



# T.S.X.GALICIA SALA CIVIL/PENAL A CORUÑA

SENTENCIA: 00077/2020

-

Domicilio: PLAZA DE GALICIA S/N

Telf: 981184876 Fax: 981184887

Correo electrónico:

Equipo/usuario: [REDACTED]

Modelo: 001100

N.I.G.: 36038 37 2 2020 0000007

ROLLO: RPL APELACION RESOLUCIONES DEL ART.846 TER LECRIM 0000074 /2020

Juzgado procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5 de PONTEVEDRA

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ABREVIADO 0000005 /2020

RECURRENTE: OSCAR [REDACTED]

Procurador/a: MARIA TAMARA UCHA GROBA

Abogado/a: FERNANDO VAZQUEZ MADERAL

RECURRIDO/A: MINISTERIO FISCAL



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTITIA

## S E N T E N C I A

Excmo. Sr. Presidente:

Don José María Gómez y Díaz-Castroverde

Ilmos. Sres. Magistrados:

Don Pablo A. Sande García

Don Fernando Alañón Olmedo

A Coruña, veintinueve de diciembre de dos mil veinte.

La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, compuesta por los magistrados arriba expresados, vio en grado de apelación (Rollo 74/20) el Procedimiento Abreviado seguido en la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra, con sede en Vigo, (rollo número 74 de 2020), partiendo de la causa que con el número 170/17 tramitó el Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción número 1 de Redondela por delito contra la salud pública contra los acusados Óscar [REDACTED] y David [REDACTED]. Son partes en este recurso, como apelante el mencionado acusado y condenado Óscar [REDACTED], representado por la procuradora doña Mª Tamara Ucha Groba y asistido del letrado don Fernando Vázquez Maderal y como apelado el Ministerio Fiscal.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. don José María Gómez y Díaz-Castroverde.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO:** La sentencia dictada con fecha 23 de junio de 2020 por la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra, con sede en Vigo, contiene los siguientes hechos probados:

*"Apreciando en conciencia la prueba practicada, expresa y terminantemente se declara probado que, sobre las 17:30 horas del día 7 de abril de 2017, efectivos de la Policía Nacional sorprendieron al acusado OSCAR [REDACTED], ya circunstanciado, en un área de estacionamiento situado en la carretera de Porriño, 42, NACIONAL 550, lugar de Quintela, en*

Redondela, que tenía guardado en el interior del cajetín de su motocicleta SUZUKI modelo BURGMAN, con placa de matrícula [REDACTED] una bolsa de plástico que contenía 20,878 gramos de heroína, con una pureza del 63,96%, que tendría en el mercado callejero un valor de 1.805,74 euros, y que este acusado tenía en su poder para destinarla al tráfico con terceras personas.

Junto con el meritado acusado, también se hallaba el otro acusado DAVID [REDACTED], igualmente ya circunstanciado en el encabezamiento de esta resolución, y que se encontraba junto con el otro acusado, con el que había quedado citado en aquel lugar, al que llegó conduciendo el camión marca RENAULT, con matrícula [REDACTED], no quedando acreditado que este segundo acusado tuviera dominio alguno sobre aquella cocaína, ni que éste se la hubiera entregado a Oscar, o que éste pretendiera venderla a David, con idéntica finalidad de su venta al por menor a terceras personas.

En poder del acusado Oscar, además de la cocaína referida, se le ocupó un billete de 20 euros, mientras que a David, se le ocuparon 105 euros, divididos en un billete de 50 euros, dos de 20 euros, uno de 10 euros y otro de 5 euros”.

**SEGUNDO:** El fallo de la mencionada sentencia es como sigue:

“Que, por conformidad de las partes, DEBEMOS CONDENAR a OSCAR [REDACTED], como autor de un delito de tráfico de drogas, en la modalidad de sustancias que causan grave daño a la salud, a las penas de 3 años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa de 1.805,74 euros, con una responsabilidad personal subsidiaria, en caso de impago, de un día de privación de libertad por cada 100 euros no abonados, y pago de la mitad de las costas.

Se acuerda el comiso y destrucción de la sustancia intervenida.

Asimismo, DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS A DAVID [REDACTED] de este delito del que venía siendo acusado, declarando de oficio la otra mitad de las costas procesales. Se imponen a la acusada las costas procesales causadas”.

**TERCERO:** La representación procesal del acusado interpuso recurso de apelación contra la referida sentencia, y el Ministerio Fiscal y la acusación particular lo impugnaron.

**CUARTO:** Mediante providencia del pasado 7 de diciembre de 2020 la Sala acordó que se formase el rollo correspondiente con testimonio de particulares de los autos, designándose Magistrado Ponente.



**QUINTO:** La Sala, por providencia del pasado día 21 de diciembre, señaló el siguiente 29 para deliberación, votación y fallo del recurso.

Se aceptan los hechos probados y razonamientos jurídicos de la sentencia apelada, en correspondencia con los siguientes

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.** - El primer motivo de recurso se construye alrededor del **error en la valoración de la prueba.**

Comencemos por recordar que la STS 162/2019, de 26 de marzo, (recurso 1354/2018), a la que nos hemos remitido en otras ocasiones, declara que: " La valoración de la prueba es un proceso complejo. De un lado existen pruebas que dependen de la inmediación en las que el juez o tribunal de instancia, que presencia la práctica de la prueba, es el que está en mejor posición para apreciarlas. El juez o tribunal presencia lo que se dice y cómo se dice, no sólo por su contenido literal, sino por su expresión gestual y por el contexto de su declaración. Sin embargo, la interpretación de ese testimonio, la motivación de la percepción de ese testimonio, otorgándole credibilidad o no, o deduciendo concretas inferencias es una operación racional, que no depende de la inmediación.

De otro lado, en los procesos judiciales normalmente se ponderan pruebas distintas, de naturaleza diferente y con un peso incriminatorio también distinto. Las pruebas, además, pueden ser contradictorias entre sí, y acreditar hechos también contradictorios, y el juez o tribunal debe apreciar las pruebas, optar entre unas u otras, darles mayor o menor relevancia para llegar a una conclusión final sobre la culpabilidad o inocencia. La ponderación de ese conjunto de pruebas también es una operación racional ajena a la inmediación y así se deduce de la propia LECrim, que en sus artículos 741 y 717 dispone que el juez valorará la prueba en conciencia y de modo racional.

La jurisprudencia de esta Sala ha establecido desde hace muchos años que "la estimación en conciencia no debe entenderse o hacerse equivalente a un cerrado e inabordable criterio personal e íntimo del juzgador, sino a una apreciación lógica de la prueba, no exenta de directrices o pautas de rango objetivo" (STS 29 de enero de 1988). Y también venimos afirmando que el principio de libre valoración probatoria corresponde al juez o tribunal de instancia de forma que debe comparar, valorar, dar más o menos crédito a cada prueba y decidir. En esta actividad entra en juego el principio "in dubio pro reo", según el cual procede la absolución si no se llega al convencimiento de culpabilidad más allá de toda duda razonable.



En el recurso de casación la revisión del juicio fáctico se puede realizar a través del análisis de la presunción de inocencia (artículo 852), del error en la valoración de la prueba basado en documentos literosuficientes (artículo 849.2) y por defectos de forma de la sentencia (artículos 851.1º y 2º).

En el recurso de apelación, en cambio, la competencia es más amplia porque, además de la posible invocación de la presunción de inocencia y de cualquier defecto de forma de la sentencia, se puede combatir el relato fáctico a través de la invocación del error en la valoración de la prueba, cuya justificación no se ciñe o limita a la valoración de documentos literosuficientes. En la apelación el error puede derivarse no sólo de documentos sino de cualquier prueba y de su valoración conjunta....

El recurso de apelación regulado en el artículo 790 y siguientes de la LECrim permite una revisión del juicio fáctico que no se limita a la comprobación de la vulneración de la presunción de inocencia. La revisión es más amplia, ya que posibilita un análisis completo de la valoración probatoria para determinar si ha habido error. Más adelante se irán perfilando los límites de esa revisión.

El recurso de apelación regulado en los artículos 790 a 792 de la LECrim se configura como una verdadera segunda instancia, de modo que el Tribunal superior puede controlar de forma efectiva "[...] 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 [...]" (STC Pleno 184/2013 de 4 nov. FJ7, con cita de otras SSTC).

En principio y con las limitaciones que luego describiremos, el Tribunal de apelación está en la misma posición que el juez a quo para la determinación de los hechos a través de la valoración de la prueba, para examinar y corregir la valoración probatoria realizada por el juez de primera instancia y para subsumir los hechos en la norma (STC Pleno 167/2002, de 18 de septiembre y STC Pleno 184/2013, de 4 de noviembre FJ 6º).

En efecto, el tribunal de apelación puede, de un lado, llevar a cabo una nueva valoración cuando se practiquen nuevas pruebas en la segunda instancia, según autoriza el artículo 790.3 de la LECrim, y, de otro, puede realizar una función valorativa de la actividad probatoria, en todos aquellos aspectos no comprometidos con la inmediación. Puede tomar en consideración, por ejemplo, si la narración descriptiva contiene apreciaciones inexactas que conlleven inferencias erróneas; puede apreciar la existencia de errores de valoración evidentes y de importancia, de significación suficiente para modificar el fallo; puede apreciar la falta de



valoración de algunas pruebas cuya apreciación conlleve una conclusión probatoria diferente y, en general, puede hacer un análisis crítico de la valoración probatoria, dejando al margen aquellos aspectos del juicio que dependen substancialmente de la inmediación.

Siendo cierto que la función del tribunal de apelación no consiste en reevaluar la prueba sino revisar críticamente la valoración realizada por el tribunal de instancia, si aprecia error debe rectificar la declaración fáctica y sustituirla por una propia, respetando todos aquellos aspectos que dependan exclusivamente de la inmediación y justificando el cambio de criterio no en simples apreciaciones subjetivas sobre el peso o valor de determinadas pruebas. Su decisión debe ajustarse a parámetros objetivos, que pongan de relieve la racionalidad del cambio de criterio y, por supuesto, deben expresarse mediante la adecuada motivación. Además, el Tribunal debe respetar, en todo caso, la prohibición de la reforma peyorativa, en virtud de la cual el órgano "ad quem" no puede exceder los límites en que esté planteado el recurso, acordando una agravación de la sentencia impugnada que tenga su origen exclusivo en la propia interposición de éste (STC 17/2000, de 31 de enero)"".

Y estos criterios generales que recordamos habitualmente tienen particular incidencia en los casos en que el recurso se articula sobre una versión sustitutiva de los hechos probados que, en el presente caso, es de recordar que no solo fueron desautorizados por la sala sentenciadora para condenar al apelante, sino también para absolver al otro acusado. De manera que, en tesis del recurso, la cocaína se habría colocado por el otro acusado, que resultó absuelto, en el depósito bajo el asiento de la motocicleta propiedad del recurrente, con el fin de ocultarla ante la presencia de terceras personas, en un área de estacionamiento de la carretera nacional 550, lugar de [REDACTED]; personas que resultaron ser agentes de la autoridad no uniformados. Se incide en la versión del acusado a preguntas del Ministerio Fiscal, en la declaración del agente 70.022 y en la disposición de la heroína junto al casco del recurrente y no debajo del mismo, como correspondería, según su tesis, en caso de ocultamiento.

Pues bien, situada la discusión sobre este punto, lo primero que debemos señalar es que para la concurrencia de una prueba adecuada a la destrucción de la presunción de inocencia no es necesario que tal prueba, apreciada en términos del artículo 741 LECRIM, excluya versiones diferentes, sino que la versión aceptada por el tribunal se corresponda con la prueba practicada en un razonamiento lógico y coherente, propio de la estructura que para sentencias absolutorias recoge el artículo 790.2 LECRIM. En el presente caso, lo que tenemos es la

versión del hoy apelante en orden a que es el otro acusado, David, quien exhibe la bolsa de heroína, no para vender sino como logro, y que a medida que ve acercarse a quienes resultaron ser agentes de la autoridad, la desliza en el "zambucho", donde previamente había colocado el casco de la moto. Sin embargo, este relato -tesis alternativa a los hechos probados- no se sostiene a la luz de la prueba practicada. Y no insistimos en el particular a partir de que, en tal caso, quien habría resultado condenado sería el otro acusado, sino por la propia versión del agente 70.022 en relación con que, ante su presencia, el apelante permanece junto a la motocicleta, cierra el cajón del asiento, al tiempo que el otro acusado se separa gradualmente de la motocicleta para acercarse al camión. La tesis del recurso sobre el error en la valoración de la prueba al hilo de que la droga estaba junto al casco y no debajo tampoco abona las tesis del apelante. Carece de verosimilitud que al cerrar el asiento no vea en absoluto lo que hay en el depósito, ni viera al otro acusado depositar la droga.

Pero lo que cuenta en este momento no es la valoración sustitutiva de la prueba que nosotros podamos realizar, sino el *juicio* del enjuiciamiento efectuado por la sala sentenciadora, contexto en el cual hemos de señalar que lo razonado en relación con la posesión de la droga nos parece correcto y, sobre todo, coherente con la prueba practicada, con la testifical del agente mencionado y con la ubicación de la droga en el depósito bajo el asiento de la motocicleta.

Todo lo cual nos lleva a rechazar el segundo motivo de recurso en cuanto se entiende **vulnerada la presunción de inocencia**, pues analizando ahora conjuntamente los dos primeros motivos de recurso, en cuanto a la valoración de la prueba y su proyección sobre la presunción de inocencia, es reiterada la doctrina, tanto del Tribunal Supremo (por todas, sentencia 118/2018 de 13 de marzo) como del Tribunal Constitucional (por todas, sentencia 125/2017 de 13 noviembre), que expone que tal derecho implica que toda persona acusada de un delito o falta debe ser considerada inocente hasta que se demuestre su culpabilidad con arreglo a la Ley, mediante un proceso justo, en los términos que se exponen en el artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 6.2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y del artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, lo que entraña que se haya desarrollado una actividad probatoria de cargo con arreglo a las previsiones constitucionales y legales, que tal prueba haya sido valorada racionalmente con arreglo a las normas de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicos de tal modo que el Tribunal pueda alcanzar determinada certeza de



contenido objetivo sobre la realidad de los hechos ocurridos y la participación del acusado, excluyendo la presencia de dudas razonables que impidan su consideración en contra de los intereses de éste. En esas circunstancias, el control que un tribunal superior debe llevar a cabo sobre la resolución sometida a su revisión debe verificar la validez y suficiencia de la prueba y racionalidad en su valoración, pero sin que, como dijimos, sea posible proceder a un nuevo análisis de la prueba practicada. Es más un juicio sobre el juicio, como ya dijimos, que no un nuevo juicio. Consiste, en definitiva, en verificar si el tribunal se ha ajustado a las reglas de la lógica, si no ha omitido injustificadamente las máximas de experiencia y si no ha orillado los conocimientos científicos, y que, por lo tanto, la valoración de las pruebas se ajusta a un canon de racionalidad y no es manifiestamente errónea, absurda, caprichosa o absolutamente inconsistente.

Todo lo cual, según hemos manifestado, concurre en el presente caso, debiendo añadir, si acaso, que precisamente la versión de la sentencia es la que se corresponde con la lógica de los acontecimientos y con su valoración racional, a la vista de la testifical mencionada y del dato objetivo de la colocación de la droga en la motocicleta del apelante. Ultimamos la cuestión razonando que el hecho de que la droga esté a la vista se compadece también con las prisas, también lógicas, en ocultarla ante la presencia de terceros.

**SEGUNDO.** - En el último motivo el recurso invoca **falta de motivación en conexión con la presunción de inocencia y la falta de presupuestos para admitir la prueba indiciaria.** Partamos de que tal como la STS de 4/11/19 (recurso 10207/19) destaca, la prueba indiciaria es válida siempre que entre la afirmación base y la consecuencia haya un enlace racional y lógico. Y destaquemos que la sentencia, en relación a ello, concluye que *<<existen varios indicios para fundar la culpabilidad del acusado Oscar>>*.

Y como antecedente se razona que *<<hemos de partir del dato objetivo incuestionado que es el hallazgo de la sustancia de cocaína, en la cantidad reseñada, en el interior del cajetín de la motocicleta de Óscar. Ni siquiera éste cuestiona que la droga estuviera allí, cuando llegaron los efectivos policiales, pero afirma que la droga era de David, que se la estaba mostrando, sin intención de vendérsela, sino solamente para mostrar lo que había conseguido, y que se la tuvo que poner el propio David, en el cajetín de su motocicleta, al llegar la policía, cajetín que cerró el propio Óscar, como afirmaba cuando era interrogado por el Ministerio Fiscal, "...que cerró el maletín de la moto para guardar el casco y que no sabe si la bolsa estaba allí al cerrarlo...">>*.

Óscar no explica si el cierre del cajetín de la motocicleta lo había hecho anteriormente, antes de llegar la policía y al guardar el casco, con lo que su versión de que se lo tuvo que esconder David, al llegar los agentes policiales, resulta un tanto inverosímil, o que lo cerró precisamente al percatarse de que se acercaban agentes policiales de paisano, o, aunque no llegara a identificarlos como tales, personas extrañas que no quería que supieran de la existencia de la droga. De ser esta la posibilidad real, ello extrañaría un indicio en contra del acusado Óscar, en cuanto expresivo de que sabía de la existencia de la droga, y quería ponerla fuera de la vista de terceros; que se une a la existencia de la droga en su poder, en la cantidad y de la pureza que hemos dejado reseñado, hade tenerse por su destino al tráfico a terceras personas, según la doctrina sentada al respecto por el Tribunal Supremo, que utiliza una tabla elaborada por el Instituto Nacional de Toxicología, del 18 de octubre de 2001, sobre las dosis medias de consumo diario, manteniendo que un consumidor habitual suele adquirir para sí mismo la cantidad necesaria para 5 días que el caso de la cocaína se ha fijado en 7,5 gramos, cantidad aquí más que superada, por lo que debe estimarse que su detención estaba preordenada a venderla a terceras personas, y, máxime si el acusado Óscar no consta que sea consumidor de esta sustancia.

Pues bien, a la vista de lo anterior, la principal cuestión a considerar es que la cocaína no es de ninguno de los acusados para su consumo habitual, incluso no consta que el apelante sea consumidor esporádico como sí reconoció el acusado David -de hecho, se negó a responder a la pregunta sobre el particular-. Consta que es el apelante quien tiene la cocaína en su poder, en la motocicleta. Consta igualmente que ninguno de los agentes intervinientes observó que David tuviera la cocaína en su mano o la introdujera en el cajetín de la motocicleta de Óscar. Consta igualmente por declaración del agente 70.022 que David se separó de la motocicleta al ver llegar a los agentes de la autoridad y se acercó al camión. Consta que el efectivo de que disponía el apelante era sustancialmente menor que el del otro acusado. Y consta que, siguiendo su hilo argumental, el casco se introdujo en el cajetín de un modo rutinario, sin que haya apreciado acercamiento o actitud alguna por parte de David encaminada a depositar allí la droga. Todo ello, debemos insistir, pues ya lo hemos analizado con relación al primer motivo, desnivela el equilibrio probatorio en el que cada acusado atribuyó al otro la propiedad de la cocaína, para situar la cuestión en el entorno probatorio apreciado correctamente por la sala sentenciadora.



Y, de este modo, a diferencia de lo que se sostiene en el recurso, ni se ha condenado con meras probabilidades, o con el convencimiento subjetivo del Tribunal, sino con el convencimiento detallado en la sentencia, que expresa los elementos de convicción, todo lo cual configura un enlace lógico y racional entre el hecho base, que es la aparición de la cocaína en la motocicleta del apelante, y su consecuencia, que es la atribución de su propiedad, en una cuantía y pureza que excede, como se razona, de lo que es propio para el consumo personal. Además, es la consecuencia razonable de todo el proceso de valoración sin que ni siquiera sea preciso utilizar la referencia a "indicios" de la sentencia en su acepción más estricta, sino en la de elementos que sustentan la plena convicción del tribunal en términos del artículo 741 LECRIM.

De ahí que, entonces, la presunción de inocencia resulte destruida por tales elementos, en términos ya analizados anteriormente, al configurar todo lo expuesto prueba de cargo suficiente al respecto.

Lo que nos lleva a la desestimación, también, del tercer motivo de recurso.

**TERCERO.** - Se imponen las costas de este recurso a la parte apelante y condenada de acuerdo con los artículos 123 y 124 del Código Penal y 240.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

#### **FALLAMOS**

**DESESTIMAR** el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. OSCAR [REDACTED] [REDACTED] contra la sentencia dictada por la sección quinta de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sede en Vigo, en fecha 23 de junio de 2020 en la causa 5/2020, con imposición de las costas procesales al apelante.

Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que contra ella pueden interponer recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, preparándolo en esta Sala de lo Civil y Penal dentro de los cinco días siguientes al de la última notificación que se haga de la misma, incluida la del acusado en su persona.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se formulará testimonio para su unión al rollo de la Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.