

Roj: **STS 5503/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:5503**Id Cendoj: **28079120012016100950**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **14/12/2016**Nº de Recurso: **10458/2016**Nº de Resolución: **927/2016**Procedimiento: **PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO**Ponente: **ANA MARIA FERRER GARCIA**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP IB 345/2016,**
STS 5503/2016

En nombre del Rey

La sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado lo siguiente

SENTENCIA

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

En el recurso de Casación por infracción de Ley, precepto constitucional y quebrantamiento de forma, que ante Nos pende, interpuesto por Nemesio , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sección 2ª), con fecha 26 de febrero de 2016 , en causa seguida contra Nemesio por Delito contra la salud pública, los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para Votación y Fallo bajo la Presidencia del primero de los citados y Ponencia de la Excm. Sra. Dña. Ana Maria Ferrer Garcia, siendo parte recurrente el acusado representado por la Procuradora Sra. Dña. Ana López Woodcock.

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado de Instrucción número 1 de los de Ibiza, instruyó Procedimiento Abreviado con el número 107/2015 contra Nemesio , y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sección 2ª, rollo 15/2016) que, con fecha 26 de febrero de 2016, dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS:**

"PRIMERO.- El acusado Nemesio , el día 21.7.2015, en la calle Navarra de Ibiza, tenía en su poder, en una mochila que se hallaba en el interior del vehículo que conducía, marca Nissan Micra, matrícula SYP , 1.312 gramos de cocaína distribuidos de la siguiente forma: una bolsa con 781,38 gramos de cocaína pura con un margen de error del 5 %; una bolsa con 495,99 gramos con una riqueza del 59,6 %; una bolsa con 491,5 gramos con una riqueza del 57,6 %; una bolsa con 324,78 gramos con una riqueza del 62,4 %. Dichas sustancias estupefacientes las tenía para destinarlas a la venta a terceras personas. En el mercado ilícito hubiera alcanzado un precio de 75.692,88 C. También estaba en posesión de la cantidad de 355 ? procedentes de la venta de sustancias estupefacientes a terceras personas."

Segundo.- La Audiencia de instancia en la citada sentencia, dictó la siguiente Parte Dispositiva:

"Que debemos condenar y condenamos a Nemesio como autor criminalmente responsable de un delito contra la salud pública, en su modalidad de sustancia que causa grave daño a la salud, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de cinco años de prisión, con la accesoria



de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa de 120.000 ? con la responsabilidad personal subsidiaria de un mes de privación de libertad en caso de impago.

Para el cumplimiento de la pena impuesta será de abono al condenado el tiempo durante el cual hubiese estado privado de libertad por razón de esta causa.

Al cumplirse la mitad de la pena de prisión impuesta se sustituirá el resto por la expulsión del territorio nacional. Ello se producirá el 20.1.2018.

Se condena al acusado al pago de las costas del procedimiento."

Tercero.- Notificada la resolución a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de Ley, infracción de precepto constitucional y quebramiento de forma, por la representación de Nemesio , que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto.- El recurso interpuesto por la representación del recurrente Nemesio se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:**

1º.- Por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva recogido en el artículo 24.1 CE , siendo la vía escogida al efecto, la establecida en el artículo 5.4 LOPJ .

2º.- Errónea aplicación del precepto infringido (artículo 89.1 CP).

3º.- Por infracción de precepto legal al amparo del cauce establecido en el artículo 849.1 LECrim , por inaplicación indebida del artículo 53.3 CP , al establecer un apremio personal por impago de multa.

Quinto.- Instruido el Ministerio Fiscal, apoyó el motivo tercero del recurso impugnando el resto; quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.- Hecho el señalamiento para Fallo, se celebró la votación prevenida el día 29 de noviembre de 2016.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, se dictó sentencia en fecha 26 de febrero de 2016 por la que condenó a Nemesio como autor criminalmente responsable de un delito contra la salud pública del que venía siendo acusado por el Ministerio Fiscal, en su modalidad de sustancia que causa grave daño a la salud, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de cinco años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa de 120.000 ? con la responsabilidad personal subsidiaria de un mes de privación de libertad en caso de impago. Se acordó igualmente al cumplirse la mitad de la pena de prisión impuesta se sustituirá el resto por la expulsión del territorio nacional.

El acusado Nemesio interpuso recurso de casación que el Ministerio Fiscal ha apoyado en parte y que pasamos a analizar.

SEGUNDO.- Los dos primeros motivos de recurso cuestionan la decisión de la Sala sentenciadora de posponer la sustitución de la pena privativa de libertad por expulsión hasta el cumplimiento de la mitad de aquélla. Se impugna tal pronunciamiento por una doble vía. Al amparo del artículo 5.4 LOPJ en relación a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE ; y por cauce del artículo 849.1 LECrim , por aplicación indebida del artículo 89 CP .

Sostiene el recurrente que la sentencia impugnada no razonó suficientemente respecto a los motivos en atención a los cuales acordó el previo cumplimiento de la mitad de la pena de prisión que le impuso, pues se limitó a reproducir el precepto aplicado. Déficit de motivación que entiende debe conducir a que se acuerde la sustitución sin esperar a tal momento.

El artículo 89 CP (anterior a la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo) imponía la expulsión en los casos de condenas a penas inferiores a 6 años de prisión, a ciudadanos extranjeros no residentes legalmente en España. La interpretación que del mismo realizó la jurisprudencia de esta Sala suavizó su literalidad y perfiló su contenido de acuerdo con los criterios acogidos en la doctrina del TEDH, los tratados internacionales convenidos por España y la jurisprudencia que los interpretó. Y así enfatizó en la necesidad de realizar una lectura del artículo 89 CP en clave constitucional, que huyera de automatismos y diera entrada a la ponderación de los derechos e intereses en conflicto, a través del examen individualizado del caso concreto. Perfiló de esta manera un sistema que permitió excepcionar la expulsión a través del análisis de las concretas circunstancias del penado, su arraigo en nuestro país, la situación familiar y laboral, e incluso los riesgos que pudiera correr ante la posibilidad de ser objeto de torturas o tratos degradantes en su país de origen y también en atención a las circunstancias de los hechos en relación con los fines del proceso. Lo que



se completó con algunas precisiones y matices procesales relativos a la aplicación del principio acusatorio, del contradictorio y del derecho de defensa (entre otras SSTS 901/2004 de 8 de julio ; 906/2005 de 17 de mayo ; 366/2006 de 30 de marzo ; 832/2006 de 24 de julio ; 35/2007 de 25 enero ; 165/2009 de 19 de febrero ; 531/2010 de 4 de junio ; 588/2012 de 29 de junio ; 738/2013 de 4 de octubre ; 479/2014 de 3 de junio o la reciente 483/2016 de 3 de junio).

Tras la reforma operada en el artículo 89 CP por la LO 1/2015, se prevé la sustitución por expulsión de todas las penas superiores a un año de prisión impuestas a extranjeros, aunque su estancia en España no sea ilegal. Admite el precepto modular la medida y compatibilizarla con un cumplimiento parcial de la pena, que no podrá ser superior a los dos tercios de la misma "cuando resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito", e impone en todo caso la sustitución del resto de la pena cuando se haya accedido al tercer grado o se le haya concedido la libertad condicional.

En el punto 4 del precepto señalado, se incorporan los requisitos que ya jurisprudencialmente se venían exigiendo, por cuanto se precisa que no procederá la sustitución cuando, a la vista de las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular su arraigo en España, la sustitución resulte desproporcionada.

En el caso que nos ocupa el recurrente no opone motivos de índole personal para modular la expulsión. Denuncia la falta de una adecuada motivación de la medida y a consecuencia de ello solicita que se proceda a la misma de inmediato.

TERCERO.- Los patrones normativos que permiten ahora excepcionar la inmediata expulsión en el caso de condenas superiores a un año de prisión, la defensa del orden jurídico y el restablecimiento de la confianza en la vigencia de la norma infringida, aglutinan aspectos que ya habían sido puestos de relieve por esta Sala.

Dijeron las SSTS 132/2014 de 20 de febrero y 479/2014 de 3 de junio , que los objetivos perseguidos por las políticas de extranjería e inmigración no pueden orillar los fines del proceso penal, y deben compatibilizar con las exigencias preventivo generales (confirmación de las normas que imponen el respeto a los bienes jurídicos tutelados y la desincentivación de conductas delictivas) y con el favorecimiento de la prevención especial (evitar la reiteración en el delito y procurar la reinserción social). Y así se ha exigido una valoración individualizada, no solo en atención a los derechos del afectado, sino también desde una perspectiva de justicia material y de respeto al principio de igualdad que quebrarían cuando la infracción delictiva cometida pudiera aparejar una sanción de muy diferentes consecuencias para el autor extranjero, que para el que tiene nacionalidad española (SSTS 166/2007 o 165/2009 de 19 de febrero).

En línea con ello se han apuntado como criterios a tomar en consideración a estos efectos, el de la gravedad y entidad del delito, su forma de ejecución o los motivos del acusado y los objetivos que pretendía con la conducta delictiva. Todo ello con el fin de evitar que la expulsión, por su lenidad, pueda frustrar los fines de prevención general y especial de la pena prevista por el legislador para cada caso, que de esta manera dejaría de cumplir sus funciones en un grado no permisible por el ordenamiento jurídico.

En relación con el tráfico de drogas y en un supuesto que guarda similitud con el que ahora nos ocupa, mantuvo la STS 245/2011 de 21 de marzo que " *tampoco resulta razonable la expulsión, pues se estima que, dada la naturaleza y entidad del delito objeto de la condena -tenencia de cocaína para el tráfico en una cantidad que está en el límite con la agravación por la notoria importancia-, no procede la aplicación de esa opción sustitutiva. Se trata de un delito de notable gravedad cometido además por una persona que ya tiene otra condena por otra acción delictiva similar, por lo que, en el caso de aplicar de forma automática y rutinaria -sin atender a circunstancias específicas que lo justifiquen en el caso concreto- la sustitución de la pena por la expulsión del acusado a su país de origen, se estaría promoviendo en cierta forma el tráfico de cocaína en España por ciudadanos extranjeros.*

En efecto, la sustitución de la pena por la expulsión en tales casos de tráfico de cantidades intermedias de cocaína muy próximas a la notoria importancia excluiría el efecto coercitivo y disuasorio de la norma penal, ya que los ciudadanos procedentes de países donde se produce o se comercializa tal sustancia, adquirirían la convicción de que tienen una especie de licencia para la comisión de acciones delictivas de esa naturaleza al irrogárseles como única consecuencia negativa la devolución a su país de origen. Tal situación de impunidad desactivaría los fines de prevención general y especial de las penas previstas por el legislador, tal como ya se razonó más arriba."

CUARTO.- En el presente caso la sustancia incautada arrojó un peso neto de 781,38 gramos puros de cocaína, que representan la suma acumulada de las restantes cantidades que se especifican en el relato de hechos de la sentencia impugnada, según se ha comprobado con el examen de la causa que autoriza el artículo 988 LECrim. Consulta necesaria dado que la redacción del apartado fáctico en este extremo resultaba confusa, pues la



interpretación literal del mismo proyectaba una cantidad muy superior. Si no se aplicó el subtipo agravado de notoria importancia procedente a partir de los 750 gramos, fue por la aplicación en beneficio del reo del margen de error del +5% con el que operan las correspondientes analíticas. En cualquier caso, la opción más ventajosa para el acusado nos reconduce a un total que dista unos pocos gramos de aquel límite (742,31 gramos puros).

La Sala sentenciadora razonó a la hora de individualizar la pena, que concretaba ésta " *atendiendo a la gran cantidad de sustancias intervenidas y a su pureza, de lo que se deduce además la importancia del acto de tráfico* " (fundamento cuarto). Argumento que, aunque no se reprodujera expresamente, presidió también la decisión adoptada en el párrafo siguiente del mismo fundamento, al concretar las condiciones en las que había de operar la sustitución de esa pena por expulsión, con un alcance más restrictivo que la petición del Fiscal. Las sentencias integran un todo, por lo que lo decidido respecto a las condiciones de cumplimiento de una pena, no puede desvincularse de lo especificado a la hora de individualizar la misma. De ahí que debamos rechazar la denunciada falta de motivación y cualquier tipo de indefensión vinculada a la misma.

El Tribunal Constitucional tiene establecido que el derecho a la tutela judicial efectiva que reconoce el artículo 24.1 CE, en su dimensión de derecho a obtener una resolución judicial fundada en Derecho, favorable o adversa, es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos. Ello implica, en primer lugar, que la resolución ha de estar motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión; y en segundo lugar, la motivación debe contener una fundamentación en Derecho, lo que conlleva la garantía de que la decisión no sea consecuencia de una aplicación arbitraria de la legalidad, no resulte manifiestamente irrazonada o irrazonable o incurra en un error patente ya que, en tal caso, la aplicación de la legalidad sería tan solo una mera apariencia (SSTC 147/1999 , 25/2000 , 87/2000 , 82/2001 , 221/2001 , 55/2003 , 223/2005 , 276/2006 , 177/2007 , 134/2008 y 191/2011 , entre otras). Y ha concretado que para que se lesione el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva tiene que haber incurrido el Tribunal sentenciador en error material patente, en arbitrariedad o en manifiesta irrazonabilidad, únicas circunstancias que pueden determinar la lesión del derecho fundamental (SSTC 37/1995 , 46/2004 , 51/2007 , 181/2007 , 20/2009 , 65/2011 , 132/2011 y 201/2012 , entre otras).

La Sala sentenciadora exteriorizó las razones que justificaron su decisión de manera suficiente para conocer los criterios sobre los que se asentó la misma, descartar que sean fruto del error o la arbitrariedad y concluir, desde el control que incumbe a la casación, que las condiciones en que habría de operar la expulsión del condenado, concretadas dentro de los contornos legales y en condiciones más beneficiosas para el mismo que las solicitadas por la acusación, fueron razonadas y razonables.

Los dos motivos conjuntamente analizados se desestiman.

QUINTO.- El tercer motivo de recurso, que cuenta con el apoyo de la Fiscal, invoca el artículo 849.1 LECrim para denunciar infracción del artículo 53.3 CP al fijar la sentencia impugnada responsabilidad personal subsidiaria para el caso de impago de la multa impuesta, pese a que la misma acompaña a otra privativa de libertad de 5 años.

El artículo 53.3 CP establece que la responsabilidad personal subsidiaria que proceda por impago de la pena de multa no se impondrá a los condenados a pena privativa de libertad superior a cinco años.

Con el fin de unificar distintas interpretaciones del citado precepto, el Pleno no jurisdiccional de esta Sala 2ª de 1 de marzo de 2005 acordó: " *La responsabilidad personal subsidiaria de la pena de multa debe sumarse a la pena privativa de libertad a los efectos del límite del art. 53 CP* ". El sentido de tal acuerdo, que mantiene toda su vigencia, fue el de, frente a una interpretación literal o estrictamente formal del mencionado precepto, dar prevalencia al espíritu y finalidad de la norma, y ante la distorsión provocadora de agravios comparativos (art. 14 CE) acudir al que, en el plano hermeneútico, resulta el más respetuoso con el principio de proporcionalidad de las penas y de culpabilidad. Agravios que se producirían si el condenado a 5 años y 1 día estuviera exento del arresto sustitutorio y el condenado a 5 años o menos tuviera que cumplir aunque ello implicara rebasar los 5 años (STS 558/2007 de 22 de junio , con remisión a la 803/2000 de 16 de mayo que había mantenido el criterio que posteriormente prevaleció en el Pleno).

En atención a ello el motivo debe prosperar.

SEXTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 901 LECrim procede declarar de oficio las costas de este recurso.

III. FALLO

Que debemos **ESTIMAR Y ESTIMAMOS PARCIALMENTE** el Recurso de Casación interpuesto por la representación del acusado Nemesio contra la Sentencia dictada el día 26 de febrero de 2016 por la Audiencia



Provincial de Palma de Mallorca, Sección 2ª (Rollo de Sala 15/2016), en la causa seguida contra el mismo por un Delito contra la salud pública, y en su virtud casamos y anulamos parcialmente la expresada sentencia, dictándose a continuación otra más ajustada a derecho y declarándose de oficio las costas devengadas en este recurso.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta 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. Andres Martinez Arrieta **D. Miguel Colmenero Menendez de Luarda D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre** Dª. Ana Maria Ferrer Garcia **D. Juan Saavedra Ruiz**

SEGUNDA SENTENCIA

En nombre del Rey

La sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado lo siguiente

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

El Juzgado de Instrucción número 1 de los de Ibiza instruyó Procedimiento Abreviado número 107/2015 por un delito contra la salud pública contra Nemesio , mayor de edad en cuanto nacido en Brasil el NUM000 .1987, con carta de identidad brasileña nº NUM001 , en situación irregular en España y una vez concluso lo remitió a la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca que con fecha 26 de febrero de 2016 dictó Sentencia condenándole como autor responsable de un delito contra la salud pública, a la pena de a la pena de cinco años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa de 120.000 ? con la responsabilidad personal subsidiaria de un mes de privación de libertad en caso de impago. Sentencia que fue recurrida en casación ante esta Sala Segunda del Tribunal Supremo por la representación legal del acusado y que ha sido CASADA Y ANULADA, por lo que los Excmos. Sres. Magistrados anotados al margen, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia de la Excm. Sra. Dña. Ana Maria Ferrer Garcia, proceden a dictar esta Segunda Sentencia con arreglo a los siguientes:

I. ANTECEDENTES

Único.- Se reproducen e integran en esta Sentencia todos los de la sentencia de instancia parcialmente rescindida en cuanto no estén afectados por esta resolución.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- De conformidad con lo expuesto en la sentencia que antecede, procede dejar sin efecto la responsabilidad personal subsidiaria que fijó la sentencia recurrida.

III. FALLO

QUE DEBEMOS ACORDAR y ACORDAMOS dejar sin efecto la responsabilidad personal subsidiaria de un mes de privación de libertad que fijó la sentencia dictada por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca en fecha 26 de febrero de 2016, en el Rollo 15/2016 , en causa seguida contra Nemesio , confirmando la misma en el resto de los extremos que no afecten a la presente.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Andres Martinez Arrieta D. Miguel Colmenero Menendez de Luarda D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre Dª. Ana Maria Ferrer Garcia D. Juan Saavedra Ruiz

PUBLICACIÓN .- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por la Magistrada Ponente Excm. Sra. Dª. Ana Maria Ferrer Garcia, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.