

STS nº 311/2009, rec. 10986/2008.

RESUMEN

Delito contra la salud pública con utilización de menores. No se puede aplicar el subtipo agravado del art. 370,1 CP 95, pese a que el acusado "utilizó" un menor para cometer el delito. La relación entre los sujetos es la de coautoría o la de participación del menor en el delito del mayor, no puede decirse que éste es "utilizado". La utilización implica la concurrencia de un autor mediato, único al que cabe imputar el delito, y un instrumento, cuya voluntad es dominada por aquél. Cuando el menor tiene una participación consciente y libre, de suerte que ha de serle exigible responsabilidad penal, **supuestos bien de coautoría, bien de participación**, no cabe hablar de autoría mediata ni, por ello, de verdadera "utilización" de un sujeto por otro.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 7 de Córdoba, instruyó Sumario núm. 2/07, contra José María, por un delito contra la salud pública, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Córdoba, que con fecha 6 de junio de 2008, en el rollo núm. 9/07, dictó sentencia que contiene los siguientes hechos probados: "Este Tribunal da como probados los siguientes hechos: En las primeras horas de la noche del 18 de noviembre de 2007, José conocido como "S." y consumidor esporádico de cocaína, buscaba en la localidad de Castro del Río hacerse con dos gramos de dicha sustancia.

Con dicha finalidad, y comoquiera que tenía noticia de que José María, apodado "C." podía facilitarle dicha sustancia, se dirigió en su automóvil a las proximidades del domicilio de éste, sito en Avenida D., , núm. . de la referida localidad.

Una vez en las inmediaciones del citado domicilio, aparcó el vehículo en un lugar cercano al Bar "La Justicia", y desde el interior del automóvil, sirviéndose de su teléfono móvil, marcó el número .76, el cual corresponde con el móvil usado por José María, quien a cambio de 120 euros se comprometió a facilitarle cuatro papelinas de la mencionada sustancia. Como quiera que José no quiso acudir al domicilio de José María para personalmente recoger el encargo, éste le indicó que esperase en la puerta del bar "La Justicia", que allí se la llevarían. Para ello, José María llama desde el teléfono antes indicado al teléfono .06, usado por el menor Iván, nacido el 9 de febrero de 1991, y éste en un ciclomotor acude rápido al domicilio de José María, quien, sin salir de su casa y a través de una reja de alambre, le entrega el envoltorio de un paquete de tabaco conteniendo las cuatro papelinas en cuestión. Montado en el ciclomotor Iván se desplaza hacia el referido bar, siendo divisado por José, quien baja de su vehículo y espera. Estando José y Juan conversando, sorpresivamente son abordados por una pareja de la Policía Local que, desde un lugar discreto y sirviéndose de un vehículo particular, habían observado todas las secuencias anteriores.

En dicha situación Iván deja caer disimuladamente al suelo el pequeño paquete que llevaba en una de sus manos, pero advertida dicha maniobra por uno de los agentes se procedió a su aprehensión.

La sustancia intervenida se encontraba distribuida en cuatro papelinas con polvo blanco, cuyo peso conjunto resultó ser de 1,578 gramos, y cuyo análisis dio como resultado tratarse de cocaína con una riqueza del 26,147% (más menos 3,47%), y un valor en el mercado en torno a los 120 euros.

A raíz de su detención se le intervino a José María, en paro y sin ingreso alguno conocido, la suma de 310 euros fruto de la venta de sustancias estupefacientes.

El menor Iván (respecto del cual no consta si era desconocedor de la sustancia que portaba o, por el contrario, si era conocedor de ello y voluntariamente colaboraba en el tráfico desplegado por José María) ha estado imputado, al menos, en unos diez procedimientos por infracciones penales de distinta naturaleza y gravedad; en la actualidad, y por hechos distintos a los aquí enjuiciados, se encuentra internado en el Centro de Menores Infractores "Medina Azahara", de la Dirección General de Reforma Juvenil de la Junta de Andalucía.-" (sic)

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

"Fallamos.- Que absolvemos al acusado José María del delito contra la salud pública con utilización de menores del que venía acusado por el Ministerio Fiscal, y le condenamos como autor criminalmente responsable de un delito contra la salud pública.

FUNDAMENTOS DE DERECHO DE INTERÉS

PRIMERO.- El recurso es interpuesto por el Ministerio Fiscal alegando un único motivo: infracción de ley por no aplicar el subtipo agravado del artículo 370.1º del Código Penal, pese a que el acusado "utilizó" un menor para cometer el delito. Se trata de una agravación ya prevista en la anterior redacción del artículo 344 bis a) 10ª del Código Penal de 1973, que se refería a la comisión "mediante" menores o "utilizándolos", trasladada al artículo 369. 9ª del de 1995, en que se circunscribe a la "utilización" y, tras la reforma de éste en 2003, al actual 370.1º, con el añadido a los menores de las personas incapaces.

Al respecto cabe indicar que la doctrina de este Tribunal no ha estado exenta de diversidad de criterios.

A) Desde la Sentencia de 15 de septiembre de 1997 (en cuyo caso se trataba de una acusada que había ocultado la droga bajo la ropa de su hijo de cinco años, para transportarla a la Península con fines de distribución y venta), se conformó una línea asentada sobre las siguientes afirmaciones:

a) Sobre el fundamento de la agravación, que, no lo es solamente el evitar la eventual corrupción del menor utilizado, sino también la mayor facilidad que se obtiene así para la comisión del delito, además del atentado a la dignidad del menor convertido en objeto de tan repudiable maniobra.

b) Sobre el ámbito de la agravación, se afirma que no cabe distinguir supuestos por razón de las condiciones del menor, ya que el Código Penal no hace tal distinción, tutelando a "todos" los menores.

c) Sobre los presupuestos típicos se afirma que es indiferente cualquier consideración sobre exigencias subjetivas en el comportamiento del menor, como el de su consciencia o no sobre el alcance de su contribución.

Al respecto se afirma, en la Sentencia núm. 1039/2004, de 27 de septiembre (en cuyo caso transporta la droga un menor de 13 años) que en el verbo "utilizar" se comprende cualquier papel que puedan estos menores realizar o coadyuvar a realizar en la mecánica delictiva, con tal que dicha tarea sea relevante, incluso la instrumental, como el transporte o tenencia mediata o el suministro por encargo del verdadero autor. Esta línea tuvo hitos intermedios en la Sentencia 1397/2000, de 15 de septiembre y la 1892/2002, de 8 de noviembre,

proclamando ambas resoluciones que arrancan de la inicial formulación de la sentencia de 1997 citada.

B) Más matizada es la tesis que encuentra respaldo en la Sentencia núm. 1318/2002, de 15 de julio, (la menor cuenta en este caso con 11 años y su comportamiento consistía en abrir la puerta del domicilio en que se vendía la droga para ofrecerla a los compradores) y ha venido a acogerse en la más reciente 181/2007, de 7 de marzo.

a) Sobre el fundamento, recogiendo lo dicho en la Sentencia 1397/2000, de 15 de septiembre, se dice ya que lo importante ahora es que se somete al menor a un importante y relevante riesgo en tanto se perjudica seriamente la formación de su personalidad, sino también, y además, la integridad física o psíquica del menor, incluso la propia vida.

b) Sobre el ámbito de la agravación, en consecuencia con lo anterior, se establece que para que opere la agravación resulta imprescindible que el menor sea corruptible, es decir que tenga capacidad suficiente para comprender lo que hace, sintiéndose estimulado para repetir en el futuro otros actos de similar naturaleza.

Más esto ha de ser entendido en sus justos términos. Quizás sea de distinguir entre comprender y entender. El menor comprende lo que está haciendo pero no tiene porqué tener capacidad o entendimiento para saber lo que ese acto significa.

c) Y en cuanto a los presupuestos típicos se admite que el menor no tiene porqué saber que se está cometiendo un delito (STS. 6.7.99), ello es jurídico-penalmente irrelevante, dada su edad, siendo, sin embargo, relevante la implicación a que se le somete para la formación de su personalidad (SSTS. 18.5/1999 y 28.10.1999).

No obstante se excluye la "utilización típica" porque no estaba probado que la menor supiera que entregaba droga. Más precisa es la citada Sentencia 1318/2002 cuando excluye la "utilización" si cabe inferir que el comportamiento del menor puede deberse a una "actuación por su cuenta" dado que ha crecido en un ambiente familiar en que la venta de droga es, según parece, la forma normalizada de vivir, en las que asume espontáneamente las pautas de conducta vigentes en su medio.

SEGUNDO.- Se centra la agravación en el verbo utilizar, para describir la relación entre el acusado y el menor, y también la función que debe cumplir el comportamiento del menor.

Las relaciones entre los sujetos en el ámbito social pueden adoptar una doble tipología: verticales u horizontales. Sin duda los problemas para el Derecho Penal, en lo que concierne a la imputación de responsabilidades por los comportamientos de los sujetos que se relacionan de una u otra de esas maneras, son diversos.

La complejidad organizativa, cuando los sujetos interactúan verticalmente, obliga a diferenciar la imputación según el papel desempeñado en el entramado de plurales sujetos. Adquieren entonces relevancia referencias como la delegación o la subordinación.

En lo que ahora nos interesa, la categoría dogmática de la autoría mediata se erige en el contexto que da sentido a verbos descriptivos de conductas de utilización.

Lo característico es la disociación de, por un lado, la responsabilidad de quien ostenta un dominio estratégico del total comportamiento que da lugar al delito y, por otro lado, la responsabilidad, o más exactamente, la falta de responsabilidad de quien resulta expropiado de ese dominio, por la fuerte modulación que su integración en el complejo repercute en su aparente autonomía.

Tal hipótesis es bien diversa de los supuestos de interactuación horizontal. Aquí la asociación de los plurales sujetos se produce en el mismo o muy similar nivel.

La coautoría y las diversas formas de participación, con la consiguiente sinergia de contribuciones, resulta contexto que se resiste a la utilización de verbos como el de utilizar, que nos ocupa.

Sin predeterminar conclusiones dogmáticas sobre la solución que deba darse a la participación delictiva, podemos decir que, mientras en el caso de horizontalidad cabe hablar de un "hecho común", en el de la interacción vertical, donde una de las manifestaciones es la utilización de un sujeto por otro, el hecho lo es solamente de aquel que tiene su dominio.

Así se entiende mejor el inciso final del artículo 370.1 cuando el verbo cometer se presenta referido al sujeto activo y no a éste y al menor.

Circunscribiéndonos a la norma legal que nos ocupa, su interpretación exige, dada la gravísima consecuencia penológica a la que conduce, una fortísima restricción del alcance a dar a sus términos.

En dicha interpretación adquiere protagonismo instrumental la decisión del legislador de 2003, al asimilar menor a disminuido psíquico.

Porque ello connota instrumentalidad carente de autonomía en dicho sujeto pasivo del dominio del autor. La asimilación al supuesto del uso del incapaz sugiere que el legislador parte de un supuesto en que el menor es un mero instrumento y, por ello, está exento de responsabilidad criminal, incluida la propia de las personas menores de edad.

Es decir que cuando la relación entre los sujetos es la de coautoría o la de participación del menor en el delito del mayor, no puede decirse que éste es "utilizado".

La utilización implica la concurrencia de un autor mediato, único al que cabe imputar el delito, y un instrumento, cuya voluntad es dominada por aquél, como ocurre en otras hipótesis de tal autoría mediata, como las de violencia sobre o error en el instrumento.

Por ello el tratamiento no puede ser diverso al de estas hipótesis, es decir a la exención del instrumento.

Cuando, por el contrario, el sujeto, mal considerado como "utilizado", tiene una participación consciente y libre, de suerte que ha de serle exigible responsabilidad penal, supuestos bien de coautoría, bien de participación, no cabe hablar de autoría mediata ni, por ello, de verdadera "utilización" de un sujeto por otro.

Y es que, en tal caso, la función que desempeña la contribución del menor no es la de "medio" a disposición de una estrategia ajena, sino la de concurrencia en la autoría o colaboración con el autor.

Era pues significativa la equiparación entre los términos medio y utilización que empujaba al legislador del Código Penal de 1973, sin que la reducción del de 1995, suprimiendo la referencia a la voz medio, implique cambio de sentido, ya que ello habría requerido más contundencia en los enunciados.

En conclusión, cualquiera que fuesen los plurales fundamentos de la norma, hemos de estimar que el legislador, sin el objetivo de configurar el ámbito de menores protegibles, quiso circunscribir el subtipo agravado al supuesto fáctico en los que el menor es mero instrumento, sin autonomía, de una voluntad ajena, que le controla y se vale de su penalmente irresponsable comportamiento para la ejecución del delito que solamente a aquél es imputable.

Por tanto donde hay acuerdo de voluntades libre y consciente, en la medida que tal libertad y conciencia da lugar a responsabilidad penal, de cualquier clase que sea, incluyendo la responsabilidad penal del menor de 18 años, no cabe hablar de utilización. Con la finalidad de deslindar con mayor precisión cuando se trata de un supuesto de verdadera utilización de

un menor, que desde luego no puede comprender todos los casos en los que exista intervención de un sujeto que no haya alcanzado la mayoría de edad, esta Sala Segunda del Tribunal Supremo adoptó el acuerdo, en sesión no jurisdiccional, de fecha 26 de febrero de 2009, de estimar que el subtipo del artículo 370.1º del Código Penal solamente resulta de aplicación cuando el autor se sirve de un menor de edad o disminuido psíquico de un modo abusivo y en provecho propio o de un grupo, prevaleándose de su situación de ascendencia o de cualquier otra forma de autoría mediata.

TERCERO.- En el caso que juzgamos la sentencia proclama como hecho probado que el condenado autor "llama" al menor para que colabore en su operación de venta de droga a un tercero, actuando como transportador desde el domicilio de aquél al lugar en que éste espera.

Y, se añade, no consta probado si el menor conocía la naturaleza de lo que por encargo transportaba, pero sí que ha estado imputado al menos en diez procedimientos por infracciones penales de diversa naturaleza.

Así pues, no existe ni atisbo de prevalencia o comportamiento abusivo del que fuese fruto la colaboración del menor, pese a que éste pudiera resultar provechoso para el penado, de no ser porque la entrega resultó abortada por la presencia policial.

Por ello, como en la reciente Sentencia de esta Sala núm. 176/2009, de 12 de marzo, y, en aplicación de la doctrina fijada en el acuerdo antes citado, debemos estimar que no concurren méritos para estimar el recurso interpuesto no siendo de ampliación el subtipo agravado que en el mismo interesaba el Ministerio Fiscal. Por ello

FALLO

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal, contra la sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Córdoba, con fecha 6 de junio de 2008.