



**TRIBUNAL SUPREMO**  
**Sala de lo Penal**  
**SENTENCIA**

**Sentencia N°:** 1546/2004

**RECURSO CASACION (P) N°:**217/2004 P

**Fallo/Acuerdo :** DES

**Señalamiento:** 16/12/2004

**Procedencia:** Audiencia Provincial de Madrid.

**Fecha Sentencia:** 21/12/2004

**Ponente Excmo. Sr. D.:** José Ramón Soriano Soriano

**Secretaría de Sala:** Sr. Auseré Pérez

**Escrito por:** TCP.

**- EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS CONDENADOS A PENAS INFERIORES A SEIS AÑOS.**

- \* La facultad judicial del art. 89-1º C.P., no es automática. Necesidad de un juicio de valor expreso.**
- \* En delitos contra la salud pública consistentes en la importación de cantidades considerables de droga de la que causa grave daño a la salud, no resulta, en modo alguno, aconsejable.**

**Nº: 217/2004P**

**Ponente Excmo. Sr. D. : José Ramón Soriano Soriano**

**Fallo: 16/12/2004**

**Secretaría de Sala: Sr. Auseré Pérez**

**TRIBUNAL SUPREMO**  
**Sala de lo Penal**

**SENTENCIA Nº: 1546/2004**

**Excmos. Sres.:**

**D. Siro Francisco García Pérez**

**D. Joaquín Giménez García**

**D. José Ramón Soriano Soriano**

---

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 la siguiente

**SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a veintiuno de Diciembre de dos mil cuatro.

En el recurso de casación por infracción de ley, que ante Nos pende, interpuesto por el acusado **O. S. M.**, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Segunda, que le condenó por delito contra la salud pública, los Excmos.

Sres. Magistrados 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 indicados y Ponencia del Excmo.Sr.D.José Ramón Soriano Soriano, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dicho recurrente representado por la Procuradora Sra. L. A.

## **I. ANTECEDENTES**

1.- El Juzgado de Instrucción nº 7 de Madrid, incoó Procedimiento Abreviado con el número 336/2003 contra O. S. M., y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid, cuya Sección Segunda con fecha veintidos de enero de dos mil cuatro dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

*"El acusado O. S. M., nacido el 21 de mayo de 1976 en Buenos Aires (Argentina), con pasaporte de dicha nacionalidad \*\*\*\*\*-\*, sin antecedentes penales, sobre las 17,30 horas del día 5 de septiembre de 2003, llegó al aeropuerto de Madrid-Barajas, en el vuelo 8714 procedente de Río de Janeiro de la Cia. VARIG, portando en el interior de su organismo 38 bolas, que ingirió voluntariamente y que transportaba a España.*

*Una vez pesado y analizado el contenido de la bolas intervenidas, resultó ser cocaína en razón de 391 gramos con una riqueza del 83,%, sustancia cuyo consumo causa grave daño a la salud, que ha sido valorada en 39.088,27 euros, que el acusado poseía con intención de transmitir a terceras personas. Al acusado se le ocuparon 1.285 dólares que financiaban el transporte de la sustancia referida.*

*El acusado se encuentra en prisión por estos hechos desde el día 5 de septiembre de 2003".*

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

*"FALLAMOS: Que CONDENAMOS a O. S. M. como autor penalmente responsable de un delito contra la salud pública de sustancia que causa grave daño a las penas de CINCO AÑOS DE PRISIÓN, 70.000 euros de multa, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, comiso de la droga y dinero intervenido y costas.*

*No procede en este momento la sustitución de la pena impuesta por la expulsión del territorio nacional al país de origen de O. S. M.*

*Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que contra la misma pueden interponer recurso de casación, ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, por infracción de ley o quebrantamiento de forma, en el plazo de cinco días, a contar desde la última notificación".*

3.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley por el acusado O. S. M., que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose dicho recurso.

4.- El recurso interpuesto por la representación del acusado **O. S. M., se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN: Único.-** por infracción del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con el art. 89.1 del Código Penal por haberse infringido este precepto penal de carácter sustantivo que debe ser observado en la aplicación de la Ley Penal.

5.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, impugnó el único motivo alegado en el mismo; la Sala lo admitió a trámite y quedaron conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el correspondiente señalamiento, se celebró la votación y fallo del presente recurso el día 16 de Diciembre del año 2004.

## **II. FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** En motivo único, el recurrente, por la vía del art. 849-1º L.E.Criminal, estima infringido el art. 89-1º C.P.

1. Entiende que el precepto vulnerado, en los términos en que quedó redactado después de la reforma operada por la Ley Orgánica nº 11 de 29 de septiembre de 2003, lo fue por no acordar el Tribunal su expulsión del país, por cuanto se cumplía en él la circunstancia de ser extranjero no documentado, esto es, sin permiso de residencia y no exceder la pena impuesta de seis años. Considera que la ley es imperativa y automática y la no sustitución es la excepción que, a su juicio, no concurría en el presente caso.

2. Desde luego, la decisión de acordar la medida no puede tener su justificación en el hecho de haber mostrado conformidad a los hechos y a la pena solicitada por la acusación pública.

El Mº Fiscal no interesaba la expulsión, pero aunque la hubiera pedido, tal conformidad no obliga al Tribunal a acordarla, por cuanto tiene que sujetarse exclusivamente a otros parámetros legales, en particular, la audiencia del Fiscal y la realización de un juicio de valor, referido al caso concreto, sobre la conveniencia del cumplimiento de la pena en España (realmente la disyuntiva es el cumplimiento o el incumplimiento), salvo que existan convenios internacionales que permitan el cumplimiento de la pena en el país de origen, y en tal ponderación valorativa el Tribunal debe tener en consideración la "naturaleza del delito".

3. La Audiencia Provincial de Madrid ha cumplido escrupulosamente con lo dispuesto en el art. 89.1 C.P. y ha razonado, con acierto y suficiencia, la necesidad del cumplimiento de la pena en España.

A pesar de lo que diga el impugnante, los argumentos son de peso. Entre ellos destacan:

a) la expulsión, después de cumplidos unos meses de prisión preventiva, supondría un favorecimiento o promoción del tráfico de drogas por ciudadanos extranjeros, creándose una situación generalizada de impunidad.

b) acude a la naturaleza del delito destacando la gravedad del mismo, de lo que es inequívoco exponente las penas que el legislador asigna a estos tipos penales.

c) por último, hace referencia, aunque utilice otros términos, al incumplimiento de las funciones de la pena de prevención general y especial del delito y de resocialización del delincuente.

4. Los argumentos son consistentes. El análisis de la naturaleza del delito puede aconsejar, dentro de la variedad de tipos penales englobados en el art. 368 C.P, que se sustituya la pena en la hipótesis de un vendedor callejero de papelinas (pongamos por caso), pero no respecto a un importador de droga, en cantidades considerables. La que le fue intervenida al acusado tenía un valor de más de 39.000 euros.

Ningún extranjero que se mueva en el ámbito de los delitos de esta clase dejaría de probar suerte introduciendo droga "dura" en España, ante la eventual posibilidad de sufrir unos pocos meses de prisión preventiva, con la expectativa razonable de que si el plan delictivo resultaba exitoso tendría pingües beneficios a costa de la salud de los españoles o extranjeros legalmente residentes en nuestro país. Tales potenciales delincuentes sólo tendrían que procurar no importar por encima de 750 gramos de

cocaína, reducida a pureza. Tratándose de un solo acto (el delito del art. 368 es de actividad, con posibilidad de incluir en el mismo injusto típico diversas conductas referidas al tráfico ilícito de drogas) y ante la ausencia de antecedentes penales, tendría muchísimas posibilidades de que la pena impuesta no excediera de seis años de prisión.

Esa situación supondría un auténtico desarme del Derecho penal, convirtiéndose la facultad judicial del art. 89.1 en instrumento desprotector del bien jurídico tutelado (salud pública) y favorecer del delito.

El motivo debe rechazarse.

**SEGUNDO.-** La desestimación del motivo único hace que las costas se impongan al recurrente, como establece el art. 901 L.E.Criminal.

### **III. FALLO**

Que debemos **DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR al recurso de casación interpuesto por la representación del acusado O. S. M.**, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Segunda, de fecha veintidos de enero de dos mil cuatro, en causa seguida al mismo por delito contra la salud pública y con expresa imposición a dicho recurrente de las costas ocasionadas en su recurso.

Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia Provincial de Madrid, Sección Segunda, a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos