

**STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 199/2011 de 30 marzo**

## **RESUMEN**

**El Tribunal Supremo estima que la simple convivencia bajo un mismo techo de personas con relaciones familiares o análogas no supone coautoría. Es preciso tener participación efectiva en alguna de las conductas tipificadas. La convivencia es un dato que por sí sólo no permite fundar la autoría.**

## **I. ANTECEDENTES**

Primero

### **PRIMERO**

El Juzgado de Instrucción número 2 de Sevilla, instruyó sumario con el número 2 de 2008, contra Moisés, Luisa, Vidal, Adolfo Y Constantino, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Sevilla, cuya Sección Tercera, con fecha 14 de mayo de 2.010, dictó sentencia , que contiene los siguientes:

**HECHOS PROBADOS:** Declaramos expresamente probados que como consecuencia de investigaciones efectuadas por la policía, al tener conocimiento que el numero NUM000 de la CALLE000 de la BARRIADA000 de esta ciudad, sobre el mes de abril de 2.007, se había reabierto como punto de ventas de drogas después de que dicho inmueble, por anteriores intervenciones policiales, permaneciera inactivo, se procedió por las fuerzas policiales a hacer durante un tiempo los oportunos seguimientos y vigilancias, resultando como consecuencia de las mismas que los procesados Adolfo , y sus hijos Constantino y Vidal , todos ellos mayores de edad y con antecedentes penales no computables en esta causa, se venían dedicando a la venta de drogas en dicho inmueble, si bien lo efectuaban a través de terceras personas y concretamente, entre éstas, del también procesado Aureliano, mayor de edad y sin antecedentes penales computables, que materialmente era el que estaba en la casa de la CALLE000 y llevaba a cabo las ventas.

Asimismo y como consecuencia de tales seguimiento policiales, los agentes pudieron comprobar como indistintamente el padre Adolfo o alguno de sus dos mencionados hijos Vidal o Constantino, eran los que proveían de droga al vendedor último, el acusado Aureliano, y que la misma la tenían guardada en la casa sita en la DIRECCION000 nº NUM001 de Sevilla, que había sido domicilio del acusado Vidal, vivienda que en aquella época se encontraba vacía, y les servía de almacén o depósito de las sustancias estupefacientes, de donde la cogían para entregarlas al vendedor Aureliano, una vez avisados por éste, a través de unos transmisores de onda corta, de que la misma se había terminado o estaba escaseando, la cual le acercaban portándola normalmente en un cajón de frutas que, como transportín, habían habilitado en un ciclomotor, que cualquiera de los tres miembros de dicha familia utilizaba para proveer de drogas al punto de venta, sito en la CALLE000, que cogían generalmente de la DIRECCION000, si bien en ocasiones, de los domicilios donde efectivamente residían los acusados.

Durante las investigaciones llevadas a cabo por la policía entre los meses de abril a octubre de 2.007, se realizaron diversas aprehensiones a varias personas que habían adquirido la droga en la CALLE000 nº NUM000, la cual debidamente analizada resulto ser hachís con una riqueza de entre 7,7% y 14,4% de tetrahidrocannaibol, arrojando las

incautaciones un peso total de 161,75 gramos, siendo su valor en el mercado de unos 717,524 euros.

El procesado Adolfo, Vidal, la esposa de aquel y madre de éste y otros hijos y hermanos residían en la CALLE001 nº NUM002 de Sevilla, y próximo a dicha vivienda, en el número NUM003 de esa misma CALLE001 residía Constantino.

En el curso de esas investigaciones, los policías que venían haciendo los oportunos seguimientos tuvieron noticias de que Adolfo, Vidal y Constantino pudieran estar asimismo dedicándose al tráfico de pistolas y armas de fuego, comprobando como los mismos, frecuentaba unas chabolas sita en la carretera CARRETERA000 NUM010, y que incluso muchas noches Constantino y su esposa Rafaela pernoctaban en la misma, residiendo asimismo en dicho núcleo chabolista los acusados Luisa, Moisés y Jesús María, mayores de edad y sin antecedentes penales.

Como consecuencia de los seguimientos y comprobaciones de los agentes de la Policía actuantes, así como derivado de la intervención de hachís a personas que eran indicadas por el observador como las que salían de dicha vivienda de la CALLE000, se pusieron tales hechos en conocimiento del Juzgado de Guardia, solicitándose el 8 de octubre de 2007, mandamientos de entrada y registro en dichos domicilios y en la mencionada chabola, considerando la Policía que los efectos eran propiedad de la familia Constantino Vidal y Adolfo, y que los otros residentes la custodiaban, y que dicha chabola podía ser también lugar de aprovisionamiento y custodia de sustancias estupefacientes, amas de fuego y dinero productos de las ventas que se desarrollaba en el nº NUM000 de la CALLE000.

A la vista de la exposición de los hechos por la Policía, se dictaron varios autos el día 8 de mayo de 2007, por el Titular del Juzgado de Instrucción nº 2 de esta capital, en los que se acordaba practicar las diligencias de entrada y registro en los domicilios antes señalados. Tales Diligencias se llevaron a cabo, a presencia de distintos Secretarios Judiciales al día siguiente, conforme así se disponía en los autos judiciales que las acordaba, con el siguiente resultado:

En la casa sita en la CALLE000 nº NUM000, se encontraron entre otros efectos, un bloque de hachís, dos tabletas de hachís, un trozo grueso de hachís, 25 laminas de hachís, 2 cuchillos de grandes dimensiones con restos de hachís, cuatro rollos de papel de plástico transparente y 335 euros en efectivos distribuidos en billetes y monedas, producto de la venta de drogas.

En el inmueble sito en la DIRECCION000 nº NUM001, como efectos a destacar se intervinieron una maquina de contra billetes, un rollo grande de papel adhesivo transparente, un fardo de arpillera, y una pistola marca Astra, modelo A 100, con número de serie borrado y referencia EAA-COCO AFL, con su cargador, así como 17 cartuchos del calibre 9 mm, además de documentación a nombre de otras personas no acusadas.

En la vivienda del número NUM002 de la CALLE001 nº NUM002, se encontraron entre otros efectos, gran cantidad de joyas, tales como cordones dorados, pulseras, anillo, reloj, la suma de 3.825 euros en el dormitorio de Raúl y en de sus padres la suma de 8.100 euros distribuidos en billetes de distintos importes, una catana con funda, una espada, 10 cartuchos del calibre 22 sin repercutir. Asimismo se intervinieron un vehículo Audio A4 matrícula....-BHY, y un Quad Yamaha Raptor, matrícula U-....-YZT, ambos propiedad de Vidal, documentación personal y el ciclomotor antes referido

y que la familia utilizaba para transportar la droga. Todos estos efectos así como el dinero intervenido era producto de la venta de drogas.

En el domicilio ubicado en la CALLE001 nº NUM003, donde fue detenido Constantino, se intervino un bastón de estoque con su funda, un cargador para 17 cartuchos dentro de su funda, una funda de pistola de cuero, 25 cartuchos del calibre 32 sin detonar y diversa documentación.

En la vivienda-chabola sita en la carretera de CARRETERA000, se intervinieron los siguientes efectos: la cantidad en metálico de 14.240 euros distribuidos en billetes de distintos importes, producto de la venta de drogas, gran cantidad de joyas, consistentes en cordones dorados, colgantes, pulseras, sortijas, pendientes, diversa documentación, entre ella tres facturas de una joyería portuguesa, fechadas el 05-07-07 a nombre de Joaquina , esposa y madre respectivamente de los acusados Adolfo, Constantino y Vidal, por importes de 7.400 euros, 1.600 euros y 430 euros, 5 fardos precintados con tela de saco de rafia de hachís, un paquete de hachís precintado, y otro paquete igual que el anterior abierto, dos walki-talkie. Igualmente se ocuparon distintos útiles para la limpieza de armas, un muelle recuperador grande para arma larga así como las siguientes armas: un fusil marca HK, cuyo funcionamiento mecánico y operativo en vacío es correcto, dotado de selector con dispositivo ametrallador, considerado arma de guerra; un subfusil marca Steir, modelo Solotum, recamada para cartuchos, con funcionamiento mecánico en vacío correcto, dotado de selector con dispositivo ametrallador, considerado arma de guerra; una escopeta marca Franchi, con un solo cañón de ánima lisa, semiautomática, con el caño recortado a 380 mm con relación al plano de cierre y con cuyo funcionamiento mecánico y operativo en es correcto; una pistola marca Astra, considerada arma corta de fuego con numero de serie borrado mediante punzonado, con funcionamiento en doble acción correcto; un revolver, marca BBM, troquelado en su armazón, considerada arma detonadora, siendo su funcionamiento mecánico en vacío; un total de 14 carabinas, unas en mal estado de conservación y otras cuyo funcionamiento mecánico en vacío es correcto; armas para las que no se necesita licencia ni guía de pertenencia; un caño de carabina marca cometa, un armazón y un tambor de revolver marca BBM en mal estado de conservación, al haber sido objeto de manipulación, un armazón, una barra y dos cachas de pistolas, marca BRIXIA, en mal estado de conservación, una navaja, un hacha, 14 vainas metálicas percutidas y 229 cartuchos troquelados en buen estado de conservación, 10 cargadores metálicos, hábiles para acoplar en los diversas armas intervenidas, una mira telescópica, un set de herramientas de armería, una llave hexagonal, una funda de pistola, una funda para el subfusil, un portagcargador, y una baqueta de metal y un spray de aceite.

Ninguno de los acusados poseían licencia o guía para utilizar las armas de fuego intervenidas.

Debidamente analizada por el Laboratorio de Análisis Químico de la Policía Científica de Sevilla, la droga incautada en el registro llevado a cabo en el nº NUM000 de la CALLE000 y en la chabola antes referida, la misma resultó ser hachís, y arrojó un peso total de 160 Kgrs., con una riqueza del 3,92% al 21,41% en tetrahidrocannabinol, teniendo un valor en el mercado de 221.120 euros.

No queda debidamente acreditado que el acusado Jesús María, mayor de edad y sin antecedentes penales haya tenido participación alguna en los hechos descritos.

Segundo

## SEGUNDO

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

FALLO: Condenamos al acusado Aureliano, como autor penalmente responsable de un delito contra la salud pública, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal [...]

Condenamos a los acusados Moisés y Luisa como autores penalmente responsables de un delito contra la salud pública y de un delito de depósito de armas de guerra, ya definidos, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal [...]

Condenamos a los acusados Adolfo, Constantino y Vidal, como autores penalmente responsables de un delito contra la salud pública y de un delito de depósito de armas de guerra, ya definidos, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal [...]

Tercero

## TERCERO

Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por quebrantamiento de forma, infracción precepto constitucional e infracción de Ley, por Moisés, Luisa, Vidal, Adolfo Y Constantino [...]

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO DE INTERÉS

RECURSO INTERPUESTO POR Moisés y Luisa

[...]

## QUINTO

[...]

Se impugna el juicio de inferencia realizado por el Tribunal de instancia -que puede ser revisado por el cauce del art. 849.1 LECrim.- en cuanto **deduce la participación de Moisés y Luisa de un único dato: la residencia común o convivencia de los mismos en el lugar donde fueron encontrados los efectos (droga y armas)**, cuando ni siquiera la existencia de sus personas era conocida con anterioridad a la practica de la entrada y registro y en todo caso debió concretarse que los objetos fueron del todo desconocidos para Luisa, no siendo aceptable la imputación de responsabilidad a ambos, cuando no existe ningún dato que así lo ponga de manifiesto, más allá de la convivencia de la pareja en el domicilio común.

El desarrollo de los motivos realizado por la parte recurrente -ciertamente encomiable- hace necesario efectuar las siguientes precisiones, conforme lo expone en la STS. 1058/2010 de 13.12.

1) **Los juicios de valor sobre intenciones y los elementos subjetivos del delito pertenecen a la esfera íntima del sujeto, y salvo confesión del acusado en tal sentido, solo pueden ser perceptibles mediante juicio inductivo a partir de datos objetivos y materiales probados ( STS. 22.5.2001) [...]**

2) Que como venimos afirmando -por todas SSTS. 1029/2010 de 1.12 y 35/2010 de 4.2.-, **la presunción de inocencia se configura, en tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de**

cargo válidas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria, realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito, y la participación del acusado. [...]

3) Y respecto a la autoría de ambos derivada de la simple convivencia familiar, ciertamente hemos declarado, SSTS. 11/2011 de 1.2, 1029/2010 de 1.12, 922/2010 de 28.10, que la coautoría en la tenencia de drogas para el tráfico no puede darse por la simple convivencia de relaciones familiares o análogas bajo un mismo techo, pues es preciso tener participación efectiva en alguna de las conductas tipificadas, doctrina aplicable a la tenencia ilícita de armas o depósito de las mismas en la que la convivencia es un dato que por sí solo no permite fundar la autoría, aunque los que convivan con el que posee las armas conozcan su existencia (SSTS. 334/2007 de 25.4, 594/2006 de 16.5, 68/98 de 28.1, 178/97 de 15.2).

En efecto es necesario recordar que entre los principios fundamentales del Derecho Penal ha sido reconocido sin excepciones el de responsabilidad personal. De acuerdo con este principio, la base de la responsabilidad penal requiere como mínimo, la realización de una acción culpable, de tal manera que nadie puede ser responsable por las acciones de otro. El Tribunal Constitucional 131/87 ha sostenido que "el principio de la personalidad de las consecuencias jurídico-penales se contiene en el principio de legalidad". De la vigencia de este principio se derivan exigencias para la interpretación de la Ley Penal. En particular se impone al interprete establecer claras delimitaciones objetivas en los tipos en los que el aspecto exterior de la conducta está descrito en la Ley de manera tan ambigua que no es posible una aplicación literal del mismo, ello es lo que ocurre indudablemente en los tipos penales que se caracterizan por la posesión de determinados objetos, pero en los que la acción se puede realizar, naturalmente, aunque la posesión no se exteriorice en una tenencia permanente de ellas (tenencia de armas, art. 563 CP, de cosas provenientes de delitos, art. 298 a) y de drogas, art. 368 ). En estos delitos se presenta con frecuencia el problema de distinguir entre la realización del tipo y los casos de aquellas personas inculpadas que tengan simplemente un acceso a los objetos prohibidos como consecuencia de la convivencia familiar con el autor, sin realizar aporte alguno que exteriorice el contenido criminal que caracteriza a todo tipo penal, en tanto descripción de conductas gravemente contrarias al orden social.

En el supuesto de la tenencia de drogas con propósito de tráfico, previsto en el art. 368 CP. el acceso a la droga que tiene el cónyuge, el padre, hijo o persona que convive con otra de manera análoga no puede comportar por sí sola la realización del tipo penal.

**Naturalmente que en este delito es posible compartir la tenencia y que esto es posible también cuando se la comparte entre cónyuge o entre padres e hijos, o demás moradores de la vivienda Pero en la medida en que es preciso excluir la responsabilidad penal por hechos ajenos, se requerirán que en estos casos se acrediten circunstancias adicionales que vayan más allá de la mera convivencia familiar y que permitan deducir la coautoría en el sentido de real coposesión de las drogas.**

Estas circunstancias pueden ser muy diversas, en cada caso y difícilmente se podrían reducir a un catálogo cerrado, no obstante lo cual exigirán una comprobación positiva de los elementos que diferencian la convivencia familiar con el autor respecto de la coautoría misma, pues la sola relación familiar no puede ser fundamento válido de la coautoría de la tenencia.

**En efecto la posesión ilícita no puede deducirse del solo hecho de la convivencia bajo el mismo techo, aunque en el domicilio se ocupen drogas y determinados**

**útiles para su manipulación, si no aparecen otras pruebas o indicios.** En el Derecho Penal instaurado y basado en el principio de culpabilidad, art. 1 CP, no puede admitirse ningún tipo de presunción de participación por aquella vida en común, incluso por el conocimiento que uno de los convivientes tenga del tráfico que el otro realiza.

De otra manera en dichos delitos se burlaría por esta vía de exclusión de la obligación de denunciar a los allegados o de declarar contra el pariente, art. 416 LECrim., o incluso de la prohibición de encubrir, art. 454 CP, que ha dispuesto el legislador, reemplazándola por una autoría fundada en la mera convivencia familiar (SSTS. 4.12.91, 4.4.2000, 4.2.2002), que dice textualmente: "el conocimiento de la futura comisión del delito por quien según la jurisprudencia de esta Sala citada en la sentencia recurrida, no es garante de impedir su realización es completamente insuficiente para justificar su condena pro el delito de tráfico de drogas. En efecto, el conocimiento de la acción realizada por otros no constituye una "activa participación" en el delito, como lo entendió la Audiencia, dado que conocer no es actuar y que el conocimiento, sin la realización de la acción da lugar a una omisión de actuar, que solo sería relevante en el caso que el omitente fuera garante".

En relación con este extremo hemos dicho en STS. 443/2010 de 19.5, que el derecho vigente establece, naturalmente, deberes de solidaridad entre los cónyuges que pueden ser fundamento de una posición de garante. Pero es también indudable, que a tales deberes de solidaridad, precisamente por su naturaleza, no pueden proporcionar ninguna base al establecimiento de una posición de garante respecto de bienes jurídicos ajenos. Estos deberes de solidaridad, por el contrario, se refieren solo a los bienes jurídicos propios del otro cónyuge, pero no determinan una especial coautoría.

Con razón ha señalado la doctrina que ello implicaría una forma de "responsabilidad familiar", que contradice el carácter personal de la pena en el derecho moderno. La realización del tipo penal, posibilita compartir la tenencia, pero se requerirá que se acrediten circunstancias que vayan más allá de la convivencia familiar para acreditar el ánimo de tráfico, "el simple conocimiento de esta actividad, aunque racionalmente presumible e incluso reconocido, no es fundamento por si solo para fundar la autoría", insistiéndose en la STS. 94/2006 de 10.2 , en que no puede fundarse la responsabilidad en la comisión por omisión del delito ya que los cónyuges no son garantes de que el otro no cometa el delito.

## SEXTO

Situación que no es la del presente caso. La sentencia impugnada, fundamento jurídico tercero, razona sobre la autoría de los recurrentes, no albergando duda alguna sobre que la droga y las armas halladas en su domicilio estaban a su disposición, y así resalta los lugares en que se encontraron, a simple vista, como joyas en un bolso en el interior del horno y armas y municiones en el salón y analiza la versión exculpatoria de ambos acusados en la instrucción -en el plenario se acogieron a su derecho a no declarar- que no considera plausibles.

Consecuentemente la participación de ambos recurrentes se deduce de la ocupación en su vivienda, en lugares visibles y repartidos por las dependencias de la casa, de 14.240 E, gran cantidad de joyas, 160 kg. de hachís, repartidos en 5 fardos y dos paquetes, 14 carabinas, una pistola marca Astra, un revolver marca BBM, un fusil marcha HK, dotado de selector con dispositivo ametrallador; un subfusil marca Star, modelo Solotum, dotado de selector con dispositivo ametrallador, un set de herramientas de armerías, útiles para la limpieza de armas, 229 cartuchos troquelados, una mira telescópica, etc. Inferencia de la Sala que responde a las reglas de la lógica, normas de

experiencia y sentido común, en el sentido de considerar a Luisa como guardadores de la droga, armas, dinero y joyas intervenidas, propiedad de los acusados Adolfo y sus hijos Vidal y Constantino.

Conducta ésta calificable como de cooperación necesaria en el delito contra la salud pública al incluirse como tal el uso y acceso a su domicilio para ocultar y guardar la sustancia estupefacientes; incardinable en el art. 566.1 no en su condición de promotor y organizador del depósito sino como cooperador a su formación -dada la pena solicitada por el Ministerio Fiscal aceptada en la sentencia de instancia, tres años prisión-, por cuanto para distinguir a los promotores y organizadores, de un lado, y a los simple cooperadores a su formación, debe tenerse en cuenta que si los primeros son los que dan vida, con su iniciativa y consignas, a la reunión finalista de las armas, los segundos, en cambio, son solo los que tienen una voluntad adyacente, de mera cooperación a lo que otros han ideado y promocionado, y en el art. 567.1, al ser evidente el carácter de armas de guerra del fusil ametrallador y del subfusil ametrallador, por aplicación del art. 6.1 c) reglamento armas RD. 137/93 de 29.1, la detención de los mismos configura dicho delito, dado que el Código actual la tenencia de una sola arma de guerra constituye depósito, modificándose el criterio del Código anterior que, exigía la reunión de tres armas para alcanzar el depósito, aunque se reputase constitutivo de depósito la tenencia de una sola arma, tratándose de ametralladoras, pistolas y fusiles ametralladores y bombas de mano.

[...]

### **III. FALLO**

Que debemos estimar y estimamos parcialmente el recurso interpuesto por Adolfo, contra sentencia de 14 de mayo de 2010, dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Tercera, en causa seguida por delitos contra la salud pública y depósito de armas de guerra, y en su virtud, CASAMOS Y ANULAMOS mentada resolución, dictando nueva sentencia más acorde a derecho, con declaración de oficio costas recurso.

Y debemos desestimar y desestimamos los recursos interpuestos por Vidal Y Constantino, Moisés, Luisa, contra referida sentencia

[...]

Que manteniendo el resto de los pronunciamientos de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Tercera de fecha 14 de mayo de 2010, debemos absolver y absolvemos a Adolfo del delito de depósito de armas de guerra, con declaración de oficio parte correspondiente costas. [...]