

## **RESUMEN**

Se estima parcialmente el recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia que le condenó por delito de tráfico de drogas. Se deja sin efecto el subtipo agravado que le había sido aplicado al recurrente, ya que dada la edad del menor -diecisiete años- y su particular cooperación con el acusado en el desarrollo de este tipo de actividades ilícitas, no parece que pueda ser calificada como un supuesto de aprovechamiento del menor por parte del mayor de edad, sino más bien como un **supuesto de cooperación o acuerdo entre ambas personas. Es necesario que el autor se sirva de un menor de edad o disminuido psíquico de forma abusiva y en provecho propio o de un grupo, prevaliéndose de su situación de ascendencia o de cualquier otra forma de autoría mediata.** Por ello, no debe apreciarse el referido subtipo agravado.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- “El procesado Braulio , nacido el 14 de octubre de 1982 y ejecutoriamente condenado en virtud de sentencia firme de 7 de noviembre de 2006 por un delito de falsificación en documento oficial, comenzó a servirse a cambio del abono ocasional de dinero, entre diez o quince euros, de Jesús Luis , nacido el 3 de septiembre de 1989, el cual recibía de terceras personas, a veces a través del teléfono móvil de prepago con número núm.000 , encargos de entrega de determinadas cantidades reducidas de cocaína, efectuando Jesús Luis las transacciones de entrega de la droga con los compradores.

SEGUNDO.- En diciembre del 2006, se procedió por agentes policiales a la detención de Carlos Francisco, ocupándosele un frasco conteniendo una sustancia que debidamente analizada resultó ser cocaína, con un peso de 3,8 gramos, y una riqueza del 77,9%. Manifestando la persona referida que se la había adquirido al ahora procesado Braulio . En base a tales declaraciones por la UDYCO de la Jefatura Provincial de Melilla, el 10 de enero de 2007 se solicitó la intervención de las conversaciones telefónicas del procesado a través del teléfono núm.001 , dictándose Auto de fecha 11 de enero de 2007 autorizando la intervención. Mediante solicitud de 18 del mismo mes, la UDYCO expuso al Juzgado de Instrucción las razones por las que consideraban debía proceder a la intervención de los teléfonos móviles núm.000 y núm.002 , y el cese de la observación del teléfono núm.001 dictándose el 18 de enero de 2007 Auto autorizando la intervención y cese solicitados. El 8 de febrero de 2007, por la UDYCO se remitió escrito al Juzgado de Instrucción exponiendo las razones por las que consideraban debía seguir la intervención telefónica del teléfono núm.000 , y el cese de la referida al teléfono núm.002 , transcribiendo las conversaciones de las que a su juicio eran relevantes para la investigación acompañando CD conteniendo en su integridad las grabaciones efectuadas. (...).

TERCERO.- En el curso de las conversaciones telefónicas del teléfono núm.000 intervenido judicialmente, los interlocutores efectúan encargos al usuario del referido teléfono y conciertan encuentros para recoger lo solicitado En concreto, se utilizan para identificar el objeto del encargo las expresiones de: “cuatro medios”; “uno entero”; “medio bocadillo”; “uno entero”; “dos grandes”; “dos metros”; “una tarjeta”; “dos enteros”; “dos, pero que esté bien”; “prepárame tres (...)

Igualmente los interlocutores hacen referencia o identifican al usuario del teléfono intervenido con el nombre de Cesar , diminutivo del acusado, o Jesús Luís (...)

CUARTO.- El día 8 de febrero de 2007 a las 23.35 horas se recibe una llamada en el teléfono intervenido en la cual el interlocutor encarga al usuario del teléfono núm.000 lo de “siempre”, “la mitad”,- (conversación que por obrar transcrita a los folios 149 y 150 de autos se da aquí por reproducida)-, quedando en la puerta del bar Mc Claud. Escuchada en directo la conversación por el servicio de vigilancia policial, el agente policial número núm.003 , en funciones de observación en la barriada de las Caracolas, ve salir instantes después a Jesús Luis a bordo de una moto, comprobando el agente policial núm.004 , en control al efecto establecido en el referido establecimiento, como al poco tiempo llega Jesús Luis en la moto al local Mc Claud, saliendo un tercero a la puerta del bar e intercambiando ambos algo, abandonando Jesús Luis precipitadamente el lugar una vez efectuada la transacción.

QUINTO.- A las 4.30 horas del día 18 de febrero de 2007, el agente policial núm.005 en servicio de vigilancia en el barrio de las Caracolas, observó como un tercero, posteriormente identificado como Constantino, llegaba

en coche contactando con Jesús Luís , intercambiando ambos algo, para a continuación marcharse del lugar. Seguido Constantino por el agente policial núm.005 , apoyado por el agente núm.003 , los cuales una vez que aquél detuvo el vehículo y se bajo del mismo le abordaron interviniéndole en su poder cuando intentaba llevársela ala boca una bolsita conteniendo una sustancia que debidamente analizada resultó ser cocaína, con un peso de 0,36 gramos, riqueza del 61,8 %, y valorada en 38 euros con 38 céntimos.

SEXTO.- A las 19 horas 18 minutos del 15 de marzo del 2007, desde el teléfono móvil núm.006 , se llamó al teléfono móvil núm.000 , manteniéndose la siguiente conversación:

” interlocutor del teléfono núm.000 ,- (en adelante sujeto A)-, Euaa;

interlocutor teléfono núm.006 ,- (en adelante sujeto B):-: Jesús Luis ;

Sujeto A: Que;

sujeto B: Prepárame un medio macizo que voy de camino;

sujeto A: Venga, vamos, vamos;

Sujeto B: Que”.

Al poco tiempo, el agente policial con carnet profesional núm.005 que se encontraba en el operativo de vigilancia de la barriada de las Caracolas establecido al efecto de controlar la actividad del procesado y de Jesús Luis , observa la llegada de una persona que se dirige hacia Jesús Luís , realizando ambos un intercambio. Facilitadas por el referido agente policial a sus compañeros con carné profesional núm.003 y núm.007, las características físicas del tercero que efectuó el intercambio con Jesús Luís , proceden a interceptarlo a la altura de la calle Gurugú, siendo identificado como Carlos Francisco , interviniéndole en su poder una bolsita conteniendo una sustancia que analizada por el Área de Sanidad de la Delegación de Gobierno de Melilla, resultó ser cocaína, con un peso de 0, 33 gramos con una riqueza media del 68,3 %, valorada en 38 euros con 86 céntimos.

SÉPTIMO.- El servicio de vigilancia policial establecido en torno al acusado y a Jesús Luis , nunca observo a aquél realizar transacción alguna con terceros en la vía pública, efectuando siempre los contactos Jesús Luis .

En retribución por las transacciones de venta de droga ejecutadas por Jesús Luis , el acusado le abonaba ocasionalmente algunas cantidades de dinero, entre diez o quince euros. Así mismo, el acusado convencía a Jesús Luis para que siguiera realizando la actividad de intermediación insistiéndole en que no le iba a pasar nada.

El teléfono de prepago con número núm.000 , intervenido judicialmente, es propiedad de Jesús Luis .

OCTAVO.- Por Auto de 12 de abril de 2007, se autorizó la entrada y registro de la vivienda sita en el número núm.008 de la CARRETE de esta ciudad. Practicada la diligencia fue habido el acusado durmiendo en una de las habitaciones de la vivienda ocupándosele 125 euros, en el registro del salón se encontró en el interior de una cajita 330 euros y tres mil dirhams,- (moneda marroquí equivalente aproximadamente a 300 euros)-, y, en el suelo al lado de un sofá dos papelinas conteniendo una sustancia que analizada resultó ser cocaína, con un peso de 0,75 gramos, una riqueza media del 66 %, valorada en 61 euros con 69 céntimos. Al tiempo de practicarse el registro estaban en la casa la hermana del acusado y otra pariente.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO DE INTERÉS**

(...)No es posible, por todo lo dicho, apreciar la infracción del art. 368 del Código Penal . Mas, dicho esto, y como quiera que a este acusado le ha sido aplicado del subtipo agravado del art. 370.1º del Código Penal (haber utilizado a menores de 18 años o a disminuidos psíquicos para cometer estos delitos), es lógico entender que la impugnación del recurrente alcanza también a esta cuestión, especialmente teniendo en cuenta la extraordinaria agravación penológica que la estimación de dicho subtipo agravado supone para el condenado; teniendo en cuenta, además, de un lado, que el bien jurídico protegido por dicho precepto no es otro que la protección de la infancia y de la juventud, en línea con la Convención de las Naciones Unidas sobre el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, hecha en Viena, el 20 de diciembre de 1988 y ratificada por Instrumento de 30 de julio de 1990 (BOE núm. 270 de 10 de noviembre de 1990) (v. art. 5 f), referente a la circunstancia de “la victimización o utilización de menores” en el desarrollo de estas ilícitas actividades), así

como la compleja problemática que se deriva de que, en el contexto de la protección a los menores, el Código Penal considera también subtipos agravados del tipo penal básico (art. 368 CP ), los supuestos de que las sustancias prohibidas en este artículo “se faciliten a menores de 18 años, a disminuidos síquicos o a personas sometidas a tratamiento de deshabitación o rehabilitación”, o de que las conductas descritas en el mismo “tengan lugar en centros docentes (...) o en centros de deshabitación o rehabilitación, o en sus proximidades” (v. art. 369.1.5ª y 8ª CP ), por lo cual **el subtipo cuestionado deberá aplicarse únicamente cuanto el sujeto activo del delito se sirva de una de estas personas -menores o disminuidos psíquicos- para la comisión del hecho delictivo, prevaliéndose de su situación de ascendencia sobre ellos o captando su voluntad utilizando cualquier procedimiento recusable; y, de otro, las dificultades de interpretación que presenta el término “utilizar”, que ha sido el empleado también por el legislador para describir este subtipo. En efecto, “utilizar”, según el diccionario de la RAE, significa “aprovecharse de algo”; y “aprovechar”, en su sexta acepción, significa “sacar provecho de algo o de alguien, generalmente con astucia o abuso”. Por su parte, según el diccionario de María Moliner, “utilizar” es “servirse”, “emplear” o “valerse”. Todos estos significados permiten plantearse la cuestión de si, en todos los supuestos de intervención de un menor de edad, junto con una persona mayor de edad, en este tipo de actividades debe aplicarse este subtipo agravado; pues resulta evidente que no es infrecuente que los menores, **más que ser utilizados, lo que hacen es colaborar o cooperar con los mayores.****

Consciente de la problemática que estos supuestos plantean, el Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha examinado esta cuestión en su reunión del día 26 de febrero de 2009 , habiendo tomado el siguiente acuerdo: “El tipo agravado previsto en el artículo 370.1º del Código Penal resulta de aplicación cuando el autor se sirva de un menor de edad o disminuido psíquico de un modo abusivo y en provecho propio o de un grupo, prevaliéndose de su situación de ascendencia o de cualquier otra forma de autoría mediata”.

En referencia ya al caso de autos, no cabe ignorar que el menor que intervino con el aquí recurrente tenía diecisiete años y era la persona que atendía por teléfono a los “clientes” y luego les entregaba “los pedidos”, como pudieron observar los agentes policiales; es decir, más que utilizado por el acusado, que pudiera servirse de él, era un colaborador suyo que desarrollaba relevantes funciones en las ilícitas actividades del mismo. Dada la edad del menor (lo cual determinó que fuera sometido a la Jurisdicción de Menores) y su particular cooperación con el acusado Braulio en el desarrollo de este tipo de actividades ilícitas, no parece que la misma pueda ser calificada como un supuesto de aprovechamiento del menor por parte del mayor de edad, sino más bien como un supuesto de cooperación o acuerdo entre ambas personas. Y, por ello, no debe apreciarse la concurrencia en el presente caso del referido subtipo agravado.

Procede, en conclusión, la estimación parcial de este motivo, con el alcance que queda expuesto.

## **FALLO**

Que condenamos al acusado Braulio , como autor de un delito contra la salud pública, por tráfico ilícito de sustancias prohibidas, ya definido, sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.