



Roj: **SAP TO 1248/2022 - ECLI:ES:APTO:2022:1248**

Id Cendoj: **45168370012022100950**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Toledo**

Sección: **1**

Fecha: **14/07/2022**

Nº de Recurso: **36/2021**

Nº de Resolución: **134/2022**

Procedimiento: **Procedimiento abreviado**

Ponente: **JUAN RAMON BRIGIDANO MARTINEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Rollo Núm. .... 36/2021 -

Juzg. Instruc. Núm. 5 de Talavera de la Reina .-

P A Núm. .... 35/2017 .-

**SENTENCIA NÚM. 134**

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE TOLEDO**

**SECCION PRIMERA**

**Ilmo. Sr. Presidente:**

**D. JUAN RAMON BRIGIDANO MARTINEZ**

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

**D. EMILIO BUCETA MILLER**

**D. ALEJANDRO FAMILIAR MARTIN**

En la Ciudad de Toledo, a 14 de julio de dos mil veintidós.

Esta Sección Primera de la Ilma. Audiencia Provincial de TOLEDO, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados que se expresan en el margen, ha pronunciado, en **NOMBRE DEL REY**, la siguiente,

**SEN TENCIA**

Vista en juicio oral y público la causa que, con el número 35/2017, tramitó el Juzgado de Instrucción Núm. 5 de Talavera de la Reina, **por un delito contra la salud pública**, figurando como parte acusadora el Ministerio Fiscal, **contra** Carlos Miguel , con DNI. núm. NUM000 y sin antecedentes penales; representado por el Procurador de los Tribunales D<sup>a</sup> Ester Aranda Velasco y defendido por el Letrado D. Tomás Ferrero Ávila .

Es Ponente de la causa el Ilmo. Sr. Presidente D. Juan Ramón Brigidano Martínez, que expresa el parecer de la Sección, y son,

**ANTECEDENTES:**

**PRIMERO:** El Ministerio Fiscal, en sus conclusiones elevadas a definitivas, calificó los hechos procesales como constitutivos de un **delito contra** la salud pública , previsto y penado en el art 368 del Código Penal en su modalidad de sustancias que causan grave daño a la salud , estimando criminalmente responsable en concepto de autor al referido acusado, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, solicitando que le fuera impuesta la pena de cuatro años de prisión , inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 450 euros con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de 20 días , procede conforme al art 124 y 378 del



Código Penal el decomiso y destrucción de la droga intervenida así como el decomiso del dinero y móvil ocupado que será destinado al Fondo de Bienes Decomisados creado por Ley 17/03 y pago de costas .-

**SEGUNDO::** La defensa del acusado , en el mismo trámite de calificación, solicitó la libre absolución del acusado .-

### HECHOS PROBADOS

**Se declara probado que** " el día 10 de junio de 2016 sobre las 21,15 h Carlos Miguel fue sorprendido por la Policía Nacional en la calle Capitán Cortés de Talavera de la Reina entregando una bolsa a una mujer y ésta le daba un papel azul que parecía un billete , al verse sorprendido arrojó la bolsa al suelo y Carlos Miguel huyó en un ciclomotor matrícula W .... NMF siendo interceptado en la Calle José Barcenás , sacando del pantalón un huevo Kínder que arrojó al suelo , este huevo contenía dos bolsas de plástico que contenían una sustancia blanca que resultó cocaína . Un policía regresó donde estaba Carlos Miguel con la mujer y encontró una bolsa de plástico de semejantes características que las que estaban en el huevo kínder que contenía una sustancia blanca que resultó cocaína .

La droga ocupada en las tres bolsas alcanzó un peso de 1,14 gramos de cocaína con una riqueza media del 88,8 % y habría alcanzado 150 euros en el mercado ilícito

A Carlos Miguel se le ocuparon 445 euros y un teléfono móvil marca Samsung que procedían de la venta de sustancias estupefacientes " .-

### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

**PRIMERO:** El relato fáctico que se ha expuesto consta acreditado por la prueba testifical practicada en el acto del juicio , en primer lugar del Policía Nacional nº NUM001 que declaró que a poca distancia vio como una mujer daba lo que parecía un billete a un hombre que estaba en una moto y este tenía algo en la mano , por su parte el Policía nacional NUM002 vio a una mujer con algo de color azul en la mano , estando el brazo extendido hacia un varón que tenía algo en la mano que tiró al suelo y salió huyendo con su moto . Los policías salieron detrás de la persona que huía en la moto y fue interceptado y el Policía nacional NUM002 vio como tiró un huevo kínder al suelo . Una vez identificado resultó ser Carlos Miguel que en el acto del juicio manifestó que tuvo miedo de que le pusieran una multa , que fue él quien compró la droga , que es consumidor habitual y que tiró el huevo con la droga por miedo .

En el huevo kínder había dos bolsas con una sustancia blanca que resultó ser cocaína y el policía Nacional nº NUM001 a los pocos minutos ( unos 5 ) regresó al lugar en el que había visto a Carlos Miguel con una mujer y recogió una bolsa que tenía una sustancia blanca que resultó cocaína que era de similares características que las dos bolsas que estaban en el huevo Kinder .

A Carlos Miguel se le ocuparon 445 euros y un teléfono móvil marca Samsung.

La droga ocupada en las tres bolsas alcanzó un peso de 1,14 gramos de cocaína con una riqueza media del 88,8 % y habría alcanzado 150 euros en el mercado ilícito .

Los policías declararon que las tres bolsas las entregaron en la Comisaría de policía sin distinguir las que estaban en el huevo de la que encontraron en el lugar cercano al que estaba Carlos Miguel con la mujer .

Con la prueba expuesta debe concluirse que Carlos Miguel estaba vendiendo cocaína a una mujer desconocida , pues es lo que se puede interpretar de ver al anterior cogiendo lo que parece dinero y entregando algo que tiró al suelo , encontrándose en el lugar en que lo arrojó una bolsa con lo que resultó ser cocaína y que cuando huyó tenía dos bolsas de cocaína en un huevo kínder . En las declaraciones de los Policías no existen diferencias u omisiones sobre lo que pudieron ver a corta distancia y en todo caso como recuerda la STS de 21 diciembre de 2009, resulta totalmente inevitable que al comparar las declaraciones que prestan los testigos en el Plenario afloran algunas diferencias, omisiones y contradicciones. En primer lugar, porque las personas que declaran no retienen en la memoria en la misma medida las imágenes percibidas, los datos concretos observados y las palabras escuchadas. Máxime cuando han ya pasado años desde que sucedieron los hechos. Y en segundo lugar, porque un mismo hecho no es nunca relatado o expuesto de la misma manera por dos personas distintas.

Así las cosas, lo cierto es que en este caso, y tal como se ha razonado, esta Sala no aprecia en las declaraciones de los agentes policiales números NUM001 y NUM002 contradicciones sustanciales sobre hechos relevantes para la subsunción de la conducta del acusado el **delito** que se le imputa.

En lo que se refiere a la naturaleza, calidad y cuantía de las sustancias intervenidas, consta en la causa el informe analítico del área de sanidad de la Delegación de Gobierno



**SEGUNDO.-** Se alega por la defensa que no ha quedado acreditada la integridad de la cadena de custodia, por lo que no hay garantía de que lo analizado fuese lo que se incautó al acusado. Argumenta para justificar lo anterior que lo que se remitió al laboratorio fueron tres bolsas sin distinguir entre las tres, las dos bolsas que estaban en el huevo kínder, de la bolsa que el policía encontró en el lugar donde estaba al principio porque ésta última bolsa no se puede considerar que pertenezca a D. Carlos Miguel porque los policías al perseguirle la perdieron de vista y fue después cuando regresó uno de ellos quien encontró una bolsa que no se sabe a quien pertenece en todo la droga intervenida no se puede considerar que pertenezca al investigado.

Lo cierto es que el argumento es erróneo porque no se trata de dudar que la droga que se ha analizado es la que se ha intervenido a D. Carlos Miguel sino si toda la droga intervenida y analizada es propiedad del mismo, en este caso no existe duda de que la cocaína analizada es la que había en las tres bolsas intervenidas y en todo caso no hay que acreditar que se ha respetado la cadena de custodia, sino que para anular esa prueba es preciso lo contrario, esto es que se haya demostrado la ruptura de esa cadena de custodia. Y es lo cierto que en el caso, no hay motivo alguno por el que hubiera de dudarse de la regularidad en la obtención y traslado de dichas evidencias probatorias, sin que la defensa haya demostrado tampoco momentos concretos en los que se hubiera producido una indebida interrupción.

Se debe partir de que existen tres bolsas semejantes, que las tres bolsas contenían una sustancia blanca que resultó cocaína, que la sustancia de las tres bolsas daba una cantidad total de 1,17 gramos con una pureza del 88,8 % y si bien los indicios de que sean semejantes, de que una bolsa estaba en el lugar donde fue arrojada y de que transcurrieron pocos minutos (5 dijeron los policías) desde que vieron que arrojaba la bolsa a que fue recogida hace que se le pueda también atribuir su propiedad a D. Carlos Miguel, lo cierto es que aunque se pueda pensar lo contrario lo que no existe duda es que las tres bolsas analizadas era semejantes y las tres tenían una sustancia blanca que resultó cocaína pues lo que declararon los policías y aunque teóricamente se pueda reducir en un tercio la droga intervenida, la diferencia no sería relevante a efectos penológicos porque sea 1,17 gramos o 0,80 gramos lo que se considere como cocaína intervenida se debe considerar como hechos de escasa entidad como se verá posteriormente.

Los hechos que se declaran probados son legalmente constitutivos de un **delito contra** la salud pública, previsto y penado en el art 368 del Código Penal en su modalidad de sustancias que causan grave daño a la salud.

Procede la aplicación al caso del subtipo atenuado del *art. 368, párrafo segundo, del C. Penal*, en razón a la escasa entidad del hecho. Tal disposición, introducida por la *Ley Orgánica 5/2010*, señala al respecto: "No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a las señaladas en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable. No se podrá hacer uso de esta facultad si concurriere alguna de las circunstancias a que se hace referencia en los artículos 369 bis y 370", habiendo señalado el Tribunal Supremo, entre otras, en sentencia de 4 de Noviembre de 2011, que los **delitos contra** la salud pública para los cuales está prevista esta especial atenuación (que se configura como subtipo privilegiado en función de las circunstancias que se exigen para su aplicación), son fundamentalmente el pequeño tráfico de sustancias estupefacientes a terceros, y la escasa posesión de tales sustancias preordenada a dicho tráfico, lo que sucede en el caso al tratarse de 1,17 gramos en total.

**TERCERO :** Del expresado **delito** resulta criminalmente responsable en concepto de autor conforme a los arts. 27 y ss. del Código Penal, el acusado Carlos Miguel, por la participación directa, material y voluntaria que tuvo en su ejecución.

**CUARTO .-** En la realización del expresado **delito** no han concurrido circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal pues aunque se alega drogadicción no consta aportada en la causa ningún documento que lo acredite y en cuando a la atenuante del *art. 21.6 del Código Penal* postulada por ambas defensas requiere una dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa, según el referido precepto.

Debe exigirse a quien alega esta causa que especifique los periodos de paralización injustificada, algo que no ha hecho y en todo caso los hechos ocurrieron en junio de 2016 y la vista se ha celebrado en julio de 2022, es decir, seis años después, plazo que aunque pueda en principio calificarse de poco razonable debe tenerse en cuenta que sobre todo estuvo provocado por el error de remitir la causa al Juzgado de lo Penal en enero de 2020 lo que provocó un incidente de nulidad de actuaciones y la remisión de éste a la Audiencia Provincial el julio de 2021 por lo tanto debe considerarse justificada dicha dilación

**QUINTO:** En orden a la pena a imponer, y conforme a lo establecido en el art. 72 del Código Penal, según el tipo base, corresponde la pena de prisión de tres a seis años y multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del **delito** si se tratare de sustancias o productos que causen grave daño a la salud y se reduce en un



grado la pena de prisión impuesta al acusado, al aplicárseles el segundo párrafo del *art. 368 del C. Penal*. Y una vez ubicados en el grado inferior, atendiendo a la entidad del hecho que se describió en su momento se le impone ahora la pena privativa de libertad en su cuantía mínima, es decir, un año y seis meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; y la pena de multa, una vez establecida en un grado inferior, queda cuantificada en 150 euros, con la responsabilidad personal subsidiaria de 7 días de prisión en caso de impago.

**SEXTO:** Las costas procesales se han de imponer por ley a todo criminalmente responsable de un **delito** o falta, ya totalmente ya en la parte proporcional correspondiente, si hubiere varios acusados o no fueren responsables de todas las infracciones criminales objeto del procedimiento, conforme establecen los arts. 123 del Código Penal y 240.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. -

#### **FALLO:**

Que debemos **CONDENAR Y CONDENAMOS** a Carlos Miguel como autor de un **delito contra** la salud pública, previsto y penado en el art 368 del Código Penal en su modalidad de sustancias que causan grave daño a la salud, en el subtipo atenuado del *art. 368, párrafo segundo, del C. Penal*, en razón a la escasa entidad del hecho sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de un año y seis meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; y la pena de multa, de 150 euros, con la responsabilidad personal subsidiaria de 7 días de prisión en caso de impago, procede el decomiso y destrucción de la droga intervenida así como el decomiso del dinero y móvil ocupado que será destinado al Fondo de Bienes Decomisados creado por Ley 17/03, así como al pago de las costas causadas en el procedimiento,

Publíquese esta resolución en audiencia pública y notifíquese a las partes con la advertencia de que no es firme y de que cabe recurso de apelación **contra** la misma, ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha, dentro de los diez días siguientes a aquel en que se les hubiere notificado.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al Rollo de la Sección, juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.** - Léida y publicada la anterior resolución mediante su lectura íntegra por el Ilmo. Sr. Presidente D. Juan Ramón Brigidano Martínez, en audiencia pública. Doy fe. -