

Id. Cendoj: 28079120012006100538

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal

Sede: Madrid

Sección: 1

Nº de Recurso: 10039/2006

Nº de Resolución: 601/2006

Fecha de Resolución: 31/05/2006

Procedimiento: PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO

Ponente: SIRO FRANCISCO GARCIA PEREZ

Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Delito contra la salud pública. Expulsión de extranjero.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta y uno de Mayo de dos mil seis.

En el Recurso de Casación que ante Nos pende, interpuesto por infracción de ley y de precepto constitucional por la representación procesal del acusado Juan Enrique , contra la Sentencia de conformidad nº 628/2005, de fecha 21/11/2005, dictada por la Audiencia Provincial de Granada, Sección Segunda, en la causa Rollo nº 114/2005, dimanante del Procedimiento Abreviado nº 136/2005 del Juzgado de Instrucción nº 5 de Granada , seguida contra aquél por delito contra la salud pública, esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, compuesta como se hace constar, bajo la Presidencia del primero de los indicados, y Ponencia del Excmo. Sr. D. Siro-Francisco García Pérez, se ha constituido para la deliberación, votación y Fallo; ha sido también parte el Ministerio Fiscal; y ha estado dicho recurrente representado por el Procurador Sr. D. David García Riquelme.

I. ANTECEDENTES

1. El Juzgado de Instrucción nº 5 de Granada siguió el Procedimiento Abreviado nº 136/2005 seguido contra Juan Enrique por delito de posesión de drogas tóxicas que causan grave daño a la salud, con destino al tráfico, y lo elevó a la Audiencia Provincial de Granada, Sección Segunda, que, con fecha 21/11/2005, dictó la Sentencia nº 628/2005 de conformidad entre las partes que contiene los siguientes hechos probados:

"Cuarto.- Son hechos y así expresamente se declara, que como consecuencia de la investigación desarrollada por la Unidad Orgánica de Policía Judicial de la Guardia Civil de Granada, el día 4 de mayo de 2005 se estableció un dispositivo de vigilancia en la localidad de Atarfe, donde se esperaba la llegada de un tal Juan Enrique que se dedicada al tráfico de cocaína, dando como resultado que a las 14,30 horas fue detectada en la c/ Alhambra, esquina con Plaza de Santa Ana, de la indicada localidad de presencia de un sospechoso que respondía a las características físicas de las que disponían los actuantes, de manera que interceptado, resultó ser el hoy acusado

Juan Enrique , de 27 años de edad, sin antecedentes penales constatados, el cual portaba en el bolsillo derecho del pantalón una bolsita de cierre hermético que contenía lo que resultó ser cocaína, con un peso neto de 90,68 gramos y un índice de pureza del 45,1%, que el acusado se proponía transferir a terceras personas. Además le fue incautada la suma de 23,15 euros.-La droga intervenida tenía un valor de mercado de aproximadamente 6.000 mil euros.- El acusado se encontraba en el momento de los hechos en situación de estancia irregular en territorio español, cuya situación no consta se haya modificado".

2. La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"Fallamos: que debemos condenar y condenamos al acusado D. Juan Enrique , como autor de un delito contra la salud pública, ya descrito, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a las penas aceptadas de tres años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa de seis mil doscientos (6.200) euros, con una responsabilidad personal subsidiaria de treinta días de prisión de libertad en caso de impago. Imponemos al condenado las costas causadas en el proceso, y decretamos el decomiso de droga y su destrucción, si no hubiera sido ya destruida.-Sustituimos la mencionada pena de prisión por la expulsión del condenado del territorio nacional, con prohibición de regresar al menos en un plazo de diez años, a contar desde la fecha de la expulsión efectiva".

Y en fecha 9/1/2006 dicha Audiencia dictó auto por el que se resolvía:

"La Sala prolonga hasta la mitad de la duración de la pena de prisión impuesta, la situación de prisión provisional sin fianza que sufre el condenado D. Juan Enrique , en tanto se sustancia el recurso de casación interpuesto por el mismo. Y como la privación de libertad perdura desde el día cuatro de mayo de dos mil cinco, la prolongación acordada no podrá extenderse más allá del veinticinco de octubre de dos mil seis, computando el año de prisión a razón de trescientos sesenta días".

3. Notificada en legal forma la Sentencia a las partes personadas, se preparó por la representación procesal del acusado Juan Enrique recurso de casación por infracción de ley y de precepto constitucional, que se tuvo por anunciado; remitiendo a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente Rollo y formalizándose el recurso.

4. El Recurso de Casación interpuesto por infracción de ley y de precepto constitucional por la representación procesal del acusado Juan Enrique , se basa en los siguientes motivos de casación:

Uno.- Por infracción de ley, al amparo de lo establecido en el art. 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por error en la apreciación del art. 89 del Código Penal .-Dos.-Por infracción de precepto constitucional, al amparo de los arts. 5.4 LOPJ y 852 LECr , concretamente por vulneración del derecho fundamental a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional, así como a entrar y salir libremente de España (art. 19 de la Constitución), y a la intimidad familiar (art. 18.1 CE) y por vulneración de los arts. 10, 24, 25 y 120 de la Constitución Española .

5. Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, no estimó necesaria la celebración de vista oral para su resolución y apoyó el recurso; la Sala lo admitió; quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

6. Hecho el señalamiento para el Fallo, se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 24/5/2006.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Al amparo del art. 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECr), denuncia el recurrente Juan Enrique error en la aplicación del art. 89 del Código Penal , y, al amparo del art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) y del 852 LECr , la vulneración de los derechos a elegir libremente residencia y, a circular por el territorio nacional y a entrar y salir libremente de España (art. 19 de la Constitución) y a la intimidad familiar (art. 18.1 CE), así como la vulneración de los arts. 10, 24, 25 y 120 CE ; en cuanto la Audiencia acordó la sustitución de la pena de prisión por la expulsión del territorio nacional. El Ministerio Fiscal ha apoyado el recurso.

2. Al regular la sustitución de las penas privativas de libertad inferiores a seis años por la expulsión del territorio español, tratándose de extranjeros no residentes legalmente en España, el vigente art. 89 C.P . establece con carácter general esa mutación como imperativa, sin referirse a la audiencia previa del condenado.

Pero la jurisprudencia de esta Sala viene propugnando una lectura constitucional de aquel precepto (véanse sentencias de 7/6/2005 y 11/10/2005 , con cita de otras anteriores) porque:

a. En la regulación actual se encuentran elementos que requieren una apreciación previa, como es el relativo a la calificación de ilegal de la residencia en España.

b. La redacción vigente exige atender a la naturaleza del delito.

c. La sustitución infundada puede afectar negativamente a la función de prevención general de la pena e incluso a sus efectos resocializadores.

d. La expulsión puede entrar en conflicto con otros derechos fundamentales como los reconocidos en el art. 15 de la Constitución (CE), al ponerlos en grave peligro de violación; o enfrentarse con la protección familiar a que se refieren los arts. 8 y 12 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y el art. 39 CE .

Lo cual, con arreglo a los derechos a la tutela judicial efectiva y a la no indefensión, que reconoce el art. 24 CE , requiere una oportunidad de toma de postura, de alegaciones e incluso de pruebas. (Así en el recurso invoca el acusado su convivencia en España con una persona de la que ha

tenido un hija española).

3. La expulsión nunca fue pedida por el Ministerio Fiscal, antes, en o después del juicio. El carácter ilegal de la residencia en España del acusado apareció por primera vez en el factum de la sentencia. La Audiencia determina la procedencia de la expulsión sin otra motivación que el tenor de lo dispuesto en el art. 89.1º CP.

Con todo ello no sólo resulta incumplido lo establecido en el art. 120.3 CE sino también quebrantados los derechos a la tutela judicial efectiva y a la no indefensión; aparte de que, cuando se acordó la expulsión, el acusado ya llevaba más de siete meses privado de libertad, por lo que se venía a producir una injustificada acumulación de penas.

Procede, en consecuencia, eliminar del fallo de la sentencia la expulsión, dejando intacto el resto de los pronunciamientos.

4. Con arreglo al art. 901 LECr, han de ser declaradas de oficio las costas del recurso.

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación que, por quebrantamiento de precepto constitucional e infracción de ley, ha interpuesto Juan Enrique contra la sentencia dictada, el 21/11/2005, por la Audiencia Provincial de Granada, Sección Segunda, en causa por delito contra la salud pública, la que casamos y anulamos para que sea sustituida por la que a continuación se dicta. Y se declaran de oficio las costas del recurso.

Notifíquese la presente resolución, junto a la que a continuación se dicta, a la Audiencia Provincial de procedencia, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo para su archivo en el Rollo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Juan Saavedra Ruíz Siro-Francisco García Pérez José-Ramón Soriano Soriano

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta y uno de Mayo de dos mil seis.

En la causa Rollo 114/2005, dimanante del Procedimiento Abreviado nº 136/2005 del Juzgado de Instrucción nº 5 de Granada, seguida contra Juan Enrique, nacido en Guayaquil (Ecuador) el 26/12/1977, hijo de Dalton Rafael y Marta, peón, residente en Madrid, con pasaporte ecuatoriano, NUM000, por delito de posesión de drogas tóxicas que causan grave daño a la salud, con destino al tráfico, la Audiencia Provincial de Granada, Sección Segunda, dictó Sentencia nº 628/2005, que ha sido casada y anulada por la dictada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, compuesta como se hace constar. Ha sido Ponente el Excmo. Sr. D. Siro-Francisco García Pérez.

I. ANTECEDENTES

1. Se aceptan los de la sentencia recurrida. Incluida la declaración de hechos probados, salvo la referencia a la situación de estancia irregular en territorio español.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Por las razonamientos incluidos en la sentencia anterior de esta Sala, debe ser eliminado del pronunciamiento de la sentencia dictada por la Audiencia la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión del recurrente.

III. FALLO

Que debemos eliminar y eliminamos del fallo de la sentencia de instancia el siguiente pronunciamiento: "Sustituimos la mencionada pena de prisión por la Expulsión del condenado del territorio nacional, con prohibición de regresar al mismo en un plazo de diez años, a contar desde la fecha de la expulsión efectiva".

Mantenemos el resto de los pronunciamientos de la sentencia de la Audiencia.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos . Juan Saavedra Ruíz Siro-Francisco García Pérez José-Ramón Soriano Soriano

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