

Roj: STS 2033/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2033  
Id Cendoj: 28079120012016100393

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal

Sede: Madrid

Sección: 1

Nº de Recurso: 10974/2015

Nº de Resolución: 409/2016

Procedimiento: PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO

Ponente: ALBERTO GUMERSINDO JORGE BARREIRO

Tipo de Resolución: 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

### **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a doce de Mayo de dos mil dieciséis.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Primera, de fecha 11 de noviembre de 2015 . Han intervenido el Ministerio Fiscal y, como recurrente, el acusado Ricardo , representado por el procurador Sr. Estévez Fernández Novoa. Ha sido ponente el magistrado Alberto Jorge Barreiro.

### **I. ANTECEDENTES**

1.- El Juzgado de Instrucción número 7 de Zaragoza instruyó Procedimiento Abreviado 2371/14, por delito contra la Salud Pública contra Ricardo y otro, y lo remitió a la Audiencia Provincial de Zaragoza cuya Sección Primera dictó en el Rollo de Sala 35/15 sentencia en fecha 11 de noviembre de 2015 con los siguientes hechos probados:

*"Primero.- Ricardo , mayor de edad, sin antecedentes penales, se dedicaba a la venta de cocaína, por ello, en su domicilio, sito en la CALLE000 de Zaragoza, el día 21 de octubre de 2.014 tenía en un cubo 765,06 gramos de cocaína con una riqueza del 1,02%; en una botella, 375,15 gramos de cocaína con una riqueza del 0,96%; en otra botella, 1.393,01 gramos de cocaína con una riqueza del 1,05%; en otra botella, 794,39 gramos de cocaína con una riqueza del 1,02%; una papelina con 9,99 gramos de cocaína con una riqueza del 5,8%; otra papelina con 5,94 gramos de cocaína con una riqueza del 6,94% y once papelinas con un total de 8,74 gramos de cocaína con una riqueza del 8,31%. Asimismo tenía una balanza, una pieza metálica tipo prensa, varios recortes de bolsa de plástico y dos rollos de alambre de jardín, objetos de los que se servía para pesar la cocaína y distribuirla en papelinas.*

*La referida cocaína, que la tenía Ricardo para venderla, está valorada en 4.662,14 euros.*

*Mediante resolución administrativa de fecha 19 de Junio de 2014 se acordó la expulsión de España de Ricardo , autorizando la expulsión el Juzgado de Instrucción nº 7 de Zaragoza, órgano judicial que instruía la presente causa en fecha 4 de Diciembre de 2014, y que desestimó el recurso de reforma interpuesto contra esa resolución, confirmada, tras desestimar el recurso de apelación, por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Zaragoza, en resolución de fecha 18 de Febrero de 2015.*

*Con anterioridad, y, en fecha 14 de Enero de 2015, y, en pieza de medidas Cautelares nº 314/14 del Juzgado Contencioso Administrativo nº 1 de Zaragoza, la suspensión cautelar de la expulsión acordada por motivos, entre otros, de arraigo.*

*Segundo.- Juan Luis compra habitualmente a Ricardo cocaína para a su vez venderla, así, sobre las 19,20 horas del día 1 de julio de 2.014, subió a casa de Ricardo a por cocaína, que seguidamente entregó a Abel y el día 9 de julio de 2.014, sobre las 16,16 horas volvió a subir al domicilio de Ricardo , donde recogió*

*una papelina de cocaína con un peso de 0,6 gramos con la finalidad de revenderla a Benedicto , no llegando a hacerlo porque tras bajar del domicilio citado agentes de policía le intervinieron la papelina.*

*Los 0,6 gramos de cocaína tendrían en el mercado ilícito un valor de unos 25 euros.*

*Igualmente le fue ocupada una cantidad de 1,5 gramos de resina de cannabis, valorada en 10 euros y destinada al tráfico".*

**2.-** La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "FALLAMOS

*Condenamos a Ricardo , cuyos demás datos personales ya constan en el encabezamiento de esta resolución, como autor responsable de un delito contra la salud pública, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de cuatro años de prisión y multa de cuatro mil seiscientos sesenta y dos, con catorce céntimos de euros, sufriendo, en caso de impago, la responsabilidad personal sustitutoria de un día de privación de libertad por cada cien euros o fracción impagada, e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y al pago de la mitad de las costas procesales.*

*Se sustituye la pena de prisión impuesta por la expulsión de España por un periodo de cinco años, no pudiendo volver a España en dicho periodo, periodo que empezará a contarse desde la fecha de su expulsión.*

*Condenamos a Juan Luis , cuyos demás datos personales ya constan en el encabezamiento de esta resolución, como autor responsable un delito contra la salud pública, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de dos años de prisión y multa de veinte euros, con responsabilidad personal subsidiaria de un día 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 procesales.*

*Se decreta el comiso de la droga ocupada, y el comiso de los efectos intervenidos a ambos acusados, procediéndose a la destrucción de la droga y a darse el destino legal al resto de efectos.*

*Se aprueban el auto de solvencia del Sr. Juan Luis y el auto de insolvencia del Sr. Ricardo , autos que a tal fin dictó y consulta el instructor.*

*Para el cumplimiento de las penas privativas de libertad se les abona, en su caso, el tiempo que han estado privados de libertad por esta causa.*

*Así por esta nuestra sentencia, contra la que puede interponerse recurso de casación ante la Sala 2ª del Tribunal Supremo, anunciado ante esta Sección Primera de la Audiencia Provincial dentro del plazo de cinco días contados a partir del siguiente al de la última notificación, y de la que se llevará certificación al rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos".*

**3.-** Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por el acusado Ricardo que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

**4.-** La representación del recurrente basa su recurso de casación en los siguientes motivos: PRIMERO.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 de la LECr y 5.4 de la LOPJ , por infracción del derecho a un proceso público con garantías, por infracción del derecho a ser condenado con base en pruebas de cargo y por vulneración del derecho a la presunción de inocencia. SEGUNDO.- Por infracción de ley por la vía del art. 849.1 de la LECr por aplicación indebida del art. 368 del CP . y por inaplicación indebida del art. 21.2 ó 21.7 en relación al 20.1 del CP . TERCERO.- Por infracción de ley por la vía del art. 849.2 de la LECr , por aplicación indebida del art. 89 del CP .

**5.-** Instruido el Ministerio Fiscal impugnó todos y cada uno de los motivos; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

**6.-** Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebraron deliberación y votación el día 4 de mayo de 2016.

## **II. FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRELIMINAR .** La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Zaragoza condenó, en sentencia dictada el 11 de noviembre de 2015 , a Ricardo como autor responsable de un delito contra la salud pública de tráfico de cocaína, en su modalidad básica, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de cuatro años de prisión y multa de 4.662,14 euros, sufriendo, en caso de impago, la responsabilidad personal sustitutoria de un día de privación de libertad por cada cien euros o

fracción impagada, e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y al pago de la mitad de las costas procesales.

Se sustituye la pena de prisión impuesta por la expulsión de España por un periodo de cinco años, no pudiendo volver a España en dicho periodo, que empezará a contarse desde la fecha de su expulsión.

De otra parte, fue condenado Juan Luis , como autor responsable un delito contra la salud pública de tráfico de cocaína, en su modalidad atenuada, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de dos años de prisión y multa de veinte euros, con responsabilidad personal subsidiaria de un día 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 procesales.

Los hechos objeto de condena atribuidos a Ricardo se resumen, a modo de introducción, en que ese acusado se dedicó a vender cocaína en pequeñas cantidades a diferentes personas, entre ellas al coacusado Juan Luis , quien a su vez vendía las papelinas de la referida sustancia a otros terceros sujetos.

En vista de los indicios que concurrían contra Ricardo se le practicó en su domicilio un registro, en el curso del cual fueron halladas diferentes partidas de cocaína que casi alcanzaban en cocaína base el peso de 35 gramos. Además se le intervinieron varios instrumentos de los que se utilizan para pesar y distribuir mediante papelinas la sustancia estupefaciente.

Contra la referida condena sólo recurrió en casación el acusado Ricardo , que formuló tres motivos de impugnación.

**PRIMERO . 1.** El recurrente invoca en el *motivo primero* , con cita procesal del art. 5.4 de la LOPJ , la vulneración del derecho fundamental a la *presunción de inocencia* , por considerar que se está ante un supuesto en que la prueba de cargo es inexistente.

Alega también que aunque se estimara que concurre prueba de cargo no puede entenderse que esté bien interpretada, a tenor de los datos objetivos que figuran en la causa.

**2.** Las alegaciones de la defensa sobre la presunción de inocencia nos obligan a verificar si se han practicado en la instancia, con contradicción de partes, pruebas de cargo válidas y con un significado incriminatorio suficiente (más allá de toda duda razonable) para estimar acreditados los hechos integrantes del delito y la intervención del acusado en su ejecución; pruebas que, además, tienen que haber sido valoradas con arreglo a las máximas de la experiencia y a las reglas de la lógica, constando siempre en la resolución debidamente motivado el resultado de esa valoración; todo ello conforme a las exigencias que viene imponiendo de forma reiterada la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ( SSTC 137/2005 , 300/2005 , 328/2006 , 117/2007 , 111/2008 y 25/2011 , entre otras).

Pues bien, en contra de lo que afirma el recurrente, las pruebas de cargo resultan diáfanas y concluyentes en este caso según se desprende de la mera lectura del "factum" de la sentencia recurrida.

En efecto, en la sentencia impugnada se declara probado que al acusado se le intervinieron en su domicilio, en el registro practicado el 21 de octubre de 2014 los siguientes objetos: en un cubo 765,06 gramos de cocaína, con una riqueza del 1,02%; en una botella, 375,15 gramos de cocaína con una riqueza del 0,96%; en otra botella, 1.393,01 gramos de cocaína con una riqueza del 1,05%; en una tercera botella, 794,39 gramos de cocaína con una riqueza del 1,02%; también una papalina con 9,99 gramos de cocaína con una riqueza del 5,8%; otra papalina con 5,94 gramos de cocaína con una riqueza del 6,94% y once papelinas con un total de 8,74 gramos de cocaína con una riqueza del 8,31%. Asimismo le fueron intervenidos una balanza, una pieza metálica tipo prensa, varios recortes de bolsa de plástico y dos rollos de alambre de jardín. La referida cocaína, que la poseía Ricardo , está valorada en 4.662,14 euros.

El registro se practicó debido a que se comprobó que el acusado, que estaba siendo investigado por la policía mediante una escucha telefónica acordada por las sospechas fundadas que concurrían contra él, establecía contactos telefónicos para distribuir la sustancia, leyéndose en la vista oral del juicio las conversaciones más relevantes que lo implicaban en la venta de cocaína. Tales diligencias legitimaron la práctica del registro domiciliario que arrojó el resultado positivo reflejado en el párrafo anterior.

No se precisa elaborar inferencias racionales excesivamente complejas para colegir que una persona que tiene en su poder la referida cantidad de cocaína, acompañada además de todo el instrumental necesario y adecuado para distribuirla a terceros de forma individualizada, se está obviamente dedicando al tráfico de cocaína aunque sea a pequeña escala.

Siendo así, los retóricos argumentos exculpatorios esgrimidos deben explicarse y comprenderse desde la perspectiva del legítimo ejercicio del derecho de defensa, pero sin que presenten capacidad convictiva alguna, una vez efectuado un elemental análisis crítico, para desvirtuar la consistente y plural prueba de cargo, por lo que sólo cabe concluir que la presunción de inocencia ha resultado holgadamente enervada.

Se rechaza así el primer motivo del recurso.

**SEGUNDO. 1.** En el segundo motivo del recurso alega, valiéndose del cauce procesal del art. 849.1º de la LECr., la aplicación indebida del art. 368 del C. Penal y la inaplicación indebida del art. 21.2ª o 21.7ª en relación con el art. 20.1º del C. Penal, al entender que concurre las atenuantes que se citan en tales preceptos.

En lo que respecta a la subsunción de la conducta del acusado en el tipo penal del art. 368, párrafo e inciso primeros, resulta patente que una persona que se está dedicando a los actos de venta que integran el supuesto prototípico del tráfico de drogas, en este caso cocaína, está incurriendo en la conducta tipificada en el referido precepto, en la modalidad de sustancias que causan grave daño a la salud. Poco más se necesita decir sobre el particular, máxime cuando el recurrente no desarrolla el motivo con argumentos que hagan precisa una respuesta que los contradiga.

**2.** En lo que atañe a la **atenuante de toxicomanía**, a la que también hace una escuetísima referencia en el motivo siguiente, las pruebas que cita en ambos motivos el recurrente carecen de entidad para concluir que tuviera limitada sus facultades intelectivas y volitivas hasta el punto de que repercutiera de forma relevante en su capacidad de culpabilidad.

En efecto, el médico forense no apreció en el examen que le practicó en el Juzgado dos días después de ejecutar las acciones delictivas ningún síntoma de padecer un síndrome de abstinencia a la cocaína ni tampoco signos de un consumo actual de la droga, mostrando el acusado conservadas la capacidad de discernir el valor de sus actos y de inhibir sus impulsos (folio 579 de la causa).

Es cierto que se le practicó un análisis de orina que dio positivo al consumo de cocaína. Sin embargo, esta Sala tiene establecido de forma reiterada (SSTS. 577/2008, de 1-12; 810/2011, de 21-7; 942/2011, de 21-9; 675/2012, de 24-7; y 695/2013, de 9-7, entre otras) que el consumo de sustancias estupefacientes, aunque sea habitual, no permite por sí solo la aplicación de una atenuante. No se puede, pues, acceder a la modificación de la responsabilidad criminal por el simple hábito de consumo de drogas, ni basta con ser drogadicto en una u otra escala, de uno u otro orden, para que proceda la aplicación de circunstancias atenuantes, porque la exclusión total o parcial o la simple atenuación de la responsabilidad de los toxicómanos ha de resolverse en función de la imputabilidad, o sea, de la evidencia de la repercusión de la droga en las facultades intelectivas y volitivas del sujeto.

Para poder apreciar la circunstancia de drogadicción, sea como una mera atenuante, sea como una exigente incompleta, es imprescindible que conste probada la concreta e individualizada situación psicofísica del sujeto en el momento comisivo, tanto en lo concerniente a la duración de la adicción a las drogas tóxicas o sustancias estupefacientes como a la singularizada alteración de las facultades intelectivas y volitivas cuando ejecutó la acción punible; sin que la simple y genérica expresión de que el acusado era adicto a las drogas, sin mayores especificaciones y matices, permita autorizar o configurar una circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal en ninguna de sus variadas manifestaciones (SST 577/2008, de 1-12; 315/2011, de 6-4; 796/2011, de 13-7; y 738/2013, de 4-10).

En el dictamen pericial analítico que figura en la causa lo único que se acredita es que el acusado era consumidor de cocaína (folio 662). Pero de ello no cabe colegir que cuando ejecutó los hechos actuara con sus facultades psicofísicas limitadas por una *adicción grave* a la cocaína. Y en el escrito de recurso no se aportan datos concretos ni argumentos que pudieran fundamentar la aplicación de la atenuante, una vez constatada la redacción telegráfica del motivo.

Así pues, ni consta acreditado que en el momento de la ejecución de los hechos concurriera una especial limitación de sus facultades intelectivas y volitivas que repercutiera en el elemento normativo de capacidad de culpabilidad, ni tampoco aparece clara la vinculación de los hechos delictivos con una notable disminución de la capacidad motivacional del sujeto, aspecto que tiene trascendencia a la hora de operar tanto con la exigente incompleta como con la atenuante genérica que postula la parte recurrente.

No es posible afirmar por tanto que su capacidad de comprensión de la ilicitud de su conducta estuviera limitada de forma relevante, ni tampoco que padeciera una adicción tan grave que le impidiera autocontrolar su conducta y adecuarla a las exigencias de la norma. Ello quiere decir que no concurren razones para estimar que la Sala de instancia haya apreciado erróneamente las condiciones de imputabilidad del referido acusado.



El motivo, en virtud de lo expuesto, resulta inacogible.

**TERCERO . 1.** El **tercer motivo** , una vez rechazado en el anterior la pretensión de la aplicación de la atenuante de toxicomanía, lo centra la parte en alegar la aplicación indebida del art. 89 del C. Penal , ya que considera que la prueba documental aportada ( art. 849.2º LECr .) se opone de pleno a la decisión adoptada de sustituir la ejecución de la pena privativa de libertad por la medida de **expulsión del acusado** del territorio español para que sea devuelto a su país de origen (República Dominicana).

**2.** El primer párrafo del art. 89 del C. Penal (redacción de la LO 5/2010, de 22 de junio, vigente en el momento de la ejecución de los hechos) preceptúa lo siguiente: " *Las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España serán sustituidas en la sentencia por su expulsión del territorio español, salvo que el juez o tribunal, previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las partes personadas, de forma motivada, aprecie razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España* ".

En la sentencia 245/2011, de 21 de marzo , se decía que si bien el legislador en su reforma del art. 89 por LO 11/2003 ha atendido en gran medida a tutelar ciertos objetivos específicos de la política de extranjería o de inmigración, ello no significa que puedan orillarse los fines específicos del sistema penal, ya que de ser así quedaría éste instrumentalizado y desnaturalizado en sus funciones más primordiales. Deben, por tanto, compatibilizarse los objetivos de la política de inmigración 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 también se decía en la referida sentencia que la reforma del art. 89 por LO 5/2010 ha atemperado el automatismo y el rigor del texto anterior, de modo que ahora ya permite que " *el Juez o Tribunal, previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las partes personadas, de forma motivada, aprecie razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España* ".

Esta cláusula abierta permitió ya apreciar de forma ponderada en el caso concreto cuáles eran los intereses en juego y cuál de ellos debía primar en el supuesto de conflicto entre los intereses generales estatales y los del sujeto extranjero que se hallaba sometido a un proceso penal y a la ejecución de una pena. De modo que tanto desde la perspectiva de las garantías procesales exigibles para un penado antes de proceder a su expulsión (audiencia del penado), como en lo atinente a las razones de fondo que debieran legitimar la medida, se imponía un examen de fondo de cada caso particular que condujera a una decisión razonada adoptada mediante una ponderación singularizada de los valores e intereses generales y personales que pudieran concurrir.

Sin embargo, ese examen imperativo y ponderado no aparece en la sentencia recurrida, habida cuenta que no se especifican en ella datos concretos sobre la persona del condenado ni tampoco sobre la trascendencia de su conducta, y tampoco se aportan argumentos acerca de si en este caso conviene que el sistema penal opere también en España en la fase de ejecución, o si, por el contrario, resultaría preferible que el sujeto se desligue de nuestro país y rehaga su vida en el suyo (República Dominicana).

El único argumento que se aporta en la sentencia recurrida sobre la justificación de que la pena privativa de libertad sea sustituida por la expulsión del territorio nacional tiene todos los aderezos de una medida represiva adoptada por su actuación ilícita en España. Pues la sentencia, sin razonar debidamente con los datos individuales del condenado, nos dice que *si el arraigo personal en España no le impidió cometer el delito, y si tampoco el hecho de tener una hija menor nacida en España le sirvió de freno para perpetrar la conducta delictiva, lo procedente es decretar la expulsión* .

Con lo cual, el razonamiento evidencia una notable quiebra argumental al sentar una premisa previa que resulta inasumible. Pues nos viene a decir la sentencia, incurriendo en petición de principio, que aunque se dé una situación de arraigo en España sólo podrá operar para impedir la expulsión en el caso de que haya servido previamente para evitar que el acusado delinca, esto es, para cuando no haya habido delito ni por lo tanto se dé tampoco la posibilidad ni la necesidad de acordar la expulsión. De manera que si pese al arraigo delinquirió, se trata de un arraigo inútil que, al no servir para evitar el delito en que incurrió el recurrente, tampoco debe utilizarse después para sopesar las posibilidades de un futuro proceso de reinserción o rehabilitación en nuestro país.

Como este razonamiento de la Audiencia nos lleva a la inaplicación automática del arraigo en España como criterio idóneo para evitar la expulsión, es claro que no puede acogerse por esta Sala. Y no sólo por

razones de justicia material, sino también por tratarse de un argumento *contra legem*. Pues en la última reforma del art. 89 del C. Penal (Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo) se fijan por primera vez algunos criterios para decidir sobre la conveniencia o no de la expulsión, al disponer en el apartado 4 del precepto 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 expulsión resulte desproporcionada* ".

Si, por lo tanto, el legislador ha establecido el arraigo como criterio rector prioritario para decidir sobre la proporcionalidad de la expulsión del territorio nacional como procedimiento sustitutivo de la ejecución de la pena privativa de libertad, es incuestionable que la interpretación de la Sala de instancia resulta insostenible, ya que *de facto* excluye la aplicación de ese criterio al imponer como requisito la incoherente premisa de que el arraigo haya servido previamente para que el acusado no cometa el delito. Esta exigencia, se insiste, conduce a la situación absurda de que la comisión del delito opere como hecho impeditivo de que pueda operar el arraigo familiar, criterio que ha sido normativizado precisamente para todo lo contrario, esto es, para que actúe cuando se ha cometido el delito.

3. El examen de los expedientes de la Jurisdicción Contencioso-administrativa que figuran en la causa nos permite comprobar que el acusado lleva más de doce años viviendo en España; que convive en la ciudad de Zaragoza con una mujer procedente como él de la República Dominicana; y que tiene con ella una niña de tres años de edad que figura registrada en el libro de familia. Al margen de lo anterior, consta también que tiene en España un hermano que ya ha adquirido la nacionalidad española y una tía carnal. Por último, se puede constatar que ha tenido trabajo con cierta asiduidad y ha atendido a los gastos habituales de la familia.

Así las cosas, concurre un cuadro de arraigo y una situación personal que permiten afirmar que desde la perspectiva del fin de la prevención especial de la pena no aparenta en modo alguno que resulte aconsejable ni procedente que el acusado sea expulsado de España.

Y si analizamos la cuestión suscitada desde las coordenadas propias de la prevención general de la pena, la realidad es que ésta ha sido fijada en cuatro años de prisión en la sentencia recurrida. Ello significa que estamos ante una pena que tampoco resulta en exceso conciliable con la expulsión del territorio nacional, si atendemos a los fines de la defensa del orden jurídico y del restablecimiento de la confianza en la vigencia de la norma. Estos criterios, si bien presentan connotaciones de prevención general positiva propias del funcionalismo sistémico, también se plasman ahora en la redacción del art. 89 del C. Penal como atendibles y aplicables a la hora de sopesar los pros y los contras de la expulsión de un extranjero como medida sustitutoria de la pena privativa de libertad.

En consecuencia, se estima este motivo del recurso de casación y se deja sin efecto la expulsión del condenado del territorio nacional. Con lo cual, se estima parcialmente el recurso de casación, con declaración de oficio de las costas de esta instancia ( art. 901 LECr .).

### III. FALLO

**ESTIMAMOS PARCIALMENTE EL RECURSO DE CASACIÓN** por infracción de ley interpuesto por la representación de Ricardo contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Primera, de 11 de noviembre de 2015, que condenó al recurrente como autor de un delito de contra la salud pública de tráfico de cocaína, en su modalidad no agravada, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, y en la que se sustituye la pena de prisión por la expulsión del territorio nacional por un periodo de cinco años, sentencia que queda así parcialmente anulada, con declaración de oficio de las costas causadas en esta instancia.

Comuníquese esta sentencia con la que a continuación se dictará a la Audiencia Provincial de instancia con devolución de la causa, interesando el acuse de recibo de todo ello para su archivo en el rollo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos **Julián Sánchez Melgar Jose Manuel Maza Martin Luciano Varela Castro Alberto Jorge Barreiro Pablo Llarena Conde**

#### 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 doce de Mayo de dos mil dieciséis.

En la causa Procedimiento Abreviado nº 2371/2014, del Juzgado de instrucción número 7 de Zaragoza, seguida por un delito Contra la Salud Pública contra Ricardo , nacido en Mao (República de Santo Domingo) el día NUM000 de 1969, con NIE NUM001 , hijo de Carlos Francisco y Luisa , la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Primera dictó en el Rollo de Sala 35/15 sentencia en fecha 11 de noviembre de 2015 , que ha sido casada y anulada por la dictada en el día de la fecha por esta sala integrada como se expresa. Ha sido ponente el magistrado Alberto Jorge Barreiro.

## I. ANTECEDENTES

Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia dictada en la instancia.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

A tenor de lo argumentado en la sentencia de casación, se deja sin efecto la expulsión del acusado Ricardo del territorio español por un periodo de cinco años como medida sustitutoria de la pena de cuatro años de prisión impuesta en la sentencia.

## III. FALLO

**Se modifica la sentencia** dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Zaragoza el 11 de noviembre de 2015 en el sentido de que se deja sin efecto la expulsión del territorio nacional del acusado Ricardo **por un periodo de cinco años** como medida sustitutoria de la pena de cuatro años de prisión que se le impuso.

Se mantiene el resto de los pronunciamientos del fallo condenatorio en sus términos siempre que no se oponga a lo decidido en la presente resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Julian Sanchez Melgar Jose Manuel Maza Martin Luciano Varela Castro **Alberto Jorge Barreiro Pablo Llarena Conde**

**PUBLICACIÓN** .- Leidas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. **D. Alberto Jorge Barreiro** , 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.