda reforma por la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, surge la duda sobre la constitucionalidad del precepto, y esta duda no se puede disipar pese a no haber sido afectado el mismo por la referida reforma. La duda se incrementa por haberse reformado en profundidad los delitos contra la propiedad—lo que favorecería una interpretación en el sentido de asunción por parte del legislador del Derecho Penal no reformado—. No despeja dicha incertidumbre la nueva dicción del art. 1 C.P., que exige, para poder apreciar una infracción,

dolo o culpa. Por ello, se somete ante este Tribunal la constitucionalidad del art. 509, ya que para el Derecho preconstitucional es esta una posibilidad perfectamente válida y reconocida expresamente por la STC 9/1981, de 31 de marzo.

b) En cuanto al fondo del asunto, se manifiesta el criterio de un amplio sector doctrinal que considera el delito que afecta la presente cuestión como de sospecha o peligro abstracto. El que el legislador haya configurado de este modo el delito de tenencia o fabricación de útiles para el robo supone que está ante una sospecha de delito, pues sólo es punible si el encartado no da descargo suficiente sobre su adquisición o conservación, lo que supone una inversión de la carga de la prueba.

c) A la vista de este planteamiento, se considera conculcado el principio de presunción de inocencia (art. 24.2 C.E.) y también el de legalidad (art. 25.1 C.E.). Este último por el hecho de que el castigo del culpable no depende de un hecho delictivo, sino de la mayor o menor imaginación del culpable o de la mayor o menor credulidad del Juez. Resulta que se puede ser castigado por unos hechos que lo que revelan es precisamente que no se ha probado la comisión de hecho delictivo alguno y que sólo existe la «sospecha» de que el sujeto iba a cometerlo; si no fuera así, si lo probado fuera la iniciación de actos exteriores, entonces estaríamos ante un *iter criminis* imperfecto o una tentativa de delito. Así, pues, concluye el Auto, la citada estructura «puede no ser compatible con el principio de presunción de inocencia establecido en el art. 24.2 de la Constitución, pues tal sería admitir que el inculcado tiene presunción de culpabilidad y que es él el llamado a romper esa presunción, creando una estructura de inocencia —dando “descargo”—, mientras que, por el contrario, *in re ipsa* la Constitución le otorga la presunción de inocencia».

d) El Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad acaba señalando en el quinto considerando que éste resulta procedente, en los términos del art. 35.1 LOTC, porque de su legitimidad constitucional depende la absolución o condena de los encartados.

3. La Sección Cuarta de este Tribunal admitió a trámite la cuestión de inconstitucionalidad referida en el apartado anterior por providencia de 17 de abril de 1985 y, de conformidad a lo prevenido en el art. 37.2 LOTC, dio traslado de las actuaciones al Congreso de los Diputados y al Senado por conducto de sus Presidentes, al Gobierno por conducto del Ministerio de Justicia y al Fiscal General del Estado, para que, en el improrrogable plazo de quince días, pudieran personarse en el procedimiento y formular las alegaciones que tuvieran por convenientes. Asimismo se acordó publicar la incoación de la cuestión en el «Boletín Oficial del Estado» para general conocimiento.

4. Mediante escrito de 9 de mayo siguiente, el Fiscal General del Estado presentó sus alegaciones en los términos que, en síntesis, a continuación se señalan:

a) Tras el resumen de los hechos y de su historia procedimental hasta el planteamiento de la cuestión de constitucionalidad, el Fiscal acepta el planteamiento de la citada cuestión desde una perspectiva general, pues ello es correcto a la luz de la amplia doctrina —que se cita: SSTC 9/1981, 10/1981, 11/1981, 77/1982, 63/1983; ATC de 19 de diciembre de 1984— que sustenta este Tribunal sobre las dudas que merezca el Derecho preconstitucional.

b) Centrado sobre el fondo del asunto, se ha de estudiar la estructura del art. 509 C.P. para saber si es o no compatible con el art. 24.2 C.E. Tras un repaso histórico de los antecedentes del citado precepto —esencialmente coincidentes— y de la acotación de la doctrina científica favorable a su existencia y mantenimiento, se apoya en la Sentencia del Tribunal Supremo —ya citada por el Fiscal en el informe previo al planteamiento de la presente cuestión— de 27 de mayo de 1981. De acuerdo con las últimas corrientes jurisprudenciales, la doctrina estaría dividida en lo tocante a la naturaleza del precepto cuestionado. Para un sector mayoritario, dice el Fiscal, se trata de un delito de peligro abstracto o de sospecha y para otro minoritario, de una presunción de habitualidad criminal. Para unos y otros, tres son los elementos que constituyen el delito contenido en el párrafo primero del art. 509. El primero hace referencia a la tenencia de «instrumentos», lo que es un requisito objetivo y fundamental. El segundo hace referencia a su aspecto tendencial, lo que le iguala con el delito previsto en el art. 315 del C.P. y lo aproxima al del 344 y, en general, a los de tenencia, y lo diferencia de forma notable, que conviene destacar a los efectos de la cuestión planteada, a la tenencia ilícita de armas, que es similar, pero no igual, ya que éste es un delito de riesgo o de peligro abstracto, pero no la tenencia de útiles para el robo, como estableció la citada Sentencia de 27 de mayo de 1981. El aspecto tendencial es subrayado por la doctrina constante y consolidada del Tribunal Supremo. El tercer elemento es la falta de descargo suficiente que justifique la adquisición o conservación de los «útiles», elemento de estructura negativa, y ha despertado hasta cierta animadversión, dice el Fiscal, por parte de la doctrina. La Jurisprudencia lo ha considerado un elemento esencial.

c) La introducción del nuevo art. 1 C.P. y de la invocación en la regulación del error —art. 6 bis, a), C.P.— exige la presencia inexcusable de dolo o culpa en toda infracción, y el error sobre la tenencia de los útiles excluirá la responsabilidad penal. También la excluirá el «descargo suficiente» sobre la licitud de la tenencia que no configura, como apunta

el Juzgado, una presunción de culpabilidad, sino la oportunidad legalmente establecida que se ofrece al poseedor de exonerarse, acreditando la licitud de lo que posee, técnica que, debidamente adecuada a cada tipo, se utiliza también en los arts. 483, 485 y aun en el 464, todos del Código Penal.

En este contexto, la nueva redacción del art. 1.1 C.P. despliega sus efectos: «el poseedor de los “útiles” es, como todos, presumido inocente, a no ser que se demuestre que los tenía libre, consciente e intencionadamente para perpetrar posteriores delitos de robo». De este modo, el «descargo suficiente» adquiere la genuina «relevancia exculpativa» de que habla la doctrina. Sería, en la global valoración del tipo penal, una exoneración de responsabilidad criminal del autor de la acción, y no de carga o prueba en contrario del ilícito penal. El «descargo», en suma, se configuraría como instrumento eficaz de probar la inocencia en la misma línea garantista del art. 24.2 C.E. y no en frontal oposición al principio de presunción de inocencia que dicho artículo consagra. La interpretación precedente viene obligada, continúa el Fiscal, por la propia Constitución, como norma no sólo fundamental sino fundamentadora de todo el ordenamiento jurídico.

d) Desde esta perspectiva no es correcto aceptar el planteamiento del Juzgado en el sentido de que de la constitucionalidad del art. 509 C.P. dependa el fallo absolutorio o condenatorio, pues el precepto cuestionado puede ser constitucional y el fallo ser absolutorio. Con ello desaparece la razón de ser de la cuestión, en los términos que requiere el art. 35.2 LOTC, ya que la constitucionalidad del art. 509 no predetermina el fallo. «Si el “descargo suficiente” no es elemento nuclear del tipo penal, sino inocuo y superfluo, el art. 509 C.P. no es incompatible con el art. 24.2 C.E., con indiscutible prevalencia del principio de presunción de inocencia». Y esta interpretación es la obligada tras la reforma del Código Penal acontecida en 1983.

e) Por lo que respecta a la contrariedad con el principio de legalidad del precepto tantas veces citado, sostiene el Fiscal que tal contrariedad no existe por el hecho de que se configure el tipo penal con un elemento que incorpore conceptos cuya delimitación permita un margen de apreciación. Siguiendo la doctrina de este Tribunal, en especial la STC 62/1982, de 15 de octubre, el Fiscal considera que la moción de descargo no es lo suficientemente imprecisa —aunque quizás debió ser corregida en la reforma de 1983— como para desnaturalizar el contenido del principio de legalidad y poder predicar, por tanto, la inconstitucionalidad de la norma cuestionada.

Concluye por todo ello el Fiscal General del Estado su escrito de alegaciones solicitando que se declare la constitucionalidad del art. 509 C.P. o que, en todo caso, dicho precepto ha de ser interpretado como el mismo propone.

5. En representación del Gobierno, el Letrado del Estado formuló el 10 de mayo de 1985 las alegaciones que se resumen como sigue:

a) Tras una breve síntesis de los hechos motivadores de la presente cuestión por parte del Juzgado, el Letrado del Estado manifiesta que aborda su análisis de acuerdo con la interpretación que este Tribunal (STC 21/1985, de 15 de febrero) da al art. 35.2 LOTC. Por ello, estudia en primer lugar, la extensión de la cuestión a la totalidad del art. 509 y, en segundo, el planteamiento de la misma por referencia al principio de legalidad penal. El Letrado del Estado considera que el Juzgado ha incumplido el art. 35.2 LOTC al no concretar los extremos del art. 509 que considera contrarios a la Constitución. Las facultades concedidas a este Tribunal por su Ley Orgánica (art. 39.1: extensión de la declaración de inconstitucionalidad a otros preceptos de la Ley cuestionada; art. 39.2: posibilidad de fundamentar el fallo en la vulneración de un principio constitucional no alegado) no permiten al órgano judicial vulnerar el mandato del art. 35.2. Sin embargo, el Letrado del Estado se inclina por considerar admisible la cuestión por hacer referencia a la presunción de inocencia, extremo sobre el que se han podido pronunciar en el trámite específico tanto el Ministerio Fiscal como la defensa; por ser extensible, dada su conexión, la hipotética inconstitucionalidad del art. 509 I, C.P. a su segundo párrafo; por último, por estar suficientemente razonada la presunta violación del principio de legalidad.

b) En lo tocante a la violación del principio de legalidad, el Letrado del Estado aporta, al igual que hizo el Ministerio Público, la doctrina de este Tribunal que no tiene el principio de legalidad por un mero mecanicismo, que no deja margen alguno de apreciación al Juez. Así las cosas, el art. 509 se ajusta perfectamente a dicho principio, pues determina los objetos cuya tenencia se prohíbe y crea una causa de justificación específica, que es el dar descargo suficiente sobre dicha tenencia. Esta puede ser objeto de punición sin que ello suponga tacha de inconstitucionalidad, y así lo entendió el Ministerio Fiscal en el trámite previsto en el art. 35.12 LOTC. El descargo, como causa de justificación, pese a no depender aquí de un título —autorización— administrativo, consiste en una remisión en cada caso a la apreciación judicial; y ello no es insólito, ni infringe tal remisión el principio de legalidad, por falta de concreción, tal como se desprende de la jurisprudencia constitucional manejada y aportada.

Tampoco se vulnera el art. 24.2 C.E., es decir, la presunción de inocencia, a la que el legislador, vía art. 53.1 C.E., se halla también vinculado. En efecto, el Letrado del Estado no comparte la calificación dada por el Juzgado al art. 509, concibiéndolo como delito de peligro

abstracto o de mera sospecha. La causa de justificación aludida, pese a no ser de naturaleza administrativa, no diferencia el art. 509 de otros delitos de mera actividad. El tipo penal cuestionado sanciona en sí mismo la tenencia o fabricación de determinados utensilios y no puede confundirse (como ha tenido ocasión de señalar la Sala Segunda del Tribunal Supremo: así en Sentencia de 27 de mayo de 1981) con robo en grado de tentativa. Justamente sobre esa incorrecta equiparación se construye la argumentación del Auto de planteamiento de la cuestión. Trasladando lo que en todo caso serían consideraciones que puedan haber llevado al legislador a tipificar por sí misma la tenencia o fabricación de estos utensilios, a la naturaleza jurídica de la norma, el órgano judicial, frente a la realidad del tipo (sancionatorio de la tenencia o fabricación), entiende que se castiga «una sospecha de delito» y es desde esa calificación desde la que concluye impedida por el art. 24.2 C.E. la sanción «por unos hechos probados que lo que revelan es precisamente que no se le ha probado (al inculcado) la comisión de hecho delictivo alguno».

Aclarando este primer extremo (la sustantividad de este tipo penal, que es, en suma, el argumento sobre el que reposa la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 28 de mayo de 1981, aludida en el tercer considerando del Auto que plantea la cuestión) la supuesta inversión de la carga probatoria la basa el órgano judicial, de un lado, en la vigencia plena del principio de culpabilidad, que excluye la existencia de delito sin dolo o culpa, y, de otra parte, en la expresión («... y no diere descargo...») que motivaría una presunción de culpabilidad a destruir por el propio inculcado.

Ambas consideraciones se encuentran, continúa el Letrado del Estado, íntimamente relacionadas. Porque para todos los tipos penales rige la exigencia de dolo o culpa recogida en el párrafo 2.º del art. 1. C.P., el art. 509, C.P. tras tipificar como ilícita una actividad (la tenencia o fabricación de utensilios objetivamente definidos por su funcionalidad), añade un elemento subjetivo que opera como causa de justificación.

El problema se sitúa, por tanto, en determinar si esta técnica legislativa, consistente en incorporar a la definición de un tipo concreto el requisito del dolo o culpa, haciendo operar su ausencia como causa específica de justificación, infringe el principio constitucional de presunción de inocencia.

La respuesta negativa se deriva, a criterio de esta representación, de un dato ya mencionado: la estructura del tipo penal no obliga al inculcado a demostrar su no culpabilidad sino que resulta plenamente compatible con la obligación-sujeción del órgano judicial en su actividad aplicativa de la norma al principio del art. 24.2 C.E.

Puede por ello coincidir con lo señalado por el Ministerio Fiscal en el trámite del art. 35.2 LOTC, en el sentido de que la expresión «y no diere descargo suficiente sobre su adquisición o conservación» no es un elemento esencial que singularice este tipo penal, sino, más bien, una redundante concreción, para este supuesto, de la exigencia de dolo o culpa y de la propia regla constitucional de presunción de inocencia. Tal reiteración, sin embargo, en la medida en que nada distorsiona la vigencia y aplicabilidad de los principios generales del Derecho Penal y, entre ellos, de la regla de la presunción de inocencia, no puede tacharse de inconstitucionalidad.

6. Por providencia de 19 de octubre de 1985 el Juzgado de Instrucción núm. 3 de Las Palmas de Gran Canaria acordó en la causa por procedimiento especial núm. 236/1982 a tenor de lo preceptuado en el art. 35 LOTC, conferir un plazo común de diez días al Ministerio Fiscal y a las partes para que alegaran lo que estimaran conveniente sobre la procedencia de plantear cuestión de constitucionalidad, suspendiéndose el término para dictar Sentencia. Ello lo motivó la petición del acusador público de condena de los encausados por un delito de tenencia de útiles para el robo, previsto y penado en el art. 509 C.P.

Las alegaciones que dicho acusador presentó se centraron en varios aspectos. En primer lugar, la falta de mención en la providencia de los preceptos constitucionales que afectarían al delito en cuestión. Se recordaba, en segundo lugar, que tras la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 8/1983, el legislador había asumido los preceptos preexistentes no modificados y entre ellos el art. 509. Abunda, en tercer término, en el sentido de no considerar agotado el cauce de una interpretación constitucional de dichos preceptos, antes de plantear la cuestión de constitucionalidad, cauce al que obliga el art. 5.3 L.O.P.J. En cuanto al fondo del asunto, el Fiscal parte de la base de que la constitucionalidad que se cuestiona es la del citado precepto; pero no encuentra en el mismo datos que apoyen tal tacha. Su redacción es clara, y se trata de un precepto autónomo, sólo subsumible en robo con fuerza en las cosas, si se inicia la ejecución de éste. Se trata, al decir del acusador público, de un delito *sui generis*, modalidad aceptada por la doctrina científica. Por otro lado, la estructura del tipo cuestionado, que ha sido ratificado por una relativamente copiosa jurisprudencia del Tribunal Supremo, no entra en contradicción con la Constitución, ni, por tanto, fue afectado por su disposición derogatoria tercera. Ninguno de sus elementos (la tenencia de ciertos útiles y la falta de descargo suficiente) contradice la Norma Fundamental. Tampoco puede decirse que queda afectado el art. 17.3 C.E. No se obliga al detenido a declarar: se trata simplemente, al dar descargo, de ejercer un derecho, y dado descargo suficiente, queda sin pena por imperativo del art. 1 C.P. Es más, el ejercicio de ese derecho puede hacerse en la fase procesal

acudiendo a los medios de prueba, tal como establece el art. 24.2 C.E. en cuanto preceptúa el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes por parte del justiciable para su defensa. Concluye el Fiscal recordando la falta de precisión ya aludida y oponiéndose al planteamiento de la cuestión.

Por su parte, la defensa de los dos encartados estimó oportuno tal planteamiento, pues se establece una inversión de la carga de la prueba, obligando al acusado a demostrar su inocencia.

7. Por Auto de 7 de noviembre de 1985, que tuvo entrada en este Tribunal el día 16 siguiente bajo el número 1.035/85, el Juzgado de Instrucción número 3 de Las Palmas de Gran Canaria planteó cuestión de constitucionalidad relativa a tantas veces citado art. 509 del C. P. En síntesis, la argumentación se centra en los siguientes aspectos:

a) Pese a tratarse de una norma preconstitucional, pues arranca el citado precepto del texto refundido de 1973 y no de la reforma posterior de 1983, la duda que suscita su constitucionalidad motiva el planteamiento de la presente cuestión. Esta se centra en tres aspectos esenciales: Quebra del mandato de antijuricidad material (art. 1 C.E.), del principio de hecho (art. 25.1 C.E.) y del de presunción de inocencia (art. 24.2 C.E.).

b) Por lo que respecta a la primera de las citadas argumentaciones, el Juzgado se refiere, con abundante justificación doctrinal, a que en el primer artículo de la Constitución, por configurar un Estado social y democrático de Derecho, se plantea el castigo de comportamientos que supongan un lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, entendido como condición externa del ejercicio de la libertad de los ciudadanos; lo comporta una noción material de antijuricidad, superándose así la meramente formal. Lo cual también comporta, junto a la constitucionalización del principio de proporcionalidad —reflejado también en el art. 25.1 C.E.— el de intervención mínima. Planteadas así las cosas, se ofrecen dudas sobre si la Constitución exige una noción material de antijuricidad y esa duda es extensible al art. 509 C. P. Este precepto constituye un adelantamiento de la línea de protección penal, dado que se produce un castigo aun antes de iniciarse la ejecución del robo.

c) La quebra del art. 25.1 C.E. acontece por no respetar el precepto penal cuestionado el llamado principio de hecho, es decir, que todo delito, para serlo, ha de tener un comportamiento concreto exteriorizado. Según el Auto de planteamiento no se castiga aquí un comportamiento de tales características, es decir, la tenencia de ciertos útiles, sino la decisión o resolución del poseedor de destinarlos a la perpetración de un robo. De acuerdo con la constante jurisprudencia del Tribunal Supremo, si se demuestra el fin lícito, decae la pena, lo cual pone de manifiesto que el Código Penal castiga una decisión y no un hecho.

d) El art. 24.2 C.E., por lo que respecta a la presunción de inocencia, queda afectado por el hecho de que la carga de la prueba se traslada del acusador al acusado, lo que pone de manifiesto que el art. 509 C.P. contiene un delito de sospecha. Es más el sistema probatorio se fracciona en dos para este delito: De una parte, la tenencia de los útiles propicios para el robo y de otra, el destino de los mismos. Mientras que el primer elemento ha de probarlo la acusación, se invierte la prueba de carga en el segundo y el acusado debe probar que dichos útiles no los destina a la ilícita actividad.

8. Por providencia de la Sección Primera de este Tribunal de 27 de noviembre de 1985, se acordó admitir a trámite la cuestión suscitada por el Juzgado de Instrucción núm. 3 de Las Palmas de Gran Canaria y efectuar las mismas tramitaciones relatadas *supra* en el punto 3.

En su escrito de alegaciones, de 18 de diciembre de 1985, el Fiscal General, tras un resumen de los hechos, señala la identidad de contenido de esta cuestión de inconstitucionalidad con la ya suscitada (y admitida a trámite) por el Juzgado de Instrucción núm. 15 de Madrid, registrada bajo el núm. 269/85. Anuncia, en consecuencia, el Fiscal que en lo esencial reproduce las alegaciones vertidas con ocasión de la precitada cuestión. Se limita a poner de relieve como nueva alegación, el que con la reforma parcial del Código Penal en 1983, el legislador ha asumido las partes no modificadas del texto punitivo, tal como ya tuvo ocasión el Ministerio Fiscal de recordar en el trámite del art. 35.1 LOTC. Es más, se añade, el art. 509 C.P. ha visto sustituidas las penas del presidio por las de prisión. Concluye el Fiscal General con la petición de que se le tengan por reproducidas *in toto* las argumentaciones formuladas con ocasión de planteamiento de la primera de las cuestiones de inconstitucionalidad; además, que, de conformidad con el art. 83 LOTC, se acuerda la acumulación de autos, o que, subsidiariamente, se suspenda el plazo otorgado al Ministerio Fiscal para formular escrito de alegaciones y la tramitación de esta cuestión de inconstitucionalidad, hasta tanto se falle por el Tribunal la registrada con el núm. 269/85, para ser tenido en cuenta dicho fallo en el nuevo informe.

9. En escrito de 26 de diciembre de 1985, el Letrado del Estado, en representación del Gobierno, formula sus propias alegaciones, que, en síntesis, son las siguientes:

a) En primer término se vuelve a plantear la oposición del Letrado del Estado a la admisión a trámite de la cuestión de inconstitucionalidad, a la vista de la falta de concreción de la misma cuando se sometió a alegaciones de las partes, de acuerdo con lo preceptuado en el art. 35 LOTC. También es objeto de crítica la extensión que ha de tener la

pretendida declaración de inconstitucionalidad, es decir, si comprende todo el art. 509 o sólo su primer párrafo. Hechas estas salvedades, se remite el Letrado del Estado a su escrito presentado con ocasión de informar sobre la cuestión de inconstitucionalidad 269/85.

b) Siguiendo el criterio del Fiscal en las alegaciones ante el Juzgado, el Letrado del Estado no comparte la conceptualización del delito del art. 509 C.P. como de sospecha. Por ello, rechaza la tacha de vulneración del art. 1 C.E. por infracción de los principios de proporcionalidad, antijuridicidad material e intervención mínima. La tipificación de la tenencia de ciertos útiles es considerada oportuna por el legislador. Tampoco se vulnera el art. 25.1 C.E. en cuanto recoge el llamado principio de hecho, y ello por que lo que fundamenta el castigo, no es la falta de descargo sobre la tenencia, sino la tenencia o fabricación misma de los útiles destinados a la comisión de robos.

c) En lo tocante a la violación de la presunción de inocencia, el representante del Gobierno afirma que no existe la bipartición de la probanza que expone el Juzgado. Según su criterio, no existe fragmentación en el texto legal enjuiciado y, en todo caso, el principio de interpretación constitucional, oportunamente subrayado por el Ministerio Fiscal, no permite tomar como base del razonamiento una interpretación contraria al texto fundamental —el precepto legal es susceptible de otra ajustada a la Constitución— para sobre esa base construir el razonamiento de inconstitucionalidad. El resultado de ese modo de razonar no puede ser sino tautológico: La inconstitucionalidad no de la norma, sino de la interpretación inconstitucional, que, consciente de tal inconstitucionalidad, se toma como premisa.

El tipo penal incorpora tanto la tenencia como el destino (elemento funcional definidor de los utensilios cuya tenencia o fabricación se tipifican). Ambos elementos se someten a la apreciación judicial con idéntica exigencia de prueba a cargo de la acusación y aplicación en uno y otro del derecho a la presunción de inocencia. La redacción propuesta en el Proyecto de 1980 (alegaciones de la defensa del acusado acerca de la pertinencia del planteamiento de la cuestión) no se diferencia en ello de lo que es el contenido del precepto legal en su necesaria interpretación constitucional.

En definitiva, la inclusión de una específica causa de justificación (equivalente a la ausencia de dolo o culpa) no obliga al acusado a dar descargo. Como señala el Ministerio Fiscal y expuso esta representación en la cuestión 269/85, la exigencia del art. 1 C.P., opera también en el art. 509 C.P., y su plasmación específica no elimina la necesaria concurrencia de dolo o culpa o el juego de las reglas de distribución del *onus probandi* impuesto por el derecho a la presunción de inocencia, sino que, por el contrario, permite al acusado en el ejercicio de su derecho a la defensa y mediante la oportuna actividad probatoria acreditar que en su comportamiento de tenencia o fabricación concurren justificaciones suficientes para excluir el dolo o culpa requerido por el propio tipo.

d) Concluye el representante del Gobierno su alegato, solicitando la admisión de su escrito y la de desestimación de la cuestión de inconstitucionalidad, junto con lo que proceda.

10. Con fecha 13 de julio de 1985, el Juzgado de Instrucción núm. 15 de Madrid dictó una providencia por la que, en cumplimiento de lo preceptuado en el art. 35.2 LOTC se oía, por un término común de diez días, al Ministerio Fiscal y a la parte personada en la causa —procedimiento oral especial núm. 4/85— para que alegasen lo que estimasen oportuno sobre la pertinencia de plantear cuestión de constitucionalidad relativa al art. 509 C.P. El Fiscal, en escrito exactamente coincidente —salvo la alegación de presunta colisión con el art. 24.2 C.E.— con el que motivó la cuestión de constitucionalidad reseñada en primer término, manifestó de nuevo su oposición al planteamiento. La defensa no hizo uso de esta posibilidad.

11. Por Auto de 14 de septiembre de 1985, con entrada en el Registro de este Tribunal el día 22 de noviembre bajo el núm. 1.059/85, el Juzgado de Instrucción núm. 15 de los de Madrid reproducía su fundamentación del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad reseñada en primer lugar y registrada bajo el núm. 269/85. Dada, pues, su identidad se hace remisión al apartado 2 de los presentes antecedentes.

Por providencia de la Sección Segunda, de 18 de diciembre de 1985, se acordó aceptar a trámite la citada cuestión y proceder de igual modo a como se hizo con ocasión de primer planteamiento reseñado, *supra* 3.

En su escrito de 31 de diciembre de 1985, el Fiscal General del Estado solicitó que, dada la identidad de la presente cuestión con las registradas bajo los núms. 269 y 1.035/85 se le tuvieran por reproducidas *in toto* sus alegaciones, efectuando idéntica petición de acumulación de autos y, en su caso, subsidiaria, a la reseñada *supra* 9.

Por su parte, el Letrado del Estado, en representación del Gobierno efectuó otro tanto en su escrito de 13 de enero de 1986.

12. Por providencia del Juzgado de Instrucción núm. 3 de Las Palmas de Gran Canaria se acordó abrir el trámite previsto en el art. 35.2 LOTC, a tal efecto, se emplazó al Ministerio Fiscal y a la defensa para que alegasen en dicho trámite lo que tuvieran por oportuno sobre la pertinencia del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad del art. 509 C.P. El Fiscal reprodujo íntegramente las alegaciones realizadas con ocasión de los que sería la cuestión de inconstitucionalidad

núm. 1.035/85 y la defensa prestó su total conformidad a tal planteamiento.

Por Auto del citado Juzgado de Instrucción de 15 de noviembre de 1985, ingresado en el Registro de este Tribunal el día 29 siguiente bajo el núm. 1.077/85, planteó la cuestión de inconstitucionalidad relativa al art. 509 C.P. por idénticos motivos a los que ya fundamentó su anterior cuestión, registrada bajo el núm. 1.035/85, dándose aquí, por tanto, por reproducida.

Mediante providencia de la Sección Cuarta, de 11 de diciembre de 1985, se acordó admitir a trámite la citada cuestión y efectuar la tramitación prevenida en el art. 37.2 LOTC, tal como se indicó *supra* 3.

El Fiscal General del Estado, en su escrito de 18 de diciembre siguiente, reproduce sus anteriores alegaciones, reseñadas *supra* 9 y 13, referidas a la presente cuestión.

El Letrado del Estado, por su parte, y en escrito de 8 de enero de 1986, solicita ser remitido íntegramente a sus alegaciones formuladas con ocasión de las formuladas en la cuestión 1.035/85.

13. Por providencia de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Valencia, de 28 de enero de 1987, se acordó iniciar los trámites previstos en el art. 35 LOTC a fin de poder plantear la cuestión de inconstitucionalidad relativa al art. 509 C.P., por infracción de la presunción de inocencia prevista en el art. 24.2 C.E. Ello aconteció en el momento anterior a dictar Sentencia en apelación en el rollo 126/86, dimanante del procedimiento especial núm. 88/86 seguido ante el Juzgado de Instrucción núm. 15 de los de Valencia. En este trámite el Fiscal no se opuso al planteamiento de tal cuestión, máxime siendo notorio el plantamiento de otras cuatro cuestiones, cuya resolución aún no había recaído. Igualmente se pronunció favorablemente la defensa del encartado por considerar que el citado precepto supone una vulneración del derecho a la presunción de inocencia y una inversión de la carga de la prueba.

Por Auto de la citada Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Valencia de 16 de febrero siguiente, ingresado en el Registro de este Tribunal el día 23 bajo el núm. 222/87, se acordó suscitar la cuestión de inconstitucionalidad reseñada. Tras recoger en los antecedentes la resolución apelada, se centra la fundamentación del planteamiento de la presente cuestión en el hecho de que se impone al encartado por el art. 509 C.P. la obligación de presentar suficiente descargo y esta obligación es considerada por la Sección cuestionante como contraria a la presunción de inocencia recogida como derecho en el art. 24.2 C.E.

Por providencia de la Sección Primera, de 4 de marzo de 1987, se acordó admitir a trámite la presente cuestión y seguir el procedimiento previsto en el art. 37.2 LOTC, tal como ya se ha indicado para las anteriores cuestiones admitidas.

El Fiscal General del Estado, en su escrito del día 14 de marzo de 1987, tras recordar la identidad de esta cuestión con las ya planteadas, solicitó se le tuvieran por reproducidas sus anteriores alegaciones, incluida la petición de suspensión de la tramitación de dicha cuestión hasta tanto se fallaran las precedentes, si no se producía la acumulación que se volvía a reiterar.

Por su parte el Letrado del Estado, en su escrito de 18 de marzo, en síntesis alegó lo siguiente:

a) De nuevo reiteró su planteamiento sobre la imprecisión del alcance de la cuestión, pues, a su decir, no queda claro si la cuestión se refiere al párrafo primero del art. 509 C.P. o a los dos de que consta.

b) Entrando en el fondo, rechazó que se vulnera con dicho precepto la presunción de inocencia, pues no se impone, en contra de la opinión del órgano judicial, una obligación de descargo por parte del sujeto activo. Amparándose en la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 1981, que disecciona el tipo cuestionado, el Letrado del Estado establece una distinción entre obligación de descargo y carga de efectuarlo y, entiende que el precepto cuestionado no impone obligación alguna al respecto.

c) El que se prohíba al legislador violar la presunción de inocencia (STC 109/1986, de 24 de septiembre, fundamento jurídico 1.º) no supone que tal violación se produzca al configurar un delito como de tenencia, que se elimina con el descargo suficiente que ofrezca el acusado, al igual que sucede en otros delitos; así el art. 315 o en el art. 344, ambos del C.P. Tampoco puede admitirse que se trate de un delito de sospecha, pues ello sería así, si se partiera de una presunción *iuris et de iure*, lo cual no es aquí el caso al regularse el descargo.

d) El que sea hallado en posesión de una ganza será presumido inocente a lo largo de todo el proceso penal que se le siga, en el que tendrá ocasión de descargarse. Para ilustrar su razonamiento se aporta la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 1985 con un párrafo del siguiente tenor:

«El elemento tendencial por su propia naturaleza no es susceptible de prueba directa, sino que ha de deducirse el conjunto de circunstancias concurrentes en cada concreto caso objeto de enjuiciamiento, cuando aplicando las reglas de lo razonable según el modo normal de suceder las cosas, no pueda estimarse como suficientes las alegaciones de descargo hechas por el inculcado, sin que al proceder así se atenta al principio de culpabilidad (...), ya que una cosa es que no pueda haber pena sin dolo o culpa y otra distinta el que ambas formas de

culpabilidad puedan ser probadas por los medios admitidos en Derecho.»

Para corroborar tan exactas palabras, bastará con observar qué sucedería si se suprimiera del art. 509, párrafo 1.º, C.P. las palabras que al Tribunal *a quo* se le antojan contrarias al art. 24.2, C.E., esto es, la frase «y no diere descargo suficiente sobre su adquisición o conservación». El art. 509, párrafo 1.º, C.P. diría así: «El que tuviere en su poder ganzuas u otros instrumentos destinados especialmente para ejecutar el delito de robo será castigado con la pena de arresto mayor». Pues bien: en esta forma abreviada, el art. 509, párrafo 1.º, C.P. tendría exactamente el mismo contenido preceptivo que en la forma extensa: la acusación debería alegar y probar que el destino de los instrumentos era el robo, y la defensa del acusado se esforzaría en ofrecer una explicación convincente (o descargo suficiente) de que los útiles se destinaban a otros fines, es decir, que adquirieron y conservaron para fines lícitos y no el delictivo de robar. Nótese que no se trata aquí de probar un hecho negativo (no destinado al robo), sino sólo de probar hechos positivos: adquisición y conservación para un fin lícito. El esfuerzo de alegar y probar que habían de realizar acusador y acusado dependería de la naturaleza de útil: si éste es de uso «ambiguo» (delictivo o no delictivo: linterna, guantes, llave de bujías), el esfuerzo alegatorio y probatorio de la acusación respecto a su destinación para el robo habría de ser más intenso; si se trata de útiles que normalmente sólo utilizan los delincuentes para robar (ganzuas, llaves manipuladas), habrá de ser mayor el esfuerzo del acusado en descargarse, porque la univocidad delictiva (*sic venia verbis*) del útil, como sucede con las ganzuas, constituye de por sí un elemento de cargo.

Las consideraciones anteriores demuestran que lo que el Tribunal *a quo* caracteriza como «patente» y «frontal» conculcación del derecho a la presunción de inocencia (a saber, la frase «y no diere descargo...») es, en realidad, un recordatorio innecesario y redundante que podría suprimirse sin afectar en nada al núcleo del tipo penal del párrafo primero del precepto cuestionado, como delito de tenencia.

La singularidad, pues del tipo penal del art. 509, párrafo 1.º, C.P. no es, pues, otra que el elemento objetivo del tipo (tenencia de ganzuas y otros útiles) es, al mismo tiempo, elemento procesal de cargo. De ahí que la innecesaria referencia al descargo suficiente produzca algo así como un espejismo de infracción del derecho fundamental a la presunción de inocencia. Pero el espejismo desaparece tan pronto como nos acercamos y examinamos reflexivamente el tan repetido precepto.

d) Concluye el Letrado del Estado su alegato solicitando se desestime la cuestión de inconstitucionalidad respecto del párrafo segundo del art. 509 C.P. y que desestime la cuestión respecto de su primer párrafo; y por otrosí, solicita la acumulación a la cuestión núm. 269/85.

14. La Sección Primera, en providencia de 3 de junio de 1987, acordó oír al Letrado del Estado y al Fiscal General del Estado, en relación con las respectivas solicitudes, sobre acumulación o suspensión de la tramitación, contenidas en sus escritos de alegaciones.

El Letrado del Estado, en escrito de 10 de junio último, se ratificó en su petición de acumulación, pidiendo que si en lo sucesivo se planteara alguna nueva cuestión sobre el art. 509 C.P. no se opondría a la suspensión de su trámite.

El Fiscal General del Estado, en escrito de 12 de junio, manifestó que si bien existe entre las cuestiones una indudable conexión, conexión que justificaría su acumulación, razones de economía procesal y el precedente sentado por el Tribunal en casos similares, aconsejan como más oportuna la suspensión teniendo en cuenta, por otra parte los efectos universales de las Sentencias decididas en procesos de constitucionalidad según el art. 38.1 LOTC; no obstante, termina el Fiscal General del Estado, nada tiene que objetar a la acumulación.

Finalmente, por Auto del Pleno de 9 de julio de 1987 se acordó, a la vista de la conexión de las cinco causas de inconstitucionalidad presentadas, acumular a la registrada bajo el núm. 269/85 las causas núms. 1.035, 1.039, 1.077/85 y 222/87, planteadas la primera y la tercera por el Juzgado de Instrucción núm. 15 de los de Madrid, la segunda y la cuarta, por el núm. 3 de Las Palmas de Gran Canaria y la quinta, por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Valencia.

15. Por providencia del Pleno de este Tribunal de 7 de junio de 1988, se señaló para deliberación y votación de la Sentencia el día 8 siguiente.

II. FUNDAMENTOS JURIDICOS

1. Ninguna de las objeciones que han sido opuestas a la entrada en el fondo de las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por el Juzgado de Instrucción núm. 15 de Madrid, el Juzgado de Instrucción núm. 3 de Las Palmas de Gran Canaria y la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Valencia, pueden ser acogidas, por las siguientes razones: a) La cuestión de inconstitucionalidad se encuentra bien formulada, determina con precisión la disposición de ley sobre la que versa el tema de constitucionalidad que es el párrafo 1.º del art. 509 del Código Penal y expresa de un modo suficiente las razones por las cuales se propone su inconstitucionalidad, de suerte que se cumplen las prescripciones establecidas en el art. 35 de la Ley Orgánica de este Tribunal; b) No puede decirse, en puridad, que se trata de una norma

preconstitucional, pues aun cuando su origen histórico se remonta a la segunda mitad del siglo XIX y ha sido mantenida en las sucesivas redacciones de los diferentes Códigos Penales, es claro también que con la misma redacción se encuentra en el texto del Código Penal vigente, aprobado por Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, y esta inclusión de la norma en un Código Penal postconstitucional la dota suficientemente de este carácter aun cuando debe advertirse que el tema es desde el punto de vista de la admisión de una cuestión de inconstitucionalidad intrascendente, pues este tipo de cuestiones puede plantearse lo mismo si las disposiciones de ley afectadas por la duda constitucional son post-constitucionales que si son pre-constitucionales, según este Tribunal señaló desde la primera de sus Sentencias; y que la cuestión relativa a las leyes preconstitucionales se hace necesaria si el órgano judicial proponente estima que no puede hacer uso de la disposición derogatoria de la Constitución y del mecanismo de derogación tácita en ella contenida; c) por último, hay que señalar que el hecho de que sea posible una interpretación de la norma cuestionada, que sea conforme con la Constitución, no permite considerar a la cuestión en sí misma como mal fundada, pues lo cierto es que el art. 163 de la Constitución y el art. 35 de la Ley Orgánica de este Tribunal se limitan a exigir, como único requisito de fondo, el que una norma con rango de ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, sin condicionar el planteamiento de la cuestión a la imposibilidad de la interpretación conforme con la Constitución. Y si bien el art. 5, apartado 3.º, de la Ley Orgánica del Poder Judicial (Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio), dice textualmente que «procederá el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, cuando por vía interpretativa no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional», tal regla no puede entenderse como limitativa de los términos sobre el planteamiento de la cuestión contenidos en el art. 37 de la Ley Orgánica del Tribunal y ofrece únicamente a los Jueces y Tribunales la alternativa entre llevar a cabo la interpretación conforme con la Constitución o plantear la cuestión de inconstitucionalidad.

2. Las razones que se ofrecen en los Autos en que se plantean las diferentes cuestiones, que aquí se resuelven, para considerar el art. 509 del Código Penal como contrario al art. 25 de la Constitución, no pueden considerarse suficientes y no pueden, por ello, ser acogidas. Es verdad que el art. 25 de la Constitución no permite entender que hay un automatismo o un mecanicismo completo, de suerte que cumplida la reserva de ley que en el precepto se establece, quedan al margen y no pueden ser enjuiciados por este Tribunal los demás problemas que una disposición de ley de carácter penal pueda plantear. Es cierto asimismo que el cumplimiento del mandato del art. 25 de la Constitución exige una descripción de las conductas, acciones u omisiones constitutivas de delito, que cumpla las exigencias del principio de seguridad jurídica, lo que impide considerar comprendidos dentro del citado precepto constitucional los tipos formulados en forma tan abierta que su aplicación o inaplicación dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria en el estricto sentido de la palabra, de los jueces y tribunales. Y ha de considerarse necesario, asimismo, que la restricción de la libertad individual que toda norma penal comporta se realice con la finalidad de dotar de la necesaria protección a valores, bienes o intereses, que sean constitucionalmente legítimos en un Estado social y democrático de Derecho. Sin embargo, ninguna de estas condiciones aparece incumplida por el precepto penal que se examina.

Del art. 509 no es posible decir que contenga un tipo delictivo descrito en forma abierta que propicie o facilite el arbitrio judicial, pues su núcleo esencial está constituido por dos factores que se encuentran bien definidos, como son la posesión de instrumentos idóneos para cometer el delito de robo con fuerza en las cosas y la especial destinación o destino que su poseedor da a tales instrumentos, requisitos de los cuales el primero es de carácter predominantemente objetivo y el segundo, de carácter subjetivo o intencional, habiéndose, además, de señalar que uno y otro deben situarse dentro del marco del art. 1 del Código Penal vigente que exige para todo tipo de delito la presencia de dolo o culpa. Y por lo que se refiere a la expresión, que constituye el tema materia de esta cuestión «no diere descargo suficiente...» ha de señalarse que desde el punto de vista de la tipicidad, ninguna reserva puede formularse, pues se trata, como es manifiesto, de un elemento de carácter negativo, que consiste en la falta de la especial destinación a que el precepto se refiere. Por último, ha de señalarse, que el precepto se encuentra, como es notorio, destinado a reforzar la protección de la propiedad y, en general, de la seguridad ciudadana, que son valores e intereses constitucionalmente legítimos, en el marco de los cuales el legislador penal puede definir una política criminal, que, cumplidos los requisitos establecidos en la Constitución, no compete a este Tribunal enjuiciar.

3. El problema que plantean las cuestiones de inconstitucionalidad adquiere un cariz completamente distinto si la disposición de Ley contenida en el art. 509 del Código Penal se examina a la luz de los dictados del art. 24.2 de la Constitución y, en especial, desde el punto de vista del principio de que todos los ciudadanos tienen derecho a la presunción de inocencia. Este derecho fundamental ha sido definido y desarrollado por una extensa jurisprudencia de este Tribunal que no es necesario reiterar aquí con detalle. Baste señalar que, como es mani-

fiesto, el art. 24.2 de la Constitución significa que se presume que los ciudadanos no son autores de hechos o conductas tipificadas como delito y que la prueba de la autoría y la prueba de la concurrencia de los elementos de tipo delictivo, corresponden a quienes, en el correspondiente proceso penal, asumen la condición de parte acusadora, sin que pueda imponerse al acusado o procesado una especial actividad probatoria, que dependerá siempre de la libre decisión que se adopte respecto de su defensa, pues la Constitución le reconoce también al acusado el derecho a no declarar contra sí mismo. Significa, además, la presunción de inocencia que en los procesos en que se enjuician acciones delictivas debe existir una prueba de cargo suficiente, realizada a través de medios de prueba que merezcan un enjuiciamiento favorable desde el punto de vista de su legitimidad constitucional. Desde esta perspectiva hay que examinar el art. 509 del Código Penal que aquí se debate.

El precepto legal en cuestión ha sido objeto de un análisis y comentario, tanto en la doctrina de los autores como en la jurisprudencia penal del Tribunal Supremo, que no alcanza la deseada dosis de uniformidad. Las interpretaciones oscilan entre las tesis que lo consideran como un delito de mera sospecha, las que entienden que en él se castiga una situación de peligro abstracto y quienes piensan que se trata de una anticipación de la represión penal, que, en el caso concreto, se traslada de la tentativa o comienzo de ejecución a actos de carácter preparatorio. Son también muy variados los análisis que se realizan respecto de los elementos del tipo delictivo. Inicialmente es claro que el primero de ellos es la posesión de instrumentos idóneos para ejecutar un delito de robo, que es, generalmente el delito de robo en los casos a que se refiere el art. 504 y que, aunque el precepto menciona de manera singular las «ganzas», el tipo real se refiere a toda clase de instrumentos que posean aquella condición. Es claro asimismo que forma parte del tipo una especial destinación o destino de los instrumentos para la ejecución del robo, lo que supone, como recientemente ha dicho la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1987, una elemento tendencial que permite configurar la acción como acción típicamente antijurídica o, como también ha sido dicho, un aspecto de tendencia, de finalidad o de intención. Existe, por último, alguna notoria discrepancia doctrinal respecto del significado de la falta de descargo suficiente, pues no faltan tesis que incluyen esta falta de descargo dentro del tipo delictivo, mientras que existen otras que le dan un alcance y un sentido notoriamente diverso. No compete a este Tribunal terciar en lo que se puede considerar como una polémica doctrinal, lo que sería de todo punto impertinente, y únicamente se hace preciso recibir de tales antecedentes doctrinales los elementos precisos para enjuiciar y resolver las cuestiones propuestas. En este proceso, se han enfrentado dos posibles variantes de la interpretación del precepto sobre las que nuestro análisis deberá ahora versar, sin excluir la posibilidad de otras diferentes, que no es posible enjuiciar, porque no han sido objeto de debate.

a) De acuerdo con una primera, la sola tenencia de instrumentos idóneos para ejecutar un delito de robo hace presumir el especial destino a tal ejecución, a menos que el acusado facilite mediante el correspondiente descargo la prueba en contrario. Desde este punto de vista una antigua Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, la de 23 de mayo de 1908, dijo que en este precepto se castiga la sola tenencia de los instrumentos por la presunción del mal uso que se propusiera hacer de ellos el culpable. Y más modernamente, la Sentencia de la misma Sala del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 1983, al referirse al llamado aspecto tendencial, tendencia o finalidad que el precepto contempla, dice de ella que «queda acreditada o probada por una

presunción *iuris tantum*, destruida o desvirtuada si se diere descargo suficiente sobre su adquisición o conservación».

b) Existe, en segundo lugar, una segunda posible manera de entender el precepto, de acuerdo con la cual la posesión de los instrumentos, como la idoneidad de éstos para un delito de robo con fuerza en las cosas, y la especial destinación o destino por su poseedor a la ejecución de delitos de tal tipo, corresponde siempre probarlas, como cualquier otro elemento inculpativo, a la parte acusadora, sin que por exigencia de la Ley tenga el acusado que realizar prueba alguna. En esta interpretación, la idea del descargo suficiente posee un sentido distinto. No es una actividad necesaria del acusado, sino una actividad libre de este, que alguna de las tesis mantenidas en el presente recurso considera como una especial causa de justificación, aun cuando probablemente sea más exacto calificarla de libertad del acusado para alegar y probar una destinación diferente.

Tras lo dicho, resulta, como necesaria conclusión del análisis que se realiza, que la primera de las interpretaciones cuestionadas, es decir, la que antes ha sido expuesta bajo la letra a), es contraria a los dictados del art. 24.2 de la Constitución y al derecho fundamental a la presunción de inocencia, lo que no ocurre, en cambio, con la segunda de las interpretaciones propuestas. La primera de ellas es, como decíamos, contraria al art. 24.2. Contiene una presunción en contra del reo que es la presunción de mal uso o la presunción de la tendencia o finalidad, que se considera además como *iuris tantum*, produciendo una traslación o inversión de la carga de la prueba, de suerte que la destrucción o desvirtuación de tal presunción corresponde al acusado a través del descargo.

Llegados a este punto, parece obligado concluir que la disposición de Ley enjuiciada no es en sí misma inconstitucional, pero que sí lo es alguna de las interpretaciones de que ha sido y puede ser todavía objeto. Ello impone la conveniencia de llegar a una Sentencia constitucional de carácter interpretativo, que tome, sobre todo, en consideración el principio de conservación de las disposiciones legales, en cuanto las mismas pueden ser interpretadas y aplicadas de conformidad con la Constitución.

FALLO

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCION DE LA NACION ESPAÑOLA,

Ha decidido:

Declarar inconstitucional el art. 509 del Código Penal en cuanto se interprete que la posesión de instrumentos idóneos para ejecutar el delito de robo presume que la finalidad y el destino que les da su poseedor es la ejecución de tal delito.

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

Dada en Madrid, a ocho de junio de mil novecientos ochenta y ocho.—Francisco Tomás y Valiente.—Gloria Begué Cantón.—Angel Latorre Segura.—Francisco Rubio Lorente.—Luis Díez-Picazo y Ponce de León.—Fernando García-Mon y González-Regueral.—Carlos de la Vega Benayas.—Eugenio Díaz Eimil.—Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer.—Jesus Leguina Villa.—Luis López Guerra.—Firmados y rubricados.

16009 Sala Primera. Recurso de amparo núm. 1.253/1986. Sentencia núm. 106/1988, de 8 de junio.

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por don Francisco Tomás y Valiente, Presidente; don Francisco Rubio Lorente, don Luis Díez-Picazo y Ponce de León, don Antonio Truyo Serra, don Eugenio Díaz Eimil, don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 1.253/1986, interpuesto por don Pascual Masa Burgos, representado por el Procurador de los Tribunales don Ignacio Aguilar Fernández y asistido de Letrado, contra el Auto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 26 de septiembre de 1986, recaído en recurso de casación contra Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza en causa por delitos de atentado y lesiones.

Ha comparecido el Ministerio Fiscal y fue Ponente el Magistrado don Luis Díez-Picazo y Ponce de León quien expresa el parecer de la Sala.

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 21 de noviembre de 1986 tuvo entrada en el Tribunal Constitucional la demanda de amparo promovida por don Pascual Masa Burgos, representado por el Procurador don Ignacio Aguilar Fernández, dirigida contra el Auto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 26 de septiembre de 1986, recaído en el recurso de casación núm. 664/1985, interpuesto contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 20 de noviembre de 1984, que le condenó por delitos de atentado y lesiones.

2. El recurso de amparo se funda en los siguientes hechos y alegaciones:

a) Según indica en su demanda el recurrente, fue condenado por la referida Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 20 de noviembre de 1984, como autor de un delito de atentado con arma contra la autoridad, dos delitos de lesiones y varias faltas, a ocho años y un día de prisión mayor y diversas otras penas.

b) Contra esta Sentencia el demandante dedujo recurso de casación al amparo del art. 849, 1 y 2, y del art. 851, 1, L.E.Crim. Para el mantenimiento de este recurso le fue designado un Abogado del turno de oficio con fecha 6 de diciembre de 1985, quien estimó que el recurso era improcedente. Efectuada una segunda designación, el nuevo Abogado también se manifestó por la improcedencia del recurso. Conse-