

### Datos identificativos

#### **TS, Sala Segunda, de lo Penal, S de 28 de Septiembre de 2010**

**Tribunal:** Tribunal Supremo

**Sala:** Segunda, de lo Penal

**Número:** 791/2010

**Fecha:** 28-09-2010

**Tipo Resolución:** Sentencia

**Jurisdicción:** PENAL

**Número recurso/rollo:** 11555/2009

**Ponente:** Berdugo Gómez de la Torre, Juan Ramón

**Magistrados de la Resolución:** ANDRES MARTINEZ ARRIETA; JOSE ANTONIO MARTIN PALLIN; JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE; MIGUEL COLMENERO MENENDEZ DE LUARCA; PERFECTO AGUSTIN ANDRES IBAÑEZ

**Tipo de recurso de la resolución:** APELACION

**LA LEY** 162003/2010

**Publicación:**

**Diario La Ley** (LA LEY)

**Revista Nº:** 7551 **Fecha de Publicación:** 20 Ene. 2011 **Sección:**

Jurisprudencia **Aniversario de la publicación:** XXXII

### Iter procesal

La presente resolución *estima parcialmente* el recurso interpuesto contra la sentencia de la AP Burgos, Sección 1ª, de 23 Nov. 2009 (Rec. 51/2009).

### Cabecera

TRÁFICO DE DROGAS. Tenencia preordenada al tráfico. El ser consumidor no excluye de manera absoluta el propósito de traficar. Deducción de actos de tráfico

por la cantidad de droga aprehendida que excede de las previsiones de un consumo normal, porte oculto en sus prendas íntimas y contacto con otros consumidores para intercambio. PENALIDAD. Sustitución de la pena inferior a 6 años por medida expulsión (art. 89 CP). Doctrina de la Sala. Imposibilidad de aplicar la medida sustitutoria de forma automática y sin cumplir los cánones constitucionales de cumplimiento con los derechos de audiencia, contradicción, proporcionalidad y suficiente motivación. Situación de arraigo. Existencia en el caso, y revocación de la pena de expulsión. Aunque el acusado se encontraba en situación irregular en España, careciendo de permiso de trabajo o residencia, teniendo iniciado expediente de expulsión por Extranjería, contrae matrimonio durante el periodo en que se encontraba en prisión provisional, habiéndose acreditado que el expediente matrimonial comenzó a tramitarse antes de su detención. Matrimonio no buscado para preconstituir el arraigo, sino que era una intención previa. Ello acredita la situación de arraigo al existir convivencia y estabilidad familiar en un enlace matrimonial acabado de celebrar con una dependencia económica con el posible expulsado, vida familiar en común que quedaría cercenada con la expulsión.

### **Resumen de antecedentes y Sentido del fallo**

El Tribunal Supremo estima parcialmente el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por la AP Burgos en causa por tráfico de drogas, dejando sin efecto la sustitución de las penas impuestas al acusado por la expulsión del territorio nacional por un periodo de diez años acordada en la sentencia recurrida, al entender que existe arraigo en España del condenado.

### **Voces**

Extranjeros

Expulsión

Extranjeros procesados o inculcados por delitos o faltas

Penalidad

Ejecución de las penas

Formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de

libertad
Tráfico de drogas
Actividades comprendidas en el delito
Tenencia preordenada al tráfico
En función de la cantidad
Presunción, inducción, deducción
Autoconsumo
Generalidades
Penalidad
Generalidades

### Normativa aplicada

*LO 10/1995 de 23 Nov. (Código Penal) art. 89*

### Sumarios

**PENALIDAD.--Revocación de sustitución de las penas impuestas por delito de tráfico de drogas por la expulsión del territorio nacional.--Situación de arraigo.--Matrimonio celebrado durante el periodo de prisión provisional del acusado, pero cuyo expediente comenzó a tramitarse antes de su detención.--Matrimonio no buscado para preconstituir el arraigo, sino que era una intención previa.**

La sentencia de instancia examinó las concretas circunstancias del acusado, que, llega a España sobre el año 2000 procedente de Colombia, siendo detenido en Barajas y condenado por un delito contra la salud pública a la pena de 9 años de prisión. Sale en libertad provisional sobre el año 2006, y realiza diversos trabajos en el ramo de la hostelería, careciendo de permiso de trabajo y de residencia en el momento de su detención. Estando en prisión provisional por la causa que ahora se enjuicia -fue detenido el 3.6.2009- contrajo matrimonio en agosto con su compañera, con la cual mantenía una relación, residiendo en el mismo domicilio. La sentencia concluye que no puede apreciarse arraigo en un ciudadano extranjero que nada más llegar a España es ingresado en prisión y que, siendo condenado a

una pena de 9 años, vuelve a ser detenido poseyendo cocaína y que acuerda contraer matrimonio con la evidente finalidad de acreditar su arraigo, sin haberlo hecho hasta que fue detenido. El Tribunal rebate en su argumentación la falta de proporcionalidad de la medida a los hechos, pero la Sala estima que se parte de un presupuesto erróneo, desde el momento en que, tal como se acredita en la documental del expediente matrimonial, éste comenzó a instruirse con anterioridad a su detención e ingreso en prisión. Ello significa que el matrimonio no fue buscado para preconstituir el arraigo, sino que era una intención previa, y esta circunstancia unida a la inexistencia de fraude de ley o vicio que permitiese invalidar el matrimonio, es suficiente para acreditar esa situación de arraigo en España al existir esa convivencia y estabilidad familiar en un enlace matrimonial acabado de celebrar con una dependencia económica con el posible expulsado, vida familiar en común que quedaría cercenada con la expulsión. Por tanto la Sala deja sin efecto la sustitución de las penas impuestas por la expulsión del territorio nacional acordada en la sentencia recurrida ex art. 89 CP 1995.

art. 89