



Roj: **STS 1600/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:1600**

Id Cendoj: **28079120012020100298**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **26/05/2020**

Nº de Recurso: **3167/2018**

Nº de Resolución: **233/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **EDUARDO DE PORRES ORTIZ DE URBINA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 14331/2018,**
STS 1600/2020

RECURSO CASACION núm.: 3167/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 233/2020

Excmos. Sres.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Pablo Llarena Conde

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 26 de mayo de 2020.

Esta sala ha visto el recurso de casación 3167/2018 interpuesto por **Cornelio**, representado por la procuradora Don JOSÉ RAMÓN PÉREZ GARCÍA bajo la dirección letrada de Don VIDAL PALOMAR DE MIGUEL, contra la sentencia dictada el 7 de septiembre de 2018 por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Dieciséis, en el Rollo de Apelación Procedimiento Abreviado 1207/2018, en el que se estima el recurso contra la sentencia 160/2018 de 21 de mayo de 2018, dictada por el Juzgado de lo Penal número 31 de los de Madrid que condenó al recurrente como autor penalmente responsable de un delito de contra la salud pública con el subtipo atenuado del párrafo segundo del artículo 368.1 del Código Penal. Ha sido parte recurrida el MINISTERIO FISCAL

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - El Juzgado de Instrucción 20 de Madrid incoó Diligencias Previas 2333/2016 por delito un delito contra la salud pública, contra **Cornelio** que, una vez concluido, remitió para su enjuiciamiento al Juzgado de lo Penal número 31 de Madrid. Incoado el Procedimiento Abreviado 271/201, con fecha 21 de mayo de 2018 dictó sentencia número 160/2018 en la que se contienen los siguientes HECHOS PROBADOS:



"Se declara probado que sobre las 00'05 horas del 16 de septiembre de 2016, en la calle Olmo, en la ciudad de Madrid, el acusado Cornelio , nacido en Senegal el NUM000 -82, sin antecedentes penales, quien carece de autorización de residencia en España, según consta en certificación de la Comisaría del Distrito Centro-Madrid de fecha 16/9/16, se dirigió a unos agentes de Policía Nacional que patrullaban de paisano y les dijo: "¿queréis María a cinco euros?" exhibiendo una bolsita con dicha sustancia.

Los agentes se identificaron y le intervinieron la bolsita que portaba en la mano, así como otras cinco bolsitas con marihuana que llevaba escondidas en la cinturilla del pantalón, destinadas igualmente a la venta, y 19,50 euros que había obtenido de anteriores ventas de la misma sustancia.

Al ser analizadas, resultaron tener las siguientes cantidades de marihuana, respectivamente: 1,042 grs (con 18,2% en THe); 1,001 grs (con 19,0% en THe); 0,844 grs (con 17,6% en THe); 1,058 grs. (con 17,3% en THe); 0,846 grs. (con 16,4% en THe) , y 1,348 grs. (con en THe).

El valor de la droga, según tasación pericial, ascendía a 30,93 euros

El acusado no ha aportado documentación alguna que le permita permanecer en España. Tampoco consta la existencia de razón alguna que justifique su permanencia en España."

SEGUNDO. - El Juzgado de lo Penal de instancia emitió el siguiente pronunciamiento:

"SE CONDENA a Cornelio como autor criminalmente responsable de un delito contra la salud pública, ya definido, sin que concurran circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 1 año y 1 día de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante de la condena, y multa de 20 euros, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago, de un 1 día de privación de libertad, y costas.

Se acuerda la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión del territorio nacional con prohibición de entrada en el mismo por plazo de 6 años".

TERCERO. - Notificada la sentencia, la representación procesal de Cornelio , interpuso recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Dieciséis, formándose el rollo de apelación Procedimiento Abreviado 1207/2018. En fecha 7 de septiembre de 2018 el citado tribunal dictó sentencia, cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

"FALLAMOS que, con estimación del recurso de apelación planteado por el procurador D. José Ramón Pérez García, en representación de Cornelio , debemos modificar la sentencia de fecha 21-5-2018, dictada por el Juzgado de lo penal 31 de Madrid en su Procedimiento Abreviado 271/17, única y exclusivamente en lo que resulta del siguiente pronunciamiento en virtud del cual se mantiene la condena del citado Cornelio como autor de un delito contra la salud pública, ya definido, si bien con apreciación del subtipo atenuado del párrafo segundo del artículo 368 del Código Penal, sustituyendo la pena impuesta en aquella sentencia por la de seis meses de prisión, inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, multa de 16 euros, con responsabilidad personal subsidiaria de un día en caso de no abono, y al pago de las costas de instancia.

Manteniendo la sustitución de la pena de prisión por la expulsión del territorio nacional y prohibición de entrada por plazo de seis años, así como el decomiso acordado.

Se declara de oficio las costas de esta alzada."

CUARTO. - Contra la anterior sentencia a las partes, la representación procesal de Cornelio , anunció su propósito de interponer recurso de casación por infracción de ley, recurso que se tuvo por preparado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso

QUINTO. - El recurso formalizado por Cornelio , se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN,

Único. - Por infracción de ley, en virtud del art. 847.1.b de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con el art. 849.1º de la misma ley, por entender infringido el artículo 89 del Código Penal.

SEXTO. - Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal, en escrito de 12 de noviembre de 2018, solicitó la admisión y estimación del recurso. Tras admitirse por la Sala, quedaron conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera. Y hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 20 de mayo de 2020 que, dados los temas a tratar, se prolongó hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRIMERO. - En la sentencia número 604/2018 de 7 de septiembre de 2018, dictada en grado de apelación por la Sección 16ª de la Audiencia Provincial de Madrid, se condenó al ahora recurrente por la comisión de un delito contra la salud pública a la pena de SEIS MESES DE PRISIÓN, pena accesoria, comiso, multa y pago de costas, manteniendo la sustitución de la pena de prisión por la expulsión del territorio nacional así como la prohibición de entrada a dicho territorio durante un plazo de seis años, que había sido impuesta en la sentencia de primera instancia.

Frente a dicha sentencia se ha interpuesto recurso de casación, articulando un único motivo de impugnación por el cauce de infracción de ley previsto en el artículo 849.1 de la LECrim, denunciando la aplicación indebida del artículo 89 del Código Penal. En el desarrollo argumental del motivo se sostiene que en penas inferiores a un año de prisión no procede la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión del territorio nacional.

SEGUNDO. - El recurso, tal y como interesa el Ministerio Fiscal en su informe, debe ser estimado.

El artículo 89 del Código Penal en la redacción dada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, permitía que las penas privativas de libertad inferiores a seis años fueran sustituidas por la pena de expulsión del territorio nacional, salvo que el juez o tribunal apreciara razones que justificaran su cumplimiento en España.

Ese precepto sufrió una importante modificación por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, cuya redacción continúa actualmente en vigor. El artículo 89.1 CP dispone que *"las penas de prisión de más de un año impuestas a un ciudadano extranjero serán sustituidas por su expulsión del territorio español"*.

El tenor literal del precepto no alude a la posible sustitución por expulsión de penas de prisión no superiores a un año. Y la explicación de esta previsión normativa se encuentra en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, en la que se explica que la reforma tiene por objeto ajustar "el límite de pena a partir de la cual podrá acordarse la expulsión".

Y ocurre que el artículo 57 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, dispone en su artículo 57.2 que *"constituirá causa de expulsión, previa tramitación del correspondiente expediente, que el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados"*.

Ese límite está en congruencia con la Directiva 2001/40/CE, del Consejo, de 28 de mayo de 2001, que disponía en su artículo 3º que la expulsión debía establecerse cuando el extranjero hubiera cometido un hecho que estuviera castigado con pena privativa de libertad de al menos un año.

Carece de lógica que en el ámbito administrativo la Ley de Extranjería prevea la expulsión como sanción administrativa sólo en caso de condenas a penas privativas de libertad superiores a un año y que el Código Penal establezca un límite inferior. Esa es la razón por el Legislador ha armonizado el Código Penal con la norma administrativa prohibiendo, por razones de proporcionalidad, que no sea posible la sustitución por expulsión del territorio nacional cuando la pena no sea superior a un año.

TERCERO. - Partiendo de esta inicial afirmación nos planteamos si la pena de un año que debe ser tomada en consideración es la prevista en abstracto para el delito cometido o la impuesta efectivamente en la sentencia penal.

Este dilema se planteó ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo porque el artículo 57.2 de la Ley de Extranjería se refiere a esta cuestión describiendo el límite con la siguiente expresión: *"delito castigado con pena privativa de libertad superior a un año"*. La referencia expresa al delito permitía ambas posibilidades interpretativas.

La cuestión fue zanjada por la STS, sección 5ª, 893/2018, de 31 de mayo, inclinándose el alto tribunal por estimar que se debía tener en cuenta la pena concretamente impuesta y no la fijada de forma abstracto al delito correspondiente.

El principal argumento de esta línea interpretativa se encuentra en que las sanciones en materia de extranjería tienen su justificación en la prevención de una amenaza contra el orden público o la seguridad nacional, por lo que para la imposición de una sanción lo que debe tomarse en consideración es la amenaza específica que suponga la conducta del extranjero, lo que se concreta en la sanción fijada por el juez penal. Esa dirección hermenéutica tiene apoyo, entre otros argumentos, en la sentencia del TJUE de 10/07/2008, (asunto C-33/07), que interpretando los artículos 18 CE y 27 de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, ha señalado: (24), que "tal enfoque de las excepciones al citado principio fundamental que pueden ser invocadas por un Estado miembro implica, en particular, según se deduce del artículo 27, apartado 2, de la Directiva 2004/38, que las medidas de



orden público o de seguridad pública, para estar justificadas, deberán basarse exclusivamente en la conducta personal del interesado, y no podrán acogerse justificaciones que no tengan relación directa con el caso concreto o que se refieran a razones de prevención general".

Este es el criterio que también debe seguirse en esta jurisdicción penal, no sólo por las razones que acabamos de expresar, sino porque el artículo 89 del Código Penal no deja espacio para la duda. Señala con toda precisión que deben tenerse en cuenta no las penas asignadas al delito sino "la pena impuesta", que no es otra que la establecida judicialmente en la sentencia. Lo contrario vulneraría el principio de legalidad de las penas proclamado en el artículo 25 de la Constitución.

El recurso, en consecuencia, debe ser estimado.

CUARTO. - De conformidad con el artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal deben declararse de oficio las costas procesales derivadas del recurso de casación.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1º. ESTIMAR el recurso interpuesto por la representación procesal de don **Cornelio** contra la sentencia dictada por Sección 16ª de la Audiencia Provincial de Madrid, número 604/18, de 7 de septiembre de 2018, anulando y casando dicha sentencia, que será sustituida por otra más conforme a derecho.

2º. DECLARAR de oficio las costas procesales causadas por este recurso.

Notifíquese esta resolución a las partes contra la misma no se podrá interponer recurso alguno e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION núm.: 3167/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Pablo Llarena Conde

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 26 de mayo de 2020.

Esta sala ha visto la causa 3167/2018, seguida contra la sentencia de 17 de septiembre de 2018, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, en su Sección 16, en su recurso de apelación Procedimiento Abreviado número 1207/2018, por un delito contra la Salud Pública, contra **Cornelio**, indocumentado. La citada sentencia ha sido recurrida en casación, y ha sido **casada y anulada parcialmente** por la sentencia dictada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada como se expresa.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO. - Se aceptan y se dan por reproducidos los Antecedentes de Hecho y Hechos Probados de la sentencia de instancia, que no fueren incompatibles con los de la sentencia rescindente y con esta segunda.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO. - De conformidad con lo argumentado en la sentencia de casación, procede dejar sin efecto el pronunciamiento sobre sustitución de la pena de prisión impuesta por la expulsión del territorio nacional dado que el conforme al artículo 89 del Código Penal no cabe esa forma de sustitución en penas de prisión no superiores a un año.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

ÚNICO. - Se deja sin efecto la sustitución de la pena de prisión por expulsión del territorio nacional dispuesta en la sentencia dictada por Sección 16ª de la Audiencia Provincial de Madrid, número 604/18, de 7 de septiembre de 2018, manteniendo los restantes pronunciamientos de dicha sentencia.

Notifíquese esta resolución a las partes contra la misma no existe recurso alguno e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Pablo Llarena Conde Eduardo de Porres Ortiz de Urbina