



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

**TRIBUNAL SUPREMO**

*Sentencia 842/2014, de 10 de diciembre de 2014*

*Sala de lo Penal*

*Rec. n.º 10515/2014*

**SUMARIO:**

**Determinación edad del acusado. Trafico de drogas. Atenuante analógica. Esquizofrenia.** La exhibición de títulos con indicios de falsedad o generados en países que no garanticen la certeza de los datos sobre la edad del titular no habiendo otros medios para despejarlas, puede ser necesario acudir a la práctica de ciertas pruebas médicas para poder determinar aquélla de modo aproximado. Cuando se trata de extranjeros indocumentados detenidos por la comisión de un delito corresponde al juez de instrucción competente realizar las diligencias encaminadas a la determinación de la edad. Cuando se trata de extranjeros indocumentados detenidos por la comisión de un delito corresponde al juez de instrucción competente realizar las diligencias encaminadas a la determinación de la edad. Pues bien el informe médico-forense que aparece reflejado en autos, en lo que respecta a aquél, y tras un intenso estudio, confirma que el examen radiológico practicado indica una edad superior a los 19 años, con un intervalo de error de (+/-) dos años, al tratarse de un sujeto no europeo. Este margen de error ha de suponer que la fiabilidad no sea absoluta, por lo que se ha estimar el motivo, con la eximente definida en el art. 19 del Código Penal. En cuanto a la aplicación de una atenuante analógica deriva de la esquizofrenia paranoide que padecía otro recurrente, se indica que no es suficiente el diagnóstico de la enfermedad, sino que resulta indispensable la prueba efectiva de la afectación de las facultades mentales en el caso concreto. El quebrantamiento de la cadena de custodia será valorado por el tribunal a los efectos de determinar la fiabilidad de la fuente de prueba. No es una cuestión de nulidad o inutilizabilidad, sino de fiabilidad.

**PRECEPTOS:**

LO 10/1995 (CP), art. 19, 20 y 21.

Ley de enjuiciamiento criminal, arts. 326, 334, 338, 375, 770.3 y 852.

Constitución española, art. 24.

LO 5/2000 (responsabilidad penal de los menores), art. 16.5.

LO 4/2000 (Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social), art. 35.

LO 2/1986 (Fuerzas y Cuerpos de Seguridad), art. 11.1 g).

RD 769/1987, (regulación de la Policía Judicial), art. 4.º.

Ley 17/1967 (Normas Reguladoras de estupefacientes), arts. 4 y 31.

**PONENTE:**

*Don Francisco Monterde Ferrer.*

Magistrados:

Don ANTONIO DEL MORAL GARCIA

Don CARLOS GRANADOS PEREZ



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

Don FRANCISCO MONTERDE FERRER  
Don JOSE MANUEL MAZA MARTIN  
Don MANUEL MARCHENA GOMEZ

### **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a diez de Diciembre de dos mil catorce.

En el recurso de casación que ante Nos pende con el nº 10515/2014, interpuesto por la representación procesal de D. Florencio y D. Germán , contra la sentencia dictada el 19 de Mayo de 2014 por la Sección de Algeciras de la Audiencia Provincial de Cádiz, en el Rollo de Sala Nº 9/14 , correspondiente a las Diligencias Previas nº 1001/12 del Juzgado de Instrucción nº 3 de los de Algeciras que condenó a los recurrentes, como autores responsables de un delito contra la salud pública , habiendo sido parte en el presente procedimiento los condenados recurrentes D. Florencio y D. Germán , representados por el Procurador D. Ignacio Valverde Cánovas; habiendo intervenido el Excmo. Sr. Fiscal, han dictado sentencia los Excmos. Sres. mencionados al margen, bajo ponencia de D. Francisco Monterde Ferrer que expresa el parecer de la Sala con arreglo a los siguientes:

#### **I. ANTECEDENTES**

1.- El Juzgado de Instrucción nº 3 de Algeciras, incoó Diligencias Previas con el nº 1001/12 en cuya causa la Sección de Algeciras de la Audiencia Provincial de Cádiz, tras celebrar juicio oral y público, dictó sentencia el 19 de Mayo de 2014 , que contenía el siguiente Fallo: "Que debemos condenar y condenamos a los acusados Germán y Florencio , como autores de un delito contra la salud pública, en relación con sustancias que no causan daño grave a la salud, de los artículos 368, en relación con el 369.1.5 y 370.3ª del Código Penal , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de PRISIÓN DE CUATRO AÑOS Y CINCO MESES, MULTA DE DOS MILLONES DE EUROS, DEBIENDO SUFRIR CASO DE IMPAGO VEINTE DÍAS DE ARRESTO SUSTITUTORIO, CON LA ACCESORIA DE INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA EL DERECHO DE SUFRAGIO PASIVO DURANTE EL TIEMPO DE LA CONDENA.

Se acuerda el comiso de los motores intervenidos y destrucción del hachís incautado.

Se imponen las costas por partes iguales entre los acusados.

Contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación que habrá de ser preparado mediante escrito presentado en este Tribunal dentro de los cinco días siguientes al de la última notificación de la sentencia."

2.- En la citada sentencia se declararon probados los siguientes Hechos : "Que, a las 4,20 horas del día 11 de Abril de 2012, el servicio de vigilancia de costas de la Guardia Civil, recibió aviso de su central operativa, en el sentido de haberse detectado una embarcación que navegaba en aguas del Estrecho, muy lentamente, dirección a la zona de "Punta Carnero", del término municipal de Algeciras.

Que, por las características de la misma, y hora en que se produce la navegación, se sospechó que la misma pudiera transportar sustancias estupefacientes, se monta el correspondiente dispositivo de vigilancia, procediendo a interceptar una embarcación de pequeñas dimensiones, con un motor de 25 CV, sin número, en la zona conocida como "La Ensenada de Getares", en Algeciras, y procediendo a la detención de los ocupantes de la



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

misma, los acusados, Germán y Florencio , mayores de edad y sin antecedentes penales, y localizándose en el interior de dicha embarcación, un total de 330.075 gramos de hachís.

Dicha sustancia, una vez analizada, resultó ser hachís, con el siguiente índice de THC:

-Polvo prensado de bellota de hachís, con peso neto de 28.860 gramos, y un THC del 13,6%.

-Polvo prensado de tableta oscura, hachís, con peso neto de 263,990 gramos, con un THC de 12,1%.

-Polvo prensado de tableta oscura, hachís, con peso neto de 37.225 gramos, y un THC de 16,8%.

El valor de la sustancia intervenida, asciende a 504.070,34 euros, conforme a valoración de la Oficina Central Nacional de Estupeficientes.

Los acusados introdujeron la sustancia intervenida con la intención de venderla a terceras personas.

La embarcación donde se transportaba el hachís, es tipo neumática con motores marca "Yamaha", de 25 y 15 CV, entretanto la embarcación, ha quedado inservible, siendo destruida.

A los hechos relatados resultan de aplicación los siguientes "

**3.-** Notificada la sentencia a las partes, la representación de los acusados D. Florencio y D. Germán , anunciaron su propósito de interponer recurso de casación que se tuvo por preparado por auto de 11 de Junio de 2014, emplazándose seguidamente a las partes para que hiciesen uso de su derecho ante esta Sala.

**4.-** Por medio de escritos, que tuvieron entrada en la Secretaría de este Tribunal en 2 de Julio de 2014, el Procurador D. Juan Ignacio Valverde Cánovas, interpuso el anunciado recurso de casación articulado en los siguientes motivos:

D. Florencio

Primero.

Al amparo del art 5.4 LOPJ , 852 LECr y 24.2 CE , por violación de precepto constitucional, en relación con la minoría de edad del recurrente .

Segundo.

- Al amparo del art 5.4 LOPJ , y 24.1 CE , por violación de precepto constitucional y del derecho a un proceso con todas las garantías .

D. Germán

Primero.

Al amparo del art 849.1 LECr , por infracción de ley y de los arts. 20 y 21 CP .

Segundo.

Al amparo del art 5.4 LOPJ , y 24.1 CE , por violación de precepto constitucional y del derecho a un proceso con todas las garantías .



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

5.- El Ministerio Fiscal por medio de escrito fechado el 27 de Julio de 2014 evacuando el trámite que se le confirió, y por las razones que adujo, apoyó el primer motivo de Florencio , e interesó la inadmisión del resto de los motivos del recurso que, subsidiariamente, impugnó.

6.- Por providencia de 11 de Noviembre de 2014 se declaró el recurso admitido y concluso, señalándose para su deliberación y fallo el pasado día 3 de Diciembre de 2014 , en cuya fecha la Sala deliberó con el resultado decisorio que a continuación se expresa:

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO DE D. Florencio

### Primero.

El primer motivo se formula al amparo del art 5.4 LOPJ , 852 LECr y 24. 2 CE , por violación de precepto constitucional, en relación con la minoría de edad del recurrente .

1. El recurrente sostiene que debió ser absuelto, dada su edad menor de 18 años, que quedó demostrada por un acta de nacimiento de Tetuán, obrante al fº 103 y 104 de las actuaciones, donde consta nacido el 3 de abril de 1995, habiendo ocurrido los hechos en 11 de abril de 2012, y a la que no dio valor el tribunal de instancia, frente a informes médico-radiológicos y del médico forense. Sin embargo, el recurrente mantiene la autenticidad del documento, de acuerdo con el Convenio bilateral de 1997 entre España y Marruecos, que en su art. 39 determina que los certificados del Registro Civil provistos de su sello oficial no deben ser legalizados para ser válidos en España. Por otra parte se considera imposible que se determine una edad en el primer reconocimiento medico y un año después se mantenga la misma edad, e inapropiado el criterio de aceptar un margen de error de (+ - )seis meses, sin distinción de razas; y se cita el precedente constituido por la STS de 26/7/2012 , donde se reconoce un margen de error en este tipo de reconocimientos, tratándose de sujetos no europeos, de (+ - ) 2 años, de modo que cualquier duda habiéndose de resolver en beneficio del reo, abundaría en la pretensión del recurrente.

2 . De lo actuado destaca que el menor era relativamente indocumentado, pues los problemas de determinación de la edad se presentan cuando no existe un documento oficial auténtico y legítimo que de forma indubitada acredite la edad. Los problemas como el que nos ocupa surgen más concretamente en aquellos supuestos en que se juntan las circunstancias de ser extranjero y no exhibir certificación válida sobre la edad. En nuestro caso, el letrado del recurrente presentó un certificado de Acta de nacimiento, de Tetuán, que obra al folio 104 de las actuaciones y que consta traducido al castellano y en el que se dice que el titular del documento nació en Tetuán el 3 de abril de 1995, por lo que si el documento se refiriese al acusado es claro que en el momento de cometerse los hechos tenía 17 años y 8 días. Será menor, en suma. Ocurre que el tribunal no creyó que el documento correspondiese al acusado y ello por tres motivos: porque el mismo era relativo a " Juan Ramón " y el acusado se llama " Florencio "; porque el acusado se presentó como ciudadano extranjero no identificado y tres meses después se aportó ese documento, pero sin indicar que su titular fuese el acusado; y porque la fotografía del acusado unida al documento se hallaba pegada, pero sin sello alguno sobre ella de la autoridad marroquí que extendía el certificado.

Desde esos hechos podemos aceptar que el documento por su hipotética manipulación en cuanto a la superposición de la fotografía y por carecer del sello de la autoridad marroquí



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

sobre la representación gráfica de la imagen no se validara. No olvidemos que este problema no es nuevo y se plantea con frecuencia en la identificación de menores extranjeros. De hecho, -como apunta el Ministerio Fiscal- la Consulta 1/2009 de la Fiscalía General del Estado, más allá del Convenio bilateral con el reino de Marruecos de 1997, expone que "es preciso indicar que la situación contemplada en el artículo 35 de la Ley de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social surge en un contexto de ausencia de documentación acreditativa de la identidad y/o de la edad del presunto menor, o de exhibición de títulos con indicios de falsedad o generados en países que de hecho no garantizan la certeza de los datos que sobre la edad del titular figuran en los mismos, por lo que, existiendo dudas al respecto y no habiendo otros medios para despejarlas, puede ser necesario acudir a la práctica de ciertas pruebas médicas para poder determinar aquélla de modo aproximado".

En estos casos, cuando se trata de extranjeros indocumentados detenidos por la comisión de un delito corresponde al juez de instrucción competente realizar las diligencias encaminadas a la determinación de la edad ( artículo 375 LECrim y artículo 16.5 de la LO 5/2000 ). Y es aquí donde entran en el juego escénico los informes médicos sobre cuya base se ha determinado en nuestra causa la edad del recurrente.

El artículo 375 LECrim dice que "para acreditar la edad del procesado y comprobar la identidad de su persona, el secretario judicial traerá al sumario certificación de su inscripción de nacimiento en el Registro Civil o de su partida de bautismo, si no estuviere inscrito en el Registro. En todo caso, cuando no fuere posible averiguar el Registro Civil o parroquia en que deba constar el nacimiento o el bautismo del procesado, o no existiesen su inscripción y partida; y cuando por manifestar el procesado haber nacido en punto lejano hubiere necesidad de emplear mucho tiempo en traer a la causa la certificación oportuna, no se detendrá el sumario, y se suplirá el documento del artículo anterior por informe que acerca de la edad del procesado, y previo su examen físico, dieren los médicos forenses o los nombrados por el juez."

Por su parte el artículo 16.5 LO 5/2000, añadirá que cuando los hechos mencionados en el artículo 1 hubiesen sido cometidos conjuntamente por mayores de edad penal y por personas de las edades indicadas en el mismo artículo 1, el juez de instrucción competente para el conocimiento de la causa, tan pronto como compruebe la edad de los imputados, adoptará las medidas necesarias para asegurar el éxito de la actividad investigadora respecto de los mayores de edad y ordenará remitir testimonio de los particulares precisos al Ministerio Fiscal, a los efectos prevenidos en el apartado 2 de este artículo.

3. Esa comprobación de edad ha acontecido en nuestro caso por dos vías: Primero, el informe del Hospital de Algeciras, tras la detención, le realizó diversas pruebas radiológicas concluyendo que "contaba con la edad de 18 años y seis meses con un margen de error de +/- 6 meses". Es decir, concluye que en fecha 19 de abril de 2012, que es cuando se hizo el informe, una semana después de los hechos, tenía esa edad. Como se ve la edad estaría en el límite. Segundo, el informe del médico forense -folio 154-, sobre la base de las pruebas radiológicas de muñecas y manos y el estudio de la dentición, con la presencia de los cuatro molares, determinó que la edad del imputado era de 18 años, próxima a los 19 años, pero no indicó horquilla de error. Ahora bien, el informe del médico forense es de 24.5.2013, esto es, se hizo un año después del primero y un año después de la detención y de que ocurrieran los hechos y en él se concluye que, en ese momento, el acusado tenía "una edad que superaba los 18 años y cercana a los 19 años", luego cuando ocurrieron los hechos su edad sería "superior a los 17 años y camino de los 18 años". Precizando más. Según el informe forense, cuando ocurrieron los hechos, el acusado tenía una edad "superior a los 17 años", según el sistema de análisis radiográfico y de 17 años próximos a los 18 años según el método de la dentición. Ahora la edad, no estaría en el filo de la mayoría, sino que sería menor de 18 años.



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

Además, el Real Decreto 557/2011, por el que se aprueba el Reglamento de extranjería, ha establecido que "en caso de que la determinación de la edad se realice en base al establecimiento de una horquilla de años, se considerará que el extranjero es menor si la edad más baja de ésta es inferior a los dieciocho años".

Y recordemos que doctrinalmente los grandes métodos para determinar la edad son los siguientes: Radiografía de muñeca (método de Greulich y Pyle Atlas 1930) (Atlas Thiemann-Nitz 1977).

Ortopantomografía dental para determinar la maduración de los terceros molares (método Dermijian).

Tomografía computarizada (TC) del extremo medial de la epífisis clavicular (estadios de Schmeling), con la utilización de cortes axiales de alta resolución.

En nuestro caso el Hospital de Algeciras utilizó el método primero y el médico forense, tanto el primero como el segundo. Sobre el margen de error la comunidad científica internacional está de acuerdo en que las pruebas de determinación de la edad presentan márgenes de error significativos. Las conclusiones formuladas por el Grupo de Trabajo sobre Determinación Forense de la Edad de los Menores Extranjeros no Acompañados, ratificadas por los directores de los institutos de Medicina Legal de España establecieron que " la determinación de la edad en menores no acompañados por medio de la estimación de la madurez ósea y la mineralización dental es un método sujeto a grandes márgenes de error ".

En supuesto casi idéntico al nuestro, la STS de 26.7.2012 , -que cita el recurrente-, anuló y casó la sentencia condenatoria de la instancia, por cuanto la edad en aquel caso determinada de 19 años, ofrecía un margen de error en ciudadanos no europeos de +/- 2 años. Decía así la meritada resolución:

"Señala que debe aplicarse en su favor la duda sobre su minoría de edad. Por tanto, se combate exclusivamente contra la asignación al recurrente de una edad superior a los 18 años en el momento de comisión de los hechos.

El Informe Médico-Forense que aparece reflejado en autos, a los folios 2568 y siguientes, en lo que respecta a este recurrente, y tras un intenso estudio, confirma que el examen radiológico practicado indica una edad superior a los 19 años, con un intervalo de error de (+/-) dos años, al tratarse de un sujeto no europeo. Este margen de error ha de suponer que la fiabilidad no sea absoluta, por lo que se ha estimado el motivo, con la eximente definida en el art. 19 del Código Penal , en tanto que en dicho precepto se señala que «los menores de dieciocho años no serán responsables criminalmente con arreglo a este Código. Cuando un menor de dicha edad cometa un hecho delictivo podrá ser responsable con arreglo a lo dispuesto en la ley que regule la responsabilidad penal del menor».

En consecuencia, procederá su absolución, y las actuaciones podrán remitirse al Juzgado de Menores para su enjuiciamiento, si procediera "

En nuestro caso, ese margen de error situaría ambos informes médicos en cuanto a la prueba radiológica de GREULICH y PYLE en la posibilidad o seguridad de que la edad fuese menor de 18 años. Por su parte la prueba dental sitúa la edad superando los 17 años pero sin llegar a los 18 años cuando ocurrieron los hechos, sin que se haya precisado la horquilla de error.

Por lo expuesto y en virtud de la fuerza expansiva de la presunción de inocencia, hay que coincidir con el Ministerio Fiscal, que apoya el motivo, pues considera que no se ha acreditado más allá de la duda razonable que el recurrente cuando cometió el hecho tuviera 18 años. Es más parece que las pruebas médicas sitúan la edad cerca de los 18 años pero sin llegar a ellos. Procederá absolver del delito al recurrente por exención de la responsabilidad en función de la edad y remitir al Fiscal de Menores testimonio oportuno.



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

Consecuentemente el motivo debe estimarse.

#### **Segundo.**

El segundo motivo se articula, al amparo del art 5.4 LOPJ , y 24.1 CE , por violación de precepto constitucional y del derecho a un proceso con todas las garantías, en relación con los preceptos de los arts. 326 , 334 , 338 y 770.3 LECr .

1. Se pretende la nulidad de la prueba del análisis del hachís, infracción de la cadena de custodia, por entenderse analizada una droga distinta a la hallada en poder de los acusados. Y se sostiene que no esta justificada una diferencia de 40 kgs entre el peso en bruto que figura en el atestado, 370 kgs. y el peso que arroja el informe pericial de 330 kgs, ya que los envoltorios constituidos por 12 sacos de arpillera no puede dar ese peso .Por otra parte los fardos incautados eran homogéneos, y a pesar de ello se realizan tres análisis como si se tratara de tres partidas diferentes, entre ellas el equivalente a 28860 grs de bellotas , lo que no se compadece con lo manifestado en el atestado sobre fardos conteniendo pastillas de hachís, lo que confirmaron en la vista del juicio oral los testigos policías NUM000 y NUM001 .

2. El problema de la cadena de custodia (Cfr SSTS 1190/2009 de 3.12 y 6/2010 de 27.1 ) es garantizar que desde que se recogen los vestigios relacionados con el delito hasta que llegan a concretarse como pruebas en el momento del juicio, aquello sobre lo que recaerá la inmediación, publicidad y contradicción de las partes y el juicio de los juzgadores es lo mismo. Es a través de la corrección de la cadena de custodia como se satisface la garantía de la identidad de la prueba. Se ha dicho por la doctrina que la cadena de custodia es una figura tomada de la realidad a la que tiñe de valor jurídico con el fin de en su caso, identificar en todo la unidad de la sustancia estupefaciente, pues al tener que pasar por distintos lugares para que se verifiquen los correspondientes exámenes, es necesario tener la completa seguridad de lo que se traslada, lo que se mide, lo que se pesa y lo que se analiza es lo mismo en todo momento, desde el instante mismo en que se recoge del lugar del delito hasta el fomento final en que se estudia y destruye.

En el ATS de 30.10.2008 se recuerdan las ideas capitulares en la materia, en nuestro caso cumplidas con celo. Es función de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, según el apartado 1 g) del artículo 11 de la LO 2/1986 , de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, "... asegurar los instrumentos, efectos y pruebas del delito, poniéndolos a disposición del Juez o Tribunal competente y elaborar los informes técnicos y periciales procedentes", y el artículo 4º del Real Decreto 769/1987, de 19 de junio , sobre regulación de la Policía Judicial, dispone que todos los componentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad practicarán por su propia iniciativa las primeras diligencias de prevención y aseguramiento y la ocupación y custodia de los objetos que provinieren del delito o estuvieran relacionados con su ejecución, dando cuenta de todo ello en los términos legales a la autoridad judicial o fiscal.

Tratándose de estupefacientes o sustancias psicotrópicas debe tenerse en cuenta el Convenio Único de 1961 sobre los primeros, ratificado por España mediante Instrumento de 3-2-1966, y el Convenio de Uso de las segundas de 21-2-1971, que obligan a concentrar en un servicio administrativo la intervención de dichas sustancias decomisadas, como recuerda, en relación con el Convenio Único, el preámbulo de la Ley 17/1967, de 8 de abril, sobre Normas Regulatoras de estupefacientes, cuyo artículo 4 º establece el Servicio de Control de Estupefacientes, siendo uno de sus cometidos que "las sustancias estupefacientes decomisadas a los delincuentes e infractores de contrabando serán entregadas al Servicio de Control de Estupefacientes".

Lo anterior ya ha sido puesto de relieve por la Jurisprudencia de esta Sala (SSTS de 6 de julio de 1990 y de 10.3.2011 ) cuando razona que "a partir de los Convenios Internacionales



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

(mencionados) la Comunidad Internacional decidió medidas drásticas de intervención sobre tales sustancias a fin de prevenir los graves daños que su uso puede ocasionar en la salud física o psíquica de los consumidores, siendo precisamente una de tales medidas la adopción por parte de los Estados signatarios de un servicio administrativo de control para impedir que las drogas tóxicas puedan encontrarse en dependencias públicas distintas de las previstas a tal fin"» reproduciendo a continuación el art. 31 de la Ley 17/67 .

Es cierto que la cadena de custodia exige que conste siempre en los protocolos de conservación las firmas tanto de los policías y técnicos que ocupan, trasladan, pesan, entregan en Comisaría y depositan en sanidad la sustancia incautada, como la firma de quienes en cada una de las secuencias mencionadas las reciben, algo que, en nuestro caso, consta de manera perfecta.

Finalmente, como destacan las SSTs de 17.11.2011 , 11.6.2012 y 11.12.2012 , no es éste un problema de nulidad de prueba, pues cuando se comprueban deficiencias en la secuencia que despiertan dudas razonables, habrá que prescindir de esa fuente de prueba, no porque el incumplimiento de alguno de esos medios legales de garantía convierta en nula la prueba, sino porque su autenticidad queda cuestionada. No se pueden confundir los dos planos. Irregularidad en los protocolos establecidos como garantía para la cadena de custodia no equivale a nulidad. Habrá que sopesar si esa irregularidad (no mención de alguno de los datos que es obligado consignar; ausencia de documentación exacta de alguno de los pasos...) es capaz de despertar dudas sobre la autenticidad o indemnidad de la fuente de prueba. Ese es el alcance que se atribuía a la regularidad de la cadena de custodia en la normativa proyectada aludida: "El cumplimiento de los procedimientos de gestión y custodia determinará la autenticidad de la fuente de prueba llevada al juicio oral... El quebrantamiento de la cadena de custodia será valorado por el tribunal a los efectos de determinar la fiabilidad de la fuente de prueba"(art. 360). No es una cuestión de nulidad o inutilizabilidad, sino de fiabilidad.

3. En el fundamento jurídico cuarto de la sentencia está resuelta la duda que el motivo quiere suscitar. En el folio 12 del atestado nº NUM002 consta la incautación de la droga por la GC y su peso en bruto de 370 kilogramos de hachís. Luego, en el folio 93 consta en el informe pericial de Sanidad que se analiza la droga del atestado nº NUM002 , con el resultado de 330 kilogramos de hachís. La diferencia de pesaje, como está explicado, corresponde a los diversos envoltorios y fardos de arpillera que revestían la droga. No existió duda alguna. La droga incautada fue la analizada y la diferencia del peso está razonada, sin que quepa despreciar el peso de la arpillera húmeda - transportaba la droga una embarcación tipo neumático que quedó inservible- que puede llegar a ser significativo. Sobre todo cuando se trata de envolver 330.000 gramos del producto. Trescientos treinta kilogramos.

En cuanto a la forma de presentación del producto es indiferente, no afecta a la esencia. No obstante consta en el informe de Sanidad que había dos clases de presentación de las tabletas de la sustancia: polvo prensado de "bellota" de hachís y polvo prensado de "tableta" de hachís. En el motivo llega a decirse que los agentes que comparecieron al plenario indicaron que todo eran tabletas y no bellotas de hachís. Quiere con ello significarse, para inducir al error, que si solo existían tabletas y no bellotas pudo haber alteración del producto. Con ello se olvida que lo incautado es siempre y en todo caso hachís y que el contenido de las tabletas es " polvo prensado" ora de tableta, ora de bellotas. Pero la forma no es distinta, sino siempre igual: polvo prensado.

La cadena de custodia quedó garantizada también por la declaración de los acusados que no niegan que el hachís ocupado se transportara en la embarcación, por la declaración testifical de los agentes mencionados en el FJ segundo y por la prueba pericial. En cuanto al análisis de la pureza y calidad se hizo por triplicado y sobre 28.860 gramos de los 33.000 ocupados, lo que convierte la censura en incomprensible. Por otro lado, el recurrente no solicitó



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

contraanálisis sobre la sustancia conservada sin destruir con tal propósito. Antes al contrario, obra en autos -fº 27- la audiencia de las partes sobre la destrucción (dejando muestra) de la sustancia incautada, manifestando los letrados de las defensas, simplemente, que no se oponían a ello.

A mayor abundamiento la cadena de custodia y su vulneración fue alegada -como recogen los jueces de instancia- por vez primera en el informe oral del juicio para defender conclusiones, lo que impidió cualquier género de contradicción del MF y por si fuera poco quien critica el informe pericial, la forma de la droga, su selección para el análisis e incluso el peso de las arpilleras llegando a negar que la droga ocupada fue la analizada, con la secuela consiguiente de infidelidades en la custodia de las piezas de convicción por funcionarios públicos que sirven a la legalidad, ni siquiera propuso la presencia de los peritos para el plenario ni impugnó su informe.

Por todo ello, el motivo ha de ser desestimado.

RECURSO DE D. Germán

### **Tercero.**

El primer motivo se basa, al amparo del art 849.1 LECr , en infracción de ley y de los arts. 20 y 21 CP .

1. Para el recurrente debió serle apreciada la eximente o atenuante, al menos análogica, de esquizofrenia , de acuerdo con la doctrina de esta Sala, basada en el documento que aportó procedente del neuropsiquiatra de Tetuán Dr. Juan Ignacio .

2. Por lo que se refiere a la infracción de ley, ha señalado esta Sala en reiteradas ocasiones (SSTS. 8.3.2006 , 20.7.2005 , 25.2.2003 , 22.10.2002 ; ATC 8-11-2007, nº 1903/2007 ), que el motivo formulado al amparo del art. 849.1 LECr . es el camino hábil para cuestionar ante el Tribunal de casación si el Tribunal de instancia ha aplicado correctamente la Ley, es decir, si los preceptos aplicados son los procedentes o si se han dejado de aplicar otros que lo fueran igualmente, y si los aplicados han sido interpretados adecuadamente, pero siempre partiendo de los hechos que se declaran probados en la sentencia, sin añadir otros nuevos, ni prescindir de los existentes. De tal manera, que la falta de respeto a los hechos probados o la realización de alegaciones jurídicas contrarias o incongruentes con aquellos, determina la inadmisión del motivo, -y correspondientemente su desestimación-conforme lo previsto en el art. 884. 3 LECr .

3. El recurrente olvida que los hechos probados reflejan una operación de transporte internacional y clandestino con uso de embarcación de 330 kilogramos de hachís valorados en 504.000 euros aproximadamente. Y también olvida que sobre la enfermedad mental del acusado nada dicen.

Es en el FJ quinto donde se estudia el tema planteado. Allí se dice que no compareció el doctor Juan Ignacio para ratificar su informe. También se añade que por tal motivo no pudieron serle efectuadas preguntas por el MF. Según el artículo 326 LEC los documentos privados impugnados no pueden surtir efectos probatorios sin pruebas adicionales de cotejo o autenticidad. En ausencia de esas pruebas complementarias el documento privado simplemente es analizado por el Tribunal conforme a las reglas de la sana crítica, lo que en nuestro caso ha llevado a su falta de acreditación de la psicosis reseñada. Igualmente se indica que no consta qué grado o alcance pudiera tener la enfermedad y en qué medida pudo haberle afectado en la comisión del delito.

Frente a ello se destaca que tuvo capacidad para comprender el carácter antijurídico del hecho y que no le afectó en absoluto en el momento de transportar el hachís por vía



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

marítima entre Marruecos y España. Además esa enfermedad no fue alegada en ningún momento durante la instrucción de la causa presentándose el documento en el mismo juicio oral.

El Tribunal, en suma, no considera acreditada ni la fase ni la intensidad de la enfermedad y sobre todo la influencia psicológica de la misma en la imputabilidad que parecería contradicha por la inteligencia y determinación que el transporte internacional de droga burlando a los agentes de seguridad exige.

4 . Por lo demás, la sentencia del TS 1192/2011 , al abordar el estudio de la esquizofrenia paranoide, recuerda que " no es suficiente el diagnóstico de la enfermedad, sino que resulta indispensable la prueba efectiva de la afectación de las facultades mentales en el caso concreto". En el mismo sentido, la sentencia del TS 215/2008 . Y las sentencias del mismo Tribunal 939/2008 y 1400/99 señalan que "no basta la existencia de un diagnóstico para concluir que en la conducta del sujeto concurre una afectación psíquica. El sistema mixto del Código Penal está basado en estos casos en la doble exigencia de una causa biopatológica y un efecto psicológico, la anulación o grave afectación de la capacidad de comprender la ilicitud del hecho o de determinar el comportamiento con arreglo a esa comprensión, siendo imprescindible el efecto psicológico en los casos de anomalías o alteraciones psíquicas.

Es verdad que, por lo que a la deficiencia o alteración mental de esquizofrenia paranoide se refiere, la doctrina jurisprudencial, - SSTs de 15-6-92 , 30-10-96 , 8-10-98 , 20-11-00 , 21-2-02 , 25-9-03 , 27-10-04 y 29-9-05 - viene declarando que en las esquizofrenias, siguiendo, no el criterio biológico puro (que se conforma con la existencia de la enfermedad mental), sino el biológico-psicológico (que completa el examen de la inimputabilidad penal con el dato de la incidencia de tal enfermedad en el sujeto concreto y en el momento determinado de producción del delito) que es el adoptado por el TS, pueden dar lugar a las siguientes situaciones:

A) Si el hecho se ha producido bajo los efectos del brote esquizofrénico, habrá de aplicarse la exigente completa del artículo 20.1º del Código Penal .

B) Si no se obró bajo dicho brote, pero las concretas circunstancias del hecho nos revelan un comportamiento anómalo del sujeto que puede atribuirse a dicha enfermedad, como ocurrió en el caso examinado por esta Sala en su Sentencia de 19 de abril de 1997 , habrá de aplicarse la exigente incompleta del núm. 1.º del artículo 21.

C) Si no hubo brote y tampoco ese comportamiento anómalo en el supuesto concreto, nos encontraremos ante una atenuante analógica del núm. 6.º del mismo artículo 21, como consecuencia del residuo patológico, llamado defecto esquizofrénico, que conserva quien tal enfermedad padece.

Ahora bien, esa doctrina se refiere a la esquizofrenia paranoide, y en nuestro caso desconocemos qué tipo de esquizofrenia pudiera sufrir el sujeto, si en verdad sufría alguna, pues no está probado ese extremo, siendo también verdad que complementando dicha doctrina, la STS de 29-12-09 , aclara al respecto, que desde un punto de vista científico, la esquizofrenia paranoide es una enfermedad mental que no tiene por qué afectar a las facultades sensoriales o de percepción de la persona que la padece. Los especialistas, desde diversas posiciones, coinciden en destacar que al margen de la grave patología mental, en los periodos latentes, su comportamiento es aparentemente normal.

Por último y esto es relevante, el informe forense de fecha 19 de julio de 2012 concluye que el acusado no refiere la psicosis esquizofrénica durante la entrevista y que "en relación a los hechos conservaba la capacidad de conocer y de actuar conforme a ese conocimiento previo".

En consecuencia, el motivo ha de ser desestimado.



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

#### **Cuarto.**

El segundo motivo se articula, al amparo del art 5.4 LOPJ , y 24.1 CE , por violación de precepto constitucional y del derecho a un proceso con todas las garantías .

1. Coincidiendo con el recurrente anterior, se sostiene la nulidad de la prueba del análisis del hachís, infracción de la cadena de custodia, por entenderse analizada una droga distinta a la hallada en poder de los acusados, y se sostiene que no esta justificada una diferencia de 40 kgs entre el peso en bruto que figura en el atestado, 370 kgs. y el peso que arroja el informe pericial de 330 kgs, ya que los envoltorios constituidos por 12 sacos de arpillera no puede dar ese peso. Por otra parte los fardos incautados eran homogéneos, y a pesar de ello se realizan tres análisis como si se tratara de tres partidas diferentes, entre ellas el equivalente a 28860 grs de bellotas , lo que no se compadece con lo manifestado en el atestado sobre fardos conteniendo pastillas de hachís, lo que confirmaron en la vista del juicio oral los testigos policías NUM000 y NUM001 .

2. Por su identidad con el segundo motivo del anterior recurrente, debemos remitirnos a cuanto al respecto dijimos, desestimándolo por las razones allí expresadas.

#### **Quinto.**

Conforme a lo expuesto, ha lugar a la desestimación del recurso de casación por infracción de ley y de precepto constitucional, interpuesto por la representación de D. Germán , y a la estimación parcial del recurso de casación interpuesto, por infracción de ley y de precepto constitucional, por la representación de D. Florencio , contra la sentencia dictada con fecha 19 de Mayo de 2014 por la Sección de Algeciras de la Audiencia Provincial de Cádiz , en causa Rollo número 9/14, seguida por delito contra la salud pública, imponiendo al primero las costas de su recurso, y declarando de oficio las costas del segundo, de conformidad con lo dispuesto en el art 901 LECr .

### **III. FALLO**

Debemos declarar y declaramos la desestimación del recurso de casación por infracción de ley y de precepto constitucional, interpuesto por D. Germán , la estimación en parte del recurso de casación por infracción de ley y de precepto constitucional, interpuesto por la representación de D. Florencio , contra la Sentencia de la Sección de Algeciras de la Audiencia Provincial de Cádiz, de fecha 19 de Mayo de 2014 , en causa seguida por delito contra la salud pública, imponiendo al primero las costas de su recurso, y declarando de oficio las costas del segundo.

Comuníquese esta sentencia, y la que, a continuación se dictará, a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Manuel Marchena Gomez D. Jose Manuel Maza Martin D. Francisco Monterde Ferrer D. Antonio del Moral Garcia D. Carlos Granados Perez

#### **SEGUNDA SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a diez de Diciembre de dos mil catorce.

En la causa correspondiente a las Diligencias Previas nº 1001/12 incoado por el Juzgado de Instrucción nº 3 de Algeciras, fue dictada por la Sección de Algeciras de la Audiencia Provincial de Cádiz, sentencia de fecha 19 de Mayo de 2014 , acordando condenar a los acusado D. Germán , y D. Florencio como autores de un delito contra la salud pública de



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

sustancia que no causa grave daño a la salud, con uso de embarcación y cantidad de notoria importancia, sin la concurrencia de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de 4 años y 5 meses de prisión, y multa de 2.000.000 de euros, con 20 días de arresto sustitutorio en caso de impago, e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y al pago de la mitad de las costas. Y se decreta el comiso y destrucción de las sustancias estupefacientes intervenidas.

Dicha resolución ha sido parcialmente casada y anulada por la dictada con esta misma fecha por esta Sala, por lo que los mismos Magistrados que la compusieron, y bajo la misma Ponencia, proceden a dictar segunda Sentencia con arreglo a los siguientes

#### I. ANTECEDENTES

Se reproducen e integran en esta Sentencia todos los de la nuestra anterior y los de la sentencia de instancia revisada, y los de la resolución rescindida, a excepción de los hechos probados, donde ha de hacerse constar que Florencio , no tendría cumplidos los 18 años en el momento de los hechos.

#### II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

##### Único.

Se reproducen e integran en esta Sentencia todos los de nuestra Sentencia anterior y los de la resolución rescindida en tanto no sean contradictorios con los de la primera.

En su virtud, conforme se argumentó en el fundamento jurídico primero de nuestra sentencia rescindente, se deja sin efecto la condena de Florencio , absolviéndole del referido delito contra la salud pública, y declarando de oficio el 50% de las costas de la instancia.

Y se mantiene en su integridad el resto de los pronunciamientos de la resolución de instancia.

#### III. FALLO

Debemos absolver y absolvemos a D. Florencio , como autor del delito contra la salud pública, por el que fue condenado en la presente causa, declarando de oficio el 50% de las costas de la instancia.

Y se mantiene en su integridad el resto de los pronunciamientos de la resolución de instancia, debiéndose remitir testimonio de lo actuado al Fiscal de Menores, a los efectos legales oportunos.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Manuel Marchena Gomez D. Jose Manuel Maza Martin D. Francisco Monterde Ferrer D. Antonio del Moral Garcia D. Carlos Granados Perez

PUBLICACIÓN .- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Monterde Ferrer, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo , de lo que como Secretario certifico.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.