



Roj: **STSJ CLM 3134/2022 - ECLI:ES:TSJCLM:2022:3134**

Id Cendoj: **02003310012022100067**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal**

Sede: **Albacete**

Sección: **1**

Fecha: **28/11/2022**

Nº de Recurso: **61/2022**

Nº de Resolución: **68/2022**

Procedimiento: **Recurso de apelación. Juicio penal**

Ponente: **JESUS MARTINEZ-ESCRIBANO GOMEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP CR 1031/2022,**
STSJ CLM 3134/2022

T.S.J.CAST.LA MANCHA SALA CIV/PE

ALBACETE

SENTENCIA: 00068/2022

-

Domicilio: C/SAN AGUSTIN NUM. 1

Telf: 967596511 Fax: 967596510

Correo electrónico:

Equipo/usuario: RGE

Modelo: N45650

N.I.G.: 13053 41 2 2021 0000507

ROLLO: RPL APELACION RESOLUCIONES DEL ART.846 TER LECRIM 0000061 /2022

Juzgado procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1 de CIUDAD REAL

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ABREVIADO 0000024 /2021

RECURRENTE: Petra , Leonardo , MINISTERIO FISCAL

Procurador/a: CECILIA ROCA CARNICERO, ALFONSO MANUEL LOPEZ-VILLALTA FERNANDEZ-PACHECO ,

Abogado/a: JOSE MARIA MARTIN BERMEJO, JOSE JAVIER VASALLO RAPELA ,

RECURRIDO/A: Leonardo

Procurador/a: ALFONSO MANUEL LOPEZ-VILLALTA FERNANDEZ-PACHECO

Abogado/a: JOSE JAVIER VASALLO RAPELA

S E N T E N C I A N° 68/22

Magistrados

Exmo. Sr. Don Vicente Rouco Rodríguez (Presidente)

Ilmo. Sr. Don Jesús Martínez-Escribano Gómez (Ponente)

Ilmo. Sr. Don Juan Miguel Paños Villaescusa



En Albacete a veintiocho de noviembre de dos mil veintidós.

La SALA DE LO CIVIL Y PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA LA MANCHA, integrada por los **Magistrados** relacionados al margen, presididos por el primero, ha visto, el recurso de apelación nº 61/2022, interpuesto por los Acusados Petra , representada por la Procurador Sra. Roca Carnicero y defendida por el Letrado Sr. Martín Bermejo y Leonardo , representado por el procurador Sr.López-Villalta Fernández-Pacheco y defendido por el letrado Sr.Vasallo Rapela, contra la Sentencia nº 17/2022, de 29 de junio, dictada por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Ciudad Real (PA 24/2021), que los condenó como autores de un delito de contra la salud pública; con la intervención del Ministerio Fiscal. Ha sido ponente el lltmo.Sr.D.Jesús Martínez-Escribano Gómez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm.1 de Manzanares instruyó el Diligencias Previas 142/21, por Delito Contra la Salud Pública contra los acusados Petra y Leonardo , transformado posteriormente en PA 19/21, y una vez abierto juicio oral y previo los trámites legales lo remitió a la Audiencia Provincial de Albacete, que incoó Rollo PA 24/2021 y con fecha 29 de junio de 2022 dictó Sentencia núm.17/2022, que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS: "Del análisis en conciencia de la prueba practicada pueden declararse como tales y así se declaran los que siguen:

ÚNICO.- "Sobre las 00:45 horas, del día 15 de abril de 2.021, Leonardo y Petra , mayores de edad y sin antecedentes penales, se encontraban circulando por la Autovía A4, término municipal de Manzanares, en el vehículo de la marca Renault, modelo Megane, con matrícula X...QHY , propiedad de Jesús Luis , conducido por Petra en esos momentos, yendo junto a ella Leonardo .

A la altura del p.k. 170 de la citada vía una unidad de agentes de la Guardia Civil procedió a identificar a los acusados en un dispositivo de Protección de la Seguridad Ciudadana, siéndoles intervenido un paquete envuelto en plástico transparente conteniendo una bolsa de plástico y dos bolsas con autocierre, resultando ser sustancia estupefaciente MDMA, con un peso total de 145,90 gramos netos, con una riqueza en base del 76,74%, así como sustancia estupefaciente ketamina, con peso total de 679,40 gramos netos y riqueza en base de 69,1%, que estaban ocultos en un hueco interior del piloto trasero izquierdo del coche. Asimismo, fue hallada una bolsa de plástico transparente conteniendo 5,44 gramos de mezcla de MDMA y ketamina, con riqueza en base del 17,56% de MDMA y 20,3% de ketamina, y que estaba detrás del radiocasete del vehículo.

La sustancia ocupada podría alcanzar en el mercado ilícito un valor total de 39.009,85 euros. Los paquetes fueron encontrados por los Guardias Civiles NUM000 y NUM001 , que se los entregaron a su superior, el agente NUM002 . El cual los tuvo en su poder desde ese momento hasta que los llevó a la Comandancia de Ciudad Real, donde los depositó en un cuarto destinado a tal fin, del que solo él tenía la llave, hasta el día siguiente, 16 de abril de 2.021, en que, en compañía de otro agente, realizó la entrega en la subdelegación de Gobierno. Donde se firmó la entrada y, posteriormente, Graciela cogió las muestras que necesitó para proceder al análisis de las sustancias.

Leonardo y Petra permanecen en situación de prisión provisional desde el 15 de abril de 2.021".

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a Leonardo Y A Petra , como responsables, en concepto de autores, de UN DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA, previsto y penado en el art. 368, primer inciso (modalidad de sustancias que causan grave daño a la salud), con la agravante de notoria importancia del art. 369.1.5º C.P. del Código Penal, a la pena de SIETE AÑOS DE PRISIÓN, con pena de accesoria legal de inhabilitación especial para ejercer el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa de 118.000 euros, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de 6 meses de privación de libertad, así como pago de costas procesales.

Respecto al acusado Leonardo , en situación irregular en España, procede la sustitución de la referida pena de prisión por la expulsión del territorio español, conforme a lo previsto en el artículo 89 del Código Penal, una vez que el penado haya cumplido 4 años de prisión o cuando acceda al tercer grado o le sea concedida la libertad condicional, con prohibición de regresar a España en un plazo de 9 años contados desde la fecha de la expulsión.

Procedáse a dar a la sustancia y objetos intervenidos el destino legal previsto en los artículos. 127 y 374 C.P. y 388 LECr.

Sirviéndoles de abono el tiempo que hubieran estado privados de libertad por esta causa.

Llévese nota de esta condena al Registro General de Penados y Rebeldes".



TERCERO.- Notificada la Sentencia, la representación legal de Petra interpuso recurso de apelación alegando formalmente como motivos: 1º.- Vulneración del derecho a la presunción de inocencia y error en la valoración de la prueba; y, 2º.- Vulneración de un proceso con las debidas garantías porque se ha producido una ruptura de la cadena de custodia de sustancia estupefaciente que impide su valoración como prueba de cargo.

Y terminaba suplicando Sentencia por la que, estimando el recurso formulado, revoque la de instancia, absolviéndole del delito contra la salud pública por el que ha sido condenado.

CUARTO.- La representación procesal de Leonardo interpuso recurso de apelación alegando los siguientes motivos: 1.- Nulidad del procedimiento al no haberse observado las pautas oportunas para garantizar una adecuada cadena de custodia del objeto material del delito e ilicitud de la prueba; 2.- Falta de tipicidad de los hechos y falta de autoría del recurrente; y, 3.- Error en la valoración de la prueba por no apreciar la concurrencia de la atenuante de drogadicción del art.21.2 CP. Y terminaba por suplicar Sentencia revocando la recurrida, absolviéndole con todos los pronunciamientos favorables, no habiéndose reconocido la atenuante del artículo 21.1 CP, "en virtud de las cuales las penas máximas que pudieran imponérsele es la pena de prisión de 1,5 años a 3 años, todo ello sin imposición de costas".

QUINTO.- Del anterior escrito se dio traslado al Ministerio Fiscal, que los impugnó; interesando la desestimación de los recursos,.

SEXTO.- Emplazadas las partes en legal forma y personadas ante esta Sala en la forma que es de ver, se señaló finalmente la vista para el día 22 de noviembre de 2022; alegando lo que estimaron pertinente en apoyo de su recurso e impugnación, solicitando el Ministerio fiscal que se dejara sin efecto ex art.53.3 CP la responsabilidad personal subsidiaria de los condenados para el caso de impago de las penas de multa; quedando los autos pendientes de esta resolución.

HECHOS PROBADOS

Se aceptan los de la Sentencia apelada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.1.- En el primero de los motivos de su recurso, Petra alega, en realidad, error en la valoración de la prueba determinante de la vulneración de su derecho a la presunción de inocencia por ausencia de prueba bastante, reiterando -como ya dijo en el juicio- que desconocía la existencia de la droga habida en el vehículo que conducía señalando que su versión resulta verosímil por tratarse de una trabajadora (en España en el ámbito sanitario, y después en Suiza, en el sector del vehículo de transporte VTC y como "chica de compañía") que ha obtenido importantes rendimientos económicos; que viajó a España a ver a la familia y para someterse a una intervención quirúrgica -al siguiente día de ser detenida- y el desplazamiento a Marbella tenía como único objeto ayudar al otro acusado, que califica como amigo, que ocupaba una de las plazas del vehículo, para que pudiera justificar su arraigo en España en un expediente de expulsión; que el vehículo, que pertenece a un tercero, había sido conseguido por Leonardo, quien tras recogerlo de su propietario, la recogió en su domicilio, conduciéndolo ella porque él carece de licencia.

La Sentencia desbarata la versión de la acusada recurrente, resumida en el FD 1º, señalando en el FD 2º que también ella había realizado otras gestiones, infructuosas para conseguir un vehículo, que no se justifica qué tramites iban a realizar en Marbella, las reiteradas contradicciones de su versión en el procedimiento, que no se acredita que Leonardo tuviera las manos rosas manchadas por la elaboración de la sustancia intervenida ni la realidad de los altos ingresos alegados (entre 6.000 y 10.000.-€ mensuales).

1.2.- Impugnada la Sentencia, alegándose vulneración del derecho a la presunción de inocencia, procede comprobar si existe material probatorio susceptible de ser sometido a valoración; si ese material es lícito en su producción y válido, por tanto, a efectos de acreditación de los hechos; y que los razonamientos a través de los cuales alcanza el Juez de instancia su convicción, debidamente expuestos en la sentencia, son bastantes para ello, desde el punto de vista racional y lógico, y justifican, por tanto, la suficiencia de dichos elementos de prueba.

Y en relación con la valoración de la prueba, dice la STS 136/2022, de 17 de febrero (FD 1º), citada y reproducida por la posterior STS 417/2022, de 28 de abril, y en el mismo sentido la STS 1745/2022 de esta misma fecha, al analizar el contenido devolutivo del recurso de apelación que se interpone contra sentencia condenatoria que "el tribunal *ad quem*" dispone de plenas facultades revisoras.



El efecto devolutivo transfiere también la potestad de revisar no solo el razonamiento probatorio sobre el que el tribunal de instancia funda la declaración de condena, como sostiene el apelante, sino también la de valorar todas las informaciones probatorias resultantes del juicio plenario celebrado en la instancia, determinando su suficiencia, o no, para enervar la presunción de inocencia. Afirmación de principio que solo permite una ligera modulación cuando se trata del recurso de apelación contra sentencias del Tribunal del Jurado.

Este es el sentido genuino de la doble instancia penal frente a la sentencia de condena. La apelación plenamente devolutiva es garantía no solo del derecho al recurso sino también de la protección eficaz de la presunción de inocencia de la persona condenada. Esta tiene derecho a que un tribunal superior revise las bases fácticas y normativas de la condena sufrida en la instancia.

Como destaca el Tribunal Constitucional en la importante STC 184/2013 -por la que, en términos contundentes, se sale al paso de fórmulas reductoras del efecto devolutivo de la apelación contra sentencias de condena, extendiendo indebidamente el efecto limitador que frente a sentencias absolutorias estableció la STC 167/2002-, "el recurso de apelación en el procedimiento penal abreviado, tal y como aparece configurado en nuestro ordenamiento, otorga plenas facultades o plena jurisdicción al Tribunal *ad quem* para resolver cuantas cuestiones se planteen, sean de hecho o de Derecho. Su carácter, reiteradamente proclamado por este Tribunal, de *novum iudicium*, con el llamado efecto devolutivo, conlleva que el Juzgador *ad quem* asuma la plena jurisdicción sobre el caso, en idéntica situación que el Juez a quo, no solo por lo que respecta a la subsunción de los hechos en la norma, sino también para la determinación de tales hechos a través de la valoración de la prueba (...) pues toda persona declarada culpable de un delito tiene derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un Tribunal superior y a que un Tribunal superior controle la corrección del juicio realizado en primera instancia, revisando la correcta aplicación de las reglas que han permitido la declaración de culpabilidad y la imposición de la pena en el caso concreto. (...). Negarse a ello, como ocurrió sobre la base de una errónea apreciación de la doctrina de nuestra STC 167/2002, no solo revela el déficit de motivación aducido y de incongruencia con sus pretensiones, sino, como consecuencia, la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), por privarse al recurrente de su derecho a la revisión de la sentencia condenatoria".

7. Alcance devolutivo que no viene sometido a ninguna precondition valorativa derivada de la no inmediación, como también parece sostener el recurrente.

Debe insistirse en que la inmediación constituye, solo, un medio o método de acceso a la información probatoria. La inmediación nunca puede concebirse como una atribución al juez de instancia de una suerte de facultad genuina, intransferible e incontrolable de selección o descarte de los medios probatorios producidos en el plenario. Ni puede confundirse, tampoco, con la valoración de la prueba, desplazando las exigentes cargas de justificación que incumben al juez de instancia. La inmediación no blindará a la resolución recurrida del control cognitivo por parte del tribunal superior".

1.3.- En este motivo, la recurrente discrepa de la Sala a quo al entender que no existe prueba bastante de su participación en los hechos de los que se le acusa; alegando el desconocimiento de la posesión de la droga, que imputa al otro coacusado en exclusiva.

Sin embargo, consideramos que la motivación de la Sala de instancia es razonable y se encuentra suficientemente razonada, por fundamentos que refrendamos por entero. Siendo cierto que la acusada conducía a las 00:45 hr. del día 15/4/21 por la A4, en el término municipal de Manzanares, el vehículo en cuyo interior fue habida sustancia estupefaciente MDMA y ketamina en la cantidad y forma que se dice en los hechos probados, los indicios sobre su posesión directa y material por la recurrente no quedan desvirtuados por su versión meramente exculpatoria. Desde el inicio llama la atención cómo su versión no ha sido persistente, variando a lo largo de la causa, rechazando declarar ante la Guardia Civil, sosteniendo una versión diferente en instrucción (dice, a preguntas del Ministerio Fiscal, que a causa de estar representada por la misma defensa que Leonardo, quien habría defraudado su confianza), para, finalmente, imputar la posesión a Leonardo en el plenario. Como se dice en la Sentencia, la acusada no ha acreditado en concreto qué gestiones iba a realizar en relación con el expediente de expulsión de su amigo (no consta citación administrativa ni qué documentación portaba), más extraño, por su difícil compatibilidad horaria, aún si tenemos en cuenta que ese mismo día en que fue detenida a las 00:45 hr en dirección Marbella tenía agendada a las 15:00 hr. una intervención quirúrgica en la clínica FEMM en Madrid; y nada acredita sobre los altos rendimientos mensuales que declara. Es más, y como se señala en la sentencia apelada, consta en autos que ella también había realizado gestiones en busca de un vehículo para efectuar el desplazamiento en el que fue detenida -demostrando su interés en el traslado, que en principio solo interesaría a Leonardo - y, sin embargo, nada consta sobre las manchas rosas en las manos del otro acusado.



SEGUNDO.- 2.1.- Cuestionándose por ambos recurrentes la integridad de la cadena de custodia de la sustancia desde que resultó efectivamente intervenida en el control policial hasta que se entregó en la Subdelegación del Gobierno de Ciudad Real, rechazan que pueda sostenerse la mismidad de la habida con la analizada, daremos contestación conjunta a los alegatos de los acusados, sustancialmente semejantes, evitando innecesarias repeticiones. Es cierto que lo hacen desde diferentes perspectivas: Petra ataca la credibilidad de la prueba mientras Leonardo la tacha de ilícita, pretendiendo con ello la aplicación de la teoría de los frutos del árbol envenenado ex art.11 LOPJ.

Dice Petra que consta en autos que, en relación con la cadena de custodia de la sustancia intervenida y analizada se elaboraron dos documentos, uno, interno de la Guardia Civil en el que se hizo constar todos los Agentes que sucesivamente custodiaron la droga hasta que fue entregada en el Área de Sanidad de la Subdelegación del Gobierno para su análisis, y otro documento que elaboró dicha Área al recibir la sustancia de manos de la policía. En el primero consta que el agente con TIP NUM002, el 15 de abril de 2021, se hizo cargo de dos paquetes con un contenido de 860 gramos de sustancia polvo y el mismo día los entregó en el Área de Sanidad de la Subdelegación del Gobierno; en el segundo se hizo constar que el Agente con TIP NUM003, el 16 de abril de 2021, hizo entrega en el Área de Sanidad de la Subdelegación del Gobierno de un paquete y una bolsa con un contenido de 870,67 gramos de sustancia polvo. De ello concluye que se han producido dos entregas de paquetes con sustancia estupefaciente en la Subdelegación del Gobierno, una la que realizó el Agente NUM002 el día 15 de abril correspondiente a la intervenida en el vehículo de los acusados, y otra, la que realizó el Agente NUM003 el día 16 de abril y que, sin duda, no se trataba de la misma sustancia anteriormente referida: no coincide el peso; los Agentes policiales que realizaron sendas entregas en el Área de Sanidad son distintos sin que en ninguno de los documentos de entrega se haya hecho constar que las mismas fueron realizadas por ambos agentes; y el Agente NUM002, según manifestó en el Plenario, fue el único que pudo acceder a la sustancia intervenida una vez que la guardó en el cuarto cuya llave sólo él poseía, por lo que es materialmente imposible que el otro agente - NUM003 - hubiese podido coger la sustancia guarda por el Instructor en el cuarto con llave y llevarla a la Subdelegación del Gobierno. Las manifestaciones en el plenario del Agente NUM002 (sobre un error en las fechas de los documentos y que él acompañó al otro agente a la Subdelegación) se hallan totalmente huérfanas de cualquier probatorio documental.

La representación de Leonardo señala en el recurso que no ha quedado acreditado quienes llevan la custodia de la droga en cada uno de los momentos previos al análisis; no ha quedado acreditado si se analiza antes de la entrega en sanidad o después, que unos agentes dicen que pinchan el paquete en el momento de la detención, y la perito que lleva acabo el análisis y pesaje de la droga manifiesta que el paquete estaba cerrado y no abierto. Tampoco queda acreditado cuándo se traspasa de los guardias civiles que sacan el supuesto paquete del foco hasta que se hace cargo el instructor, en qué momento queda en custodia del instructor inicial y cuando pasa al siguiente, dónde se encontraba la droga en esos momentos si la guardaba él personalmente, como se transfiere, a dónde, si se entrega en Ciudad Real o en Manzanares, ni cada uno de los agentes que han intervenido en citada custodia... unido al incontestable hecho de que el pesaje es distinto y existen errores en los documentos que ni siquiera aparecen salvados o rectificadas. En el motivo, el recurrente transcribe pasajes del resultado de la prueba practicada en el plenario.

2.2.- Sobre la cadena de custodia, la STS de 27 de mayo de 2021 que cita las anteriores 675/2015, de 10 de noviembre; 460/2016, de 27 de mayo o 541/2018, de 8 de noviembre, dice que, "en palabras de la STS 1/2014 de 21 de enero, la cadena de custodia no es un fin en sí mismo, sino que tiene un valor instrumental. Lo único que garantiza es la indemnidad de las evidencias desde que son recogidas hasta que son analizadas, lo que en caso de quiebra puede afectar a la credibilidad del análisis, pero no a su validez (SSTS 129/2011, de 10 de marzo; 1190/2009, de 3 de diciembre; o 607/2012, de 9 de julio).

Recordaba la STS 725/2014, de 3 de noviembre, que la cadena de custodia constituye una garantía de que las evidencias que se analizan y cuyos resultados se contienen en el dictamen pericial son las mismas que se recogieron durante la investigación criminal, de modo que no existan dudas sobre el objeto de dicha prueba. De acuerdo con la STS 587/2014, de 18 de julio, la cadena de custodia no es prueba en sí misma, sino que sirve de garantía formal de la autenticidad e indemnidad de la prueba pericial. Su infracción afecta a lo que se denomina verosimilitud de la prueba pericial y, en consecuencia, a su legitimidad y validez para servir de prueba de cargo en el proceso. En palabras de la STS 195/2014, de 3 de marzo, no es una cuestión de nulidad o inutilizabilidad, sino de fiabilidad (en el mismo sentido STS 320/2015, de 27 de mayo o STS 388/2015, de 18 de junio).

Para examinar adecuadamente si se ha producido una ruptura relevante de la cadena de custodia no es suficiente con el planteamiento de dudas de carácter genérico, es necesario que la parte que la cuestione precise en qué momentos, a causa de qué actuaciones y en qué medida se ha producido tal interrupción, pudiendo proponer en la instancia las pruebas encaminadas a su acreditación. De manera reiterada hemos afirmado, que no cabe presunción de irregularidad de las actuaciones judiciales y policiales (entre otras, SSTS



187/2009, de 3 de marzo; 6/2010 de 27 de enero; 85/2011 de 7 de febrero; la 202/2012, de 1 de marzo, o la más reciente 117/2018, de 12 de marzo)".

2.3.- La sentencia recurrida razona que tanto la recogida y destino de la sustancia intervenida en el vehículo ocupado por los acusados fueron controlados y que las muestras analizadas por Graciela se corresponden con las entregadas por la Guardia Civil "ya que no se ha aportado ningún dato que ponga en tela de juicio que lo analizado no fuese lo que fue objeto de incautación en la causa, no bastando alegaciones genéricas, máxime cuando los agentes y técnicos encargados de la recepción, custodia y remisión para su análisis de la droga, prestaron declaración sometida a contradicción"; señalando que la variación de peso es mínima (aprox. 1%).

Visionada la grabación del juicio, oída la testifical depuesta por los Agentes intervinientes y por la perito Sra. Graciela, y examinada la documentación que obra en los autos comprobamos que consta que los paquetes fueron intervenidos el 15/4/21, a las 00:45 hrs., por los Guardias Civiles NUM000 y NUM001, que se los entregaron a su superior, el agente NUM002, quién los tuvo en su poder desde ese momento hasta que los llevó a la Comandancia de Ciudad Real, donde los depositó en un cuarto destinado a tal fin, del que solo él tenía la llave, hasta el día siguiente, 16 de abril de 2.021 (tratándose de un mero error irrelevante, además aclarado testificalmente, la datación que obra en el documento "Toma de indicios/muestras", en el que consta el número de Diligencias Policiales, dónde se obtuvieron y cómo se conservan y el agente responsable, perfectamente justificable en el desarrollo temporal de los acontecimientos sucedidos de madrugada), en que, en compañía de otro agente (según manifiesta en el plenario el NUM002, a quien no se le pide que identifique quién, pero que consta como NUM003 en el acta de recepción), realizó la entrega en la subdelegación de Gobierno, como se advierte en el acta de recepción de la Subdelegación (en el que consta la identificación de la Unidad Aprehensora, fecha de aprehensión, el número de diligencias policiales, nombre de los encartados y descripción de las sustancias entregadas: "Paquete conteniendo polvo rosa envuelto en plástico verde 863'9 gr. y Bolsa conteniendo polvo rosa 6'77 gr.". Por otra parte, Graciela, tras ratificar su informe de 5 de mayo, relativo al análisis de las sustancias (refiriendo que el "Paquete de plástico transparente" contenía una bolsa de plástico con autocierre conteniendo polvo rosa y dos bolsas con autocierre más pequeñas que la anterior conteniendo sustancia cristalizada de color gris, además de la ya referida bolsa conteniendo polvo rosa; resultando ser 679'40 gr. de mezcla de ketamina que contiene cafeína, 145'90 gr. de MDMA con riqueza 76'74% y 5'44 gr. de MDMA con riqueza 17'56% -respectivamente-), explicó todos los pormenores de su intervención, dejando claro que, en ningún momento, se había roto la cadena de custodia.

Quede claro que la cadena de custodia puede acreditarse documental y también testimonio de los agentes que aprehenden la sustancia (como resulta de SSTs 12/4/2006 y 3/7/2014), que además pueden suplir oralmente aspectos oscuros u omisiones de algún eslabón. Y no existe dato alguno que permita cuestionar la objetividad de los agentes, testigos que deponen en el plenario.

Los errores que detectan las defensas no pasan de mera irregularidades que carecen de significación suficiente para crear dudas en la fiabilidad de la cadena de custodia, quedando suficientemente probada documental y testificalmente la mismidad de la sustancia intervenida y la analizada: la diferencia de peso apenas supera el 1%; la fecha errónea que obra en el documento interno policial -mera errata- y la identidad de los agentes que entregan la sustancia en la Subdelegación, pese a su designación documental, se aclaran testificalmente; y que los paquetes se entregan cerrados no es contradictorio con que en la comandancia se realice un test provisional.

El motivo se desestima; la prueba es lícita y no se suscita dudas bastantes sobre la mismidad de la sustancia intervenida y la analizada.

TERCERO.- 3.1.-En el segundo de los motivos del recurso interpuesto por Leonardo, bajo la denominación de falta de tipicidad de los hechos que se consideran probados y falta de autoría del recurrente, con infracción de los arts.27 y 28 CP, en realidad se viene a alegar la vulneración del derecho a la presunción de inocencia y error en la valoración de las pruebas por la Sala sentenciadora; considerando que no se ha acreditado más allá de meros indicios que Leonardo perpetrara ninguna de las acciones que castiga el art.368 CP, rechaza que se le haya ocupado la sustancia intervenida, pues él era un mero ocupante del vehículo en el que fue intervenida y no existe dolo por carecer del conocimiento y voluntad de la realización del acto típico que se le imputa. Insiste en su versión del viaje a Marbella a solventar trámites relacionados con el expediente de expulsión que tiene abierto y por ello viajaba tranquilo y dormido (según los agentes de la Guardia Civil), y que el propietario del vehículo con quien realmente tiene relación es con Petra. Que, en su caso, podría habersele imputado a título de cómplice, por una participación residual.

3.2.- Dando por reproducido el ámbito de este recurso, expuesto en el primero de los fundamentos de esta resolución, y atendiendo a los hechos declarados probados, hemos de partir de que la acción típica que se imputa al recurrente es la posesión preordenada al tráfico de drogas, típica dentro del art. 368 del Código



Penal (STS 507/2018, de 25 de octubre y 259/2012, de 10 de abril); y claro es -sin necesidad de mayor argumentación a la vista del contenido del recurso que no impugna el pronunciamiento que consta al respecto en el razonado FD 1º de la sentencia apelada- que tanto la MDMA (éxtasis) como la Ketamina son sustancias de las contempladas en el art.368 CP y que la posesión de 145,90 gramos netos de MDMA, con una riqueza en base del 76,74%; 679,40 gramos netos de ketamina y riqueza en base de 69,1% y otros 5,44 gramos de mezcla de MDMA y ketamina, con riqueza en base del 17,56% de MDMA y 20,3% de ketamina, es una cantidad que satisface las exigencias de una posesión preordenada al tráfico; y, por la cantidad aprehendida, considerada de notoria importancia a los efectos del art.369 CP.

3.3.- Se dice en la sentencia apelada que Leonardo se limitó a negar los hechos (reproduciendo su declaración en el FD 1º, destacando que dijo ir dormido cuando fueron detenidos en el control policial, que el coche lo buscó Petra, que el objeto del viaje era hacer unos papeles en Marbella y que es consumidor de varias sustancias), calificando sus manifestaciones como alegaciones meramente exculpatorias, que enfrenta al hecho, incuestionable, de la aprehensión de sustancia estupefaciente en el vehículo en el que circulaba; destacando cómo el concierto previo para su transporte se pone "de manifiesto por las gestiones realizadas por los dos acusados para conseguir un automóvil" y que no se han justificado qué trámites tenían que hacerse en Marbella.

Una vez más, consideramos que los razonamientos de la sala a quo son razonables y se encuentran suficientemente razonados, mereciendo, de nuevo, el refrendo de esta Sala de apelación. El hecho de la intervención de la sustancia en el vehículo ocupado por el recurrente resulta incuestionable. Según el propietario del vehículo, Jesús Luis, -en contradicción con la declaración de Leonardo-, fue a él (independientemente tuviera mejor relación con Petra; lo que no es suficiente para rebatir su credibilidad) a quien se lo dejó, extremo corroborado porque fue a él a quien se lo entregó, y así Leonardo y su novia recogieron a Petra en su casa para emprender el viaje a Marbella; teniendo ya la posesión material e inmediata del turismo con anterioridad a ser ocupado por la coacusada. Y no se amerita qué trámites realizarían en relación con el expediente de extranjería (sólo consta que se encontraba aperturado; pero no una citación o por qué el trámite tenía carácter personal y no escrito). Que estuviera tranquilo puede encontrar justificación en multitud de circunstancias: desde su propio carácter personal, el hecho de viajar dormido, o la misma asunción de responsabilidades; sin que resulte causa bastante para determinar la falta de participación en los hechos.

Por todo ello, siendo cierta la posesión de la droga y no ofreciendo el acusado ninguna coartada razonable ni siquiera mínimamente probada, el motivo decae.

3.4.- Señala el recurrente que, por la escasa relevancia de su participación, bien podría ser mero cómplice. En la STS 473/2010, de 7 de mayo, se realiza un análisis de la jurisprudencia de esta Sala sobre la admisibilidad de formas de participación en el delito contra la salud pública, ciertamente restrictiva dados los términos de la tipicidad del art. 368 del Código penal; subrayando la dificultad de apreciar tal forma de participación en el delito de tráfico de drogas habida cuenta de la amplitud con la que se describe el tipo en el que prácticamente se viene a utilizar un concepto extensivo de autor, de forma que la complicidad queda reducida a supuestos de contribución de segundo orden no comprendida en ninguna de las modalidades de conducta descritas y generalmente incluidas dentro de los supuestos encuadrados en la llamada doctrina del "favorecimiento del favorecedor", con la que se hace referencia a conductas que sin promover, favorecer o facilitar directamente el consumo ilegal, auxilian a quien ejecuta los verdaderos actos típicos. En las SSTS 312/2007, de 20 de abril, y 960/2009, de 16 de octubre, se enumeran "ad exemplum" diversos casos calificados de complicidad: a) El mero acompañamiento a los compradores con indicación del lugar donde puedan hallar a los vendedores. b) La ocultación ocasional y de poca duración de una pequeña cantidad de droga que otro poseía. c) La simple cesión del domicilio a los autores por pura amistad para reunirse sin levantar sospechas (SSTS. 15-10-98 y 28-1-2000. d) La labor de recepción y desciframiento de los mensajes en clave sobre el curso de la operación (STS. 10-7-2001). e) Facilitar el teléfono del suministrador y precio de la droga (STS. 25-2-2003). f) Realizar llamadas telefónicas para convencer y acordar con tercero el transporte de la droga (STS. 23-1-2003). g) Acompañar y trasladar en su vehículo a un hermano en sus contactos para adquisición y tráfico (STS. 7-3-2003). h) Colaboración de un tercero en los pasos previos para la recepción de la droga enviada desde el extranjero, sin ser destinatario ni tener disponibilidad efectiva de la misma, (STS. 30-3-2004). También se ha aplicado la complicidad delictiva en el tráfico de drogas recientemente a dos acusados que acompañaban con un vehículo "a modo de escolta" a aquel en el que se transportaba la droga, descripción que, por sí sola, indica -dice la STS 1230/2009, de 23-11- ya la realización de un papel secundario, sin dominio alguno del hecho y plenamente sustituible o fungible, incluso hasta prescindible. Actuar "de escolta" -matiza la referida sentencia- es descripción de una acción que incorpora, por ende, todos los requisitos propios de la accesoriedad que caracteriza la intervención del cómplice. Y también se le aplicó la condición de cómplice a quien se limitó a vigilar para avisar al vendedor de la sustancia cuando viera aparecer por allí a la policía y así pudo ayudarle en dos ocasiones concretas (STS 1276/2009, de 21-12).



La STS 55/2010, de 26 de enero, después de recordar el concepto unitario de autor que se acoge en el art. 368 del C. Penal, según el cual todas las formas de favorecimiento o de facilitación del consumo de sustancias estupefacientes constituyen indiferenciadamente supuestos de autoría, excluyendo así para esta clase de delitos contra la salud pública la distinción entre coautoría, participación necesaria y complicidad, ha acudido para solventar la cuestión de la justicia material del caso concreto en los supuestos de mínima importancia o relevancia de la aportación de un partícipe a la aplicación analógica *in bonam partem* del art. 29 del C. Penal

En el caso, la labor de este recurrente, al igual que la de Petra, son actos de relevancia al hecho ilícito que se subsumen en la autoría en los términos que se declaran en la sentencia, por lo que ningún error cabe declarar. En realidad, en el desarrollo del motivo, el propio acusado se limita a rechazar su participación sin indicar qué acto de mínima importancia o relevancia en la posesión preordenada al tráfico merecería ser calificado como complicidad.

CUARTO.- Finalmente, Leonardo pretende que se le reconozca la circunstancia atenuante del art.21.2 CP, por drogadicción; estimando acreditada su drogodependencia y consumo. A mayores, solicita la atenuante analógica del art.21.7 CP.

La Sala a quo rechaza apreciar la atenuante razonando que no consta el policonsumo referido al tiempo de perpetración del delito; refiriendo que el informe pericial, ratificado en juicio, diagnostica trastorno por consumo de sustancias, que es imposible saber si el día de los hechos había consumido drogas (ausencia de informes médicos) que afectaran las bases psicobiológicas de la imputabilidad, rechazando el acusado su participación en los hechos, y, finalmente, que en la actualidad acude al programa de Cruz Roja en prisión y se encuentra en el módulo de respeto.

Las bases fácticas que sustentan las atenuantes deben quedar absolutamente probados; y, en este caso, pericialmente se ha declarado la inexistencia de alteración en las bases psicobiológicas del acusado, desconociéndose si cuando perpetró los hechos se encontraba bajo la influencia de las sustancias que dice haber consumido o de los efectos del síndrome de abstinencia, pues no existe constancia alguna de que en tales momentos pidiera ser reconocido o tratado médicamente. Del análisis del cabello solo resulta un consumo repetido de MDMA y ketamina, "en al menos, los 3-4 meses anteriores al corte del mechón enviado", el 4 de enero de 2022, que no alcanza a abril de 2021.

El motivo decae.

QUINTO.- Tal y como interesa el Ministerio Fiscal en el acto de la vista del recurso de apelación, procede dejar sin efecto la responsabilidad personal subsidiaria de los condenados ex art.53.3 CP, al venir condenados en penas superiores a los cinco años de prisión.

SEXTO.- Sin costas de este recurso.

Vistos los fundamentos anteriormente expuestos y demás de general y pertinente aplicación al caso.

FALLAMOS

1.- DESESTIMAMOS los recursos de apelación interpuesto por Petra y Leonardo contra la Sentencia nº 17/2022, de 29 de junio, dictada por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, en Rollo PA 24/2021, que confirmamos, excepto en cuanto a la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de las multas que dejamos sin efecto.

2.- No procede imponer las costas de esta apelación.

Notifíquese la presente a las partes, A TRAVÉS DE SU RESPECTIVA REPRESENTACIÓN PROCESAL, SIN QUE SEA NECESARIO HACERLO PERSONALMENTE (conforme con la doctrina contenida, entre otros muchos, en AATS 5/12/20 -Recurso: 2286/2019- y 1/12/29 -Recurso: 20109/2020- y todos los que en ellos se citan); haciéndoles saber que no es firme y que contra la misma cabe recurso de casación de conformidad con el artículo 847 LECRIM, cuya preparación debe solicitarse dentro de los cinco días siguientes al de su última notificación, a tenor de los artículos 855 y 856 de la referida Ley.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.