

**RESUMEN**

El TS estima recurso y determina que **procede dejar sin efecto la sustitución de la pena de prisión por la expulsión del territorio nacional de condenado a tres años de prisión por tráfico de drogas al no haber sido oído una vez que el Fiscal solicitó la medida en conclusiones definitivas, además de no motivarse en la sentencia la citada expulsión.**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El Juzgado de Instrucción número cuarenta y cinco de los de Madrid, incoó Procedimiento Abreviado con el número 6962/2002 contra Jose Ángel y Javier, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Decimoséptima, rollo 44/2003) que, con fecha veintiséis de diciembre de dos mil tres, dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

«El día 4 de diciembre de 2002 sobre las 22,15 horas cuando Javier, natural de Popayán (Colombia) nacido el día 28 de febrero de 1978 y con domicilio en la CALLE000 núm. NUM000 piso NUM001-NUM000 de ésta Capital, sin residencia legal en este país y sin antecedentes, se encontraba en la calle Estrella en su confluencia con la Plaza Soledad Torres Acosta de ésta ciudad, se acercó a Jose Ignacio iniciando una conversación con el mismo en el transcurso de la cual le entregó una bolsita que contenía marihuana a cambio de un billete de dinero. Inmediatamente después Jose Ángel, natural de Cali (Colombia), nacido el día 28 de octubre de 1979, con domicilio en la CALLE001 núm. NUM002, NUM001 exterior izquierda, sin antecedentes penales, igualmente sin residencia legal en este país, y consumidor habitual de cannabis y cocaína, el cual se encontraba en el mismo lugar, entabló conversación con Jose Ramón que le entregó un billete a cambio de una bolsita que contenía dos papelinas de cocaína. Como consecuencia de que ambas transacciones fuesen presenciadas por agentes de la autoridad, se procedió a la detención de Javier a quién se intervinieron 13 bolsitas que contenían junto con la sustancia vendida un total de 20,88 gramos de marihuana, cantidad toda ella que hubiese alcanzado en el mercado ilícito el valor de 89,60 euros, así como 15 euros en dos billetes, uno de ellos de 10 euros y otro de 5. A Jose Ángel le fueron intervenidas 2 papelinas que junto con la cantidad que había sido transmitida alcanzaba un total de 1,266 gramos de cocaína cuyo valor en el mercado ilícito hubiese podido llegar a los 93,10 euros, así como 50 euros en dos billetes de 20 y uno de 10».

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

«FALLAMOS: que debemos condenar y condenamos a los acusados Javier ya circunstanciado como autor penalmente responsable, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, de un delito contra la salud pública de sustancia de la que no causa grave daño a la salud ya definido (...). A José Ángel, ya circunstanciado, como autor penalmente responsable, con la concurrencia de la atenuante de drogadicción, de un delito contra la salud pública de las que causan grave daño a la salud, a la pena de tres años de prisión con la accesoria de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa de doscientos setenta y nueve (279) euros, con advertencia de responsabilidad personal subsidiaria para el caso de impago total o parcial de la multa, debiendo proceder a sustituirse la pena de privación de libertad por su expulsión del territorio nacional durante diez años.

**TERCERO.-** Notificada la resolución a las partes, se prepararon recursos de casación.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO DE INTERÉS**

**PRIMERO.-** El recurrente ha sido condenado como autor de un delito contra la salud pública por tráfico de drogas a la pena de tres años de prisión y multa de 279 euros, que en la misma sentencia es sustituida por la expulsión del territorio nacional durante diez años.

En el único motivo del recurso denuncia la infracción por aplicación indebida de los artículos 108 y 89.1 del Código Penal, pues afirma que la expulsión se le impone sin que previamente haya sido oído en trámite de audiencia.

**El artículo 89.1 del Código Penal**, en la redacción vigente al dictarse la sentencia impugnada y en la actualidad, dispone que «**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 Ministerio Fiscal, excepcionalmente y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario de España**».

Las diferencias básicas respecto de la regulación anterior son dos. En primer lugar, la configuración de la expulsión como la regla general, aun cuando cabe no acordarla como excepción, ya que en el sistema anteriormente vigente la decisión era facultativa para el Tribunal. En segundo lugar, en la regulación actual no se menciona expresamente la necesidad de oír al penado con carácter previo a acordar la sustitución, lo que podría indicar la posibilidad de prescindir de la audiencia antes prevista expresamente.

Los fines de la expulsión se explican por el legislador en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 11/2003, refiriéndose a una mayor eficacia en la medida de expulsión que se alcanzaría de todas formas en vía administrativa, y en evitar que la pena y su cumplimiento se conviertan en formas de permanencia en España quebrantando el sentido del ordenamiento jurídico en su conjunto.

**No puede entenderse, sin embargo, que la sustitución de la pena por la expulsión en estos casos tenga un carácter automático, solo alterado por la posibilidad de una excepción para determinados casos.**

De un lado porque no pueden dejar de considerarse otros aspectos de las penas que resultan trascendentes. Así, en la STS núm. 1249/2004, de 28 de octubre, se hacía referencia, con carácter ejemplificativo y no exhaustivo, a la sensación de impunidad que puede provocar la sustitución, pues el delito no va seguido de la pena; al déficit que provoca en la función de prevención general, e incluso a la desaparición de los posibles efectos resocializadores de la pena. Podría añadirse la desorientación y la sensación de impunidad discriminatoria que tal medida puede producir en los casos de varios penados por los mismos hechos siendo unos extranjeros residentes ilegales y otros no. Todos ellos son aspectos que deben ser considerados en todo caso, y no solo cuando no se acuerde la sustitución, pues es la valoración de los mismos lo que determinará, al menos en parte, el sentido de la resolución judicial.

De otro lado, porque **en la propia regulación de la expulsión en la redacción actual del precepto se incluyen elementos que requieren una acreditación y valoración previa. Así, en primer lugar, el hecho de que el acusado sea una persona que no reside legalmente en España, lo cual puede ser discutido, o puede estar en discusión en la vía correspondiente. Y en segundo lugar, la referencia que se hace a la naturaleza del delito como elemento que el Tribunal ha de tener en cuenta al**

**adoptar su decisión sobre la sustitución.** En este segundo aspecto, no puede interpretarse la mención a la naturaleza del delito como una referencia a la clase de infracción, pues si así fuera el legislador habría establecido una relación de los delitos en los que tal aspecto sería decisivo sin acudir a una cláusula como la vigente. Tampoco la interpretación del precepto permite entender que se ha pretendido excluir solamente los delitos mencionados en el apartado cuarto, pues en ese caso la previsión del apartado primero sería innecesaria.

**En consecuencia, no basta que el Juez o Tribunal atienda a la clase de delito cometido, sino que es preciso que examine algún elemento más que le permita valorar la conveniencia de acordar la expulsión o, excepcionalmente, de proceder al cumplimiento de la pena en España. Y éstos elementos no pueden ser otros que las circunstancias del hecho y del culpable,** las cuales, por otra parte, deben ser tenidas en cuenta por imposición expresa de la Ley al individualizar la pena, en cuanto que ésta es la respuesta estatal a la comisión del delito que debe resultar proporcionada a la culpabilidad por el hecho concreto, sin que se aprecie la concurrencia de ninguna razón de peso para que tales aspectos no sean valorados si la pena es sustituida por una medida de seguridad (artículo 96 del Código Penal), que, como resulta del mismo Código Penal, no puede ser impuesta sino es previa la comisión de un delito. En este sentido, en la STS núm. 901/2004, de 8 de junio, se decía que «al respecto debemos recordar que el Informe del Consejo General del Poder Judicial al entonces Proyecto de Ley Orgánica, ya ponía el acento en la omisión que en el texto se apreciaba -y así está en la actualidad- respecto de las concretas circunstancias personales del penado para ante ellas, acordar o no la expulsión, argumentaba el Consejo con toda razón, que además de la naturaleza del delito como argumento que justificara la excepción, debería haberse hecho expresa referencia a otra serie de circunstancias directamente relacionadas con la persona del penado "olvidando las posibles e importantes circunstancias personales que pudieran concurrir y que el TEDH valora la circunstancia de arraigar que es extensible a la protección de la familia, o que la vida del extranjero pueda correr peligro o sea objeto de torturas o tratos degradantes contrarios al art. 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, como elementos a tener en cuenta para la imposición de la expulsión"».

**Por lo tanto, al no ser automática la sustitución de la pena por la expulsión, en cuanto exige algunos requisitos sobre los que puede practicarse prueba, y en cuanto cabe una excepción basada en las características del hecho criminal, incluyendo en ellas las circunstancias del culpable, es preciso oír al acusado sobre la cuestión; que haya existido la posibilidad de que el acusado proponga prueba sobre los hechos pertinentes y alegue lo que le convenga sobre el particular, y que en la sentencia se efectúe una motivación suficiente en función de las características del caso que justifique la resolución finalmente adoptada.**

Conclusiones que son las adecuadas a la configuración legal de la expulsión como una medida de seguridad para cuya imposición no es posible prescindir de una motivación suficiente.

**SEGUNDO.-** En el caso actual, el Ministerio Fiscal no solicitó la expulsión en sus conclusiones provisionales. En las que elevó a definitivas añadió que interesaba que la pena de prisión que solicitaba para el recurrente fuera sustituida por la expulsión del territorio nacional con prohibición de entrada durante diez años. La defensa del recurrente se limitó a modificar la conclusión quinta interesando, alternativamente a la absolución, la pena de dos años de prisión, a sustituir por ingreso en un centro de deshabitación. No consta que el acusado ni su defensa realizaran ninguna manifestación acerca de la procedencia de la expulsión.

El Tribunal, en la sentencia, se limita a señalar que de conformidad con la petición del Ministerio Fiscal y al amparo del artículo 89.1 del Código Penal, procede la expulsión del recurrente al cumplirse los requisitos previstos en el citado precepto, acordándolo después en el fallo.

De ello resulta, en primer lugar, que el recurrente no fue oído expresamente acerca de la posibilidad de la expulsión, lo que determina que no haya podido proponer prueba sobre aspectos relevantes, y alegar en consonancia con sus resultados, de manera que no puede afirmarse que estuviera en condiciones de preparar su defensa en relación a la petición de expulsión.

Es cierto que, como señala el Ministerio Fiscal, ha existido una posibilidad de contradicción, pues la petición del Fiscal fue seguida del informe de la defensa y de la posibilidad de hacer uso del derecho a la última palabra por parte del acusado. Sin embargo, el principio de contradicción, desde la perspectiva de la defensa, no solo exige la posibilidad de oponerse a las pretensiones de la acusación, sino de hacerlo eficazmente, lo que no ocurre cuando se suprime cualquier posibilidad de probar aspectos relevantes y de alegar sobre el resultado de las pruebas.

En segundo lugar, en la sentencia no se contiene ninguna clase de motivación respecto a la conveniencia de la expulsión frente a la posibilidad de cumplir la pena en España, en atención a las características del culpable y del hecho concreto enjuiciado, lo cual supone asimismo una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva en el aspecto del derecho a obtener una resolución fundada en derecho, y de lo previsto específicamente en el artículo 120.3 de la Constitución, que exige la motivación de las sentencias, lo cual debe abarcar necesariamente a las consecuencias del delito. Resulta así imposible el control de la racionalidad del uso de las facultades discrecionales en la medida en que las contempla la Ley.

Por lo tanto, el motivo se estima, lo que determinará la supresión del fallo condenatorio de la sustitución de la pena impuesta por la expulsión del territorio nacional.

## **FALLO**

Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de Casación por infracción de Precepto Constitucional y de Ley, interpuesto por la representación de Jose Ángel.

Se mantienen los pronunciamientos de la sentencia de instancia, eliminando del fallo la expresión siguiente: «debiendo proceder a sustituirse la pena de privación de libertad por su expulsión del territorio nacional durante diez años».